

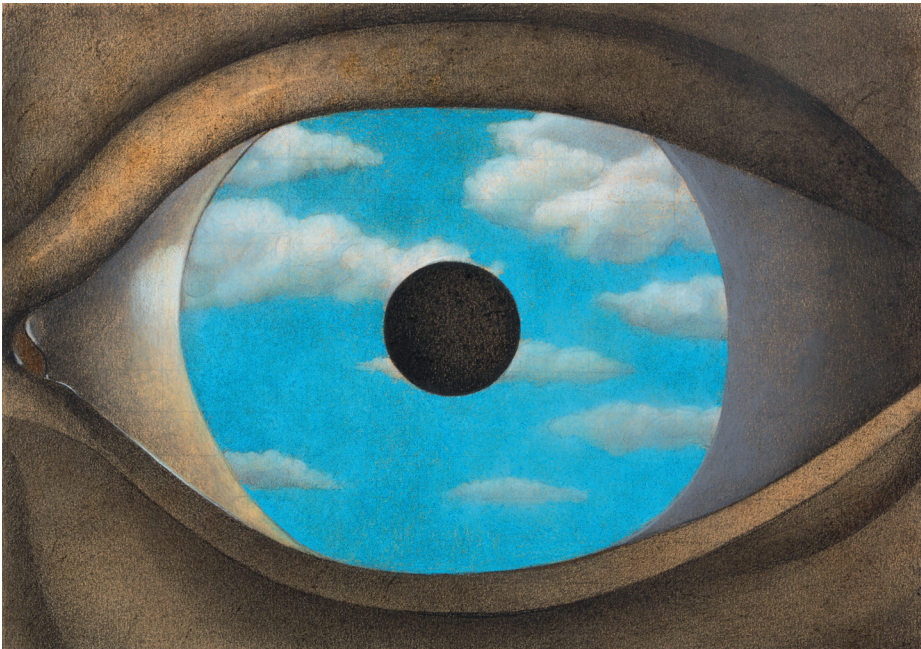
IL PROCESSO

RIVISTA GIURIDICA QUADRIMESTRALE

ISSN 2611-5131

DIREZIONE SCIENTIFICA

**A. BARONE, R. CAPONI, M. CARTABIA, R. MARTINO, A.G. OROFINO, A. PANZAROLA, A. PIEKENBROCK,
A. POLICE, M.A. SANDULLI, G. SPANGHER, F. VERGINE**



Questa Rivista è pubblicata grazie al contributo dell'Università LUM Giuseppe Degennaro

Direttore Responsabile

Roberto MARTINO

Direttori

Antonio BARONE, Remo CAPONI, Marta CARTABIA, Roberto MARTINO, Angelo Giuseppe OROFINO, Andrea PANZAROLA, Andreas PIEKENBROCK, Aristide POLICE, Maria Alessandra SANDULLI, Giorgio SPANGHER, Francesco VERGINE

Comitato dei Garanti

Ennio AMODIO, Guido CORSO, Franco Gaetano SCOCA, Romano VACCARELLA

Comitato Scientifico

Jean-Bernard AUBY, Teresa ARMENTA DEU, Giampiero BALENA, Paolo BIAVATI, Antonio BRIGUGLIO, Chiara CACCIAVILLANI, Bruno CAPPONI, Cécile CHAINAIS, Jacques CHEVALLIER, Carlo COLAPIETRO, Claudio CONSOLO, Domenico DALFINO, Ruggiero DIPACE, Vittorio DOMENICHELLI, Paolo FERRUA, José ESTEVE PARDO, Vera FANTI, Leonardo FILIPPI, Fabio FRANCARIO, Carlo Emanuele GALLO, Fernando GASCÓN INCHAUSTI, Loredana GIANI, Maria Francesca GHIRGA, Guido GRECO, Luigi KALB, Elisabetta LAMARQUE, Antonia Antonella MARANDOLA, Julien MARTIN, Francesco MANGANARO, Giuseppe MELIS, Sergio MENGHINI, Eva Maria MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Ilaria PAGNI, Giuseppe MORBIDELLI, Luca Raffaello PERFETTI, Eugenio PICOZZA, Olivier RENAUDIE, Marco RUOTOLO, Fabio SAITTA, Fabio SANTANGELI, Bruno SASSANI, Andrea SCELLA, Karl Peter SOMMERMANN, John SORABJI, Giovanni SERGES, Mario SPASIANO, Fabrizio TIGANO, Roberta TISCINI, Giuseppe TRISORIO LIUZZI, Antonio URICCHIO, Francesco VOLPE

Comitato di Valutazione

Ferruccio AULETTA, Giorgetta BASILICO, Salvatore BOCCAGNA, Manfredi BONTEPELLI, Carlo BONZANO, Marco CABLABRO, Antonio CASSATELLA, Maria Cristina CAVALLARO, Angelo CONTRINO, Antonio COLAVECCHIO, Carlotta CONTI, Ulisse COREA, Elena D'ALESSANDRO, Francesco DE LEONARDIS, Clarice DELLE DONNE, Olga DESIATO, Lorenzo DEL FEDERICO, Francesco FOLLIERI, Mario Pio FUIANO, Walter GIULIETTI, Andrea GIUSSANI, Marco GRADI, Antonio GUIDARA, Margherita INTERLANDI, Giampaolo IMPAGNATIELLO, Beatrice GAMBINERI, Mariacarla GIORGETTI, Michele Angelo LUPOLI, Raffaele MANFRELLOTTI, Nino PAOLANTONIO, Carla PANSINI, Sergio PERONGINI, Roberto POLI, Barbara POLISENO, Guido SALANITRO, Giuseppe Andrea PRIMERANO, Stefano Salvatore SCOCA, Giusi SORRENTI, Michele TRIMARCHI, Giuseppe TROPEA, Gianluca VARRASO, Simonetta VINCRE, Piera Maria VIPIANA, Enzo VULLO

Comitato Editoriale

Mirko ABBAMONTE, Flaminia APERIO BELLA, Cristina ASPRELLA, Gian Marco BACCARI, Alessio BONAFINE, Andrea CARBONE, Fabiola CIMBALI, Maria Francesca CORTESI, Raffaella DAGOSTINO, Alessandro FABBI, Giuseppina FANELLI, Maria Vittoria FERRONI, Rossella FONTI, Katia LA REGINA, Giuseppe LA ROSA, Paola LICCI, Enrico Maria MANCUSO, Annalisa MANGIARACINA, Aniello MERONE, Costanza NICOLOSI, Angela PROCACCINO, Federico RASI, Concetta RICCI, Natalia ROMBI, Filomena SANTAGADA, Martina SINISI, Giordana STRAZZA, Caterina VERRIGNI, Enrico ZAMPETTI

Comitato di Redazione

Carmelo LA FAUCI BELPONER, Marco CAPPAL, Vincenzo DE CAROLIS, Marco FARINA, Manfredi LATINI VACCARELLA, Biagio LIMONGI, Elisabetta MARINO, Valentina MAZZOTTA, Michela MORGESE, Antonio ROMANO, Natalia ROMBI

Segreteria di Redazione

Mirko ABBAMONTE, Raffaella DAGOSTINO, Costanza NICOLOSI

I contributi pubblicati in questa Rivista sono stati sottoposti, con esito positivo, alla procedura di referaggio in doppio cieco (*double blind peer review*) condotta in conformità al Regolamento depositato presso l'Editore.

Stampa



Via A. Gherardesca - 56121 Pisa

In copertina: Giuseppe COLOMBO, *Lo specchio falso di Magritte*,
pastello su carta, cm 32x44, 2018

Numero 3/2025

IL PROCESSO

RIVISTA GIURIDICA QUADRIMESTRALE

ISSN 2611-5131

DIREZIONE SCIENTIFICA

A. BARONE, R. CAPONI, M. CARTABIA, R. MARTINO, A.G. OROFINO, A. PANZAROLA, A. PIEKENBROCK,
A. POLICE, M.A. SANDULLI, G. SPANGHER, F. VERGINE



**Pacini
Giuridica**



Hanno collaborato a questo fascicolo:

ANTONIO BRIGUGLIO

Ordinario nell'Università degli Studi di Roma Tor Vergata

MARIA CRISTINA CAVALLARO

Ordinaria nell'Università degli Studi di Palermo

NICCOLÒ MARIA D'ALESSANDRO

Avvocato - Docente a contratto nell'Università Telematica Unicusano

ANGELO DONDI

già Ordinario nell'Università degli Studi di Genova

VERA FANTI

Ordinaria nell'Università degli Studi di Chieti-Pescara G. D'Annunzio

STEFANIA FLORIAN

Ricercatrice nell'Università degli Studi di Padova

PAOLA LOMBARDI

Ordinaria nell'Università degli Studi di Brescia

GIORGIA MARGARITO

Dottoranda nell'Università LUM Giuseppe Degennaro di Casamassima-Bari

RAFFAELE MANFRELOTTI

Ordinario nell'Università degli Studi di Napoli Federico II

PAOLO MARTINO

Ricercatore nell'Università Telematica Leonardo Da Vinci

ROBERTO MARTINO

Ordinario nell'Università degli Studi di Chieti-Pescara G. D'Annunzio

LORENZO MORELLI

Borsista nell'Università degli Studi di Chieti-Pescara G. D'Annunzio

IOLANDA ROMUALDI

Borsista nell'Università degli Studi di Chieti-Pescara G. D'Annunzio

Elenco dei *referees* esterni al Comitato scientifico e di valutazione per l'anno 2025:

GIANFRANCO STANCO

Ordinario nell'Università LUM Giuseppe Degennaro di Casamassima-Bari

MANUEL FRANCHI

Associato nell'Università degli Studi del Sannio di Benevento

sommario

Saggi

<i>Inattualità di una visione sociale del processo civile</i> di ANGELO DONDI	853
<i>“Game-set-match”: obiettivi, mosse, autoresponsabilità, vittoria e sconfitta nel gioco del processo civile</i> di ANTONIO BRIGUGLIO	869
<i>L’esecuzione dei contratti pubblici, tra responsabilità dell’amministrazione e questioni di giurisdizione</i> di MARIA CRISTINA CAVALLARO	895
<i>Giudice amministrativo e mutamento di destinazione d’uso degli immobili dopo il Decreto Salva Casa: alla ricerca dell’intenzione del legislatore</i> di PAOLA LOMBARDI	919
<i>La dimensione costituzionale dell’interesse ad agire (e a contraddire) tra giusnaturalismo e positivismo: il diritto alla difesa giurisdizionale come posizione soggettiva accessoria</i> di RAFFAELE MANFRELOTTI	943
<i>I limiti di sindacabilità delle sentenze del CNF e della CCEPS nel ricorso per Cassazione</i> di STEFANIA FLORIAN	981
<i>Il Digital Markets Act e la tutela individuale dei consumatori, tra equità e contendibilità dei mercati</i> di PAOLO MARTINO	1025
<i>I criteri di interpretazione della legge e del provvedimento amministrativo: profili ricostruttivi e nuove prospettive</i> di NICCOLÒ MARIA D’ALESSANDRO	1053

Dialoghi con la giurisprudenza

<i>La confisca per equivalente senza condanna: un “convenzionale” argine ad una norma “non convenzionale”</i> Corte di Cassazione, Sez. VI pen., sentenza 9 luglio 2025, n. 25200 Commento di GIORGIA MARGARITO	1109
---	------

Attualità

<i>Maestri universitari e loro attuale irrilevanza</i> di ANGELO DONDI.....	1137
<i>A cent'anni dalla sua celebrazione (16-24 marzo 1926): il processo Matteotti a Chieti tra diritto, storia e società</i> di VERA FANTI - ROBERTO MARTINO	1141
<i>Il processo Matteotti: Chieti fra tante?</i> di LORENZO MORELLI.....	1145
<i>Chieti e il processo 'Matteotti': la città che «tutto dona» e l'illusione di una «candida giustizia». Anatomia dello spazio sociale, urbano e giuridico nei giorni del dibattito</i> di IOLANDA ROMUALDI	1167

Inattualità di una visione sociale del processo civile (*)

di ANGELO DONDI

SOMMARIO: 1. Prolegomeni. — 2. Modo della ricerca scientifica come referente ineludibile. — 3. Collegamento fra recenti evoluzioni della cultura sociale e tendenziale riduzione a mero approccio tecnico della funzionalità del processo civile. — 4. Minimi e molto illusori spunti per il futuro.

1. Prolegomeni.

Ci si rende conto che oggi può apparire quasi pretenzioso un discorso sulla opportunità di una “visione sociale” del processo civile, per il carattere ormai datato di questa nozione, la sua complessiva inattualità e forse anche sgradevolezza. Il contenuto di queste poche pagine sarà pertanto, o tenterà di essere, solo descrittivo di una percezione e dei conseguenti timori per il futuro a essa connessi. Un futuro, invero, non pensato come da riferire specificamente o esclusivamente alla “macchina del processo” ma a tutte le possibili conseguenze per così dire esterne dell’abbandono di visioni generali riguardo alla condizione umana, al suo miglioramento e benessere. E, pertanto, anche l’abbandono di un *élan* che comporterebbe (o piuttosto, come si dirà, ha comportato) l’attribuzione al processo della funzione di realizzare l’effettiva tutela di situazioni segnate da grandi sperequazioni economiche e

(*) L’autore desidera ringraziare la dottoressa Ludovica De Barbieri, magistrato, per la preziosa collaborazione alla realizzazione di questo lavoro, attraverso la discussione dei temi qui trattati e alla creazione del relativo – per quanto molto sintetico – apparato bibliografico.

sociali; prospettiva che in sé spiega la cautela delle affermazioni che precedono.

Sulla base di tale *caveat* e volendo caratterizzare come dichiaratamente impressionistiche le poche considerazioni che seguiranno, si ritiene che un rapido programma possa consistere nella segnalazione, mera segnalazione beninteso, di alcuni eventi nonché, con ancora maggiore cautela, di alcune percezioni diffuse riguardo al processo civile, alla sua riforma ma non solo.

Gli eventi si possono sostanzialmente ridurre a tre. In primo luogo, appare significativo che i grandi cavalli di battaglia della seconda metà del secolo scorso in fatto di socializzazione del processo (ossia, di caratterizzazione del processo come più “effettivo” per chi più necessita di tutela) siano stati ormai da tempo tralasciati. In secondo luogo, e per converso, non appare ancora sufficientemente percepita in tutta la sua rilevanza la questione della complessità come riferita al processo civile; con ciò a intendere la virtuale ma anche inevitabile caratterizzazione attraverso vari gradi di complessità/complicazione delle controversie civili, superando l’omologazione derivante dalla tradizionale nozione di “lite” e dalla conseguente parametrizzazione a tale circostanza dei programmi di riforma del processo ⁽¹⁾. In terzo luogo, e in parziale collegamento con quanto appena sopra detto, sembra di cogliere una scarsa se non assoluta negazione del rilievo del ruolo che l’avvocato, come difensore e come collaboratore con e del giudice nel farsi della giustizia, deve assumere; al punto di essere sottoposto a più stringenti definizioni delle sue attività in chiave etico-professionale ⁽²⁾.

⁽¹⁾ Sulla nozione di complessità, costituendo una sorta di eccezione nel panorama del nostro dibattito culturale, si v. R. CAPONI, *Nozione di controversia “complessa”: impieghi normativi*, in *Foro it.*, V, 2009, 136 ss. (e altri saggi dello stesso A. ora riuniti in *Processo civil e complexidade*, in *Rev. eletrônica de Direito Processual – REDP*, 2017, III, 18); sul tema, scusandomi fin d’ora per l’autocitazione, che temo non sarà l’unica, si v. inoltre i saggi contenuti in *Elementi per una definizione di complessità processuale*, a cura di A. DONDI, Milano, 2011, *passim*.

⁽²⁾ Per così dire inversamente a questa tendenza, nel segno un’attenzione che è peraltro sempre stata di pochi nella nostra cultura giuridica e processualistica in particolare, si v. V. ANSANELLI, *Poteri disciplinari e sanzioni – Uno sguardo comparato di “procedural ethics”*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2025, 675 ss.

È anche agevole, ma al contempo a vari livelli problematico, aggiungere a tali considerazioni iniziali un ulteriore rilievo in merito ai modi di manifestazione di tali eventi. Sono modi — ci si rende conto di osare molto — che sembrano consistere in una virtuale aproblematicità delle metodologie di elaborazione delle questioni che interessano il processo, e specie il processo civile; un atteggiamento che pare *tout court* coincidere con un diffuso ... pratico operare. Ed è in ciò che si può fare in gran parte consistere la percezione segnalata di generale dismissione di interesse per una funzione sociale del processo, come qui di seguito si tenterà di minimamente di elaborare.

2. Modo della ricerca scientifica come referente ineludibile.

Invero, l'ultima delle questioni indicate sopra trova un riscontro del tutto speciale proprio a livello di elaborazione scientifica o di cultura del diritto, in questo caso del processo come processo civile. Ciò a intendere che la percezione alla quale si è fatto riferimento concerne, deriva o in ogni caso è stimolata da quanto pare accadere a livello di quell'attività che un'istituzione come l'università dovrebbe svolgere elaborando la cultura del diritto. E occorre subito rilevare che, in sé, questo riferimento comporta oggi alcune doverose cautele di carattere generale.

La visione dell'università come luogo tipico della ricerca attiene all'impostazione tradizionale della visione del ruolo dell'università. Di qui la sua caratterizzazione come luogo istituzionale della elaborazione dei problemi concernenti i vari settori del sapere, come evidentemente — e forse soprattutto — del sapere giuridico. Ma occorre anche subito dire che oggi questa accezione o idea di fondo riguardo all'università e alla sua funzione basilica non sembra essere più così effettiva, condivisibile e in definitiva sicuramente attribuibile a tale istituzione ⁽³⁾. In altri termini, l'uni-

⁽³⁾ Per una critica emblematica dell'esistenza di tali problemi anche in altre culture si v. A. DONDI - J. NIEVA-FENOLL, *Post-università – Da luogo di elaborazione scientifica a mero provider*, in *Nuova Antologia*, 2020, 71.

versità svolge, o è venuta svolgendo specie nel corso dell'ultimo cinquantennio, prevalentemente un'altra funzione; ossia, quella di attribuire, il più agevolmente possibile e senza implicazioni problematiche riguardo al sapere acquisito in quella sede, qualificazioni formali da spendere eventualmente nel mondo del lavoro.

Rispetto a questo ruolo o funzione ormai prevalente non si può dire sia, specie dal punto di vista strettamente formale, del tutto espunto l'aspetto della realizzazione di una qualche attività di indagine, elaborazione o ricerca. Tuttavia, essa si è progressivamente caratterizzata come collaterale se non del tutto eventuale. E ciò, a quanto pare, con conseguenze non trascurabili proprio sul versante dell'attenzione ai problemi che sopra si sono segnalati in quanto generalmente meno *appealing* e comunque interessanti. Appare infatti di poter dire che, rimanendo nel campo del diritto e in particolare del processo come strumentario per la realizzazione effettiva dei diritti o come stimolatore della creazione di nuovi diritti, un'attività di ricerca "scarsa" ben difficilmente può pervenire a occuparsi o comunque a reagire alle istanze provenienti dalla società.

Certo quest'affermazione può apparire — e probabilmente è — decisamente *osé*. Ma essa si fonda sulla constatazione che il fenomeno di sostanziale burocratizzazione che ha riguardato l'intera università non pare aver risparmiato e anzi sembra aver pesantemente intaccato anche quel che resta della ricerca in campo universitario o accademico. Ciò per dire che, in rilevante misura, tale attività è stata progressivamente schematizzata e pressoché del tutto privata di slanci e azzardi di novità; e in prevalenza proprio delle novità concernenti, come si diceva, i bisogni più urgenti provenienti dalla società. E ciò anche in totale coerenza con lo "spirito del tempo" e l'altrettanto netto imporsi di una progressiva perdita di prospettive e valori solidali ai più vari livelli ⁽⁴⁾.

Si tratta, del resto, di una coerenza a sua volta ... coerente con un fenomeno di perdita di autorevolezza e di autonomia dell'uni-

(4) Per uno sguardo generale al farsi di questa nuova cultura diffusa nel nostro Paese v., fra i molti ma con notevole perspicacia predittiva, L. RICOLFI, *La società signorile di massa*, Milano, 2019, *passim*.

versità. Un fenomeno in ragione del quale la cultura espressa in questo contesto appare di minore tenuta — ma soprattutto superficiale *appeal* — rispetto alle propensioni di un tempo confuso e incerto come il nostro attuale ⁽⁵⁾. Talché, nel prevalente edonismo e assenza pressoché totale di partecipazione per i problemi altrui, in fondo non stupisce che dall'università non provengano con sufficiente diffusione e determinazione proposte di segno opposto.

Specie nel campo del diritto (forse anche in ragione delle caratteristiche specifiche del diritto stesso come cultura avente un *côté* professionale molto immanente e contiguo) un tale stato di cose appare in particolare collegabile alle modalità nelle quali viene per lo più svolta la ricerca, ossia — come si diceva — l'attività tradizionalmente ritenuta come la più tipica dell'università.

Invero, nel campo del diritto l'università è venuta svolgendo soprattutto una funzione di attestazione della formale adeguatezza delle conoscenze di soggetti che in tale area opereranno, con varie funzioni ma prevalentemente in una chiave “professionale”. Dalla progressiva accentuazione di un simile carattere si può dire che sia derivata la diffusa percezione che, per semplificare, altro è la cultura, anche quando cultura del diritto, e altro l'attività professionale (o le attività professionali) nell'ambito appunto della pratica del diritto. E di qui la sostanziale separazione, o comunque la creazione di una considerevole distanza, fra un'idea di cultura come elaborazione critica di idee riguardo alla realtà e un'idea di pratica utilizzazione, all'interno della “realtà concreta del diritto”, delle conoscenze acquisite o comunque attestate dal percorso universitario nelle facoltà o nei dipartimenti di giurisprudenza.

Sembra riferibile a questo stato di cose la diffusione della percezione della cultura come un elemento fondamentalmente esornativo e *phony* nel mondo del diritto. Un tale diffuso sentire è

⁽⁵⁾ Un esempio di segnalazione di questo stato di cose riguardo al nostro Paese è rinvenibile in A. DONDI, *Enseignement du droit procédural et maïeutique scientifique dans la décadence de l'université – Moindres considérations du côté italien*, in *Mélanges en l'honneur du professeur Loïc Cadet*, Paris, 2023, 487, nonché in A. DONDI, *Comparazione e riforme della giustizia civile – Una raccolta di scritti*, II, Genova, 2024, 901 ss.

presente da tempo, al punto che si potrebbe dire che una tale mutazione sia ormai realizzata appieno. In altri termini, c'è il diritto che ... serve e c'è quello che anche nel campo del diritto per molti ormai (per usare una definizione una volta ricorrente nel linguaggio della parte maggioritaria della politica nella nostra prima repubblica) non costituisce che "culturame". E occorre anche dire che una tale svalutazione del diritto che "non serve" sembra essersi acuita nel corso degli anni Duemila; al punto da risultare una percezione accettata, pur a diversi livelli, tanto all'esterno dell'università che all'interno dell'università, per omologazione o generica assuefazione degli stessi accademici alla cultura sociale diffusa ⁽⁶⁾.

3. Collegamento fra recenti evoluzioni della cultura sociale e tendenziale riduzione a mero approccio tecnico della funzionalità del processo civile.

Se così fosse (e la speranza di essere in errore è evidentemente molto forte in chi scrive) quale sarebbe il ruolo e più o meno conseguentemente il *modus* della ricerca in questo modo di sentire attuale? La questione è, certo, ardua e implicherebbe un'indagine estesa quanto approfondita, ma per converso – e pur riconoscendo l'opportunità di quanto appena affermato – può forse essere risolta in termini molto più superficiali proponendo le brevi considerazioni che seguiranno.

Anzitutto, occorre stabilire se adottando un realismo estremo si debba meramente prendere atto dello stato delle cose vigenti o, valutando negativamente tale deriva in uno sforzo di voluta ingenuità, si debba e possa suggerire pur molto sommessamente qualche alternativa al riguardo. La scelta in favore di questa seconda prospettiva impone di ipotizzare che un'attività di ricerca svolta all'interno dei nostri dipartimenti di giurisprudenza possa e debba tutt'oggi essere intesa ad analizzare criticamente lo stato delle cose e a prospettare soluzioni trasformatrici della realtà. Ma

(6) Per cenni al riguardo, v., ad es., A. DONDI - J. NIEVA FENOLL, *op. loc. cit.*

non solo; su questa linea si può addirittura osare ipotizzare che — come in passato — tali trasformazioni siano realizzate in piena coerenza con l'impianto normativo generale e, soprattutto, con le direttive strutturanti l'impianto democratico del nostro *contrat social* contenute nella prima parte della nostra Costituzione.

All'interno di tale visione si colloca, o meglio si è autorevolmente collocata in un passato in fondo ancora recente, la linea interpretativa e trasformatrice del diritto processuale che ha condotto a riforme come in particolare quella del processo del lavoro; e ciò pur nella forte diversità metodologica caratterizzante prospettive e indirizzi di innovazione dei sostenitori di tali riforme. L'esempio fornito in tale occasione dalla nostra dottrina, come noto, costituisce indubbiamente uno dei più alti momenti di attenzione per gli eventi sociali in corso nella realtà italiana poco dopo la metà del secolo XX ⁽⁷⁾. Ma, nel farsi carico di alcuni problemi e nel promuovere le relative soluzioni innovatrici tutto ciò segnala anche una propensione culturale, e forse un'adeguatezza tecnico-scientifica, probabilmente maggiore di quella attualmente presente ⁽⁸⁾.

Più di recente, si potrebbe dire che il *turning point* a questo riguardo — ossia con riferimento all'adeguatezza della nostra dottrina rispetto all'esigenza di affrontare i problemi effettivamente presenti nella nostra società e necessitanti soluzioni che tengano particolare conto delle situazioni meno favorite — sia rappresentato dal lungo dibattito che ha riguardato il tema delle controversie

(7) Nella nostra letteratura recente, ove non è frequente un'effettiva attenzione verso questa circostanza, per una significativa eccezione, v. A. CARRATTA, *La "funzione sociale" del processo civile fra XX e XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2017, 582 ss., 608 ss.

(8) Il richiamo è piuttosto scopertamente alle generazioni di studiosi per così dire precedenti nelle quali tali sensibilità erano manifeste e diffuse, come dimostra — fra le moltissime altre possibili citazioni — ad esempio M. TARUFFO, *In ricordo di Vittorio Denti*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 571 ss.; si v. anche, più in generale, A. DONDI, *Scuole italiane di diritto processuale nella seconda parte del XX secolo – Una visione partigiana*, in *Studi in onore di Franco Cipriani*, Napoli, 2020, 2127 (anche in spagnolo, ID., *Una visión partidista de los acontecimientos de la Scuola Italiana del derecho procesal (civil) en la segunda mitad del siglo XX*, in *Justicia*, 2018, 39).

di grande estensione plurisoggettiva, ossia le azioni di classe o le *class action* ⁽⁹⁾. Un tema di tale ampiezza, ma anche di tale già avanzata elaborazione presso altre culture giuridiche, è stato da noi soprattutto dibattuto a lungo ma ahimè con risultati decisamente scarsi sul piano dell'introduzione di un modello di azione di classe effettivamente gestibile nella pratica del processo civile e, come si diceva, altrettanto effettivamente utile per i singoli utenti della *group litigation*. Le soluzioni sono note e, soprattutto, è noto il sostanziale insuccesso di questo modello; come del resto testimoniato dal pressoché inesistente accesso alla giustizia derivato da tale tardiva adozione dell'azione di classe "all'italiana" ⁽¹⁰⁾.

Ma a questo, diciamolo pure, fallimento è possibile collegare anche altro; ovvero, altre dimostrazioni di almeno scarsa percezione e capacità di intervento rispetto ai problemi della società per tramite del processo visto in una prospettiva di riforma. Un fenomeno del quale è in particolare da ritenersi emblematica la mancata sensibilità verso i problemi di complicazione del processo, ossia, quelli derivanti dalla complessità di un numero sempre maggiore controversie e dalla correlativa inidoneità del nostro modello processuale a funzionare nel contesto di una società trasformatasi pressoché a ogni livello in una società complessa.

Appare invero quasi sorprendente l'impaccio con il quale presso di noi tale fenomeno di generale complicazione è stato più che

⁽⁹⁾ Uno studio emblematico di come, invero, molto seriamente una parte — decisamente minoritaria — avesse intrapreso la considerazione attenta del fenomeno è notoriamente rappresentato da A. GIUSSANI, *Studi sulle "class actions"*, Padova, 1996, *passim*. Dello stesso autore, in seguito e nel segno di una valutazione ormai compiutamente critica del percorso italiano, che — come si dirà nel testo è pervenuto a produrre ben poco in termini di efficiente configurazione di una soluzione normativa al riguardo — Id., *La nuova azione di classe in Italia*, in *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, II, 2020, 7 ss. (e per dati bibliografici ulteriori le citazioni alla nota n. 3 a p. 8).

⁽¹⁰⁾ In proposito, ad asseverare una valutazione ulteriormente critica dei risultati ai quali si è pervenuti nel nostro ordinamento a un problema di tale rilievo, si v. M. TARUFFO, *La tutela collettiva: interessi in gioco ed esperienze confronto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 530 ss.; L.P. COMOGGIO, *Aspetti processuali della tutela del consumatore*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2007, 323 ss.; A. DONDI, *The Makeshift Italian Class Action: Some Hints*, in 7 *I.J.P.L.*, 2017, 5 ss.

affrontato prevalentemente subito. A tale proposito appare inevitabile constatare che non pare essersi effettivamente avviato nella nostra cultura giuridica un dibattito concernente un serio approfondimento dei problemi posti dal variegato e diffuso manifestarsi di tale fenomeno nella realtà contemporanea. E specie con riferimento alla cultura processuale, occorre aggiungere che l'approccio prevalentemente riservato all'idea di complessità come complessità processuale — ove essa sia stata riconosciuta, incrociata e in qualche modo individuata — sembra essersi per così dire limitato a una generale riduzione del suo impatto e al più all'apprestamento di soluzioni indirette e condizionate dai parametri della cultura precedente. Questa tendenza si è risolta — come dimostra la già più volte citata soluzione fornita ai problemi del processo del lavoro, molto apprezzabile anche in ragione della sua quasi assoluta singolarità — nella concentrazione dell'attenzione e degli sforzi di riforma sulle cosiddette controversie minori, in quanto percepite come le sole virtualmente semplificabili o, *tout court* disciplinabili nel loro percorso processuale. Ed è questa postura che — insieme all'idea supposta del mancato e neppure indiretto coinvolgimento delle fasce meno favorite della società nelle controversie complesse — sembra aver pesantemente condizionato, posposto o più probabilmente escluso la sistemazione del tema delle cosiddette controversie complesse o grandi cause. Tema e ambito che, pertanto, continua a essere sostanzialmente lasciato a margine, come relegato in una sorta di iperuranio di cose sulle quali non risulterebbe né così opportuno né così urgente — ma invero forse soprattutto “improprio” — intervenire disciplinando.

Ma, come dimostra l'estesissimo dibattito da tempo svoltosi e ancora in corso nell'ambito della cultura giuridica statunitense, non è obliandone il rilievo che si perviene a risolvere una questione di assoluta immanenza come quella della complessità sempre più diffusa e invasiva delle controversie civili ⁽¹¹⁾. Invero, la

⁽¹¹⁾ Per un richiamo al riguardo nella nostra dottrina, specie per riferimenti bibliografici di base, v., ad es., A. DONDI, *Aspetti della complessità e riscontri nella nozione di complessità processuale*, in *Elementi per una definizione di complessità processuale*, cit.,

sottovalutazione e l'oblio che al riguardo ha caratterizzato finora l'approccio italiano sembra soprattutto aver prodotto una sostanziale incapacità di congegnare riforme del processo adeguate. E ciò appunto in quanto si è pervenuti al più a confezionare riforme mancanti degli indispensabili interventi sugli snodi tecnici messi a rischio, se non del tutto sconvolti, appunto dalla configurazione come complesse di un numero ormai vastissimo di controversie.

Non solo per i limiti intrinseci di queste considerazioni ma anche per meglio evidenziarne la crucialità, tali snodi si possono sostanzialmente ridurre a due tipi di macro-interventi del resto già da tempo indicati come indispensabili da una parte, peraltro del tutto minoritaria, della nostra dottrina.

Il riferimento è, per un verso, al tema della strutturazione degli atti introduttivi nella prospettiva del loro adeguamento alle esigenze di una descrizione fin dall'inizio della controversia tendenzialmente precisa sul piano fattuale delle rispettive posizioni di parte. Si tratta di una prospettiva evidentemente da collegare all'esigenza di rendere — come si diceva — processualmente gestibile la categoria delle controversie complesse. Un obiettivo da perseguire attraverso la loro impostazione tendenzialmente non lacunosa a cominciare appunto dagli atti introduttivi. E ciò al fine di consentire — assumendo una logica essenzialmente selettiva delle attività del processo — sia la successiva realizzazione di attività di trattazione non dispersive malgrado la complicazione delle circostanze fattuali alla base del conflitto sia la preselezione del materiale da riservare eventualmente alle correlative attività di istruzione probatoria ⁽¹²⁾.

Per altro verso, è anche del tutto palese il collegamento a quanto appena segnalato della questione della creazione di efficaci strumenti di acquisizione del materiale probatorio preventiva-

3 ss. (nonché *passim* con riguardo agli altri relevantissimi saggi ivi contenuti).

⁽¹²⁾ Per limitarci alla nostra letteratura, v., ad es., S. DALLA BONTÀ, *Introduzione della causa tra sostanziazione e individuazione – Premesse storico-ricostruttive*, Napoli, 2018, *passim*; A. DONDI, *Riforma degli atti introduttivi – Il processo statunitense e il processo italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 434 ss.

mente selezionato in quanto effettivamente necessario alla definizione della controversia. E non si può tacere a questo proposito che, come del resto noto, il carattere evidentemente non neutrale di questo tipo di strumentazione ne ha finora nella sostanza impedito un'adozione adeguatamente innovativa di tradizioni risalenti in qualche misura catalogabili come premoderne ⁽¹³⁾. Il riferimento, molto prevedibile, è alla configurazione di meccanismi esibitori utilizzabili e dalle parti e dai nostri giudici civili in maniera simile a quanto accade in pratica in tutti gli ordinamenti europeo-continentali, per non evocare l'esempio epitomico del *discovery* (e del relativo apparato sanzionatorio) in area statunitense e comunque all'interno della cultura giuridica di *common law*. Si deve onestamente riconoscere che tali questioni appaiono ormai “digerite” e comunque diffusamente note all'interno (e pur con i limiti di cui si è detto) della nostra accademia. Ma altrettanto onestamente occorre constatare che nei ricorrenti tentativi di riforma — ed effettive riforme — del processo civile risulta almeno trascurato l'indirizzo sanzionatorio inequivocabilmente presente a questo riguardo in gran parte degli altri ordinamenti ⁽¹⁴⁾.

Si tratta soprattutto di una carenza che si registra a livello di configurazione tecnica dei meccanismi sanzionatori, nel senso quantomeno della loro mancata previsione come appunto meccanismi a forte valenza coercitiva oltreché sanzionatoria ⁽¹⁵⁾. In altri termini, permane tutt'oggi nella disciplina dell'art. 210 c.p.c. — e ciò anche nella versione recentemente riformata — la storica non equiparazione della mancata ottemperanza dell'ordine di esibizione a prova *tout court* negativa dei fatti, con ciò attestando

⁽¹³⁾ In tal senso, ad es., v. V. ANSANELLI, *Filosofie di riforma della fase preparatoria nel processo civile*, Genova, 2021, *passim*.

⁽¹⁴⁾ Come è ormai ampiamente illustrato, anche a livello della nostra manualistica; così, ad es., v. A. DONDI - V. ANSANELLI - P. COMOGLIO, *Processi civili in evoluzione - Una prospettiva comparata*, 2° ed., Milano, 2018, 166 ss.

⁽¹⁵⁾ Per un'ampia considerazione anche in chiave comparata delle questioni culturali alla base della situazione accennata nel testo, si veda, ad es., P. COMOGLIO, *Il processo come fenomeno economico si massa - Problemi di finanziamento e di remunerazione delle controversie civili*, Torino, 2022, 313 ss.

il livello di trasformazione dell'assetto normativo ben al di sotto della previsione a suo tempo contenuta nella proposta Proto Pisani ⁽¹⁶⁾. Al riguardo, sembra in ogni caso doveroso aggiungere che la prova negativa combinata con la cauta previsione di sanzioni pecuniarie costituiscono solo soluzioni molto risalenti e ... deboli nel novero delle conseguenze configurabili per la mancata cooperazione alla raccolta delle informazioni effettivamente utili ai fini dell'appropriata definizione della controversia con una decisione giusta. Ben altro, lo si ripete, è il repertorio delle conseguenze sanzionatorie presente nelle discipline di altri ordinamenti; discipline da catalogare come senz'altro più efficienti in questa prospettiva e provviste sia di una possibile modulazione delle sanzioni sia di una più estesa direzionalità di esse, a includere anche — come nel caso statunitense — l'avvocato ⁽¹⁷⁾.

4. Minimi e molto illusori spunti per il futuro.

Si è ben consci del carattere assolutamente datato delle considerazioni appena svolte e del loro essere frequentemente e da tempo già ricorse come una sorta di tormentone in molti lavori aventi per lo più una prospettiva comparatistica rispetto alle vicende del processo civile e della sua riforma. Ma ribadire con riferimento a pochi punti essenziali — e nella forma di una sorta di sintetico promemoria — le carenze più emblematiche della visuale prevalente in Italia appare forse utile a segnalarne una deriva che oggi risulta manifestare una diffusione che non pare

⁽¹⁶⁾ Per un riferimento basico a tale relevantissimo progetto, v. A. PROTO PISANI, *Per un nuovo codice di procedura civile*, in *Foro it.*, 2009, 1 ss.

⁽¹⁷⁾ Di recente al riguardo, e in analogia con le considerazioni nel testo, v., ad es., A. DONDI - V. ANSANELLI, *Litigios complejos y problemas judiciales desde la perspectiva de la relación abogado-cliente*, in *Revista italo-española de derecho procesal*, 2025, 169 ss. (anche *forthcoming* come A. DONDI - V. ANSANELLI, *Rapporto avvocato-cliente, complessità del conflitto e inquadramento dei problemi del processo*, in *Atti del convegno "Il rapporto avvocato-cliente – Per un sistema integrato di giustizia - Il rapporto avvocato-cliente per un sistema integrato di giustizia*, *Atti del Convegno, Trento 14-15 novembre 2024*, a cura di S. Dalla Bontà, Napoli, 2025, 15 ss.); V. ANSANELLI, *Poteri disciplinari e sanzioni*, *op. loc. cit.*

eccessivo definire pericolosa. Ed è a questo riguardo che, in chiave conclusiva, ci si azzarda a formulare qualche rilievo, in chiave minimamente suggestiva e senza effettive speranze di incidere concretamente sul ... da farsi.

Anzitutto, e recuperando quanto detto in precedenza, un punto che appare da sottolineare come possibile alternativa di carattere generale a una deriva tutt'altro che riformatrice può, e forse deve, consistere nell'assunzione di una diversa prospettiva riguardo al ruolo degli studi istituzionali di diritto. Si dice ciò sulla base dell'idea che spetti appunto istituzionalmente alla nostra università tanto quella che sopra si è indicata come la funzione docente quanto, e nella prospettiva che si propone soprattutto, lo svolgimento competente di una funzione *tout court* di ricerca centrato sui problemi emergenti nella società. Una tale riattribuzione di un ruolo elaborazione dovrebbe corrispondere, per quanto concerne l'area degli studi di diritto, all'assunzione del compito di collegare la ricerca alle crisi e comunque alle carenze davvero presenti nella società. E ciò potrebbe rappresentare un passo essenziale per riavviare e diffondere un approccio di tutela delle situazioni meno favorite; altrettanto probabilmente, con alcuni *side effect* non trascurabili.

L'auspicio è verso una maggiore vitalità della ricerca in campo giuridico, tale anche in quanto caratterizzata da intenti di intervento concreto nella realtà quotidianamente sperimentata (ma occorrerebbe piuttosto dire subita) dalla grande maggioranza dei nostri concittadini ⁽¹⁸⁾. Ciò a intendere che il "referente umano" non appare da considerare affatto marginale o addirittura estraneo all'impegno del giurista, in particolare quando si occupa di giustizia civile. Il che non pare ulteriormente trascurabile da un'accademia giuridica responsabilmente impegnata, specie a fronte

⁽¹⁸⁾ Per un esempio emblematico, oltre che *ratione materiae* a tutti gli effetti non accostabile alla nostra accademia giuridica in quanto riferito a problemi di inquadramento economico e politico dell'attuale congiuntura globale, di una cultura altra e socialmente direzionata, v. di recente E. FELICE, *Manifesto per un'altra economia e un'altra politica*, Milano, 2025, spec. 58, 73, 77.

della palese estensione (comunque mai così netta negli ultimi due secoli) delle disuguaglianze sociali, economiche, culturali e in definitiva anche giuridiche.

La mancata “reattività” dell’accademia a un tanto manifesto stato di cose può invero apparire altrettanto preoccupante costituendo — sia detto con grande cautela e del tutto sommessamente — a sua volta l’indice di una pervasiva decadenza culturale. È questo un fenomeno che trova manifestazione sia, come segnalato in precedenza, con riguardo a capacità percettive che invece fino a un recente passato apparivano del tutto proprie della nostra accademia giuridica sia, e per molti versi soprattutto, rispetto alle esigenze di tutela oggi sempre più incombenti, ancorché non chiaramente ravvisate, all’interno della società. Il tutto a configurare una condizione di insensibilità e disattenzione che invero appare coinvolgere fondamentali scelte ideologiche di fondo.

Salvo lodevolissime eccezioni, permane in effetti del tutto prevalente la tendenza a sforzarsi di fornire *soi-disant* raffinati strumenti tecnici per il mantenimento di uno *status quo* processuale (invero forse non solo processuale) sostanzialmente diseguale. E, comunque, per la conservazione sostanzialmente approblematica dell’idea che l’ambito del processo debba continuare a essere caratterizzato da una condizione di conflitto senza quartiere nonché privo di prospettive di corretta cooperazione fra i suoi “soggetti tecnici”. Un punto di vista che costituisce una condizione pressoché essenziale per il mantenimento della convinzione che la cultura processuale debba soprattutto e proficuamente servire a vincere le cause (o a non farle proseguire in sede propriamente giudiziale per pervenire a più convenienti arbitrati) ma non a rendere il processo civile uno strumento di giustizia sociale effettiva e diffusa.

ABSTRACT: In queste poche pagine si denuncia la diffusa perdita di interesse per la funzione sociale del processo. Una circostanza rilevabile a livello di studi scientifici e di percezione sociale. Ma, soprattutto, una circostanza probabile occasione di pericolose conseguenze.

ABSTRACT: *In these few pages, the author highlights the widespread loss of interest in the social function of civil procedure, a phenomenon observable both in scholarly research and in broader social perception. Above all, this trend appears likely to give rise to potentially dangerous consequences.*

“Game-set-match”: obiettivi, mosse, autoresponsabilità, vittoria e sconfitta nel gioco del processo civile (*)

di ANTONIO BRIGUGLIO

SOMMARIO: 1. Gioco antagonistico e gioco cooperativo sul tavolo del diritto. — 2. Le strategie provvisoriamente concessorie in vista del risultato finale nel gioco antagonistico sportivo. — 3. ...ed in quello processuale. — 4. Teoria dei giochi come razionalizzazione delle decisioni delle parti (antagoniste o cooperanti) l'una rispetto alle scelte dell'altra: termine di confronto ideale per la ADR non aggiudicativa; meno per il processo a causa della presenza del giudice. — 5. Ancora dunque su processo e gioco sportivo; giudice ed arbitro: la complicazione delle strategie predittive quando vi è di mezzo il giudice quale arbitro delle regole del gioco processuale. — 6. *Segue*: e quando vi è di mezzo il giudice quale arbitro delle regole sostanziali. — 7. Riflessioni aggiuntive sulla strategia nella prospettiva esterna al grado di giudizio: tenendo conto del decisore, nel giudizio di appello. — 8. Senza tener conto del decisore, nelle more della impugnazione. — 9. Il legislatore come arbitro sovrano e necessario; l'ingenuità del legislatore di fronte alla umanità delle parti e del giudice affida a volte la contesa processuale al calcolo utilitaristico. — 10. Altre volte invece...; l'impugnazione incidentale tardiva e il dilemma del prigioniero: l'art. 334 c.p.c. è una regola razionale perché evita un eccesso disfunzionale di razionalità strategica delle parti. — 11. Equilibrio di Nash e giustizia del gioco processuale.

1. Gioco antagonistico e gioco cooperativo sul tavolo del diritto.

Il contenzioso civile quando nasce, già prima e fuori dal processo, è sicuramente – se lo si vuole collocare in una delle classificazioni base presupposte alla teoria dei giochi – un “gioco antagonistico”. E non banalmente perché le parti sono in lite, ma perché si riscontra nel contenzioso civile *l'ubi consistam* del gio-

(*) È il testo della relazione tenuta al convegno “Teoria dei giochi e processo civile” (organizzato dalla Università di Messina l'11 aprile 2025), destinato alla pubblicazione nei relativi Atti e anticipato su *Judicium.it*.

co antagonistico: Tizio vuole 100 quale prezzo del cavallo previsto in contratto, Caio non vuol pagare nulla perché il cavallo non gli è stato consegnato, o perché gli è stato consegnato un mulo o un cavallo zoppo, o perché il contratto è nullo; e quindi le risorse cui aspirano i giocatori sono limitate ed esse sono destinate ad essere aggiudicate per intero all'uno o all'altro dei contendenti ovvero ad essere ripartite.

Le trattative contrattuali sono invece tendenzialmente un "gioco cooperativo" perché le parti possono, cooperando, costruire il contratto come vogliono.

Ed infatti: se a fini solutori della lite si imbocca la strada della ADR non aggiudicativa il gioco può trasformarsi in un "gioco non antagonistico" o "cooperativo", ed ancora una volta non nel senso banale che per raggiungere la conciliazione occorre che le parti cooperino (visto che nessuno può impedire che una parte conduca la trattativa conciliativa, proprio in base alla razionalità che innerva la teoria dei giochi, allo scopo di ottenere il massimo risultato utile e perciò di ingannare a fini utilitaristici personali l'altra parte), ma nel senso che non operando (o non operando necessariamente pur quando la lite sia già *apud iudicem*) i limiti dell'oggetto del processo, nulla impedisce che le risorse distribuibili con l'accordo conciliativo si allarghino rispetto a quelle in contesa (il famoso discorso vagamente anglosassone secondo cui per conciliare è meglio, piuttosto che dividere la torta, aggiungere un'altra torta; discorso questo prescindente in realtà da questa o quella cultura delle ADR perché fondato sul più elementare buon senso, sol che occorre che la seconda torta sia disponibile sul tavolo o per lo meno già in forno).

Quando però la soluzione della lite deve passare per il processo il gioco resta indubitabilmente *antagonistico* e non cooperativo; salvi, da un lato, gli schieramenti e le alleanze litisconsortili, e dall'altro i segmenti isolati in cui le parti nel processo cooperano per ottenere dal giudice il risultato ad entrambe più utile: es. cosa è meglio, per entrambe le parti, la estinzione del giudizio per rinuncia agli atti ed accettazione o la dichiarazione di cessazione della materia del contendere?

2. Le strategie provvisoriamente concessorie in vista del risultato finale nel gioco antagonistico sportivo.

Il processo, poi, sebbene fortemente antagonistico, non è uno scontro istantaneo e brutale nel quale *uno actu* prevalga chi nello scontro abbia immesso più forza o più abilità o più furbizia.

Il processo è una sequenza concatenata di atti, eventi, mosse e contromosse in *progress*.

Una strategia razionale della parte nella conduzione di qualsiasi processo, *a fortiori* del processo civile ispirato al principio dispositivo, non consiste dunque nello scegliere volta per volta e nell'immediato la condotta che attribuisce o sembra attribuire un subitaneo vantaggio, bensì nel saper anche ed autorevolmente rinunciare ad un subitaneo vantaggio in vista del risultato finale.

Questo rappresenta secondo me — di là da altri aspetti più filosofici o più estetici evocati dal celebre saggio calamandreiano sul processo come gioco, ovvero più raffinatamente riconducibili alla generale idea del gioco e del processo come ritualizzazioni legittimanti del conflitto — la più evidente affinità tra processo e gioco, sportivo o non sportivo, esclusi naturalmente dalla scena i giochi puramente aleatori e le discipline sportive per così dire di pura e bruta forza (i 100 metri piani *et similia*).

Basti pensare, banalmente, che anche negli scacchi il sacrificio di un pezzo può essere intenzionale e funzionale rispetto a ciò che si immagina possa accadere dopo. E nella “scopa”, per “aggiustare la scopa”, debbo prima fare in modo che quell'alocco del mio avversario si illuda di fare una bella presa lasciando così una sola carta sul tavolo.

Per andare poi al titolo di questa relazione, il sacrificio di un punto o di un game può ben essere intenzionale e funzionale alla vittoria finale del set o della partita di tennis.

Siamo al quinto set entrambi stremati. 2 a 1 per me. Batte lui. 40 a 0 per lui. Lotto ad oltranza per recuperare con poche speranze e perciò rischiando di sprecare energie inutili, oppure gli mollo il game, poi vinco il mio servizio e per il break aspetto qualche

doppio fallo o qualche sua sciocchezza iniziale nel game successivo? Oppure: sono due metri dietro la linea di fondo, il mio avversario fa una bella smorzata, vale la pena che io mi affanni per cercare di raggiungere la palla col rischio di restare senza fiato nei punti successivi o di slogarmi una caviglia, tanto più che, se anche riesco a rispondere alla bell'e meglio, quell'altro mi farà un passante imprevedibile? Certo la scelta dipende da tante cose: chi sono io, chi è l'avversario, a che punto della partita siamo, quanto conta quel punto nella economia complessiva dell'incontro, ecc. Ed il problema è che nello sport tutto questo lo devo calcolare, in realtà intuire, in pochi decimi di secondo: altro che teoria dei giochi a tavolino! Nel processo fortunatamente vi è più tempo e più ponderazione, affinché sull'intuito istantaneo prevalga all'occorrenza la razionalizzazione utilitaristica di tipo logico-matematico, che è poi il segno distintivo della teoria dei giochi.

Anche nel gioco-sport si trovano per altro ampi spazi di razionalizzazione strategica prima o durante la gara ed anche questa razionalizzazione strategica può condurre, più e meglio del semplice intuito istantaneo, al tatticismo della mossa immediatamente ed anche smaccatamente sfavorevole ma favorevole alla lunga. Primi anni '60. Partita di coppa di andata. L'Ignis Varese in Jugoslavia contro una squadra di slavi molto forti e come sempre assatanati. Siamo due punti sotto a due secondi dalla fine. Due tiri liberi per l'Ignis. Asa Nicolich chiama *time out* e dice a Flaborea "Se ti entra il primo, sbaglia il secondo" — "Prego Mister !?!?! Ma si è bevuto il cervello ??????" — "Fai come ti dico e basta! È finito il *time out*... poi vi spiego". Spiegazione razionale: i turni di coppa in realtà si giocavano su due partite, sommandosi i punti fra andata e ritorno; l'Ignis è fuori casa ed è ridotta al lumicino per falli, infortuni e stanchezza psicofisica dei pochi giocatori ancora utilizzabili, intimiditi da un tifo infernale per la squadra di casa; a parte l'irrealistico, ma sempre possibile, evento di un rimbalzo in attacco e canestro *in extremis* dell'Ignis dopo il secondo tiro libero sbagliato e perciò della fortunosa vittoria dell'Ignis per un punto, se invece si segnano entrambi i tiri e si pareggia si va ai

supplementari e l'Ignis becca sicuramente 20 punti non recuperabili nella partita di ritorno; invece se perde di uno o due punti... a Varese li sommergiamo... e così fu.

Non sempre ovviamente: finale olimpica dei 1.500; sono il primatista del mondo dei 5.000 e dei 1.500; secondo un aureo criterio strategico dovrei fare tutto fuorché una gara di testa e stare invece coperto e forzare agli ultimi trecento metri (non devo fare il record, devo vincere). Ma se uno dei miei avversari più forti viene dai 400, ed ora fa 800 e 1.500, ed io non parto subito fortissimo per stroncarlo ed evitare alla fine che la sua maggiore velocità di base mi travolga, non sono uno stratega ma uno sciocco.

3. ...ed in quello processuale.

E nel processo...? Due esempi abbastanza elementari, fra mille e più complessi possibili, di “cedimento” immediato in vista di successivo vantaggio o copertura del rischio, restando all'interno di una isolata vicenda processuale destinata a concludersi con la vittoria o con la sconfitta, e trascurando perciò le tante e complesse situazioni nelle quali un processo non lo si inizia necessariamente per vincerlo ma ad altri più ampi e più indiretti scopi e dunque la strategia abbraccia scenari più ampi.

Primo esempio: l'atto di citazione avversario è penoso; vi si riscontrano incertezze e confusioni palesi riguardo alla *causa petendi*. Se sono alle prime armi, da avvocato del convenuto, faccio subito l'eccezione di nullità; con il bel risultato che se il giudice la accoglie rimette sostanzialmente in termini il mio avversario affinché raddrizzi le gambe (magari con l'aiuto di un nuovo avvocato un po' più provveduto) a quell'atto di citazione zoppo, al quale invece tanto varrebbe inchiodare la controparte fino al momento della rimessione in decisione in vista del risultato finale. Ciò vuol dire che non devo mai fare l'eccezione di nullità per indeterminatezza della *editio actionis*? Ovviamente no: ad esempio la faccio senz'altro se mi rendo conto che la sanatoria senza effetto retroattivo ad opera del mio avversario arriverebbe a termine di prescrizione scaduto.

Secondo esempio: la citazione avversaria non è né ottima né malvagia. Il fatto è però che mi è venuta fuori una comparsa di risposta con i fiocchi quanto al merito. Impostata come l'ha imposta quella citazione, alla cieca rispetto a ciò che potevo rispondergli e documentare e che lui non immaginava, ho stroncato in fatto e in diritto la prospettazione del mio avversario. Solo che in testa alla comparsa — *à la guerre comme à la guerre* — ho messo la solita eccezioncina di incompetenza territoriale, routinaria e piuttosto infondata: un'arma in più, ho pensato. Col bel risultato che se il mio avversario rinuncia agli atti il giudice non deve neanche chiedermi di accettare perché non ho interesse alla prosecuzione di quel giudizio, il quale dunque si estinguerà dando modo al mio avversario di reimpostare la causa con una nuova citazione alla luce di ciò che gli ho già rivelato nel merito. Insomma: per utilizzare ad ogni costo "un arma in più" ho ceduto perniciosamente il pallino strategico al mio avversario. Tanto valeva sacrificare quell'arma, solo apparentemente vantaggiosa nell'immediato.

Anche il mio avversario del resto: se per avventura l'eccezione di incompetenza territoriale viene accolta, egli dovrebbe ben guardarsi (salvo, al solito, il rischio di prescrizione) dall'imboccare, nella situazione data, la via astrattamente favorevole all'attore che il legislatore gli offre con la tempestiva riassunzione del medesimo giudizio innanzi al giudice indicato come competente, piuttosto che reimpostare un nuovo giudizio con una nuova citazione, alla luce di ciò che nel frattempo ha saputo riguardo alla mia linea difensiva.

4. Teoria dei giochi come razionalizzazione delle decisioni delle parti (antagoniste o cooperanti) l'una rispetto alle scelte dell'altra: termine di confronto ideale per la ADR non agiudicativa; meno per il processo a causa della presenza del giudice.

Il titolo della relazione, ed anche le precedenti premesse, vi-
rano dal gioco non sportivo al gioco sportivo.

Perché? Perché come è noto la teoria dei giochi è anche una teoria delle decisioni, ma si differenzia dalla teoria delle decisioni

in senso puro perché quest'ultima è un modo di razionalizzare la decisione di fronte ad una situazione solo oggettiva più o meno connotata da aleatorietà e incertezza, mentre la TDG è un modo di razionalizzare la decisione tenendo conto soprattutto di cosa farà o potrà fare il decisore concorrente. Questo ovviamente avvicina la razionalità della teoria dei giochi alla razionalità, sebbene non necessariamente matematica ma anche eminentemente empirica ed intuitiva, che l'avvocato applica nel processo civile.

Ciò che poi sposta l'asse verso il gioco-sport, e lo allontana dalla teoria dei giochi almeno nelle sue prevalenti epifanie, è che in pochissimi giochi propriamente detti c'è un arbitro propriamente detto, mentre un arbitro c'è in tutti gli sport, perfino nel braccio di ferro.

In altri termini: la naturale "empatia" fra teoria dei giochi e universo giuridico è data dalla circostanza che isolando una singola vicenda giuridica concreta i suoi protagonisti, come accade nelle situazioni oligopolistiche in relazione alle quali la teoria dei giochi è specialmente significativa, sono relativamente pochi ed è dunque postulabile che la condotta ottimale che ciascuno dovrebbe adottare dipenda dalle scelte di un altro o degli altri protagonisti. Ma quanto alla vicenda processuale questa circostanza viene messa in crisi dalla presenza del giudice in posizione di terzietà, che di solito le teorie dei giochi non considerano (sebbene, ai fini dello sviluppo della IA in funzione predittivo/statistica — e per carità mai decisoria — degli esiti processuali, sarebbe assai utile che economisti e matematici implementassero le teorie dei giochi con particolare attenzione alla presenza del terzo decisore equidistante fra le parti).

E quindi nello sport come nel processo la singola "mossa" o "giocata" del concorrente deve tenere conto di quello che ha fatto o potrà fare l'altro concorrente, ma anche di quello che ha fatto o potrà fare l'arbitro-giudice.

Certo vi sono segmenti, nella vicenda contenziosa, in cui l'arbitro-giudice è momentaneamente assente e occorre considerare in via predittiva solo cosa potrà fare l'avversario, e perciò la teo-

ria dei giochi riprende campo: ad esempio il segmento corrispondente alle more della impugnazione. Ci torneremo brevemente alla fine.

Come pure la teoria dei giochi in senso classico riprende campo quando, sul fronte del contenzioso civile, si tratti di metodologie di ADR non aggiudicativa.

Vi sono varie formalizzazioni dei percorsi conciliativi che traggono linfa da acquisizioni della teoria dei giochi o per lo meno si ispirano alle impostazioni logiche della teoria dei giochi ovvero si prestano ad essere gestite strategicamente attraverso la teoria dei giochi: il terzo conciliatore individua e non rivela una via di mezzo non aritmetica ma a suo avviso equa tra le opposte pretese; le parti mettono in busta le rispettive proposte; vince la proposta che più si avvicina alla via di mezzo; se Tizio, che chiedeva in partenza 100, esagera nella riduzione rischia che il prevalere della sua proposta conciliativa favorisca inaspettatamente l'avversario Caio che in partenza rifiutava *in toto* il pagamento; se invece è troppo tirato nella riduzione rischia che prevalga la proposta di Caio, più "normale" ma in definitiva a Caio ben più favorevole rispetto alla linea mediana; e viceversa.

Oppure si consideri la in parte affine "clausola della roulette russa" per la soluzione delle situazioni di stallo societario (offro di comprare la partecipazione altrui fissando un prezzo, che devo però accettare se l'altro mi risponde che invece compra lui la mia); clausola che risponde ad una logica singolarmente analoga a quella del giuramento decisorio e del suo riferimento come metodo di soluzione non decisorio/gnoseologico bensì fideistico/aleatorio delle liti giudiziali.

5. Ancora dunque su processo e gioco sportivo; giudice ed arbitro: la complicazione delle strategie predittive quando vi è di mezzo il giudice quale arbitro delle regole del gioco processuale.

Quando però c'è di mezzo l'arbitro-giudice il piano comparativo — che come dicevo preferisco svolgere rispetto al gioco

sportivo — si complica e si arricchisce. E viene messa in crisi la naturale “empatia” fra teoria dei giochi e mondo del diritto.

Il giudice è un arbitro che sta lì a far rispettare le regole del gioco dettagliatamente prefissate, come l’arbitro del tennis, oppure le crea almeno in parte a seconda di ciò che accade sul campo, sia pure sulla base di “principi”, come gli arbitri di alcuni (pochi) sport (ad esempio il pugilato)?

Sul piano giuridico questa domanda corrisponde all’interrogarsi sul rapporto fra il giudice e le regole del processo: quanto siano suscettibili di interpretazione più o meno creativa le regole del processo, o se si vuole in che misura sono meno ampi (ed anche meno mutevoli nel tempo) i margini interpretativi delle norme processuali rispetto a quelli delle norme sostanziali; quale il grado di discrezionalità o di *case management* del giudice nel governare il processo ecc.

Per incidens aggiungo solo che nel processo come nello sport (ma anche nei giochi non sportivi) occorrerebbe sempre astenersi dal trasformare in regole del gioco quelle che sono solo regole (o meglio accorgimenti) per giocare meglio. Le regole per giocare meglio sono e devono restare rispetto al processo, come accade di solito nello sport, regole e pratiche di allenamento-predisposizione-prestazione del giocatore e di esse non devono preoccuparsi né il giudice né il legislatore. O per meglio dire il giudice si farà sempre condizionare, in ogni sua decisione interinale o finale, da chi gioca meglio e cioè da chi spende più efficacemente le proprie ragioni, ma né lui né tanto meno il legislatore dovrebbero poter imporre *a priori*, come regola del gioco, di giocare secondo un certo standard qualitativo. Dal che ad esempio la sostanziale vacuità e però anche la pericolosa irrazionalità della attuale mania del nostro legislatore riguardo a “chiarezza e sinteticità” degli atti processuali.

Ma torniamo al giudice come arbitro sportivo ed alla comparazione fra processo e gioco sportivo.

La complicazione di una strategia processuale predittiva quando c’è di mezzo il giudice quale arbitro delle regole del gio-

co processuale dipende soprattutto dal quoziente di ponderabilità o imponderabilità della condotta futura del giudice, dal quale discende anche (pur se non solo da lì) il quoziente di imponderabilità della risposta del concorrente.

A misura che sia poco ponderabile la risposta del giudice ad una “mossa” processuale, il concorrente, e cioè la parte che deve scegliere se intraprenderla, scontrerà anche una maggiore imponderabilità della intermedia “contromossa” dell’avversario, perché anche questa non potrà essere del tutto orientata dalla sicurezza della finale risposta del giudice.

Ad esempio:

(i) se sono il convenuto e inserisco nella comparsa di risposta una riconvenzionale, so già con certezza che il giudice dovrà ammetterla avendo ben pochi margini interpretativi rispetto all’art. 167 c.p.c e qualcuno in più rispetto alle ormai effimere costrizioni oggettive *ex art. 36* riguardo alla connessione anche debole fra riconvenzionale e principale; perciò l’unico vero rischio che devo ponderare rispetto alla contromossa dell’attore è che questi risponda con una *reconventio reconventionis*, e allora devo ragionare su quale *reconventio reconventionis* sia ipotizzabile, quanto possa preoccuparmi, quali siano i margini, per altro ben decifrabili, di sua concreta ammissibilità sotto il profilo del suo necessario collegamento reattivo alla mia riconvenzionale, posto che riguardo alla ammissibilità astratta e cioè alla possibilità del suo inserimento nella seconda memoria *ex art. 171-ter* il giudice non avrà dubbi.

(ii) Ma se sono il convenuto e inserisco nella comparsa una riconvenzionale o una eccezione che potrebbero stimolare l’attore ad una conseguenziale chiamata di terzo in causa, posso ragionare strategicamente quanto voglio sulla non convenienza o convenienza di ciò rispetto a quello che farà il mio avversario (la partecipazione del terzo mi esporrà ad una sua domanda trasversale e la cosa non mi conviene, oppure la partecipazione del terzo impedirà che questi sia sentito come testimone e la cosa mi conviene); ma qualunque calcolo di costi/benefici (dove fra i be-

nefici sono ovviamente da annoverarsi anzitutto quelli intrinseci, maggiori o minori, della mia domanda riconvenzionale o della mia eccezione) rispetto a come potrà replicare il mio avversario sarà un fare i conti senza l'oste; perché il giudice di merito — grazie ad un improvvido indirizzo della Cassazione — ha ormai una amplissima discrezionalità nell'autorizzare o non autorizzare la chiamata in causa; e dunque non mi basta solo dare per scontato in via predittiva che il mio avversario può sicuramente chiedere l'autorizzazione alla chiamata nella memoria successiva, ma devo sempre in via predittiva (alquanto aleatoria) cercare di prevedere se quel giudice autorizzerà o no la chiamata (il che oggi vuol dire non solo prevedere se considererà la richiesta di chiamata davvero conseguenza della mia riconvenzionale o eccezione, e cioè preconizzare la concreta applicazione di una norma processuale puntuale sulla ammissibilità della chiamata da parte dell'attore, ma anche e soprattutto — e la cosa è ovviamente molto più difficile — preconizzare l'uso che il giudice farà del suo potere discrezionale).

(iii) Ancora: in un sistema di prova esclusivamente legale o esclusivamente tassata, e cioè pesata *a priori* dal legislatore quanto alla efficacia del mezzo rispetto al risultato, ciascuna parte compie le sue valutazioni, sulla scelta quantitativa e qualitativa dei mezzi di prova, in correlazione con ciò che potrà verosimilmente fare, contemporaneamente in prova diretta o successivamente in prova contraria, l'avversario, tenendo sì conto anche di quello che *a posteriori* farà il giudice in punto di ammissibilità della prova, e però sulla base di norme predeterminate quanto al profilo della sua valutazione, norme che il giudice deve solo interpretare, alquanto meccanicamente, ed applicare al caso concreto; invece in un sistema come il nostro attuale, ove vige come regola, e perciò per le prove libere e per le prove atipiche, il criterio indeterminato del prudente apprezzamento riguardo alla valutazione della efficacia probatoria del mezzo e questa valutazione ampiamente discrezionale è compiuta ovviamente al momento della decisione senza dunque che la parte possa aggiustare il tiro probatorio, la

prognosi strategica è molto più difficile e complicata rispetto a ciò che penserà il giudice del prudente apprezzamento; detto in termini più icastici: so di avere un onere probatorio, posso stabilire *a priori* e secondo regole ragionevolmente decifrabili fin dove esso oggettivamente si estende, ma non posso stabilire, se non con larga approssimazione, cosa mi serve per assolverlo se non dopo che il giudice ha valutato secondo il suo prudente apprezzamento, e cioè con amplissima discrezionalità, la concludenza nonché la sufficiente o meno efficacia probatoria dei mezzi di prova che ho utilizzato, e ciò quando ormai almeno *de facto* è tendenzialmente troppo tardi per rimediare.

(iv) Affine a quest'ultimo è poi il grande tema — troppo complesso per essere sceverato qui — dalla dinamica contrapposta fra graduazione per scelta strategica della parte e potere di assorbimento esercitato *a posteriori* dal giudice. Mi limito a rammentare il profilo più semplice: posso ordinare come voglio le mie domande come pure i miei argomenti difensivi e le mie eccezioni, ma mentre la graduazione delle prime è di regola vincolante per il giudice, la graduazione delle difese e delle eccezioni è esposta, oltre che ad una considerazione giudiziale *ex post* diversa del loro astratto ordine logico, soprattutto alla eventuale scelta giudiziale della questione più liquida.

6. Segue: e quando vi è di mezzo il giudice quale arbitro delle regole sostanziali.

Il profilo della prova e quello dell'ordine delle questioni ci avvicinano alla decisione di merito ed alla applicazione del diritto sostanziale nel processo.

Ed in proposito i margini di imponderabilità riguardo a ciò che farà o non farà il giudice:

- da un lato incidono direttamente sull'esito finale e cioè sulla vittoria e la sconfitta;
- d'altro lato sono ben maggiori che quanto alla applicazione della legge processuale, in primo luogo perché coinvolgono il giudizio su un fatto che non è processuale (ovvero

extra processuale ma di relativamente facile apprensione: la localizzazione del convenuto ai fini della applicazione della regola sulla competenza territoriale), bensì è un fatto extra processuale e di solito anche storico e comunque di difficile ricostruzione; e in secondo luogo perché coinvolgono altresì la meno stabile, più mutevole ed aleatoria interpretazione astratta, e specialmente concreta, della legge sostanziale.

Da entrambi questi punti di vista l'arbitro sportivo che è più avvicinabile al giudice non è ovviamente quello del tennis o del calcio o del basket, cioè quello che si limita a garantire il rispetto delle regole del gioco, ma quello che decide e premia — con valutazione di merito largamente discrezionale pur se riconducibile anche essa a regole o criteri valutativi — chi ha giocato meglio; insomma parlo dell'arbitro o meglio della giuria dei tuffi o della ginnastica (in parte anche del pugilato quando la vittoria è assegnata "ai punti"). *Per incidens*: nello sport in questi casi — siccome non è mai dato assicurare la terzietà ed imparzialità della giuria al livello delle garanzie istituzionali, nonché preventive o successive che presiedono alla imparzialità del giudice — si fa alla buona e sul piano stocastico: si eliminano dal conteggio il voto più alto ed il voto più basso.

Ma quando c'è di mezzo il giudice che decide il merito della lite, la teoria dei giochi c'entra ben poco, anche ove ritenessimo di riguadagnarne le strutture logiche adeguandole alla presenza ed alle mosse non solo della controparte ma del terzo equidistante. E ciò perché evidentemente sulla mossa decisoria finale del terzo equidistante è possibile fare una prognosi, ma non determinare — se restiamo all'interno del grado di giudizio — quali potrebbero essere le eventuali contromosse (perché non ci sarà più spazio per esse), né dunque ha senso più di tanto calcolare costi e benefici delle scelte strategiche perché i margini della strategia si riducono o si limitano al rapporto fra me e il giudice.

Quel calcolo nel processo come sequenza di atti e fasi dovrebbe essere sempre proiettato — come ho lasciato intendere in apertura — ben oltre l'immediata convenienza della mossa

rispetto alla immediatamente successiva contromossa ed invece nella tendenziale prospettiva della sequenza prolungata. Ma in vista della decisione di merito vi è, invece, la constatazione ovvia — in relazione alla quale non vi è bisogno di scomodare alcuna teoria dei giochi bensì soltanto la retorica e la logica argomentativa — secondo cui arrivati alla fine della gara, secondo il percorso che il concatenarsi delle opzioni processuali mie, del mio avversario e del giudice ha definito (percorso che può certo incidere anche sulla decisione di merito ma ormai quel che è fatto è fatto), ogni sforzo argomentativo idoneo alla decisione favorevole è un puro beneficio, ed ogni argomento inidoneo o controproducente un puro costo.

7. Riflessioni aggiuntive sulla strategia nella prospettiva esterna al grado di giudizio: tenendo conto del decisore, nel giudizio di appello.

Ciò, ben inteso, se la prospettiva resta interna al grado.

Se invece ci si proietta già verso il grado successivo vi sono occasionali spazi di riflessione logica e razionale, sia pure rudimentale, che vanno al di là del semplice “*citius, altius, fortius*” e cioè del semplice sforzo finale per la vittoria ad ogni costo.

Sono appellante. Il mio primo motivo d’appello in ordine logico è fondatissimo: il Tribunale ha accolto la domanda principale del mio avversario, senza neppure esaminare la mia eccezione di simulazione, ritenendo, in base ad un ragionamento del tutto confuso e cervelotico, solo quest’ultima e non la domanda principale attratta alla competenza arbitrale in virtù di una clausola compromissoria contenuta in realtà in un contratto diverso da quello cui la simulazione si riferisce. Insomma una palese follia.

Sennonché, accolto questo motivo, la Corte d’appello dovrebbe entrare per la prima volta nel merito della mia eccezione di simulazione, ed allora sarebbero dolori perché la prova della simulazione con ogni probabilità non c’è.

La Corte d’Appello, superficiale e distratta, ha già respinto la mia istanza di inibitoria frettolosamente dicendo che tutti i moti-

vi, compreso quel primo fondatissimo motivo, non sono manifestamente fondati ed escludendo altresì il *periculum*.

A questo punto, posto che contro il rigetto della inibitoria non ho praticamente nulla da fare e l'istanza di inibitoria non è riproponibile se non per circostanze sopravvenute (che non ho), e posto che è difficilissimo far cambiare idea ad un giudice specie se superficiale, mi si può prospettare il seguente scenario strategico: forse è meglio che la Corte d'appello decida altrettanto velocemente e frettolosamente nel merito, respingendo il primo motivo e confermando *in toto* la sentenza di primo grado senza perciò occuparsi della eccezione di simulazione. In questo caso vado subito in Cassazione con un motivo molto forte, tale da impensierire notevolmente il mio avversario, ed il cui accoglimento determinerà una cassazione con rinvio e perciò una prosecuzione per qualche anno del giudizio in appello. Altrimenti, se la Corte d'appello decidesse per la fondatezza del mio primo motivo dovrebbe, non brevemente, trattare ed istruire il merito della mia eccezione di simulazione ed in proposito mi darebbe verosimilmente torto in fatto, in modo da obbligarmi semmai ad un ricorso per cassazione assolutamente avventuroso che non impensierirebbe minimamente il mio avversario.

Insomma e paradossalmente: meglio aver torto subito in appello ed avere più *chances* successive in Cassazione, che aver torto comunque più in là ed in modo di per sé irrimediabile in Cassazione.

Questo tipo di approccio strategico sconta ovviamente una serie di considerazioni *extra* processuali, ed in primo luogo: mi conviene prolungare la lite a scopo transattivo? Posso gestire la esposizione alla esecuzione forzata della sentenza di primo grado in modo da non pregiudicare la eventuale transazione?

Se mi determino strategicamente e scelgo la strada che ho detto — se la Corte d'Appello deve darmi torto (come probabilmente sarà) è preferibile che lo faccia subito ed occupandosi solo del mio primo motivo con assorbimento di tutto il resto — altro discorso sarà poi come veicolare formalmente questo intendimento.

E qui subentra nuovamente la retorica processuale, posto che a questo punto, nel gioco del processo, il mio avversario diventa il giudice. Non posso dire o far capire schiettamente “Cara Corte d’appello dammi torto subito così ti aggiusto io in Cassazione e poi si vedrà, intanto impensierisco il mio avversario e lo induco ad una transazione”.

Quindi dirò o scriverò: “Sono convinto della piena fondatezza anzitutto del mio primo motivo, nonostante quello che avete scritto nella ordinanza interinale. Perciò siccome l’unico modo per eliminare il titolo esecutivo contro di me è una pronunzia rescindente, si rinviì subito per la discussione orale e si faccia una vostra sentenza non definitiva e si rimetta poi in istruttoria per il merito riguardo alla eccezione di simulazione”.

Delle due l’una: o, cosa molto improbabile, ci ripensano sul serio e seguono la via formalmente indicata e allora l’effetto deterrente in mio favore ai fini di una eventuale transazione sarà equivalente a quello che otterrei con un ricorso in cassazione contro la pedissequa conferma della sentenza di primo grado, e per di più immediato; oppure ritengono che in realtà sia del tutto agevole, dopo avermi dato torto sulla inibitoria, tornare a darmi torto velocemente e per la via più breve con la sentenza e che il modo più semplice sia respingere, all’esito di ravvicinata discussione orale, il mio primo motivo con assorbimento di tutto il resto, e così ho ottenuto non certo quello che formalmente chiedevo, ma almeno quello che speravo come più probabile male minore.

8. Senza tener conto del decisore, nelle more della impugnazione.

Nello spazio temporale e logico che corre tra la sentenza e la impugnazione della medesima il giudice scompare (non scompare ovviamente la giurisprudenza come fonte integrativa delle regole processuali concrete da applicare) e ci sono solo le parti. Le quali muovono le pedine — impugnazione sì o no, e se sì come e quando — nell’ambito comunque di regole del gioco segnate dal legislatore.

È qui dunque che la teoria dei giochi in senso classico riprende importanza. Riprende importanza cioè il calcolo razionale dei costi e benefici della mia mossa solo in relazione alla precedente mossa ed alla possibile futura mossa dell'avversario, senza per il momento l'incognita di ciò che farà il terzo decisore.

Esempio classico e assai banale, dove la logica del gioco si colora anche di prognosi per così dire psicologica, certamente non estranea alla teoria dei giochi sotto il profilo della informazione sulle preferenze dei giocatori.

Stravincio in primo grado. Notifico o non notifico la sentenza? La regola del gioco mi assegna un vantaggio se notifico: decorrono solo trenta giorni invece che sei mesi per l'impugnazione avversaria. Ma appunto perciò qualunque avvocato si chiederà se proprio la notifica non possa avere l'effetto di stimolare subito una impugnazione foss'anche pretestuosa, mentre nel decorso del termine lungo l'attenzione della controparte sulla controversia può diminuire, i rapporti fra la controparte ed il suo legale si possono slabbrare ecc... ed insomma può darsi che le probabilità che la sentenza a me favorevole passi serenamente in giudicato siano perfino maggiori se non notifico.

9. Il legislatore come arbitro sovrano e necessario; l'ingenuità del legislatore di fronte alla umanità delle parti e del giudice affida a volte la contesa processuale al calcolo utilitaristico.

Vorrei però ora affrontare un tema più complesso e più rilevante sul piano dei principî.

Questo il tema: il legislatore — specialmente quando le conseguenze delle mosse delle parti non sono moderabili o modulabili dal potere discrezionale del giudice — non dovrebbe abbandonare le parti alla teoria dei giochi o a qualcosa di simile. Dovrebbe cioè porre le regole del gioco in modo che l'esercizio razionale del calcolo costi-benefici delle mosse di parte non conduca a risultati iniqui o ingiusti, o comunque sconvenienti per la generale funzionalità della giurisdizione civile.

Questo tipo di ragionamento ci avvicina *a contrario* a quello pessimistico di Calamandrei nel celebre saggio, al rilievo cioè secondo cui il legislatore processuale è stato in realtà molto ingenuo (ed in taluni casi, ma solo in taluni casi, è davvero così) nel dettare le regole processuali immaginando che i destinatari, e cioè le parti ed all'occorrenza anche il giudice, siano molto migliori sul piano etico di quello che sono, nonché — aggiungo io — senza fare i conti con i profili umani e psicologici.

Tanto per capirci:

(i) le parti di un processo civile non sono Federer e Nadal separati da una rete, ed insomma, pur quando nei limiti del consentito, esse tendono a profittare di ogni possibilità per nuocere all'avversario. La regola sul deposito di conclusionale e replica non prevede che si abbia diritto alla seconda solo se si è depositata la prima, e per quanto ci si sforzi, eventualmente invocando il debolissimo art. 88 c.p.c., e si trovino occasionali pronunce di merito in senso diverso, non ha davvero alcun fondamento normativo affermare che la memoria di replica è inammissibile se non preceduta dalla conclusionale. Ecco un esempio di "ingenuità" legislativa: per quanto callido e riprovevole, l'*escamotage* alle volte utilizzato di riservarsi a sorpresa l'ultimissima parola, ben inteso solo argomentativa in fatto o in diritto, depositando unicamente la replica senza preannunciare nulla in conclusionale neppure depositandola o depositandone una solo "di stile", dà luogo essenzialmente a sterili lamentele e ancor più sterili minacce di esposto al consiglio dell'ordine.

(ii) E quanto al giudice: egli dovrebbe arbitrare non solo imparzialmente ma anche ispirandosi al "vinca il migliore" non nel senso del più bravo o più abile, ma nel senso di chi lo merita di più secondo giustizia. Sennonché, nei limiti della decenza, la subliminale aspirazione, oltre che alla giustizia, al minimo sforzo decisivo è umana, se non del tutto commendevole, anche da parte del giudice. Ed insomma, per paradossale che possa sembrare, una eccezione di inammissibilità o improcedibilità della impugnazione risulta avvantaggiata in Corte d'appello perché il suo

accoglimento risparmia al giudice lo sciopparsi svariati faldoni e complicatissime questioni ed indagini sul merito; ma quando si ricorre in Cassazione contro una siffatta declaratoria di inammissibilità dell'appello ecco che questa volta risulta avvantaggiato o per lo meno non svantaggiato il ricorso, e la Corte di Cassazione si ammantava di sano e moderno anti formalismo; tanto, che le costa?! i faticosi faldoni se li sciopperà il giudice di rinvio. Il che dovrebbe indurre il legislatore (e dietro di lui la giurisprudenza di vertice), su fondamento psicologico ed in controtendenza rispetto a quanto è accaduto negli ultimi decenni, ad attenuare largamente piuttosto che inasprire la condizione di ammissibilità dell'appello e delle deduzioni in appello.

10. Altre volte invece...; l'impugnazione incidentale tardiva e il dilemma del prigioniero: l'art. 334 c.p.c. è una regola razionale perché evita un eccesso disfunzionale di razionalità strategica delle parti.

Ma torniamo ottimisticamente ai casi in cui il legislatore è stato invece avveduto.

Un esempio di regola processuale virtuosa nel senso cui sopra accennavo, in materia di impugnazioni e rivolta alle parti in un momento in cui il giudice non c'è, è l'art. 334 c.p.c., e cioè la regola che ammette l'impugnazione incidentale tardiva (solo condizionandone *ex post* la procedibilità alla ammissibilità e procedibilità della impugnazione e principale).

Cosa accadrebbe se questa regola non vi fosse e cioè se l'impugnazione incidentale potesse essere solo tempestiva e cioè formulata ammissibilmente con la risposta alla impugnazione principale ma solo se questa risposta è prodotta entro i termini generali di impugnazione?

In breve (e salvi i casi in cui il pressante stimolo alla impugnazione sia dato dalla necessità di richiedere l'inibitoria): in caso di soccombenza reciproca entrambe le parti sarebbero spinte dalla razionalità logica ad impugnare all'ultimo momento utile, o quasi, prima della scadenza del termine, e ciò per non stimolare e

consentire la impugnazione incidentale dell'altra parte, o comunque per lasciare a questa pochissimo spazio di manovra.

Perciò anche chi è soccombente “abbastanza” ma è nel dubbio se gli convenga impugnare e cioè sulla eventualità che in sede di gravame possa finirgli *in pejus*, o perfino chi è “molto” soccombente troverebbe conveniente impugnare al termine della scadenza. Ma — in un sistema che non conosce la “*Beschwer*” (e cioè la misura della soccombenza) come filtro astratto di ammissibilità del gravame — anche la parte “poco” soccombente troverebbe conveniente impugnare all'ultimo momento utile o comunque risolversi ad impugnare del tutto a prescindere dalla impugnazione altrui (non si sa mai... meglio non perdere la *chance* di un risultato economicamente ancor più favorevole all'esito del gravame o per lo meno la *chance* di una pressione strategica sulla controparte e sul giudice del grado successivo).

Sì avrà insomma qualcosa di molto simile all'equilibrio di Nash nel “dilemma del prigioniero”: i due prigionieri, gli unici presenti sul luogo dell'omicidio, sono in celle diverse e non comunicano fra loro; se entrambi tacciono saranno assolti per insufficienza di prove; se entrambi parlano saranno condannati entrambi; se uno parla e l'altro tace quest'ultimo sarà condannato ad una pena ancor più pesante e l'altro sarà assolto; *ergo* tenderanno a parlare entrambi.

E qui le parti del primo grado — se come i prigionieri non comunicano e cioè se non si mettono d'accordo, il che nella dinamica del processo civile vuol dire di regola non impugnare entrambe e transigere la lite — tenderebbero ad impugnare entrambe all'ultimo momento utile.

Il risultato — anche a prescindere da tatticismi e trabocchetti ad esito sconveniente — sarebbe in linea generale disfunzionale perché aumenterebbero statisticamente le impugnazioni contrapposte e perciò e comunque il numero delle impugnazioni; e soprattutto aumenterebbe il numero delle impugnazioni bagatellari o poco più che bagatellari o economicamente ed esistenzialmente poco significative per l'impugnante, non provocate dalla effettiva impugnazione altrui ma solo dal suo rischio.

E teniamo presente che, al di là della misura della soccombenza, la impugnazione incidentale, specialmente in caso di soccombenza reciproca su capi distinti, è un'arma strategica, aggiuntiva rispetto alla semplice difesa dalla impugnazione altrui, che il soccombente parziale merita per ragioni di equilibrio e per condizionare su di un piano paritetico lo stimolo alla transazione in corso di impugnazione. E perciò non sarebbe giusto mortificare quest'arma precludendola solo perché l'impugnante principale ha impugnato all'ultimo giorno, e neppure sarebbe giusto costringere chi vorrebbe utilizzarla semmai e solo in via incidentale a sparare invece alla cieca una impugnazione principale all'ultimo giorno nella incertezza riguardo al se l'altro abbia impugnato anche lui all'ultimo giorno.

In conclusione la regola dell'art. 334 c.p.c. è una regola razionale perché evita un eccesso disfunzionale di razionalità strategica delle parti.

E questa regola deve perciò espandersi secondo la volontà del legislatore che non pone altri limiti ad essa salvo quelli che espressamente pone. Giusto fu dunque tanti anni fa che le Sezioni Unite mutassero giurisprudenza riguardo agli irrazionali limiti oggettivi alla impugnazione incidentale tardiva. E vi è poi ancora da lavorare riguardo ai residui limiti soggettivi. Anzi la perdurante incertezza interpretativo-applicativa sulla eventuale inammissibilità della impugnazione incidentale tardiva in ragione di presunti limiti soggettivi spinge occasionalmente le parti a ricercare uno sconveniente equilibrio di Nash.

11. Equilibrio di Nash e giustizia del gioco processuale.

Il tutto ci riporta al punto di partenza.

L'equilibrio di Nash e moltissime altre anche meno celebri o più complicate epifanie della teoria dei giochi ed in particolare dei giochi antagonistici (l'"ottimo" di Pareto, gli sviluppi cd. bayesiani dei teoremi di Nash e così via) sono schematizzazioni strategico-razionali delle scelte più convenienti pensate essenzialmente ovvero opportunamente adattabili specialmente per il

mondo dell'economia. Ed il mondo dell'economia, per quanto oggi sempre più regolato, resta un mondo in cui sulle regole prevale l'oggettività materiale o comunque i macro e micro eventi esterni e non determinabili, nonché le stesse condotte e scelte umane in quanto tali e non pre-regolate, e soprattutto i rapporti contingenti di forza fra i *player*: le condotte e le scelte dei player del mondo dell'economia determinano insomma i risultati economici molto più di quanto non li determinino le regole che dovrebbero orientare o condizionare quelle condotte.

Inoltre la situazione di partenza del gioco economico e cioè il campo da gioco e le sue regole rudimentali possono risultare sommamente ingiuste senza che il diritto possa farci nulla. Sicché l'esito del gioco dettato dalle condotte razionali dei partecipanti nella situazione data si porterà comunque dietro, oltre che un ingiusto margine di alea, anche l'ingiustizia brutale della situazione di partenza.

Facciamo un esempio.

Il campo di gioco è la ripartizione di 100. Le regole brutali sono solo due, entrambe sommamente ingiuste: propone la ripartizione Tizio con offerta minima 5, e Caio risponde; se Caio accetta l'offerta di Tizio, la somma viene conformemente ripartita, se Caio rifiuta restano all'asciutto entrambi. Fine dei giochi. È una situazione questa — non regolata a monte secondo diritto e giustizia anche perché condizionata da fattori oggettivi esterni non governabili che hanno imposto quella regola brutale — che si può verificare spesso nel mondo della economia o della politica.

Qual è razionalmente l'offerta più conveniente per Tizio? 5 oppure qualcosa in più, diciamo 30? Non è affatto detto, come pure si potrebbe pensare, che l'offerta razionalmente più conveniente sia 5.

È vero infatti che Caio potrebbe a sua volta razionalizzare la risposta nel seguente modo: se rifiuto non prendo niente, meglio 5 di niente. Ma non si può trascurare che se Caio rifiuta anche Tizio non prende niente, e che dunque Tizio non può correre il rischio statistico sulla "preferenza" di Caio, e che cioè Caio ragioni che 5 e 0 sono in fin dei conti molto simili e perciò rifiuti.

Dunque Tizio dovrebbe razionalmente offrire quel qualcosa in più — 30 appunto — che risulti per Caio ragionevolmente più significativo rispetto allo 0 in modo da indurlo con ragionevole certezza ad accettare.

Il risultato del gioco sarà comunque iniquo e contrario al *suum cuique tribuere*. Se Caio accetta Tizio avrà preso più del doppio di Caio sol perché solo a lui spettava la proposta. Se Caio rifiuta va del tutto sprecata una risorsa destinata ad entrambi.

Proviamo ora a sovrapporre il diritto. Un modo plausibile è di immaginare che vi sia una lite e che quel gioco brutale corrisponda solo alla organizzazione di una fase previa di media-conciliazione cui poi seguirà, se Caio rifiuta la proposta, un giudizio.

Allora sì le valutazioni razionali di Tizio dovranno tenere conto del rischio causa e cioè dell'esito possibile di un giudizio, nonché — quanto alle “preferenze” di Caio — della immaginabile percezione del rischio-causa anche da parte di Caio. Ed ecco che la proposta di Tizio, assai più prudente e favorevole all'avversario, se accettata da Caio, darà luogo ad un risultato transattivo molto più vicino a giustizia; e se non accettata il successivo risultato giudiziale sarà per definizione giusto.

Il diritto è fatto essenzialmente di regole e di regole per definizione “giuste”. Il gioco antagonistico del diritto e del processo è e deve essere un gioco iper-regolato proprio perché esso sia sottratto il più possibile a scelte, svolgimenti e risultati razionalizzabili e preconizzabili solo mediante elaborazioni matematiche di tipo economicistico quali sono tendenzialmente quelle delle teorie dei giochi. E le regole dovrebbero essere tali da arrecare a ciascuna parte vantaggi e svantaggi i quali risultino di per sé “giusti” e razionali, e non si producano cioè sol perché una parte non ha calcolato o non ha calcolato razionalmente la contromossa dell'avversario. Niente “roulette russa” insomma... E non è un caso che la regola del giuramento decisorio — che, come dicevo, è ispirata alla medesima logica della “roulette russa” — ci sembra nel processo ormai primitiva ed inappropriata.

Altro discorso è poi che la “giustizia” dal singolo esito processuale sia giuridicamente predicabile solo in coincidenza col giudicato: né prima né dopo, e dunque tutt’altro che matematicamente prevedibile prima e non matematicamente discutibile dopo.

Il fatto dunque che vi sia al centro un giudice, e che la condotta del giudice sia sì essa pure regolata ma tutt’altro che decifrabile oggettivamente *ex ante* come è di solito una regola, avvicina ancor di più il processo al gioco sportivo con l’arbitro e sempre sommariamente governato dal principio giusto ed equidistante del vinca il migliore, allontanandolo invece dal gioco non sportivo e cioè dal gioco diretto, come la pura economia, da criteri prescindenti dalla giustizia o addirittura ingiusti (si pensi ai giochi di ruolo, ove uno o più concorrenti partono svantaggiati dal ruolo assegnato) e senza arbitro.

L’aspirazione alla giustizia, intrinseca al processo, paga dunque uno scotto necessitato quanto tollerabile. Il che non solo ci allontana viepiù dalle teorie dei giochi, ma più seriamente dovrebbe allontanarci più che possibile dal miraggio di modelli matematici o pseudo-matematici di decisione delle liti. Nonostante vi siano di mezzo regole del gioco processuale, nonché ovviamente regole sostanziali che concernono la decisione finale e perciò l’esito del gioco, tutte articolate, complicate, raffinate ed a vocazione esaustiva, il gioco del processo resta — per usare un’altra delle classiche categorizzazioni della teoria dei giochi — un gioco ad “informazione incompleta”. Perché nessuna vocazione esaustiva di quei complessi di regole, processuali e sostanziali, può eliminare un consistente margine di pura ed umanissima discrezionalità giudiziale e perché proprio la complicazione, raffinatezza ed articolazione di quei complessi di regole accresce il quoziente di loro incertezza interpretativo-applicativa da parte del giudice.

ABSTRACT: In questa relazione, svolta nel corso di un congresso su “Teoria dei giochi e processo civile”, l’A. concentra la propria attenzione sulle alternative strategiche che si offrono alle parti di un processo civile. Egli mette in evidenza come la presenza del giudice, da vari punti di vista, avvicina il gioco processuale più al gioco

sportivo che a quello non sportivo. Pertanto le classiche elaborazioni di matematici ed economisti a proposito della “teoria dei giochi”, particolarmente utili per il giurista sul versante delle ADR, lo sono meno sul versante processuale quando c’è di mezzo un terzo imparziale che decide. Sono poi esaminate le strategie razionali delle parti processuali nelle fasi in cui il giudice è momentaneamente assente. Infine si sottolinea, con alcuni esempi, come le regole legislative dovrebbero essere concepite in modo da evitare che le scelte razionali (ma anche utilitaristiche) dei contendenti (come quelle dettate dall’equilibrio di Nash, o simili approcci, nel “dilemma del prigioniero”) conducano a risultati iniqui. È questa, in termini generali, la fondamentale linea di separazione fra l’economia, siccome governata soprattutto dai fatti e dai contingenti rapporti di potenza, ed il mondo del diritto e del processo, governato dalle norme di legge.

ABSTRACT: *In this report, presented during a conference on “Game Theory and Civil Procedure,” the author focuses his attention on the strategic alternatives available for the parties in a civil trial. He highlights how the presence of the judge, from various points of view, makes the procedural game more like a sports game than a non-sports one. Therefore, the classic considerations of mathematicians and economists on “game theory,” which are particularly useful for lawyers in the field of ADR, are less useful with reference to litigation, where there is an impartial third party involved in the decision-making process. The Author then examines the parties’ rational strategies in the phases where the judge is temporarily absent. Finally, with a few examples, the Author emphasises how legislative rules should be designed to prevent the rational (but also utilitarian) choices of the parties (such as those dictated by Nash equilibrium, or similar approaches, in the “prisoner’s dilemma”) from leading to unfair results. This is, generally speaking, the fundamental line of separation between economics, as governed primarily by facts and incidental power relations, and the world of law and litigation, governed by the rules of law.*

L'esecuzione dei contratti pubblici, tra responsabilità dell'amministrazione e questioni di giurisdizione

di MARIA CRISTINA CAVALLARO

SOMMARIO: 1. L'esecuzione dei contratti pubblici: alcune questioni generali. — 2. Autonomia contrattuale e poteri unilaterali dell'amministrazione nella fase esecutiva. — 3. I profili di responsabilità dell'amministrazione e la relativa giurisdizione. — 4. Brevi considerazioni finali: contratti pubblici, principio del risultato e questioni di giurisdizione.

1. L'esecuzione dei contratti pubblici: alcune questioni generali.

Il tema della esecuzione dei contratti pubblici ha rappresentato per lungo tempo un terreno poco esplorato dalla dottrina pubblicistica, probabilmente per ragioni diverse ⁽¹⁾. Tra queste, va considerata la circostanza che si tratta di un ambito regolato dal codice civile, nel quale tradizionalmente l'amministrazione si muove alla stregua di un soggetto privato, con conseguente giu-

⁽¹⁾ La dottrina s'è occupata in generale dei contratti di diritto pubblico, nonché della diversa configurazione dell'autonomia contrattuale e del ruolo del consenso dell'operatore economico privato, rispetto all'esercizio del potere da parte dell'amministrazione: in termini generali e senza pretesa di esaustività, si veda F. LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo* (Contributo ad uno studio dei c.d. contratti di diritto pubblico), Torino, 1964; G.D. COMPORTI, *Lo stato in gara: note sui profili evolutivi di un modello*, in *Dir. ec.*, 2007, 234; M. CAFAGNO, *L'evoluzione dei fini e del disegno delle pubbliche gare*, Milano, 2021, 25 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Il diritto amministrativo e il codice civile*, in *Contr. e impr.*, 2023, ora in Id., *Costituzione e amministrazione*, Saggi II, Torino, 2024, 79; M. MAZZAMUTO, *Contratti pubblici di diritto privato*, in *Dir. ec.*, 2022. Riguardo al tema dell'esecuzione dei contratti, cfr. di recente: M. TRIMARCHI, *Perché derogare al codice civile nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2024, 169, anche per la bibliografia richiamata.

risdizione del giudice ordinario in merito alle controversie che dovessero eventualmente sorgere.

Quanto appena detto trova conferma nell'art. 12 dell'attuale codice contratti pubblici (ma la disposizione era contenuta anche nelle precedenti versioni del codice), secondo cui la disciplina di riferimento in materia di esecuzione dei contratti pubblici è, o dovrebbe essere, il codice civile. Più precisamente, la previsione tiene conto della tradizionale struttura bifasica della procedura a evidenza pubblica e stabilisce che, per quanto non espressamente previsto nel codice dei contratti, «alle procedure di affidamento e alle altre attività amministrative in materia di contratti si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241»; mentre con riferimento alla stipula del contratto e alla sua fase di esecuzione trovano applicazione «le disposizioni del codice civile».

In modo consequenziale, l'art. 133, comma 1, lett. c), del codice processo amministrativo è stato interpretato dalla giurisprudenza nel senso che la fase di scelta del contraente, sino all'aggiudicazione del contratto, rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo, ma la fase dell'esecuzione è affidata alla giurisdizione del giudice ordinario: più precisamente, la giurisprudenza è pressoché unanime nel ritenere che rientri nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la cognizione sull'attività e sui provvedimenti adottati prima della definizione della procedura di affidamento, ivi inclusa la fase compresa tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto: «mentre la cognizione dei provvedimenti relativi all'esecuzione dell'accordo negoziale appartiene alla giurisdizione ordinaria, posto che in tali ultimi casi le posizioni delle parti, che sono regolate dal contratto, possiedono la qualità di diritto soggettivo» ⁽²⁾. Fa eccezione l'art. 133, comma 1, lett. e), n. 2, c.p.a., che, nelle controversie relative alla clausola di revisione del prezzo negli appalti di opere e servizi pubblici, mantiene la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Deve precisarsi che, secondo la giurisprudenza, la sussistenza della

⁽²⁾ In tal senso, cfr. *ex multis* T.A.R. Roma, (Lazio) sez. II, 21 novembre 2023, n. 17323.

giurisdizione esclusiva, anche in una fase più facilmente riconducibile all'esecuzione del vincolo contrattuale, è legata al contenuto della clausola di revisione del prezzo: la quale può comportare la permanenza di una posizione di potere in capo all'amministrazione committente, «attribuendo a quest'ultima uno spettro di valutazione discrezionale nel disporre la revisione», generando quell'"inestricabile intreccio" tra diritto e interesse idoneo a giustificare la giurisdizione esclusiva⁽³⁾; viceversa, laddove «la clausola individui puntualmente e compiutamente un obbligo della parte pubblica del contratto, deve riconoscersi la corrispondenza di tale obbligo ad un diritto soggettivo dell'appaltatore, il quale fa valere una mera pretesa di adempimento contrattuale, come tale ricadente nell'ambito della giurisdizione ordinaria»⁽⁴⁾.

Quanto ai profili di responsabilità dell'amministrazione in fase di esecuzione dei contratti pubblici, laddove si aderisse all'inquadramento appena richiamato e suggerito dal legislatore, la questione potrebbe avere una facile soluzione: nel senso che il regime della responsabilità dovrebbe trovare la sua disciplina nel codice civile, configurandosi come una forma di responsabilità da inadempimento dell'obbligazione, ai sensi dell'art. 1218 c.c., fermo restando che la parte che subisce l'inadempimento può agire per l'adempimento ovvero può chiedere la risoluzione del contratto, nonché il risarcimento dei danni.

Nonostante l'apparente linearità del percorso rappresentato, a uno sguardo più approfondito emergono alcuni profili critici sui quali è utile soffermarsi.

In particolare, pare opportuno manifestare sin d'ora il punto di approdo di queste riflessioni, che tendono evidenziare (o superare?) una ambiguità di fondo, legata proprio alla struttura bifasica dei contratti a evidenza pubblica.

⁽³⁾ Di "inestricabile intreccio" tra diritto soggettivo e interesse legittimo, ai fini della legittimità costituzionale dell'individuazione per legge delle materie oggetto di giurisdizione esclusiva, ha parlato, com'è noto, la Corte costituzionale: Corte cost., 5 luglio 2004, n. 204.

⁽⁴⁾ Cons. Stato, sez. V, 15 maggio 2024, n. 4336.

Questa, infatti, muove dal presupposto che la fase di affidamento sia caratterizzata da profili pubblicistici, che si manifestano per lo più nell'esercizio di un potere discrezionale finalizzato alla scelta del contraente, mentre, nella fase esecutiva, il rapporto contrattuale si possa snodare alla stregua di un comune rapporto obbligatorio, nel quadro di un regime privatistico. Tuttavia, sembra ragionevole riconoscere come anche la fase esecutiva conosca dei momenti di forte compressione dell'autonomia contrattuale, caratterizzati dall'esercizio di poteri unilaterali da parte dell'amministrazione; nonché da significativi obblighi a carico di entrambe le parti e ugualmente idonei a ridurre sensibilmente lo spazio riservato all'autonomia dei contraenti, in funzione della miglior cura dell'interesse pubblico che l'amministrazione, anche in fase esecutiva, deve assicurare.

Tali circostanze manifestano poi evidenti ricadute in punto di giurisdizione, generando non pochi dubbi interpretativi in merito alla individuazione del giudice munito di giurisdizione, sempre con riferimento alla fase esecutiva, e soprattutto con riguardo ai profili di responsabilità. Con la conseguenza che, sia pure *de iure condendo*, potrebbe essere utile ragionare sulla estensione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche alla fase esecutiva dei contratti pubblici, al fine di consentire un più facile accesso alla tutela giurisdizionale.

2. Autonomia contrattuale e poteri unilaterali dell'amministrazione nella fase esecutiva.

Il rinvio esterno ad opera del richiamato art. 12 del codice contratti non esaurisce e non risolve le questioni interpretative che possono sorgere in fase di esecuzione dei contratti pubblici: da tempo, come appena detto, la dottrina che si è occupata delle vicende dell'esecuzione dei contratti ne ha sottolineato la struttura non omogenea, dal momento che assai spesso, nella fase esecutiva, l'amministrazione esercita poteri unilaterali, sicuramente non noti al diritto comune ⁽⁵⁾.

(5) S. RAIMONDI, *I poteri amministrativi nell'attività di diritto privato dell'ammi-*

Tali poteri oggi trovano una puntuale disciplina nello stesso codice contratti, agli art. 113 ss., che definiscono i requisiti per l'esecuzione, nonché le necessarie garanzie; individuano le figure del direttore dei lavori e del direttore dell'esecuzione, ai fini del collaudo e delle verifiche di conformità; prevedono il potere di controllo amministrativo e tecnico del direttore dei lavori, a cui l'esecutore del contratto deve conformarsi; disciplinano le ipotesi di sospensione dell'esecuzione e di modifica del contratto, ammettendo anche l'eventuale risoluzione unilaterale e il recesso.

Si tratta di una serie di ipotesi che evidenziano uno scollamento rispetto alla disciplina civilistica e rispetto, soprattutto, allo schema sinallagmatico proprio dei contratti di diritto comune.

Innanzitutto, dal punto di vista terminologico: il codice civile parla di *adempimento* dell'obbligazione che trova la propria fonte nel contratto (art. 1173 c.c.); viceversa, il codice dei contratti parla di *esecuzione* del contratto.

Più in generale, lo spirito liberale del codice civile si manifesta, tra gli altri modi, anche attraverso una resistenza del legislatore del tempo verso i vincoli duraturi (come nel caso del contratto di locazione ultranovennale, che ai sensi dell'art. 1572 c.c. eccede l'ordinaria amministrazione e pertanto deve avere la forma scritta a pena di nullità, secondo quanto prevede l'art. 1350 comma 1, n. 8), c.c.). Nonché attraverso il potere, riconosciuto a entrambe le parti, di sciogliere quei vincoli divenuti poco convenienti (come nel caso della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta): in questa prospettiva, il sinallagma contrattuale deve essere sempre in equilibrio e dunque alle parti del contratto deve sempre essere riconosciuto il potere di sciogliere un vincolo, che non sia più coerente con l'originario scambio di prestazioni, a garanzia dell'autonomia privata.

nistrazione, Milano, 1970; E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico. Tra amministrazioni e privati*, Milano, 1996; F.G. SCOCA - A. POLICE, *La risoluzione del contratto di appalto di opere pubbliche*, Riv. trim. App., 1997, 7 ss.; più di recente, A. SCOGNAMIGLIO, *Autotutela pubblicistica e contratti in corso*, Dir. Amm. 2013, 241; F. SAITTA, *Flessibilità e rigidità dei contratti pubblici: l'autotutela della stazione appaltante tra norme (poche) e prassi*, in Dir. econ., 2014, 295.

Al contrario, come in parte s'è detto, nella disciplina sui contratti pubblici si possono riscontrare significative disposizioni che tendono a garantire la realizzazione dello schema contrattuale, anche al di là dell'effettiva volontà delle parti. E ciò, non solo attraverso la previsione dei poteri unilaterali dell'amministrazione, cui s'è fatto cenno, ma anche prevedendo degli obblighi a carico dell'amministrazione: e, in entrambi i casi, anche questo s'è detto, la compressione dell'autonomia contrattuale pare evidente.

L'ipotesi, ad esempio, è quella dell'annullamento dell'aggiudicazione del contratto, cui può seguire la pronuncia del giudice amministrativo sulla inefficacia del contratto medesimo.

L'art. 121 del c.p.a. disciplina il potere del giudice amministrativo di pronunciarsi, obbligatoriamente, sull'inefficacia del contratto al ricorrere di determinati presupposti (sinteticamente riconducibili alle ipotesi di aggiudicazione senza bando e stipulazione avvenuta in violazione della clausola di *stand still* sostanziale e processuale). La stessa disposizione ammette però, al comma 2, che il giudice possa precisare «se la declaratoria di inefficacia è limitata alle prestazioni ancora da eseguire alla data della pubblicazione del dispositivo o se essa opera in via retroattiva», salvando in tal modo le prestazioni già eseguite⁽⁶⁾. Ma soprattutto, al di fuori delle ipotesi appena viste, il successivo art. 122 c.p.a. consente al giudice di «dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto».

La disciplina richiamata è stata introdotta, com'è noto, per risolvere il problema dell'efficacia del contratto stipulato in caso

⁽⁶⁾ Per completezza va detto che, il comma 3 dello stesso art. 121 aggiunge che «il contratto resta efficace, anche in presenza delle violazioni di cui al comma 1, qualora venga accertato che il rispetto di esigenze imperative connesse a un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti. Tra le esigenze imperative rientrano, fra l'altro, quelle imprescindibili di carattere tecnico o di altro tipo, tali da rendere evidente che i residui obblighi contrattuali possono essere rispettati solo dall'esecutore attuale».

di annullamento dell'aggiudicazione: ipotesi nella quale l'applicazione delle disposizioni del codice civile (potenzialmente applicabili per effetto del rinvio esterno di cui all'art. 12 del codice dei contratti) non offriva una soluzione appagante. Ci si trovava infatti in situazioni nelle quali l'amministrazione aveva stipulato il contratto con un soggetto diverso da quello con cui avrebbe dovuto concludere l'accordo, perché individuato sulla base di un atto illegittimo e dunque annullato. Pertanto, il contratto già stipulato avrebbe potuto essere dichiarato nullo, per mancanza dell'accordo, o essere annullato per errore sulle qualità di uno dei contraenti. Ma in entrambi i casi la soluzione proposta non era utile allo scopo (dato che l'azione di nullità è affidata a chiunque vi abbia interesse, mentre l'azione di annullamento è esperibile solo dalla parte a favore della quale opera la causa di annullamento). Da qui, prima l'orientamento giurisprudenziale sulla caducazione automatica degli effetti del contratto stipulato, poi la disciplina sui poteri del g.a. che recepisce le indicazioni contenute nella direttiva comunitaria, c.d. direttiva ricorsi ⁽⁷⁾.

Al di là delle questioni teoriche legate alla soluzione legislativa prescelta, è evidente che laddove il giudice si pronunci sulla persistente efficacia del contratto, nonostante l'accertato vizio di legittimità dell'aggiudicazione, ci troviamo in presenza di un vincolo che

(7) Si tratta della direttiva 11 dicembre 2007 n. 66 (in G.U. del 14 febbraio 2008), che ha modificato le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE, relative alle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici, disciplinando appunto la questione della sorte del contratto già stipulato dopo l'annullamento dell'aggiudicazione. Quanto agli orientamenti della giurisprudenza, la pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione, 23 aprile 2008, n. 10443, aveva affermato la giurisdizione ordinaria sulla domanda volta ad ottenere l'accertamento dell'inefficacia del contratto, la cui aggiudicazione fosse stata annullata dal giudice amministrativo; dal canto suo, il Consiglio di Stato, nell'Adunanza Plenaria 30 luglio 2008, n. 9, da un lato sembrava condividere la soluzione prospettata dal giudice del riparto, ma, poi, concludeva la propria decisione sostenendo che, nell'emanare i provvedimenti ulteriori «che conseguono all'effetto caducatorio dell'annullamento dell'aggiudicazione della gara», l'amministrazione deve tenere conto «dei principi enunciati nella sentenza di annullamento e delle conseguenze giuridiche determinate dal suo contenuto»: ammettendo, in caso di decisione contraria assunta dall'amministrazione, la strada del giudizio di ottemperanza. In dottrina, cfr. M.A. SANDULLI, *Il rito speciale sui contratti pubblici nel primo decennio del c.p.a.: tra progresso e involuzione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2021, 183.

deve essere eseguito, nonostante una delle parti non sia quella con la quale l'amministrazione avrebbe dovuto concludere l'accordo. Per cui è evidente che, nonostante il giudice amministrativo adotti una pronuncia che ha a oggetto il provvedimento di aggiudicazione, che nello schema bifasico chiuderebbe la fase pubblicistica, tale pronuncia inevitabilmente si ripercuote nella fase dell'esecuzione, obbligando l'amministrazione ad adempiere l'obbligazione sorta, pur essendo stata annullata l'aggiudicazione.

Altra ipotesi nella quale l'amministrazione è obbligata a mantenere in vita il vincolo contrattuale è quella, prevista dall'art. 9 del codice dei contratti, sul principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale, che si lega all'eventuale rinegoziazione.

In tal caso, al verificarsi di «circostanze straordinarie e imprevedibili» e tali «da alterare in maniera rilevante l'equilibrio originario del contratto», «la parte svantaggiata, che non abbia volontariamente assunto il relativo rischio, ha *diritto* alla rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali». Nel quadro delle risorse disponibili, chiarisce la disposizione, «la rinegoziazione si limita al ripristino dell'originario equilibrio del contratto oggetto dell'affidamento, quale risultante dal bando e dal provvedimento di aggiudicazione, senza alterarne la sostanza economica». Per espressa previsione contenuta nel medesimo art. 9, costituiscono applicazione del principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale le successive disposizioni di cui agli articoli 60 e 120, che prescrivono dell'obbligo per le stazioni appaltanti di inserire nei bandi di gara, negli avvisi e inviti, in relazione alle diverse tipologie di contratti pubblici, un regime obbligatorio di revisione dei prezzi al verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva e non prevedibili al momento della formulazione dell'offerta (art. 60); ovvero la possibilità di una modifica dello schema contrattuale, una senza una nuova procedura di affidamento, al ricorrere di una serie di circostanze individuate dal legislatore (art. 120).

Anche qui, se l'operatore economico danneggiato dalle sopravvenienze economiche ha il *diritto* di chiedere la rinegozia-

zione, ciò vuol dire che l'amministrazione ha (o dovrebbe avere) l'*obbligo* di accordarla. E dunque, anche in tal caso, l'amministrazione finisce con il subire l'esecuzione del contratto, al di là di quella che potrebbe essere la sua volontà, con evidente compressione dell'autonomia contrattuale proprio nella fase esecutiva.

In altri termini, se, in ipotesi analoghe, il codice civile riconosce la possibilità delle parti di sciogliere il vincolo contrattuale per eccessiva onerosità sopravvenuta (art. 1467 comma 1 cc.), al contrario il codice appalti prevede che le parti siano tenute a mantenere in vita il rapporto contrattuale, consentendo semmai la rinegoziazione delle condizioni originariamente pattuite. A supporto di quanto sinora detto, la Relazione accompagnamento al Codice contratti pubblici, a proposito del principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale, sottolinea come «in ragione delle finalità di pubblico interesse» che i contratti pubblici tendono a perseguire, e che, precisa la Relazione, «restano immanenti al contratto e al rapporto che ne scaturisce», si deve escludere «la possibilità di accedere a una integrale trasposizione delle regole civilistiche», per garantire invece «il raggiungimento di un giusto punto di equilibrio idoneo a preservare tali interessi», nel rispetto di una «effettiva tutela» per gli operatori economici e degli «altri interessi generali di primario rilievo (stabilità economica, sociale, occupazionale, ecc.) suscettibili di essere pregiudicati in situazioni di hardship». «Viene, in tal modo, introdotto un rimedio manutentivo del contratto, maggiormente conforme all'interesse dei contraenti — e dell'amministrazione in particolare — in considerazione dell'inadeguatezza della tutela meramente demolitoria apprestata dall'art. 1467 c.c.»: che tuttavia è anch'esso espressione dell'autonomia contrattuale garantita dal codice civile.

Una volta tratteggiati, a grandi linee, i segni di una sensibile contrazione dell'autonomia privata delle parti anche nella fase esecutiva dei contratti pubblici, è possibile richiamare alcuni orientamenti della giurisprudenza ordinaria e amministrativa dai quali emerge quella difficoltà di tracciare la linea del riparto tra le due giurisdizioni, di cui si diceva in apertura.

Riguardo ai poteri unilaterali dell'amministrazione, nell'impossibilità di soffermarsi sulle singole disposizioni prima ricordate, sembra interessante evidenziare due questioni.

La prima attiene alla difficoltà di qualificarne la natura giuridica, con conseguenti ricadute proprio in punto di giurisdizione.

In linea di massima, secondo alcuni pronunciamenti non sempre univoci della giurisprudenza amministrativa, la giurisdizione spetterebbe al giudice amministrativo, sul presupposto che si tratti di poteri pubblicistici: per cui ad esempio si legge che «rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo la controversia avente ad oggetto la risoluzione del contratto per gravi inadempimenti del concessionario comportante decisioni sulla durata o efficacia del rapporto concessorio» ⁽⁸⁾.

Più uniforme sembra l'orientamento della Corte di cassazione che invece, salvo rare pronunce, tende a escludere che la giurisdizione amministrativa possa estendersi «al segmento procedimentale» successivo alla aggiudicazione ⁽⁹⁾. Sino ad affermare che «è devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario la controversia avente ad oggetto la domanda di condanna della pubblica amministrazione al pagamento delle prestazioni rese in esecuzione di un contratto di appalto stipulato in forza di aggiudicazione poi an-

⁽⁸⁾ T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 1° giugno 2020, n. 621. V. anche Cons. Stato, sez. III, n. 1084/2020, secondo cui la giurisdizione sulla risoluzione anticipata dal contratto spetta al g.o. in caso di inadempimento o di ricorso alla clausola risolutiva espressa *ex art.* 1456 c.c., mentre spetta al g.a., non solo l'ipotesi di annullamento d'ufficio degli atti prodromici, ma anche «allorché venga esercitato un potere autoritativo di risoluzione contrattuale che implichi o valutazioni di carattere discrezionale circa la convenienza per l'Amministrazione di proseguire nel rapporto già in essere, o la rilevazione in autotutela dell'esistenza di una causa di nullità dell'aggiudicazione, anche successivamente alla stipula del contratto». In realtà l'orientamento non è univoco, per cui altrove si afferma che: «rientra nella giurisdizione del giudice ordinario e non in quella del giudice amministrativo la controversia avente ad oggetto l'impugnazione di una serie di provvedimenti con i quali l'Amministrazione ha deciso di prorogare la durata di una concessione di servizio pubblico quando l'accettazione della proroga da parte del contraente privato sia condizionata ad una rinegoziazione dei termini contrattuali, T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. III, 10 agosto 2022, n. 2504. In argomento si veda B.G. DI MAURO, *Il riparto di giurisdizione in materia di concessioni di pubblici servizi tra giurisprudenza formalmente consolidata e casistica della prassi sostanzialmente divergente*, in *Il Processo*, n. 3, 2024.

⁽⁹⁾ Cass., Sez. Un., 5 ottobre 2018, n. 24411.

nullata d'ufficio, vertendo la lite sul diritto soggettivo all'adempimento del contratto, e non già sulla legittimità dell'esercizio del potere autoritativo della pubblica amministrazione»⁽¹⁰⁾.

La seconda questione, strettamente connessa alla prima, attiene all'ampiezza e al fondamento di tali poteri: ed è evidente che, a seconda delle conclusioni cui si perviene, anche il tema dell'ampiezza e del fondamento del potere esercitato potrà avere delle ricadute inevitabili in punto di giurisdizione.

In una recente sentenza, avente a oggetto l'impugnazione di una delibera comunale, relativa allo scioglimento di un vincolo contrattuale per l'erogazione di un servizio di trasporto scolastico, da parte della ditta che era stata originariamente individuata, il Consiglio di Stato ha dato ragione all'amministrazione comunale: la quale, piuttosto che agire per accertare l'inadempimento della ditta, in considerazione dell'interesse pubblico prevalente di erogare, senza ulteriore indugio, un servizio pubblico essenziale quale il trasporto scolastico, con proprio provvedimento ha «contestato l'inadempimento e ha ritenuto di essere svincolata dalla procedura di gara e di potere affidare il servizio ad altro operatore», sia pure in danno dell'aggiudicataria del servizio rimasta inadempiente.

Osserva il Consiglio di Stato che «il comune, con la decisione contenuta nel provvedimento impugnato, non si è posto in posizione sinallagmatica, con l'esclusiva volontà di reagire alla condotta di controparte al fine di ripristinare la corrispettività delle prestazioni, perché, in tal caso avrebbe potuto chiedere l'adempimento dell'obbligo assunto», ma, semmai, «si è mosso con la finalità di dare attuazione all'esigenza della collettività scolastica di riferimento». La determina impugnata, prosegue il Collegio, «è funzionale quindi ad amministrare l'interesse pubblico al trasporto scolastico prendendo quelle decisioni autoritative che si situano a monte della concreta gestione del servizio» ed è manifestazione di un potere «diretto a soddisfare l'esigenza, di matri-

⁽¹⁰⁾ Cass., Sez. Un., 28 ottobre 2021, n. 30580.

ce pubblicistica, di garantire l'erogazione del servizio». Per tali ragioni, «la già avvenuta stipulazione del contratto non incide sulla possibilità della stessa di utilizzare poteri autoritativi, il cui controllo è attratto nella giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo» ⁽¹¹⁾.

L'orientamento è in linea di principio condivisibile, ma pone un problema evidente in merito alla tipicità dei poteri unilaterali che l'amministrazione può esercitare nella fase esecutiva: fin dove può spingersi la possibilità, evocata dal Consiglio di Stato, di "utilizzare dei poteri autoritativi", funzionali ad "amministrare l'interesse pubblico"? e qual è la norma attributiva di tali poteri?

In tal caso, poi, è altrettanto evidente la compressione dell'autonomia contrattuale dell'operatore economico, il quale non vanta un diritto all'adempimento dell'obbligazione sorta con la stipulazione del contratto di trasporto a seguito dell'aggiudicazione in suo favore, ma un interesse legittimo che merita di essere valutato dall'amministrazione, alla stregua dell'interesse pubblico che essa deve realizzare: e, infatti, il Consiglio di Stato radica la giurisdizione in capo al giudice amministrativo.

Dunque, siamo fuori dal regime privatistico, cui rimanda l'art. 12 codice appalti pubblici.

3. I profili di responsabilità dell'amministrazione e la relativa giurisdizione.

L'ampia premessa svolta, che tende a dimostrare come la materia dell'esecuzione risulti essere piuttosto complessa, con evidente difficoltà di ricondurne per intero la disciplina al regime del codice civile, si salda con il tema della responsabilità dell'amministrazione nella stessa fase di esecuzione del contratto, che ripropone in termini problematici la questione del riparto di giurisdizione.

Anche con riguardo alla responsabilità dell'amministrazione, le profonde ibridazioni presenti nella fase esecutiva, tra regime

⁽¹¹⁾ Cons. Stato, sez. V, 23 gennaio 2024 n. 741, che richiama, in punto di riparto di giurisdizione Cass., Sez. Un., ordinanza 30 novembre 2022, n. 35337.

privatistico e pubblicistico, di cui si è provato a dare un cenno, evidenziano la difficoltà di seguire la linearità del percorso iniziale: secondo cui, se la fase esecutiva è retta dal codice civile e la relativa giurisdizione è del giudice ordinario, la conseguente responsabilità dell'amministrazione deve essere ricondotta all'art. 1218 c.c. In altri termini, se diversi sono gli atti e i comportamenti che l'amministrazione può porre in essere, o può essere obbligata a porre in essere, diverse sono, o potrebbero essere, le forme di responsabilità alle quali l'amministrazione si espone, nella fase esecutiva.

Da qui l'idea di parlare di più profili di responsabilità, o di responsabilità al plurale.

Ancora una volta, un breve cenno ai principali orientamenti espressi dalla giurisprudenza sull'argomento può consentire di mettere a fuoco alcune questioni.

Non c'è dubbio che, la prima forma di responsabilità, che può essere imputata alla stazione appaltante, sia, come s'è detto, la responsabilità da inadempimento. Il principio è piuttosto pacifico ed è ammesso dalla giurisprudenza: l'amministrazione è tenuta a risarcire i danni che scaturiscono dall'inadempimento ai sensi dell'art. 1218 c.c. La giurisdizione, stando al criterio richiamato dall'art. 133 lett. e), n. 1, c.p.a., è, o dovrebbe essere, del giudice ordinario.

Sul punto, la giurisprudenza della Corte di cassazione ha sottolineato che, anche nel caso in cui la controversia abbia a oggetto «la contestazione di un'inadempienza in sede di anticipata esecuzione del contratto», che dunque apparentemente si colloca nella fase di affidamento, giacché il contratto non è ancora concluso, ma in realtà riguarda la fase di esecuzione, «si impone l'affermazione della giurisdizione ordinaria». In particolare, la Corte ha sottolineato come la responsabilità dell'amministrazione scaturisca dalla «violazione di obblighi comportamentali» riconducibili alla correttezza e alla buona fede, ed è per questo che la controversia «esula dal novero di quelle devolute alla giurisdizione esclusiva, e resta affidata alla cognizione del giudice ordinario,

trattandosi pur sempre di questione che investe la fase esecutiva del rapporto»: con la particolarità che, nel caso di specie, non si è giunti alla stipula del contratto di appalto e dunque la responsabilità sorge nella fase di affidamento del contratto ⁽¹²⁾.

Con più specifico riferimento alla responsabilità delle parti nella fase esecutiva del contratto, la Corte di cassazione ha rimarcato come debba gravare sull'amministrazione anche la responsabilità conseguente all'inosservanza delle regole della buona fede c.d. esecutiva, quali canoni integrativi degli obblighi contrattuali ⁽¹³⁾. In tal caso, il criterio utilizzato dalla Corte per fondare la giurisdizione ordinaria in caso di responsabilità dell'amministrazione sembra che sia da collegarsi al fatto che nella fase esecutiva rilevano soprattutto i comportamenti, quali prestazioni che le parti devono eseguire in esecuzione del rapporto. Mentre, sempre secondo l'argomentazione della Cassazione, diversa ipotesi si avrebbe laddove la responsabilità fosse «correlata alla violazione di regole della procedura concorsuale che possono portare all'esclusione del concorrente dalla gara», potendosi affermare in tal caso la giurisdizione amministrativa ⁽¹⁴⁾.

Tuttavia, come si diceva, la presenza, anche nella fase esecutiva, di poteri unilaterali e autoritativi che l'amministrazione può esercitare, pone non pochi dubbi interpretativi in merito al titolo di responsabilità che potenzialmente grava sull'amministrazione e ripropone, ancora una volta, altrettanti dubbi in punto di giurisdizione.

La sentenza del Consiglio di Stato sul trasporto scolastico, prima richiamata, consente di mettere in luce l'altro pezzo del ragionamento, relativo ai profili di responsabilità.

Rispetto alla domanda di risarcimento danni formulata contestualmente all'impugnazione della delibera comunale da parte dell'originaria aggiudicataria del contratto, il giudice amministrativo afferma che la pretesa risarcitoria si fonda «sui danni

⁽¹²⁾ Cass., Sez. Un., 3 giugno 2024, n. 15383.

⁽¹³⁾ Cass. sez. I, 7 ottobre 2024, n. 26110.

⁽¹⁴⁾ Cass., Sez. Un., n. 15383/2024.

asseritamente patiti in conseguenza della mancata stipulazione del contratto dell'appalto con il comune. Pertanto, ciò che rileva a fini risarcitori è l'eventuale illegittimità degli atti con i quali l'Amministrazione si è rifiutata di stipulare il contratto, non degli atti con i quali l'Amministrazione ha effettuato le successive scelte di affidamento del servizio, in quanto solo i primi hanno (in tesi) causato il danno di cui la ditta ha chiesto il ristoro per equivalente» ⁽¹⁵⁾.

Nel caso di specie il Consiglio di Stato ha salvato la legittimità della determina comunale e pertanto, sia pure con argomentazione più articolata, respinge anche la domanda risarcitoria. Ma il punto è che lo stesso Collegio ammette che ci troviamo in una fase esecutiva che è a valle della stipulazione e, coerentemente con il ragionamento svolto, collega l'eventuale responsabilità dell'amministrazione non all'inadempimento della stessa, bensì all'eventuale illegittimità (esclusa però dal giudice) del provvedimento adottato, espressione di un potere autoritativo dell'amministrazione, che appunto si colloca nella fase esecutiva.

Di contrario avviso, come già sottolineato, è la Corte di cassazione, che afferma la giurisdizione del giudice ordinario rispetto alla controversia avente ad oggetto la domanda di condanna dell'amministrazione al pagamento delle prestazioni svolte in esecuzione di un contratto di appalto, la cui aggiudicazione però è stata annullata d'ufficio dalla stessa amministrazione: in tal caso, osserva la Corte, la questione verterebbe sul diritto soggettivo «all'adempimento del contratto», e non già sulla «legittimità dell'esercizio del potere autoritativo della pubblica amministrazione» ⁽¹⁶⁾.

In ogni caso, dagli orientamenti riferiti emerge come i profili di responsabilità in cui può incorrere l'amministrazione riguardano sia la responsabilità conseguente al comportamento inadempiente dell'amministrazione in fase di esecuzione del contratto,

⁽¹⁵⁾ Cfr. ancora Cons. Stato, n. 741 del 2024.

⁽¹⁶⁾ Cass., Sez. Un., 28 ottobre 2021, n. 30580.

sia quella che scaturisce dal danno cagionato al privato in caso di esercizio di poteri unilaterali da parte della stessa amministrazione e sempre nella fase esecutiva.

C'è da dire che, con tutta probabilità, il problema dell'origine del danno nella fase esecutiva del contratto, se cioè lo stesso derivi da un comportamento dell'amministrazione o sia conseguenza dell'annullamento di un atto espressione di un potere unilaterale, sia pure in fase di esecuzione del contratto medesimo, non poteva essere percepito fino a quando l'azione risarcitoria da provvedimento illegittimo era integralmente affidata al giudice ordinario. Nel senso che, in entrambe le ipotesi richiamate, la giurisdizione sul risarcimento spettava sempre allo stesso giudice ordinario.

Diverso ragionamento occorre fare oggi. Perché, laddove si accertasse la natura autoritativa dei provvedimenti emessi dall'amministrazione nella fase esecutiva, la relativa impugnazione e, soprattutto, la conseguente domanda risarcitoria, andrebbero proposte al giudice amministrativo, ai sensi degli art. 29 e 30 c.p.a. E non rileva la distinzione tra atti e comportamenti, richiamata dalla Cassazione, ai fini del riparto, perché il giudice amministrativo, nell'ambito della propria giurisdizione, può conoscere dei comportamenti, ai sensi dell'art. 7 c.p.a. D'altra parte, come osservava Santi Romano, assai spesso il danno da provvedimento illegittimo è un danno che scaturisce non dal provvedimento in sé, ma dalla sua esecuzione: «di solito, la responsabilità sorge non per la semplice emanazione dell'atto illegittimo, ma per la sua esecuzione, giacché, prima di questa, è difficile che un danno sia effettivamente risentito, il che del resto non può escludersi in ogni caso» ⁽¹⁷⁾.

A ciò si aggiunga che, com'è di tutta evidenza, la giurisdizione del giudice amministrativo sui poteri unilaterali dell'amministrazione in fase esecutiva, che ormai potrebbe comprendere anche la domanda risarcitoria, offre al privato una tutela più am-

⁽¹⁷⁾ S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo. Principi generali*, Padova, 1937, 309.

pia, in quanto piena ed effettiva. Perché consente allo stesso di ottenere, ove ne sussistano i presupposti, l'annullamento dell'atto adottato nell'esercizio dei predetti poteri unilaterali e l'eventuale tutela risarcitoria.

Viceversa, il giudice ordinario, può pronunciarsi solo sull'eventuale domanda di risarcimento, non può rimuovere l'atto, bensì, ove ne ricorrano i presupposti, disapplicarlo.

Così, ad esempio, secondo la Corte di cassazione, nel corso della fase di attuazione di un rapporto concessorio «vengono in considerazione profili che attengono, non già all'esercizio di poteri autoritativi incidenti sul momento funzionale dello stesso rapporto, ma all'accertamento dell'inadempimento, da parte della P.A. concedente, alle obbligazioni sostanzianti il rapporto giuridico convenzionale a carattere paritetico». Con la conseguenza che, «l'eventuale implicazione di atti amministrativi non incide sulla giurisdizione del giudice ordinario, il quale può valutarli e anche disapplicarli se illegittimi, con effetti limitati al rapporto processuale costituito in causa» ⁽¹⁸⁾.

4. Brevi considerazioni finali: contratti pubblici, principio del risultato e questioni di giurisdizione.

Al termine di queste brevi osservazioni, pare opportuno riprendere quanto detto in apertura, circa l'opportunità si riconsiderare quell'ambiguità di fondo, legata alla struttura bifasica dei contratti a evidenza pubblica.

Questa è tradizionalmente giustificata dalla differenza tra la fase dell'affidamento, caratterizzata da profili pubblicistici, che consentono all'amministrazione di esercitare un potere discrezionale nella scelta del contraente e riducono per ciò stesso lo spazio di operatività dell'autonomia privata, e la fase esecutiva, nella quale il rapporto contrattuale tra l'amministrazione e l'operatore economico selezionato si svolgerebbe alla stregua di un comune rapporto obbligatorio, con un esplicito rinvio al codice civile,

⁽¹⁸⁾ Cass. civ., sez. I, 7 ottobre 2024, n.26107.

quanto al relativo regime giuridico. Tuttavia, come si è provato a dimostrare, sembra ragionevole riconoscere che anche la fase esecutiva conosca dei momenti di forte compressione dell'autonomia contrattuale delle parti, caratterizzati dall'esercizio di poteri unilaterali da parte dell'amministrazione e, al contempo, dalla sussistenza di significativi obblighi in capo a entrambe le parti.

D'altra parte, se il fine dell'azione amministrativa in generale, e dei contratti a evidenza pubblica in particolare, è il perseguimento dell'interesse pubblico, non c'è dubbio che proprio la fase esecutiva sia quella nella quale concretamente deve garantirsi la piena realizzazione dell'interesse pubblico che il contratto stipulato deve assicurare. La giurisprudenza amministrativa già da tempo ha colto il profilo, affermando che «l'interesse alla corretta esecuzione del contratto riacquista concretezza ed attualità in tutte le ipotesi in cui la fase dell'esecuzione non rispecchi più quella dell'aggiudicazione»⁽¹⁹⁾.

In altre parole, la finalizzazione dell'attività amministrativa all'interesse pubblico e la riconduzione dell'intera attività ai principi generali del diritto pubblico è una condizione quasi immanente di tutta l'attività amministrativa, e dunque anche dell'attività contrattuale, ed è da sempre riconosciuta in dottrina e in giurisprudenza⁽²⁰⁾.

⁽¹⁹⁾ Cons. Stato, Ad. Plen., n. 10/2020, che precisa che l'aggiudicazione a sua volta deve essere «conseguita all'esito di un trasparente, imparziale, corretto gioco concorrenziale, o per il manifestarsi di vizi che già in origine rendevano illegittima l'aggiudicazione o per la sopravvenienza di illegittimità che precludano la prosecuzione del rapporto (c.d. risoluzione pubblicistica, facoltativa o doverosa)».

⁽²⁰⁾ In argomento si veda F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, agg. VI, Milano, 2002, 96. Con riguardo all'attività contrattuale, la stessa denominazione di «contratti a evidenza pubblica», che si deve a M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1988, muove dal presupposto che il contratto, che è strumento neutro rispetto agli interessi che le parti intendono perseguire, debba essere funzionalizzato alla cura dell'interesse pubblico: sul punto, cfr. G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2023, 439. In giurisprudenza il principio è ampiamente riconosciuto. cfr. di recente Cons Stato, sez. V, 27 agosto 2024, n. 7258, secondo cui «nelle procedure di *project financing* occorre tenere distinte la fase preliminare dell'individuazione del promotore e la successiva fase selettiva finalizzata all'affidamento della concessione atteso che, mentre quest'ultima presenta i caratteri della gara soggetta ai principi europei e nazionali dell'evidenza pubblica,

Tale circostanza oggi si rivela confermata anche sul piano normativo con la formulazione, voluta dal legislatore nel nuovo codice dei contratti, di una tassonomia di principi cui deve conformarsi l'amministrazione. In questo quadro, l'esplicita formulazione del principio del risultato, già noto alla dottrina amministrativistica ⁽²¹⁾, consente di ritenere che tali principi debbano abbracciare anche la fase esecutiva del contratto. Poiché è impossibile dare adeguata contezza, in questa sede, di tutte le implicazioni che il principio di risultato racchiude, preme sottolineare solo alcuni aspetti, utili ai fini del ragionamento condotto.

Il principio è enunciato all'art. 1, comma 1, del nuovo codice dei contratti pubblici, ove si fa riferimento al risultato «dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione» al quale devono tendere le stazioni appaltanti, «con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo». Ciò comporta che il risultato della «massima tempestività» e del «miglior rapporto tra qualità e prezzo» debba essere perseguito in fase di affidamento del contratto, la cui disciplina è retta dai principi della legge n. 241 del 1990, ma persiste anche nella fase di esecuzione, che secondo la ricostruzione fatta, e secondo quanto previsto dall'art. 12 del codice dei contratti, dovrebbe essere regolata dal codice civile: anzi, si potrebbe dire che proprio attraverso l'esecuzione del contratto l'amministrazione debba garantire la piena realizzazione di quell'interesse pubblico che il contratto medesimo intende conseguire.

C'è poi una considerazione più ampia, che è possibile fare a proposito della responsabilità dell'amministrazione nella fase esecutiva e che si riallaccia proprio al principio del risultato. Nel senso che occorre chiedersi se la finalità del miglior risultato co-

la scelta del promotore, ancorché procedimentalizzata, è connotata da amplissima discrezionalità amministrativa, essendo intesa non già alla scelta della migliore fra una pluralità di offerte sulla base di criteri tecnici ed economici preordinati, ma alla valutazione stessa di un interesse pubblico che giustifichi, alla stregua della programmazione delle opere pubbliche, l'accoglimento della proposta formulata dall'aspirante promotore».

⁽²¹⁾ Cfr. per tutti L. IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2005, 1.

stituisca un elemento su cui misurare la responsabilità dell'amministrazione.

La giurisprudenza sul punto è ancora insufficiente per individuare i possibili orientamenti, però cominciano ad aversi le prime pronunce, nelle quali il giudice amministrativo si spinge ad affermare che «il profilo “causale” del singolo provvedimento deve essere interpretato in coerenza con la complessiva vicenda amministrativa (la c.d. “operazione”) da cui origina e nell'ottica del “risultato” della stessa. In particolare, il risultato non va inteso quale valore antagonista rispetto alla legalità amministrativa, concorrendo a integrare il paradigma normativo e, di riflesso, ad ampliare il sindacato giurisdizionale: il che fa transitare nell'area della legittimità, e quindi della giustiziabilità, opzioni e scelte sinora ritenute insindacabili in quanto attinenti al “merito amministrativo”» (22). Ma allora, se il risultato è paradigma di legittimità dell'azione amministrativa, il mancato conseguimento dello stesso, sindacabile dal giudice amministrativo, potrebbe esporre l'amministrazione a una forma di responsabilità. Ad esempio, per riprendere quanto osservato in precedenza, in merito al principio della conservazione dell'equilibrio contrattuale, anche quest'ultimo può configurarsi come attuazione del principio del risultato. E il diniego immotivato della stazione appaltante di rinegoziare un contratto non più economicamente sostenibile potrebbe esporre l'amministrazione a una forma di responsabilità.

Le considerazioni così svolte rafforzano l'interpretazione volta a considerare in modo unitario le fasi dell'evidenza pubblica, superando la nota struttura bifasica dei contratti pubblici: nel senso che, sia la fase dell'affidamento del contratto, sia quella della sua esecuzione, manifestano una compresenza di poteri pubblici e attività di diritto privato, che rende particolarmente difficile la possibilità di rinvenirne una diversa struttura, con un diverso regime giuridico. Ma soprattutto, entrambe le fasi sono finalizzate al perseguimento del medesimo interesse pubblico e

(22) Cons. Stato, sez. III, 26 marzo 2024, n. 2866.

sono attraversate dalla medesima esigenza di assicurare il risultato del «migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo».

Infine, un'ultima considerazione. La compresenza di poteri pubblici e attività di diritto privato dell'amministrazione pubblica non costituisce una novità, ma si tratta, in ogni caso, di una vicenda che non deve essere sottovalutata.

Per Santi Romano, i rapporti di diritto pubblico e di diritto privato «spesso si uniscono e s'intrecciano fra loro», ma sarebbe un errore «escludere dai rapporti di diritto pubblico ogni principio che trova la sua sede consueta nel diritto privato» ⁽²³⁾; diversa la posizione di Giannini, secondo il quale «non sussiste alcuna ragione per ritenere che l'amministrazione pubblica parte di rapporto interprivato abbia una posizione giuridica diversa da quella che avrebbe un soggetto solo privato» ⁽²⁴⁾.

Si tratta di due punti di vista dai quali osservare il medesimo fenomeno dell'uso di strumenti di diritto privato da parte dell'amministrazione pubblica: per cui, da un lato, si preferisce preservare la natura pubblica dell'attività svolta dall'amministrazione, assicurando l'applicazione dei relativi principi anche all'attività di diritto privato ⁽²⁵⁾; dall'altro lato, si privilegia la capacità di diritto privato dell'amministrazione, perché si ritiene che il diritto privato sia compatibile con il perseguimento dell'interesse pubblico ⁽²⁶⁾.

⁽²³⁾ Così S. ROMANO, *La teoria dei diritti*, in V.E. ORLANDO, *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, I, Milano, 1900, 211-212; il pensiero di Santi Romano è puntualmente ricostruito da M. MAZZAMUTO, *Contratti pubblici di diritto privato*, cit.

⁽²⁴⁾ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., .785.

⁽²⁵⁾ M. MAZZAMUTO, *op. cit.*

⁽²⁶⁾ Riguardo alla disciplina derogatoria rispetto al codice civile in materia di esecuzione dei contratti pubblici si v. M. TRIMARCHI, *Perché derogare al codice civile nell'esecuzione dei contratti pubblici*, cit., che distingue tra «deroghe al codice civile che danno luogo a un diritto privato speciale e deroghe che danno luogo ad incursioni di poteri amministrativi in un settore regolato dal diritto privato generale e speciale», ma perviene alla diversa conclusione, secondo cui «il diritto privato è compatibile con la cura di interessi pubblici, senz'altro presenti nell'esecuzione dei contratti pubblici; e che, al contempo, possono esservi ragioni particolari (riconducibili alla doverosità dell'intervento della stazione appaltante o a esigenze di tutela) che giustificano la previsione di puntuali poteri amministrativi incidenti sull'esecuzione del contratto».

Rispetto a questa diversità di approcci, il rischio al quale ci si deve sottrarre è quello di una progressiva riduzione della *specialità del diritto amministrativo*, in favore di un *diritto privato speciale*, cioè derogatorio rispetto al diritto comune. Come a dire che, l'esercizio di poteri unilaterali dell'amministrazione e i vincoli previsti in capo alle parti, lungi dall'essere espressione di una attività di diritto pubblico dell'amministrazione, funzionale, anche nella fase di esecuzione dei contratti, alla miglior cura dell'interesse pubblico, costituiscano l'occasione per una deroga alla puntuale applicazione degli istituti di diritto privato nell'esercizio dell'attività amministrativa, di cui tuttavia non è del tutto chiara la *ratio*. Mentre, ciò che risulta evidente, nell'applicazione di un regime di *diritto privato speciale* per l'amministrazione pubblica, è la potenziale riduzione della garanzia di tutela per i privati, anche in considerazione della difficoltà di individuare il giudice munito di giurisdizione.

Lo si è visto con riferimento alle ipotesi di responsabilità dell'amministrazione, rispetto alle quali la giurisdizione del giudice ordinario non offre adeguate tutele; mentre il giudice amministrativo oggi potrebbe conoscere sia dei profili di responsabilità che riguardano i danni conseguenti all'esercizio di poteri unilaterali di cui si dovesse accertare l'illegittimità, sia i danni conseguenti all'inadempimento del contratto, potendosi ricondurre questa ipotesi al più ampio *genus* dei comportamenti, su cui oggi lo stesso giudice amministrativo può esercitare la giurisdizione.

Per altro verso, la compresenza di poteri pubblici e attività di diritto privato anche in fase esecutiva dei contratti pubblici potrebbe tradursi, sotto il profilo delle situazioni soggettive di cui è titolare il privato, in quell'"inestricabile intreccio" tra diritto soggettivo e interesse legittimo, idoneo a giustificare la necessità di una giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, anche nella fase esecutiva. Soluzione che, in fondo, sia il legislatore sia la giurisprudenza sembrano accogliere con riferimento alle controversie relative alla clausola di revisione del prezzo: rispetto alla quale, come s'è visto, la sussistenza della giurisdizione esclusiva

è giustificata dalla titolarità di una posizione di potere in favore dell'amministrazione, in merito alla «valutazione discrezionale» delle condizioni per disporre la revisione ⁽²⁷⁾.

Va precisato che l'estensione della giurisdizione esclusiva anche alla fase esecutiva dei contratti pubblici, sia pure *de jure condendo*, ma in coerenza con la *ratio* che ne giustifica la previsione ⁽²⁸⁾, non è incompatibile con il rinvio dell'art. 12 del codice degli appalti al codice civile, poiché anche in altre ipotesi il legislatore, proprio in considerazione della natura mista di taluni istituti, ha previsto la giurisdizione esclusiva con riferimento alle relative controversie: è il caso degli accordi procedurali, di cui all'art. 11 della l. 241 del 1990, ai quali si applicano, «ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti», ma che rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 133 *lett. a)* c.p.a.

Al contempo, la previsione della giurisdizione esclusiva potrebbe dare un ordine proprio a quella oscillazione giurisprudenziale, caratterizzata dalla pluralità di orientamenti espressi dalla giurisprudenza ordinaria e amministrativa, di cui s'è provato a dar conto, e originata dalla manifesta difficoltà di individuare una corretta linea di riparto tra le due giurisdizioni.

L'esigenza rimane quella di assicurare una maggiore certezza nell'accesso alla tutela giurisdizionale, che si traduce inevitabilmente anche in una maggiore ampiezza della tutela apprestata.

ABSTRACT: Il saggio analizza la fase di esecuzione dei contratti pubblici mettendo in evidenza alcuni profili di criticità. In particolare, partendo dal presupposto per cui la fase esecutiva conosca dei momenti di forte compressione dell'autonomia contrattuale, caratterizzati dall'esercizio di poteri unilaterali da parte dell'amministrazione, si sottolinea la difficoltà di ricondurre per intero la disciplina al regime del codice civile, con evidenti ricadute in punto di giurisdizione, generando non pochi dubbi interpretativi in merito alla individuazione del giudice munito di giurisdizione. La

⁽²⁷⁾ V. *retro*, Cons. Stato, sez. V, n. 4336 del 2024, a proposito dell'art. 133, comma 1, lett. e), n. 2, c.p.a.

⁽²⁸⁾ Si veda, in generale, A. ROMANO, *La giurisdizione amministrativa esclusiva dal 1865 al 1948*, in *Dir. Proc. Amm.* 2004, 417.

questione si salda con il tema della responsabilità dell'amministrazione nella stessa fase di esecuzione del contratto, che ripropone in termini problematici la questione del riparto di giurisdizione. Pertanto, sia pure *de iure condendo*, potrebbe essere utile ragionare sulla estensione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche alla fase esecutiva dei contratti pubblici, al fine di consentire un più facile accesso alla tutela giurisdizionale.

ABSTRACT: *The article undertakes an examination of the performance stage of public contracts, bringing to light a number of structural shortcomings. It proceeds from the premise that this phase is characterised by a substantial curtailment of contractual autonomy, owing to the administration's exercise of unilateral prerogatives. Against this backdrop, the essay emphasises the inherent difficulty of subjecting the entirety of the relevant discipline to the Civil Code framework—an operation that has significant repercussions for the allocation of jurisdiction and that gives rise to substantial interpretative uncertainties concerning the identification of the court competent to adjudicate such disputes. This issue intersects with the question of the public administration's liability during the performance of the contract, which again renders problematic the delineation of jurisdictional boundaries. Accordingly, albeit de iure condendo, it may be appropriate to consider extending the administrative courts' exclusive jurisdiction to cover the performance stage of public contracts as well, thereby ensuring more straightforward access to judicial protection.*

Giudice amministrativo e mutamento di destinazione d'uso degli immobili dopo il Decreto Salva Casa: alla ricerca dell'intenzione del legislatore

di PAOLA LOMBARDI (*)

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. La prima disciplina nazionale del mutamento di destinazione d'uso degli immobili. — 3. L'art. 23-ter TUED dopo il Decreto Salva Casa. — 4. Le linee guida del MIT sull'attuazione del Decreto Salva Casa: alla ricerca di un supporto per il legislatore nazionale. — 5. Rilievi critici e spunti conclusivi: l'intenzione del legislatore tra lavori del Parlamento e ruolo del giudice amministrativo.

1. Introduzione.

A poco più di un anno dalla sua entrata in vigore, sembra possibile affermare che il d.l. 29 maggio 2024, n. 69, recante *Disposizioni urgenti in materia di semplificazione edilizia e urbanistica* (c.d. Decreto Salva Casa) e convertito con modificazioni dalla l. 24 luglio 2024, n. 105, costituisca un importante punto di svolta nel ripensamento della disciplina edilizia in Italia: l'*intento legis* è chiaramente orientata alla “semplificazione” ⁽¹⁾, al fine di ovviare alle persistenti incertezze interpretative che per molto

(*) Il saggio costituisce prodotto della ricerca svolta nell'ambito del Progetto PRIN 2022 dal titolo “*Looking for Legislative Intent in Judicial Reasoning: An Empirical Account*” (“Alla ricerca dell'intenzione del legislatore nel ragionamento giudiziale: un approccio empirico”), Finanziato dall'Unione europea – Next Generation EU, Missione 4 Componente 1, CUP D53D23007610006 (Principal Investigator: Prof. Damiano Canale, Università Bocconi di Milano).

⁽¹⁾ G. DI MARCO, *Il D.P.R. 380/2001 e l'evoluzione degli interventi edilizi e il D.L. 694*, in AA.VV., *Il Decreto Salva Casa*, a cura di U. DE LUCA - G. DI MARCO, Napoli, 2024, 17 ss.

tempo hanno costituito un ostacolo alla riqualificazione ed alla valorizzazione economica degli immobili e delle unità immobiliari del Paese.

Anche per giustificare l'ennesimo ricorso alla decretazione d'urgenza, le nuove disposizioni trovano infatti la propria motivazione principale «nell'esigenza di sbloccare la situazione di totale stallo in cui versa in mercato immobiliare, fortemente penalizzato dalle incertezze del quadro normativo di settore» ⁽²⁾, allo scopo di rilanciare le compravendite, recuperare il patrimonio edilizio esistente riducendo il consumo del suolo e superare gli aspetti problematici dell'attività di enti locali, cittadini ed imprese, alla ricerca di un deciso rinnovamento della disciplina operato all'insegna della riduzione dei controlli a fini autorizzatori ⁽³⁾.

Ne è derivato un provvedimento che tenta di affrontare, per la prima volta in modo sistematico, problematiche che spesso hanno trovato soluzioni del tutto contingenti e straordinarie ⁽⁴⁾, attraverso l'ennesimo “intervento di manutenzione” ⁽⁵⁾ del d.p.r. 6 giugno 2001, n. 380 (Testo unico dell'edilizia, d'ora in poi anche TUED): un intervento la cui efficacia è naturalmente ancora tutta da valutare, in ragione del poco tempo trascorso dalla sua entrata in vigore e delle difficoltà attuative che sono conseguite alle numerose e profonde modifiche apportate al Decreto Salva Casa dalla sua legge di conversione.

L'approccio indicato caratterizza anche la nuova disciplina dell'art. 23-ter del Testo unico in tema di mutamento di desti-

⁽²⁾ Così la Relazione illustrativa del decreto, su cui T. PAFUNDI, *Il D.L. n. 69/2024 Salva Casa e le principali modifiche al Testo Unico dell'edilizia*, in *Urb. app.*, 2024, 641 ss., utile anche per una ricostruzione sistematica delle principali novità intervenute in materia (spec. 646 ss.).

⁽³⁾ M. GNES, *Le semplificazioni della normativa edilizia stabilite dal D.L. “Salva Casa”*, in *Urb. app.*, 2024, 631 ss., che definisce la nuova disciplina sui cambi di destinazione d'uso, che sta per essere descritta, come ipotesi di semplificazione “vera e propria” (spec. 639).

⁽⁴⁾ G. DI MARCO, *Il D.P.R. 380/2001 e l'evoluzione degli interventi edilizi e il D.L. 694*, cit., 12.

⁽⁵⁾ P.I. D'ANDREA, *Il D.L. 69/2024 nella prospettiva dei principi costituzionali*, in AA.VV., *Il Decreto Salva Casa*, a cura di U. DE LUCA - G. DI MARCO, Napoli, 2024, 62 ss.

nazione d'uso urbanisticamente rilevante degli immobili, cui lo scritto dedica specifica attenzione.

L'indagine cercherà pertanto di farne emergere caratteri e, soprattutto, criticità, anche con l'ausilio dell'insostituibile attività interpretativa del giudice amministrativo: per questa via, si cercherà di comprendere quali siano, nei tempi attuali, le intenzioni del legislatore quanto alla messa a punto di una disciplina complessa come quella dell'edilizia in Italia, fatta di slanci nella direzione della semplificazione, di pressanti esigenze contingenti di natura economica, ma anche di pericolosi *revirement* che certamente non giovano alla sua buona fattura.

2. La prima disciplina nazionale del mutamento di destinazione d'uso degli immobili.

La destinazione d'uso di un immobile o di una singola unità immobiliare è la specifica funzione per la quale lo stesso può essere utilizzato alla luce della normativa vigente e delle previsioni degli strumenti urbanistici comunali.

La sua disciplina spostata evidentemente il tema del controllo pubblico dal profilo prettamente strutturale dell'edilizia a quello della valutazione funzionale dell'opera ⁽⁶⁾, così come il suo mutamento costituisce questione di rilievo alla quale tuttavia il legislatore nazionale ha dedicato attenzione solo da poco più di un decennio.

L'art. 23-ter è stato inserito nel Testo unico dell'edilizia dal d.l. n. 133/2014 (c.d. Decreto Sblocca Italia, convertito con modificazioni dalla l. n. 164/2014), allo scopo di definire quali mutamenti della destinazione d'uso di un immobile o di una singola unità immobiliare fossero da considerare come urbanisticamente rilevanti, cercando in questo modo di ovviare alle criticità discendenti da una disciplina lacunosa che, attraverso l'art. 10 TUED, sostanzialmente demandava alla legislazione regionale il compito

⁽⁶⁾ Così, efficacemente, Corte Giust. amm. Sic., 25 giugno 2021, n. 475, in www.giustizia-amministrativa.it.

di regolamentare la materia (7).

Il nuovo articolo elencava, come in effetti elenca tuttora, cinque distinte categorie funzionali — a) residenziale, *a-bis*) turistico-ricettiva, b) produttiva e direzionale, c) commerciale e d) rurale —, in relazione alle quali fin da subito ci s'interrogò in dottrina su quale fosse il rapporto che le stesse intrattenessero rispetto alle zone territoriali omogenee di cui all'art. 2 d.m. 2 aprile 1968, n. 1444: prevalente fu tuttavia l'opinione secondo cui le due classificazioni fossero da tenere tra loro distinte in ragione della loro diversa funzione (8). D'altra parte, la stessa giurisprudenza anche

(7) Per un approfondimento della disciplina dei mutamenti di destinazione d'uso degli immobili introdotta dal Decreto Sblocca Italia, specie per l'individuazione delle lacune esistenti, cui il provvedimento avrebbe dovuto ovviare, R. BERTOLI, *Il mutamento di destinazione d'uso (art. 23-ter TUED)*, in *Riv. giur. urb.*, 2014, Numero Speciale su *Uso e trasformazioni del territorio. Dal Testo unico dell'edilizia al decreto "Sblocca Italia"*, 627 ss.; P. TANDA, *La disciplina urbanistica del mutamento di destinazione d'uso tra sviluppo economico e tutela del territorio*, in *Riv. giur. edil.*, 2, 2019, 161 ss. Per uno sguardo anche alla disciplina previgente, specie sotto il profilo delle definizioni dei concetti rilevanti in questa sede, M. SOLLINI, *Il mutamento di destinazione d'uso anche nella legislazione regionale*, in AA.VV., *Trattato di diritto del territorio*, a cura di F.G. SCOCA - P. STELLA RICHTER - P. URBANI, vol. I, Torino, 2018, 968 ss.; S. VILLAMENA, *La liberalizzazione dei mutamenti d'uso (indicazioni metodologiche)*, in *Riv. giur. urb.*, 2012, 124 ss.; L. PELLICANI, *Mutamento di destinazione d'uso funzionale e semplice cambio d'uso: una distinzione spesso trascurata*, in *Riv. giur. edil.*, 2, 2009, 13 ss. Ancora, per una lettura in senso critico dell'art. 23-ter prima del Decreto Salva Casa, articolo considerato di problematica applicazione per difetto di coordinamento sistematico rispetto ad altre disposizioni del TUED, N.E. MILLEFIORI, *L'art. 23-ter del testo unico dell'edilizia ed il problematico raccordo sistematico della nuova — rectius ulteriore — disciplina statale del mutamento di destinazione d'uso urbanisticamente rilevante nell'ordinamento di settore*, in *Riv. giur. edil.*, 2, 2020, II, 177-180.

(8) Sul punto, si riprendono le considerazioni svolte da R. BERTOLI, *Il mutamento di destinazione d'uso (art. 23-ter TUED)*, cit., 639-640, il quale sottolinea come le norme sulla zoonizzazione individuano le funzioni ammesse per intere porzioni di territorio comunale, vincolando il pianificatore a garantire in esse particolari standard, mentre l'art. 23-ter tipizza le categorie funzionali dei singoli immobili (che, evidentemente, potranno essere più di una all'interno delle varie zone territoriali omogenee) al particolare scopo di stabilire che il passaggio tra di esse risulta *ex lege* rilevante. Per una diversa autorevole opinione, nel senso che la mancata coincidenza tra le due classificazioni suscita perplessità perché non consente di escludere del tutto che le nuove categorie funzionali dell'art. 23-ter abbiano una loro incidenza sull'individuazione delle zone territoriali omogenee, P. STELLA RICHTER, *Destinazione d'uso*, in *Dizionario giuridico di urbanistica ed edilizia*, Milano, 2020, 77. Più di recente, tuttavia, l'Autore avrebbe condiviso la tesi prevalente della mancanza d'interferenza tra le due classificazioni in ID., *Diritto urbanistico. Manuale breve*, Milano, 2022, 151-152.

di recente ha precisato come la destinazione d'uso non riguarda il territorio ma i beni che su di esso si collocano, e non descrive uno stato ontologico o deontologico di un'area comunale cui si riconnette una certa disciplina conformativa del diritto dominicale, ma l'uso che di quel determinato bene si sta attuando e, dunque, la funzione a cui esso è concretamente adibito ⁽⁹⁾.

Date queste premesse, il criterio utilizzato, in dottrina definito come criterio di "omogeneità funzionale economica" ⁽¹⁰⁾, fu quello di ritenere mutamento rilevante *ex lege*, e pertanto privo della necessità di un accertamento in concreto del reale aggravio urbanistico sul tessuto territoriale di riferimento ⁽¹¹⁾, ogni forma di utilizzo che comportasse il passaggio dell'immobile o della singola unità immobiliare ad una categoria diversa tra le cinque indicate rispetto a quella originariamente assegnata, quand'anche ciò avvenisse senza l'esecuzione di opere edilizie (comma 1).

Come si vedrà di qui a poco, di rilievo è il fatto che questo criterio valesse «salva diversa previsione da parte delle leggi regionali».

La giurisprudenza amministrativa che si è occupata della classificazione delle categorie funzionali in esame, nel tempo rimasta immutata, ne ha costantemente evidenziato la caratteristica di utile direttiva operativa nei confronti delle amministrazioni comunali: come si legge infatti anche nelle pronunce più recen-

⁽⁹⁾ Cons. Stato, 14 luglio 2025, n. 6127; e Id., 19 gennaio 2023, n. 159, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it. Per una successiva pronuncia sull'impossibilità di sovrapporre la nozione di zona con quella di categoria funzionale, T.A.R. Puglia, Bari, 23 maggio 2025, n. 731, *ibidem*. Ancora, nel senso che la verifica della ammissibilità delle modifiche di destinazione d'uso, con riguardo a destinazioni tra loro compatibili o complementari deve essere effettuata con riguardo non già alla zonizzazione (ossia alla destinazione di zona), ma alla destinazione d'uso in senso stretto, che attiene alla tipologia d'uso degli edifici, Cons. Stato, 21 luglio 2025, n. 6418, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁽¹⁰⁾ G. GUZZO - G. PALLIGIANO, *L'attività edilizia. Titoli, procedure, sanzioni e tutela*, Milano, 2023, 74.

⁽¹¹⁾ N.E. MILLEFIORI, *L'art. 23-ter del testo unico dell'edilizia*, cit., 182 e 187, che sul punto parla di una vera propria «certificazione» introdotta in tal senso dalla novella del 2014.

ti, l'art. 23-ter TUED «ha introdotto le categorie di destinazione urbanistica precostituendo a monte le situazioni con riferimento alle quali il carico urbanistico si presuppone omogeneo, indirettamente suggerendo anche una certa uniformità terminologica nella declinazione delle funzioni da parte degli Enti locali nei vari strumenti di governo del territorio» (12).

Diversamente, in caso di passaggio ad una diversa categoria funzionale, «l'aggravio di servizi — quali, ad esempio, il pregiudizio alla viabilità ed al traffico ordinario nella zona, il maggior numero di parcheggi nelle aree antistanti o prossime l'immobile — è l'*ubi consistam* del mutamento di destinazione che giustifica la repressione dell'alterazione del territorio in conseguenza dell'incremento del carico urbanistico come originariamente divisato, nella pianificazione del tessuto urbano, dall'amministrazione locale» (13).

(12) T.A.R. Lazio, 12 febbraio 2025, n. 3115: Id., 29 gennaio 2025, n. 1932 e Cons. Stato, 15 luglio 2024, n. 6356, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it.

(13) Ancora T.A.R. Lazio, n. 1932/2025, cit.; Cons. Stato, n. 6356/2024, cit. Come esempi pratici di mutamento urbanisticamente rilevante, nell'ampia casistica affrontata dai giudici amministrativi, T.A.R. Lombardia, Milano, 31 marzo 2025, n. 1127; T.A.R. Campania, Napoli, 3 marzo 2025, n. 1693, sulla trasformazione di un deposito per l'annessione ad un'abitazione residenziale; T.A.R. Marche, 29 marzo 2025, n. 232, per il cambio di destinazione d'uso da garage a vano abitabile; T.A.R. Campania, Napoli, 24 dicembre 2024, n. 7375, in relazione alle opere funzionali a rendere abitabile un seminterrato già destinato ad uso «cantinato»; T.A.R. Campania, Salerno, 2 dicembre 2024, n. 2336, sulla chiusura di un portico con conseguente cambio di destinazione d'uso in superficie residenziale, T.A.R. Campania, Napoli, 30 ottobre 2024, n. 5816, sul passaggio da attività industriale a palestra; T.A.R. Sicilia, Catania, 29 ottobre 2024, n. 3526; T.A.R. Campania, Napoli, 24 giugno 2024, n. 3920, sulla trasformazione da deposito ad attività commerciale; Cons. Stato, 17 settembre 2024, n. 7609, sul cambio di un sottotetto da destinazione produttiva ad abitativa; T.A.R. Lombardia, Milano, 14 maggio 2024, n. 1440 sul passaggio da parcheggio per l'utenza di una struttura di vendita a superficie commerciale; Corte Giust. amm. Sic., 13 novembre 2023, n. 794, per la destinazione a parcheggio di uno spazio verde; T.A.R. Campania, Napoli, 29 settembre 2023, n. 5301, sul cambio da abitazione a locale commerciale; Cons. Stato, 21 agosto 2023, n. 7835, per il passaggio da cantina a garage e civile abitazione. Si aggiunga come, con specifico riferimento alla logistica, in quanto non rientrante in nessuna delle categorie tipizzate dal legislatore e laddove non sia disciplinata a livello regionale o di singolo strumento urbanistico, per il giudice amministrativo essa vada assimilata alla destinazione d'uso dell'immobile che ospita quella cui è strumentale, che non necessariamente è costituita da quella commerciale, stante il suo contenuto poliedrico (così Cons. Stato, 27 giugno 2022, n. 5297, in www.giustizia-amministrativa.it ove sono consultabili tutte le sentenze citate in questa nota).

E questo vale anche nel caso in cui non vengano realizzate opere edilizie: è sufficiente la sussistenza di elementi univoci idonei ad imprimere chiaramente ed inequivocabilmente la diversa destinazione ⁽¹⁴⁾.

Da tutto ciò deriva che dell'incremento della domanda di servizi che si registra nella zona interessata dall'intervento, con aggravio del carico socio-economico già esistente, debbano essere onerati coloro che di esso beneficiano ⁽¹⁵⁾, così come il mutamento non autorizzato alterante il carico urbanistico, integrando una situazione di illiceità, vada rilevato dall'amministrazione comunale nel doveroso esercizio del suo potere di vigilanza ⁽¹⁶⁾.

Date le premesse, è di tutta evidenza come sia cruciale l'individuazione della destinazione d'uso originaria, stante soprattutto una giurisprudenza che da sempre segnala come, ai fini della determinazione della destinazione d'uso di un immobile, sia irrilevante «l'uso di fatto che in concreto» si assume praticato di questo: occorre considerare solo quanto indicato negli atti amministrativi pubblici di carattere urbanistico o catastale, che sono gli unici in grado di identificare in modo inequivoco le «oggettive attitudini funzionali del bene» di cui si tratta ⁽¹⁷⁾. La destinazione che qui ci occupa, a differenza del mero uso, ha in effetti una fonte eteronoma rispetto al titolare del diritto reale che ne è l'oggetto ⁽¹⁸⁾.

Allo scopo, il comma 2 dell'articolo richiamava la destinazione d'uso prevalente, in termini di superficie utile, per identificare

⁽¹⁴⁾ Tale diversa destinazione è ad esempio evincibile dalla mera apposizione di mobilio che risulti inequivocabilmente incompatibile con quella originaria: così, di recente, T.A.R. Lazio, 25 luglio 2025, n. 14807, in www.giustizia-amministrativa.it. Sul punto, anche T.A.R. Puglia, Bari, 2 luglio 2024, n. 807, *ibidem*.

⁽¹⁵⁾ T.A.R. Liguria, 15 aprile 2022, n. 288, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁽¹⁶⁾ *Ex multis*, per limitarsi alla giurisprudenza di secondo grado, Cons. Stato, 8 maggio 2024, n. 4127; Id., 8 aprile 2024, n. 3182; Id., 18 luglio 2023, n. 7028, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

⁽¹⁷⁾ T.A.R. Toscana, 14 marzo 2024, n. 297; Cons. Stato, 12 dicembre 2023, n. 10687; Id., 17 luglio 2023, n. 6965; Id., 26 settembre 2022, n. 8256; T.A.R. Campania, Napoli, 26 gennaio 2022, n. 513; tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

⁽¹⁸⁾ A. RUSSO, *Mutamenti delle destinazioni d'uso*, in AA.VV., *Il governo del territorio in Lombardia dopo il testo unico regionale*, a cura di A. MANDARANO, Milano, 2007, 490 ss.

quella dell'intero fabbricato o unità immobiliare ⁽¹⁹⁾, secondo una regola che tuttavia sarebbe stata modificata dal d.l. n. 76/2020 (c.d. Decreto Semplificazioni 2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 120/2020) a seguito dell'introduzione nel TUED del riferimento allo stato legittimo degli immobili: il comma, nella nuova versione tutt'ora vigente, prevede infatti che «la destinazione d'uso dell'immobile o dell'unità immobiliare è quella stabilita dalla documentazione di cui all'articolo 9-*bis*, comma 1-*bis*» del Testo unico ⁽²⁰⁾.

Restava il fatto, evidenziato dalla dottrina, che il legislatore non aveva fornito alcuna specifica indicazione in ordine alle conseguenze giuridiche discendenti dalla rilevanza urbanistica del mutamento, soprattutto a fronte di una giurisprudenza amministrativa che lo riteneva assentibile solo con permesso di costruire quand'anche in assenza di opere ⁽²¹⁾.

Il dettato normativo si chiudeva con un terzo comma, il quale, fermo restando che l'unico mutamento della destinazione d'uso

⁽¹⁹⁾ Sulla discutibilità di questo criterio, R. INVERNIZZI, *Art. 23 ter*, in AA.VV., *Testo unico dell'edilizia*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2015, 633 ss.; M. SOLLINI, *Il mutamento di destinazione d'uso anche nella legislazione regionale*, cit., 981 ss.

⁽²⁰⁾ Nel senso che, per questa via, l'attuale formulazione dell'art. 23-*ter*, comma 2, abbia opportunamente optato per un nuovo criterio eminentemente formale/documentale al fine di determinare la destinazione d'uso degli immobili, M. SOLLINI, *L'accertamento documentale dello stato legittimo dell'immobile, quale presupposto indefettibile di identificazione della sua destinazione d'uso giuridicamente rilevante*, in *Riv. giur. urb.*, 2022, 268 ss. Su questa modifica e sulle connessioni così instaurate tra la destinazione d'uso di un immobile e la documentazione comprovante il suo stato legittimo, sia consentito rinviare a P. LOMBARDI, *Lo stato legittimo degli immobili un anno dopo il Decreto Salva Casa: orientamenti giurisprudenziali e questioni aperte*, in *Dir. e proc. amm.*, 4, 2025, 945 ss., spec. 950.

⁽²¹⁾ N.E. MILLEFIORI, *L'art. 23-ter del testo unico dell'edilizia*, cit., 181: per una rassegna di arresti giurisprudenziali sul punto, prima dell'avvento del Decreto Salva Casa, D. PALOMBELLA, *Il testo unico dell'edilizia: attività edilizia e titoli abilitativi dei lavori*, Rimini, 2021, 303 ss. Più in generale, per l'individuazione delle direttrici giurisprudenziali del tempo quanto all'interpretazione dell'art. 23-*ter*, R. MICALIZZI, *La "rilevanza urbanistica" del mutamento di destinazione d'uso dell'immobile*, in *Giur. it.*, 2016, 2726 ss. Come sottolineato da S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Diritto urbanistico. Organizzazione e rapporti*, Torino, 2023, 336, il profilo del controllo pubblico inerente all'individuazione del titolo che legittimava il mutamento era evidentemente legato a quello della corrispondenza degli oneri di urbanizzazione connessi al diverso carico urbanistico corrispondente alle varie categorie funzionali elencate.

ammesso era quello che si svolgeva all'interno della "stessa" categoria funzionale (c.d. "cambio orizzontale", che si trattasse di un intero immobile o di una singola unità immobiliare non rilevava), faceva salva una diversa previsione di legge regionale o strumento urbanistico comunale, così come concedeva alle regioni un termine di novanta giorni dall'entrata in vigore dell'art. 23-ter per adeguare le rispettive legislazioni «ai principi di cui al presente articolo», decorso il quale le nuove disposizioni avrebbero comunque trovato applicazione diretta.

Dalla disciplina introdotta nel 2014 emerse fin da subito la difficoltà di comprendere in quale rapporto il legislatore nazionale intendesse porsi con i legislatori regionali.

Chiaro fu infatti il contrasto tra una previsione di chiusura, caratterizzata dal riconoscimento alle disposizioni contenute nel nuovo articolo della portata di "principi" (per di più accompagnato dalla sanzione dell'applicazione diretta in caso di inutile decorso del concesso termine di adeguamento), ed una di apertura che, in tema di modifica di destinazione d'uso, faceva comunque salva una diversa previsione da parte delle leggi regionali, conferendo all'art. 23-ter la portata di norma di dettaglio ⁽²²⁾: «che tale illogicità sia dovuta alla reale volontà di non comprimere i margini d'intervento del legislatore regionale oppure ad imperizia nell'uso delle tecniche normative o, ancora, a semplice disattenzione parlamentare in sede di conversione, con emendamenti, del decreto-legge poco rileva» ⁽²³⁾.

3. L'art. 23-ter TUED dopo il Decreto Salva Casa.

È nel contesto regolatorio appena descritto che nel 2024 entra in vigore il Decreto Salva Casa. Per quanto qui rileva, e come già evidenziato in premessa, la parola d'ordine da cui muove il prov-

⁽²²⁾ Di questo avviso, R. INVERNIZZI, *Art. 23 ter*, cit., 624-625.

⁽²³⁾ Così R. BERTOLI, *Il mutamento di destinazione d'uso (art. 23-ter TUED)*, cit., 648. Su queste aporie, si veda altresì M. SOLLINI, *Il mutamento di destinazione d'uso anche nella legislazione regionale*, cit., 976-977.

vedimento è “semplificazione”, funzionalizzata alla realizzazione di quello che emerge come principale obiettivo del provvedimento e che in effetti sembra lasciare sullo sfondo quelli — pur presenti — di matrice più spiccatamente ambientale costituiti dalla riduzione del consumo di suolo e dalla rigenerazione urbana: lo sblocco dello stallo in cui versa il mercato immobiliare, rilanciando le compravendite.

Ne è derivata l'introduzione di importanti modifiche anche nell'art. 23-ter del Testo unico dell'edilizia ⁽²⁴⁾, a partire dall'aggiunta, quale nuova prima parte del comma 1 ed ai particolari fini dell'articolo stesso, della definizione di mutamento della destinazione d'uso di un immobile o di una singola unità immobiliare “senza opere” come mutamento che non comporti l'esecuzione di opere edilizie o che preveda l'esecuzione di opere riconducibili all'attività edilizia libera in quanto rientranti negli interventi di cui all'art. 6 TUED ⁽²⁵⁾.

La parte successiva del comma sull'individuazione del mutamento della destinazione d'uso che sia urbanisticamente rilevante è invece rimasta invariata, compresa — si badi — la salvezza di una diversa previsione da parte delle leggi regionali.

Di qui la riproposizione dei problemi di coordinamento, più sopra evidenziati, con la prima parte del comma 3 dell'articolo, che anche oggi prevede che «le regioni adeguano la propria legislazione ai principi di cui al presente articolo», benché oggi sia stato aggiunto che essi trovano applicazione diretta in ogni caso.

⁽²⁴⁾ Per un commento sistematico delle nuove disposizioni contenute nell'art. 23-ter, S. SERGIO, *Art. 23-ter - Mutamento d'uso urbanisticamente rilevante*, in AA.VV., *Il Decreto Salva Casa*, a cura di U. DE LUCA - G. DI MARCO, Napoli, 2024, 167 ss.; cui *adde* M. GNES, *Le semplificazioni della normativa edilizia stabilite dal D.L. “Salva Casa”*, cit., 634 ss.; T. PAFUNDI, *Il D.L. n. 69/2024 Salva Casa e le principali modifiche al Testo Unico dell'edilizia*, cit., 646 ss.

⁽²⁵⁾ Per quanto sia possibile discutere sull'opportunità dell'introduzione di una definizione di tal fatta, potendo essere considerata superflua, essa pare giustificarsi come tentativo di ovviare ad ogni incertezza interpretativa che sul punto potesse essere sorta in applicazione della disciplina del 2014. In dottrina, sulle problematiche discendenti dal mutamento di destinazione d'uso attuato senza opere, specie sotto il profilo dell'assoggettabilità dello stesso ad un controllo pubblicistico, P. STELLA RICHTER, *Diritto urbanistico*, cit., 149-150.

Il provvedimento, forse anche sull'onda dell'urgenza del suo intervento, non si è dunque preoccupato di risolvere il dilemma, ampiamente segnalato dalla dottrina, discendente dalla qualificazione in termini di principi di una disciplina in verità prevalentemente costituita da disposizioni di dettaglio che — come si vedrà di qui a breve — nel 2024 sono notevolmente aumentate.

Non solo. La problematica sembra addirittura complicarsi in ragione del fatto che, al necessario adeguamento da parte della legislazione regionale, è stato aggiunto che è «fatta salva la possibilità per le regioni medesime di prevedere livelli ulteriori di semplificazione», la quale si conferma per questa via come il principale scopo da perseguire: la norma desta infatti qualche perplessità se si pensa che, in una materia a legislazione concorrente come quella di cui si tratta, spetterebbe allo Stato anche la definizione di quei livelli minimi di semplificazione oltre i quali le regioni non si possono spingere ⁽²⁶⁾.

Non sembra pertanto irragionevole affermare che vecchie e nuove disposizioni di modifica dell'articolo qui considerato restituiscano l'idea di un legislatore nazionale che fatica a tracciare una linea coerente nel suo rapporto con le legislazioni regionali.

Passando ad una rapida rassegna delle ulteriori novità introdotte nell'art. 23-ter dal Decreto Salva Casa che siano utili all'economia di questo lavoro, si noti come oggi, a differenza del passato, risulti diversamente disciplinato, anche per collocazione sistematica delle norme, il mutamento di destinazione d'uso di un intero immobile rispetto a quello di una singola unità immobiliare.

Se per il primo continua ad essere ammesso il solo cambio c.d. "orizzontale", nel rispetto delle condizioni già previste ed alle quali si aggiunge la precisazione dei titoli edilizi al cui rilascio esso è assoggettato (comma 3, ultima parte) ⁽²⁷⁾, è sulla

⁽²⁶⁾ M. Gnes, *Le semplificazioni della normativa edilizia stabilite dal D.L. "Salva Casa"*, cit., 634.

⁽²⁷⁾ Si tratta degli stessi titoli cui è oggi assoggettato il mutamento della destinazione d'uso di una singola unità immobiliare ai sensi dell'art. 23-ter, comma 1-*quinquies*, secondo quanto sta per essere precisato nel testo.

singola unità immobiliare che si concentrano le principali innovazioni portate dalla riforma, collegate all'ammissibilità, accanto al già consentito mutamento della destinazione d'uso all'interno della stessa categoria funzionale (oggi disciplinato dal neo-introdotta comma 1-*bis*), anche del c.d. "cambio verticale", a quello orizzontale accomunato dalla necessità di rispettare le normative di settore e le "specifiche condizioni" eventualmente fissate dagli strumenti urbanistici comunali (comma 1-*ter*, ultima parte).

Sono infatti state inserite ulteriori disposizioni che, quanto alle singole unità immobiliari ubicate in immobili ricompresi nelle zone A), B) e C) di cui all'art. 2 d.m. 1444/1968 ⁽²⁸⁾, ovvero nelle zone equipollenti come definite dalle leggi regionali in materia, dal 2024 consentono anche il mutamento di destinazione d'uso tra le diverse categorie funzionali elencate dal comma 1, fatta eccezione per quella rurale (comma 1-*ter*, prima parte).

Il nuovo comma 1-*quater*, nel confermare che tale mutamento è sempre consentito alle «specifiche condizioni» fissate dai comuni, con un'evidente ripetizione che forse non giova alla buona fattura della norma, precisa come tra queste possa essere inclusa la finalizzazione del mutamento alla forma di utilizzo dell'unità immobiliare conforme a quella prevalente nelle altre unità immobiliari presenti nell'immobile. Aggiunge che, nei casi di cui al comma 1-*ter*, il mutamento di destinazione d'uso non è assoggettato né all'obbligo di reperimento di ulteriori aree per servizi di interesse generale di cui al già citato d.m. n. 1444/1968 ed alle disposizioni di legge regionale in materia, né al vincolo della

⁽²⁸⁾ Per l'esattezza, si tratta delle seguenti zone territoriali omogenee: A) le parti del territorio interessate da agglomerati urbani che rivestano carattere storico, artistico e di particolare pregio ambientale o da porzioni di essi, comprese le aree circostanti, che possono considerarsi parte integrante, per tali caratteristiche, degli agglomerati stessi; B) le parti del territorio totalmente o parzialmente edificate, diverse dalle zone A): si considerano parzialmente edificate le zone in cui la superficie coperta degli edifici esistenti non sia inferiore al 12,5% (un ottavo) della superficie fondiaria della zona e nelle quali la densità territoriale sia superiore ad 1,5 mc/mq; C) le parti del territorio destinate a nuovi complessi insediativi, che risultino inedificate o nelle quali l'edificazione preesistente non raggiunga i limiti di superficie e densità di cui alla precedente lettera B).

dotazione minima obbligatoria di parcheggi previsto dalla l. n. 1150/1942, fermo restando l'obbligo del pagamento del contributo richiesto per gli oneri di urbanizzazione secondaria laddove previsto ⁽²⁹⁾.

Infine, segue il neo-inserito comma 1-*quinqües*, dedicato all'individuazione dei titoli cui sono soggetti i mutamenti di destinazione d'uso, sia orizzontale che verticale, delle singole unità immobiliari: si tratta della segnalazione certificata d'inizio attività (SCIA) nei casi di mutamento senza opere e, nei restanti casi, del titolo richiesto per l'esecuzione delle opere necessarie al mutamento di destinazione d'uso, fermo restando che, qualora fosse richiesta la comunicazione d'inizio lavori asseverata (CILA), si procede comunque con SCIA.

E così, come chiarito dai giudici amministrativi a seguito dell'entrata in vigore del Decreto Salva casa, se prima del 2024 tutti i mutamenti tra diverse categorie funzionali implicanti la realizzazione di opere richiedevano comunque un permesso di costruire, qualunque fosse la portata dell'intervento, oggi si ricorre alla SCIA per quegli interventi che rientrano in edilizia libera ⁽³⁰⁾.

Dall'entrata in vigore della nuova disciplina nazionale è conseguita un'intensa attività normativa attraverso la quale diverse regioni hanno provveduto all'abrogazione delle disposizioni sui cambi di destinazione d'uso con essa incompatibili, specie nelle parti in cui imponevano in materia procedure più severe.

Per tutte, costituisce esempio paradigmatico di questo adeguamento la l.r. Lombardia 6 dicembre 2024, n. 20, *Seconda leg-*

⁽²⁹⁾ Per completezza, si precisa che la parte rimanente del comma 1-*quater* così dispone: «per le unità immobiliari poste al primo piano fuori terra o seminterrate il cambio di destinazione d'uso è disciplinato dalla legislazione regionale, che prevede i casi in cui gli strumenti urbanistici comunali possono individuare specifiche zone nelle quali le disposizioni dei commi da 1-*ter* a 1-*quinqües* si applicano anche alle unità immobiliari poste al primo piano fuori terra o seminterrate».

⁽³⁰⁾ In questi termini, per una recente applicazione delle nuove disposizioni in un caso di cambio della destinazione d'uso di un immobile da commerciale a residenziale con opere di edilizia libera, T.A.R. Campania, Salerno, 25 giugno 2025, n. 1198, in www.giustizia-amministrativa.it.

ge di revisione normativa ordinamentale 2024, che, per quanto qui rileva, ha modificato gli artt. 33 e 52 della legge regionale 11 marzo 2005, n. 12, *Legge per il governo del territorio*, nonché l'art. 2 della legge regionale 10 marzo 2017, n. 7, *Recupero dei vani e locali seminterrati esistenti*, quanto alla disciplina sulle modifiche di destinazione d'uso degli immobili ⁽³¹⁾.

In particolare, oltre all'allineamento delle disposizioni regionali ai contenuti del comma 1-*quinques* dell'art. 23-*ter* TUED quanto ai titoli edilizi occorrenti per gli interventi di trasformazione urbanistica ed edilizia (art. 33 l.r. n. 12/2005) e di recupero dei vani e locali seminterrati (art. 2 l.r. n. 7/2017), sono stati abrogati i commi dell'art. 52 della l.r. n. 12/2005 che assoggettavano esclusivamente a preventiva comunicazione dell'interessato al comune i mutamenti di destinazione d'uso di immobili non comportanti la realizzazione di opere edilizie (comma 2) e che prevedevano come dovuto l'eventuale conguaglio degli oneri di urbanizzazione (corrispondente alla differenza tra gli oneri connessi alla nuova destinazione e gli oneri riferiti alla precedente) qualora la destinazione d'uso fosse modificata, senza opere edilizie, nei dieci anni successivi all'ultimazione dei lavori (comma 3). Inoltre, è stata abrogata la disposizione che escludeva il mutamento di destinazione d'uso dei volumi dei vani e locali seminterrati recuperati in applicazione della disciplina regionale nei dieci anni successivi al conseguimento dell'agibilità (art. 2 l.r. n. 7/2017, comma 7).

4. Le linee guida del MIT sull'attuazione del Decreto Salva Casa: alla ricerca di un supporto per il legislatore nazionale.

Sei mesi dopo l'entrata in vigore della legge di conversione del Decreto Salva Casa, il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti ha pubblicato un documento, contenente Linee di indirizzo

⁽³¹⁾ Per gli approfondimenti di questa disciplina, quanto alla sua formulazione anteriore all'intervento della l.r. n. 20/2024, AA.VV., *Il governo del territorio in Lombardia dopo il testo unico regionale*, a cura di A. MANDARANO, Milano, 2007, *passim*; M. SOLLINI, *Il mutamento di destinazione d'uso anche nella legislazione regionale*, cit., 1006-1009.

e criteri interpretativi sull'attuazione del decreto legge 2 maggio 2024, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 luglio 2024, n. 105 (d.l. Salva Casa) ⁽³²⁾, destinato a fornire chiarimenti applicativi, sotto forma di risposte a quesiti, quanto alle diverse macro-aree d'intervento del decreto legge, la seconda delle quali è costituita proprio dalla nuova disciplina relativa ai mutamenti di destinazione d'uso degli immobili.

Fermo restando che le disposizioni del decreto sono già di per sé auto-applicative, per questa via il Ministero ha inteso fornire un supporto alla loro attuazione sull'intero territorio nazionale rispondendo alle sollecitazioni pervenute dagli attori coinvolti nel processo edilizio, al fine di contribuire a promuovere prassi interpretative coordinate rispetto alle scelte operate a livello normativo.

Con una particolare tecnica d'intervento che — a dire il vero — rivela una ben percepita necessità di ovviare alle difficoltà applicative della nuova disciplina nel frattempo sorte, il documento riconosce espressamente l'agevolazione dei cambi di destinazione d'uso degli immobili quale specifica misura di semplificazione della materia edilizia ⁽³³⁾.

Il primo punto su cui il Ministero ha avvertito l'esigenza d'intervenire riguarda quelle «specifiche condizioni» fissate dagli strumenti urbanistici comunali e richiamate dai commi 1-*bis*, 1-*ter* e 1-*quater* dell'art. 23-*ter* TUED per i cambi di destinazione d'uso delle singole unità immobiliari ⁽³⁴⁾.

Il tema è in effetti di tutto rilievo, poiché attiene all'autonomia comunale: è dal suo approfondimento che emergono i limiti entro i quali gli enti locali hanno la possibilità di adattare la normativa del Decreto Salva Casa alle loro esigenze e peculiarità territoriali ⁽³⁵⁾.

⁽³²⁾ Il documento, pubblicato il 30 gennaio 2025, è consultabile in www.mit.gov.it.

⁽³³⁾ Sul punto, MIT, *Linee d'indirizzo*, cit., 10.

⁽³⁴⁾ Quesito D.2.1.1: *Cosa si intende per "specifiche condizioni"?*, in MIT, *Linee d'indirizzo*, cit., 12-13.

⁽³⁵⁾ E. MOSTACCI, 23 *ter*, in AA.VV., *Commentario breve alle leggi in materia di urbanistica ed edilizia*, a cura di R. FERRARA - G.F. FERRARI, Milano, 2025, 514 ss.

Di questa circostanza si rende conto lo stesso MIT, che allo scopo fornisce sulle condizioni di cui si tratta quattro dettagliate indicazioni: 1) dovranno risolversi in criteri oggettivi e non discriminatori ed essere prive di arbitrarie limitazioni o restrizioni; 2) in quanto specifiche, non potranno essere implicitamente desunte dagli strumenti urbanistici comunali vigenti, sui quali prevale comunque il novellato articolo 23-*ter* TUED in caso di indebite previsioni restrittive o impeditive che negli stessi fossero contenute; 3) dovranno essere adeguatamente motivate, sulla base delle valutazioni in concreto operate dall'amministrazione; 4) nel rispetto del Testo unico degli enti locali, potranno essere definite nelle forme ritenute idonee dal comune ⁽³⁶⁾.

Tra le questioni successivamente trattate, una è di particolare interesse perché riguarda nuovamente il rapporto tra la disciplina del Salva Casa e l'autonomia comunale: quella relativa alla consistenza, in caso di mutamento di destinazione d'uso c.d. verticale di una singola unità immobiliare, della deroga all'assolvimento degli oneri di urbanizzazione primaria di cui al comma 1-*quater*, secondo periodo, dell'art. 21-*ter* ⁽³⁷⁾.

Sul punto, il Ministero precisa come la disposizione vada intesa quale norma di principio, contenente un esonero dal reperimento di aree per servizi d'interesse generale e per parcheggi che opera non solo in carenza, ma anche in presenza di specifiche

⁽³⁶⁾ Date le sopra esposte indicazioni, il MIT così precisa: «le condizioni possono rivestire una triplice finalità e, segnatamente: possono limitare, in relazione a specifiche e motivate esigenze, l'operatività della legge statale, la quale, in loro assenza, consente senz'altro il mutamento di destinazione d'uso orizzontale (comma 1-*bis*) e il mutamento verticale (comma 1-*ter*) di una singola unità immobiliare, nel rispetto delle normative di settore; possono consentire la piena operatività della legge statale, qualora gli strumenti urbanistici comunali siano abilitati a individuare specifiche zone ove applicare la disciplina in commento anche alle unità immobiliari poste al primo piano fuori terra o seminterrate (comma 1-*quater*); possono modulare l'operatività della legge statale, nell'ipotesi di apposizione della speciale condizione volta a consentire il mutamento di destinazione d'uso verticale di una singola unità immobiliare soltanto in conformità alla forma di utilizzo prevalente nell'immobile».

⁽³⁷⁾ Quesito D.2.1.4: *Come deve essere intesa la deroga dall'assolvimento degli oneri urbanistici?*, in MIT, *Linee d'indirizzo*, cit., 14-15.

disposizioni dettate allo scopo dalla pianificazione urbanistica, ad esempio attraverso le norme tecniche di attuazione dei piani regolatori vigenti, rispetto alle quali evidentemente essa s'impone.

Proseguendo, interessante è il fatto che il MIT fornisca una chiave d'interpretazione autentica della disposizione considerata: «si è ritenuto che imporre la corresponsione degli oneri di urbanizzazione primaria si risolverebbe in una sostanziale duplicazione di costi a fronte dell'unicità dei servizi già predisposti nella zona interessata (strade residenziali, spazi di sosta o di parcheggio, fognature, rete idrica, pubblica illuminazione)». Diversamente, «si è ritenuto che le spese relative alle opere di urbanizzazione secondaria (asili nido e scuole materne, mercati di quartiere, impianti sportivi di quartiere, aree verdi di quartiere, attrezzature culturali e sanitarie) non possano automaticamente risolversi in una duplicazione di costi, in quanto funzionali alla vita di relazione degli abitanti della zona interessata».

Sul tema, il Ministero conclude analizzando il regime cui sono soggetti i mutamenti di destinazione d'uso orizzontali di cui al comma 1-*bis*, precisando che, alla luce di un'interpretazione sistematica del complesso dell'articolo 23-*ter*, non è dovuto il pagamento né degli oneri di urbanizzazione primaria né di quelli di urbanizzazione secondaria, poiché per essi l'equivalenza del carico urbanistico è già stata valutata *a priori* dalla legislazione statale.

5. Rilievi critici e spunti conclusivi: l'intenzione del legislatore tra lavori del Parlamento e ruolo del giudice amministrativo.

Le nuove disposizioni introdotte dal Decreto Salva Casa, e forse ancor di più l'intervento chiarificatore del MIT, testimoniano come la regolamentazione edilizia italiana stia vivendo una stagione di affannosa produzione di soluzioni in relazione alle quali non è per nulla semplice comprendere quali siano le reali intenzioni del legislatore.

In particolare, per la realizzazione di interessi contingenti ed obiettivi di più breve periodo rispetto alla disciplina dell'ur-

banistica, egli è giunto ad intrattenere un non sempre chiaro (e comunque delicato) rapporto con la legislazione regionale e con l'autonomia degli enti locali, in una costante tensione tra rispetto della legalità e pressanti esigenze di giustizia sostanziale.

Ne è uscita una disciplina edilizia talvolta votata al sottinteso, e, in quanto tale, densa di difficoltà interpretative: proprio ciò che si voleva evitare.

Sotto quest'ultimo punto di vista, e portando ad ulteriori sviluppi il ragionamento fin qui svolto, l'ambiguità di questo atteggiamento ha trovato conferma anche in altri episodi che hanno visto protagonista il Parlamento.

Paradigmatica è la vicenda del disegno di legge c.d. Salva Milano.

Il 24 luglio 2024 venne presentata alla Camera dei Deputati la proposta di legge n. 1987, recante *Disposizioni in materia di piani particolareggiati o di lottizzazione convenzionata e di interventi di ristrutturazione edilizia connessi a interventi di rigenerazione urbana* ed avente i dichiarati obiettivi di salvaguardare la pianificazione urbanistica generale dei comuni, di tenere in considerazione i naturali e costanti mutamenti del tessuto urbano e di dettare disposizioni in materia di ristrutturazione edilizia ⁽³⁸⁾.

Nell'unico articolo che la componeva, la proposta preannunciava un riordino organico della disciplina di settore entro sei mesi dall'entrata in vigore della legge: fino al suddetto riordino, indicava i casi nei quali gli interventi «nel frattempo» realizzati o assentiti, sebbene non preceduti dall'approvazione preventiva di un piano particolareggiato o di lottizzazione convenzionata, di cui all'art. 41-*quinquies*, comma 6, l. n. 1150/1942 ed all'art. 8 d.m. n. 1444/1968, fossero da considerare comunque conformi alla disci-

⁽³⁸⁾ Per un approfondimento dell'originario progetto di legge A.C. 1987, P. MANTINI, *Il nuovo diritto della rigenerazione urbana nel caso Milano e dintorni*, in *Riv. giur. edil.*, 2, 2024, 355 ss.

plina urbanistica ⁽³⁹⁾, precisando le relative condizioni ⁽⁴⁰⁾.

Il testo del progetto di legge che uscì dalla discussione nel suddetto ramo del Parlamento, e che venne trasmesso al Senato il 22 novembre 2024 (A.S. 1309), fu tuttavia molto diverso da quello originariamente presentato: esso recava infatti disposizioni, riformulate quali “norme di interpretazione autentica”, finalizzate (come sottolineato dalla relazione illustrativa) a risolvere il contrasto, generatosi nella giurisprudenza amministrativa, circa la corretta interpretazione dell’art. 41-*quinquies*, comma 1, l. n. 1150/1942 in tema di limiti di volumi e altezze delle costruzioni nell’ambito del territorio comunale, alla luce della complessa evoluzione normativa della materia.

Il disegno di legge, nel nuovo comma 1 del suo unico articolo, prevedeva infatti come l’art. 41-*quinquies*, comma 1, l. n. 1150/1942, andasse interpretato «nel senso che l’approvazione preventiva di un piano particolareggiato o di lottizzazione convenzionata non fosse obbligatoria nei casi di edificazione di nuovi immobili su singoli lotti situati in ambiti edificati e urbanizzati, di sostituzione, previa demolizione, di edifici esistenti in ambiti edificati e urbanizzati e di interventi su edifici esistenti in ambiti edificati e urbanizzati, che determinino la creazione di altezze e volumi eccedenti i limiti massimi previsti» dalla disposizione, ferma restando l’osservanza della normativa tecnica per le costruzioni.

⁽³⁹⁾ Ai sensi del comma 2 dell’articolo, si trattava dei seguenti casi: a) edificazione di nuovi immobili su singoli lotti situati in ambiti edificati e urbanizzati; b) sostituzione di edifici esistenti in ambiti caratterizzati da una struttura urbana definita e urbanizzata; c) interventi su edifici esistenti in ambiti caratterizzati da una struttura urbana definita e urbanizzata che determinino la creazione di altezze e volumi eccedenti i limiti massimi previsti dall’articolo 41-*quinquies*, comma 6, l. n. 1150/1942, ferma restando l’osservanza della normativa tecnica delle costruzioni. Erano comunque esclusi i casi per i quali fosse stata disposta la demolizione o riduzione in pristino con provvedimento definitivo.

⁽⁴⁰⁾ Secondo il comma 3 dell’articolo, due erano le condizioni: a) verifica di adeguatezza delle dotazioni territoriali e dei parametri urbanistici sulla base della legislazione regionale e degli strumenti urbanistici comunali; b) rispetto, limitatamente agli interventi di nuova costruzione, della distanza minima tra fabbricati, derogabile tra fabbricati inseriti all’interno di piani attuativi e di ambiti con previsioni planivolumetriche oggetto di convenzionamento unitario.

Negli stessi casi, prevedeva come l'art. 8, n. 2), d.m. n. 1444/1968, andasse interpretato nel senso che la suddetta approvazione nuovamente non fosse obbligatoria qualora si determinasse «la creazione di altezze eccedenti l'altezza degli edifici preesistenti e circostanti, ove ciò non contrasti con un interesse pubblico concreto e attuale al rispetto dei predetti limiti di altezza, accertato dall'amministrazione competente con provvedimento motivato, o comunque ove ciò sia previsto dagli strumenti urbanistici», e ferma restando l'osservanza della normativa tecnica.

Per quanto vada segnalato come il disegno di legge si sia poi sostanzialmente “arenato” in Parlamento, impossibile non rilevare come, nei casi richiamati, sia emerso il tentativo di disattendere gli obblighi di preventiva pianificazione attuativa comunale, mediante una curiosa attività d'interpretazione del passato con gli occhiali del presente.

A ciò si aggiunga come fosse scomparso ogni riferimento ad un riordino organico della disciplina: l'obiettivo è ricomparso nel giugno del 2025, attraverso il 5° *Tavolo Casa*, ospitato dal MIT come programma strategico volto a contrastare il disagio abitativo anche mediante una “innovazione normativa” che contempla in primo luogo la revisione del TUED, ma va tuttavia segnalato come questo si sovrapponga ad altre proposte di legge già presentate nel tempo alle Camere ⁽⁴¹⁾.

Del disagio provocato dal complesso panorama normativo che ancora caratterizza l'edilizia italiana, sembra essersi reso protagonista anche il giudice amministrativo.

Due sono, allo scopo, gli esempi paradigmatici.

In primo luogo, si vedano due recenti sentenze pronunciate dalla quinta sezione del Consiglio di Stato in tema di locazioni turistiche brevi, distanziate di poco più di sei mesi l'una dall'altra, che rivelano un cambio di orientamento giurisprudenziale quale testimonianza di una persistente difficoltà anche del giudice am-

⁽⁴¹⁾ Sull'oggetto, sia consentito rinviare nuovamente a P. LOMBARDI, *Lo stato legittimo degli immobili un anno dopo il Decreto Salva Casa: orientamenti giurisprudenziali e questioni aperte*, cit., 964.

ministrativo a muoversi in questa particolare materia.

Se, infatti, nella sentenza del 2 ottobre 2024, n. 7913 ⁽⁴²⁾, il giudice di secondo grado aveva qualificato come modifica di destinazione d'uso dalla categoria residenziale a quella turistico-ricettiva, e pertanto urbanisticamente rilevante ai sensi dell'art. 23-ter TUED, l'attività di messa a disposizione di una villa storica per l'organizzazione e lo svolgimento di eventi come ricevimenti matrimoniali, qualora fosse svolta «in forma stabile, sistematica e permanente», dimostrando per questa via un uso incompatibile con la locazione turistica breve dell'immobile, con la pronuncia del 7 aprile 2025, n. 2928 ⁽⁴³⁾, la stessa sezione giunge a conclusione molto diversa.

In considerazione della disciplina nazionale contenuta nell'art. 13-ter del d.l. n. 145/2023, convertito dalla l. n. 191/2023, a proposito delle locazioni per finalità turistiche, delle locazioni brevi, delle attività turistico-ricettive e del codice identificativo nazionale, che assoggetta all'obbligo di SCIA solo coloro che esercitano l'attività di locazione per finalità turistiche «in forma imprenditoriale», il Consiglio di Stato ha evidenziato come gli immobili offerti in locazione turistica in forma non imprenditoriale, a prescindere dal requisito teleologico cui aveva dato rilievo nella sentenza dell'ottobre precedente, non confluiscono nelle strutture ricettive così come definite dalla normativa statale e regionale, implicitamente escludendo in questi casi una modifica di destinazione d'uso da residenziale a turistico-ricettiva, ma esplicitamente auspicando un intervento chiarificatore del legislatore nazionale in materia ⁽⁴⁴⁾.

In secondo luogo, è interessante per questa riflessione una sentenza che ha pronunciato nel 2023 la sesta sezione del Consiglio di

⁽⁴²⁾ In www.giustizia-amministrativa.it.

⁽⁴³⁾ *Ibidem*.

⁽⁴⁴⁾ Per un'altra recente pronuncia di secondo grado che ha dato rilievo, per affermare la sussistenza di una modifica di destinazione d'uso dalla categoria residenziale a quella turistico-ricettiva, ad interventi edilizi funzionali allo svolgimento in forma imprenditoriale dell'attività economica da esercitarsi secondo la formula della casa per le vacanze, Corte Giust. amm. Sic., 3 febbraio 2025, n. 73, in www.giustizia-amministrativa.it.

Stato ⁽⁴⁵⁾ in ordine alla possibilità di considerare o meno urbanisticamente rilevante un cambio di destinazione d'uso da produttivo a direzionale, entrambi richiamati, fin dal 2014, nella stessa categoria funzionale di cui alla lett. b) dell'art. 23-ter, comma 1.

A fronte della tesi degli appellanti, secondo la quale dal tenore letterale della disposizione emergerebbe che solamente il passaggio tra due diverse categorie funzionali costituirebbe mutamento urbanisticamente rilevante, il Collegio, condividendo le conclusioni cui era già pervenuto il giudice di primo grado ⁽⁴⁶⁾ richiamando il TUED e l'art. 5 d.m. n. 1444/1968 nelle parti in cui dettano disposizioni radicalmente diverse quanto al carico urbanistico imputabile all'una ed all'altra destinazione ed al relativo contributo dovuto, ha ritenuto razionale e convincente, «ai fini di una interpretazione logica e coerente della disciplina introdotta con l'articolo 23-ter, comma 1, lett. b), che accomuna queste due destinazioni all'interno della stessa categoria funzionale, che l'*intentio del legislatore* sia stato *solo* quello di affermare che — in assenza di una contraria disciplina regionale o di specifici divieti contenuti negli strumenti urbanistici comunali — il cambio di destinazione d'uso da produttivo a direzionale sia sempre ammesso. Con questa interpretazione viene giustificata la coesistenza dell'art. 23-ter, che accomuna la destinazione produttiva e direzionale nella stessa categoria funzionale, con l'art. 19, il quale, a causa del differente carico urbanistico generato, detta per le due destinazioni d'uso in oggetto, con riferimento al calcolo del contributo dovuto, prescrizioni nettamente differenti» ⁽⁴⁷⁾.

In questa situazione, è evidente come il Consiglio di Stato, seguendo la via già tracciata dal Tribunale amministrativo regionale ⁽⁴⁸⁾, abbia utilizzato tale argomento, opportunamente collo-

⁽⁴⁵⁾ Cons. Stato, 9 gennaio 2023, n. 221, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁽⁴⁶⁾ Si tratta di T.A.R. Lombardia, Milano, 19 luglio 2018, n. 1765, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁽⁴⁷⁾ Punto 5.1.2 della citata sentenza del Cons. Stato n. 221/2023, i corsivi sono aggiunti.

⁽⁴⁸⁾ A tal proposito, il T.A.R. aveva a sua volta precisato come «tali disposizioni — che inequivocabilmente attestano una ben diversa valutazione normativa del carico ur-

cato in posizione concorrente rispetto al richiamato argomento logico sistematico, in funzione interpretativa, con un'intenzione comunicativa della volontà del legislatore che evidentemente non era così chiara sul punto.

L'impressione che si ricava da tutto ciò che precede è che, probabilmente, il giudice amministrativo, anche dopo l'entrata in vigore del Decreto Salva Casa, dovrà dedicare ancora molto impegno alla ricerca dell'intenzione del legislatore in materia edilizia, svolgendo nei suoi confronti un ruolo che sembra divenire, nel tempo, sempre più sussidiario.

ABSTRACT: Il contributo esamina caratteri e criticità della nuova disciplina dell'art. 23-ter del Testo unico in tema di mutamento di destinazione d'uso urbanisticamente rilevante degli immobili. In particolare, si intende analizzare le intenzioni del legislatore relativamente alla messa a punto della disciplina dell'edilizia in Italia.

ABSTRACT: *The essay concerns the peculiarities and criticalities of the new provisions of Article 23-ter of the Consolidated Law on changes in the urbanistic intended use of buildings. The paper also aims at assessing the legislator's intentions regarding the development of building regulations in Italy.*

banistico generato dai fabbricati produttivi rispetto a quelli a uso direzionale — non sono state abrogate a seguito dell'introduzione della novella, costituita dall'articolo 23-ter del d.p.r. n. 380 del 2001, e pongono, perciò, all'interprete il problema di stabilire in che termini debba intendersi l'assimilazione della destinazione produttiva e di quella direzionale in un'unica categoria funzionale. Deve aggiungersi che il differente carico generato dalle due destinazioni corrisponde anche a dati di comune esperienza, così come rileva quale dato notorio la circostanza che talvolta la destinazione di un edificio produttivo all'uso direzionale possa porre rilevanti problemi di tutela dell'ambiente e della salute, richiedendo preventive bonifiche. È, perciò, da escludere — pena l'irragionevolezza della previsione normativa — che il legislatore abbia inteso affermare l'assoluta neutralità della destinazione di un edificio produttivo all'uso direzionale» (T.A.R. Lombardia, n. 1765/2018, cit., punto 17.1.3).

La dimensione costituzionale dell'interesse ad agire (e a contraddire) tra giusnaturalismo e positivismo: il diritto alla difesa giurisdizionale come posizione soggettiva accessoria

di RAFFAELE MANFRELLOTTI

Alla memoria di Luigi Califano

SOMMARIO: 1. Premessa: la problematica dell'interesse ad agire e il suo antecedente storico nella fase *in jure* del processo civile romano. — 2. L'interesse ad agire come *causa agendi*. — 3. Giusnaturalismo e positivismo nel prisma della problematica dell'azione. Azioni di mero accertamento e accesso incidentale alla Corte costituzionale. — 4. Interesse ad agire e *causa agendi* nel processo penale e nel processo amministrativo. — 5. L'interesse a contraddire. — 6. Conclusioni.

1. Premessa: la problematica dell'interesse ad agire e il suo antecedente storico nella fase *in jure* del processo civile romano.

L'art. 24 della Costituzione italiana è la norma alla quale è più direttamente riconducibile l'inquadramento della problematica dell'azione. La norma disciplina il diritto ⁽¹⁾ ad agire in giu-

⁽¹⁾ Che l'art. 24 Cost. configuri un diritto è, oggi, un'acquisizione pacifica (da ultimo, M. CARRER, *Profili teorici e costituzionali dell'azione in giudizio*, Napoli, 2022, 183 ss.). In passato tale conclusione venne, tuttavia, revocata in dubbio, soprattutto da chi, riconducendo il diritto ad agire in giudizio tra i diritti pubblici subiettivi e negando attualità a tale categoria, preferiva ricostruire la norma costituzionale secondo modelli dommatici diversi. Si veda, sul punto, L.P. COMOGLIO, *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Padova, 1970, in part. 90 ss.

In verità, il dibattito intorno alla natura dell'azione, come *jus* o come *legitima facultas*, ha radici parecchio antiche, riconducibili almeno alla disputa tra Piacentino e Azzone del XII secolo: cfr. R. ORESTANO, *Azione in generale. a) Storia del problema*, in *Enc. Dir.*, vol. IV, Milano, 1959, 793.

dizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi; ponendo, per ciò solo, il diritto alla difesa in una posizione di alterità rispetto alle posizioni soggettive azionate (2). Sotto altro profilo, però, è evidente che il diritto alla tutela processuale non avrebbe senso senza una posizione soggettiva da tutelare: il processo è una funzione finalizzata alla realizzazione di un diritto o di un interesse legittimo, e l'art. 24 Cost. afferma il diritto a stimolare l'esercizio di tale funzione. Tuttavia, quest'ultima rappresenta una manifestazione di autorità pubblica ordinata alla realizzazione di un interesse meritevole di tutela, per cui deve necessariamente connettersi a tale interesse. Ne deriva che la posizione soggettiva da realizzare attraverso il processo costituisce il fine della funzione giurisdizionale attivata dal titolare, mentre il diritto alla difesa giurisdizionale esprime l'interesse giuridicamente tutelato ad invocare l'intervento dell'ordinamento nelle forme del processo (3). Il diritto alla difesa e la posizione soggettiva azionata nel processo, autonome e distinte sul piano oggettivo, sono però in rapporto, per così dire, "simbiotico": la difesa giurisdizionale è una posizione soggettiva accessoria, perché strumentale alla posizione principale azionata senza la quale non avrebbe senso: non vi è interesse ad agire in giudizio se non vi è un interesse giuridicamente tutelato che si intende realizzare processualmente (4). L'accessorietà del diritto alla difesa impone, sul piano logico-domatico, una relazione tra l'azione in giudizio e il fine dell'azione, ossia l'interesse giuridicamente rile-

(2) Tale alterità si riflette, peraltro, sulla disciplina costituzionale del diritto *ex art. 24 Cost.*, espressamente qualificato come inviolabile e, pertanto, soggetto al regime dei diritti inviolabili, in ipotesi differentemente dal diritto azionato: si pensi al caso di chi agisca in giudizio a tutela della sua proprietà.

(3) L'acquisizione trova espresso riconoscimento nella giurisprudenza: Corte cost., 6 dicembre 1973, n. 176; *Id.*, 12 giugno 1979, n. 50; *Id.*, 12 luglio 1979, n. 98. Essa trovò, tuttavia, la sua formulazione già in B. WINDSCHEID, *Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts*, Düsseldorf, 1856, 2.

(4) Secondo la distinzione di F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Padova, 1933, 273, la pretesa che definisce l'azione è altra cosa dalla posizione sostanziale affermata, di cui la pretesa stessa è una mera "percezione" da parte dell'attore. Ne consegue che il diritto a proporre una pretesa innanzi al giudice è cosa diversa dal diritto che la pretesa stessa intende affermare.

vante oggetto della tutela: del quale, secondo la lettera dell'art. 24 Cost., è possibile affermare sin d'ora che deve costituire un diritto o un interesse legittimo, ossia deve trovare riconoscimento sul piano dell'ordinamento ⁽⁵⁾. In riferimento alla problematica dell'azione, si può dire, riprendendo la fortunata definizione di Celso ⁽⁶⁾, che lo *jus iudicio perseguendi* è accessorio rispetto al *quod sibi debeatur*, il quale presuppone una qualificazione normativa dell'interesse al quale l'obbligo è strumentale e che perciò è, a sua volta, uno *jus*. Ne consegue che deve sussistere una relazione tra il diritto di azione in giudizio e una posizione soggettiva di cui si invoca tutela, in assenza del quale si configura un abuso dello strumento processuale e si è, dunque, al di là dei limiti della tutela posta dall'art. 24 Cost. In via di prima approssimazione, e con le precisazioni di cui alle pagine che seguono, si può quindi dire che l'interesse ad agire è il rapporto tra il diritto a ricorrere allo strumento processuale e il diritto (o l'interesse legittimo) a cui il processo è strumentale.

Poche disposizioni hanno sollevato dubbi interpretativi quanto l'art. 100 c.p.c. La formula legislativa, che riproduce tralaticciamente il previgente art. 36 c.p.c., è stata oggetto di un'impressionante riflessione scientifica da parte degli studiosi del processo civile e amministrativo (non anche del processo costituzionale), di cui sarebbe impossibile dare compiutamente conto in questa sede, che la ha, talvolta, degradata a criterio meramente empirico di valutazione dell'azione proposta nella prospettiva del conseguimento del risultato pratico dell'attore, una sorta di "quinta ruota del carro" priva di effettivo valore normativo ⁽⁷⁾, talaltra l'ha circoscritta alle sole azioni di accertamento; e questo sulla base della presunzione del suo necessario legame con uno stato di fatto *contra jus* ⁽⁸⁾. Curiosa-

⁽⁵⁾ Non si crede di dire nulla di originale affermando che o una posizione soggettiva è un interesse giuridicamente protetto, o non è una posizione soggettiva.

⁽⁶⁾ D. 44, 7, 51.

⁽⁷⁾ E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, Milano, 1952, 62 ss. (l'espressione testuale è riportata, ivi 63).

⁽⁸⁾ Per tutti, A. ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padova, 1958, 169 ss.; A. NASI, *Interesse ad agire*, in *Enc. Dir.*, vol. XXII, Milano, 1972, 34 ss., spec. 42 anche per un panorama della dottrina sul punto.

mente, sebbene non vi sia un solo autore che non abbia sottolineato l'applicazione assai ristretta della disposizione in esame, quando non la sua inutilità o, peggio, nocività, interpretando l'interesse ad agire come situazione di fatto contraria al diritto, tale ricostruzione non è mai stata posta in discussione ed è riproposta acriticamente dalla sua formulazione ⁽⁹⁾, nonostante le conclusioni a cui essa approda dovrebbero consigliare un atteggiamento più dubbioso. SCOPO del presente lavoro è proporre una ricostruzione dell'interesse ad agire che, anche alla luce del sistema costituzionale, ne consenta un'interpretazione più aderente alla sistematica dei dati positivi.

Una problematica preliminare, un tempo assai dibattuta, è se l'interesse *ex art. 100 c.p.c.* sia un'entità giuridica diversa dall'interesse sostanziale alla base della posizione soggettiva di cui si invoca tutela. La prevalente dottrina dà oggi, a tale domanda, una risposta affermativa, considerando l'interesse ad agire sul piano meramente processuale e, per questo, secondario e strumentale rispetto alla posizione soggettiva azionata ⁽¹⁰⁾. Tale risposta, condivisibile nei risultati, consegue tuttavia ad un percorso argomentativo che trascura un dato positivo fondamentale, ossia l'art. 24 Cost., nella parte in cui pone l'azione come un diritto accessorio finalizzato alla tutela di una posizione soggettiva principale.

Inquadrata la problematica dell'interesse ad agire nella guisa che precede, sembra possibile effettuare alcune precisazioni di carattere metodologico al fine di pervenire ad una più precisa definizione della categoria.

Se, infatti, l'interesse ad agire si identifica come un rapporto tra la posizione soggettiva garantita e il diritto all'azione, tale da costituirne un presupposto costituzionale, e se, coerentemente con tale prospettiva, il codice di procedura civile ne colloca la disciplina nel titolo IV del libro I, dedicato, in generale, all'esercizio dell'azione, l'interesse ad agire costituisce una condizione dell'e-

⁽⁹⁾ A. WACH, *Der Rechtsschutzanspruch*, in *ZZP*, 32 (1904), in part. 52 ss. La tesi fu accolta, in Italia, da G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1965, in part. 63, e mai più messa in discussione dalla dottrina largamente prevalente.

⁽¹⁰⁾ Per tutti, E. T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 1957, 41.

servizio dell'azione ⁽¹¹⁾, sicché appare arbitrario circoscriverne il contenuto ad alcune categorie di azioni (segnatamente, quelle di accertamento) militando invece la collocazione sistematica della disposizione e la sua lettura costituzionalmente orientata per la sua applicazione generale a qualsiasi forma di tutela processuale; e, si aggiunge, a qualsiasi forma di tutela processuale anche oltre i confini della sola procedura civile.

La limitazione della sfera di efficacia dell'art. 100 c.p.c. (e, consequenzialmente, la sua svalutazione) deriva, in verità, da un certo modo di intendere l'interesse ad agire: nella ricostruzione dominante, come accennato, esso sorgerebbe in ragione di una situazione di fatto *contra jus* la cui rimozione necessita dell'intervento della funzione giurisdizionale. Tale conclusione appare, però, viziata da un errore metodologico. E invero, il riferimento al fatto comporta la confusione del piano della ricostruzione normativa con il piano empirico, estraneo ad essa ⁽¹²⁾. Il vizio nel ragionamento è evidente alla luce della circostanza che esso conduce ad un circolo vizioso: la contrarietà al diritto del fatto sottoposto alla valutazione del giudice può essere affermata solo successivamente alla sentenza, per cui, a rigorosamente ragionare, non potrebbe valutarsi l'interesse ad agire che dopo la conclusione del processo ⁽¹³⁾. La limitazione della valutazione del requisito processuale *ex art.* 100 c.p.c. alla prospettazione di parte attrice ⁽¹⁴⁾ appare un artificio logico che non sfugge alla contraddizione di far dipendere la sussistenza di una condizione per l'esercizio dell'azione all'arbitraria prospettazione di una determinata situazione da parte dell'attore, e conduce al risultato di privare l'art. 100 c.p.c. di qualunque serio significato pratico.

A noi sembra che l'interpretazione della disposizione citata costituisca un problema che va risolto sul piano della ricostruzio-

⁽¹¹⁾ Secondo la nota impostazione di G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, cit., 62 ss.

⁽¹²⁾ F. LOCATELLI, *L'interesse ad agire. Riflessioni ad oggi*, Milano, 2024, 199 ss.

⁽¹³⁾ Cfr. B. SASSANI, *Note sul concetto di interesse ad agire*, Rimini, 1983, 28 ss.

⁽¹⁴⁾ Per tutti, A. ATTARDI, *L'interesse ad agire*, cit., 49 ss.

ne dell'ordinamento giuridico, e prescinda perciò dallo stato di fatto di volta in volta posto a fondamento della domanda. La problematica dell'azione è un aspetto di quella relativa al rapporto tra lo Stato e il singolo. Da questo postulato discendono, sul piano metodologico, due conseguenze. La prima è che l'azione è, prima che una tematica di diritto processuale, un problema di diritto costituzionale, un punto di snodo delle dottrine dei diritti della persona e dell'organizzazione dei poteri pubblici. La seconda è che la ricostruzione della categoria dell'azione è riflesso del rapporto tra autorità e libertà espresso da un determinato ordinamento in una determinata fase del suo sviluppo, ed è perciò un problema storico e relativo ⁽¹⁵⁾. Ne consegue che, ai fini della presente riflessione, sembra, dunque, utile adottare una prospettiva storica e riflettere sulle ragioni che hanno condotto al sorgere della categoria dell'interesse ad agire nell'esperienza giuridica.

«Non c'è processualista che si rispetti che, dovendo proporre un proprio concetto di azione, non abbia sentito il bisogno di andarlo a radicare almeno nel diritto romano classico» ⁽¹⁶⁾. Questa affermazione non vale per l'interesse ad agire, la cui origine storica non è, di regola, indagata oltre il confine temporale della codificazione del 1865; la ragione di ciò risiederebbe nella circostanza che l'interesse ad agire avrebbe avuto rilievo, nel sistema processuale romano, solo nell'ambito dello *jus honorarium* quale criterio di selezione degli interessi meritevoli di tutela giurisdizionale non contemplati dallo *jus civile* ⁽¹⁷⁾.

Si tratta, però, di una tesi storicamente imprecisa che ostacola il corretto inquadramento della problematica nel processo civile romano, la cui corretta soluzione, come si vedrà, è invece assai fruttuosa anche per il giurista contemporaneo.

Il processo civile romano sorse per rispondere ad una precisa finalità pubblicistica: la garanzia del rispetto delle norme dell'or-

⁽¹⁵⁾ P. CALAMANDREI, *La relatività del concetto di azione*, in *Studi sul processo civile*, Padova, 1947, 4 ss.; R. ORESTANO, *Azione in generale. a) Storia del problema*, cit., 786 ss.

⁽¹⁶⁾ A. NASI, *Interesse ad agire*, cit., 29.

⁽¹⁷⁾ Ancora A. NASI, *Interesse ad agire*, cit., 30 ss.

dinamento della *civitas* da parte delle *familiae* e delle *gentes*, la soluzione delle controversie tra le quali era affidata, in precedenza, ad accordi di carattere privatistico o, più semplicemente, a prove di forza ⁽¹⁸⁾. Le XII Tavole, in particolare, codificarono un sistema (di certo più antico) nel quale il processo era scisso in due distinti momenti: una fase *in jure*, celebrata innanzi ad un magistrato, che inquadrava la vicenda dal punto di vista giuridico, e una fase *apud judicem*, innanzi ad un privato, dove il momento dell'autonomia delle parti si riespandeva ⁽¹⁹⁾. Solo la prima era celebrata innanzi ad un organo pubblico, e dunque implicava un momento di controllo, da parte dell'ordinamento, sull'attività delle parti ⁽²⁰⁾; può anticiparsi sin d'ora che, ad avviso di chi scrive, in tale controllo risiede la problematica che oggi definiamo con l'espressione "interesse ad agire".

La fase *in jure* si concludeva con la *litis contestatio*, ossia la definizione della norma che doveva ricevere esecuzione nella fase *apud judicem*. Nella ricostruzione della dottrina classica, essa era un contratto stipulato tra le parti ⁽²¹⁾ che aveva l'effetto di novare il rapporto obbligatorio azionato in un'obbligazione processuale che si estendeva al *judex*, vincolato a decidere la controversia secondo la regola fissata dall'attore e dal convenuto e recepita dal magistrato ⁽²²⁾. Ai fini del ragionamento che segue, questo punto deve essere sottolineato con particolare vigore.

Nell'originario processo *per legis actiones* la fase *in jure* era caratterizzata da un formalismo quasi sacrale, in cui attore e convenuto dovevano pronunziare formule e compiere gesti secondo

⁽¹⁸⁾ G. NICOSIA, *Il processo privato romano, III. Nascita ed evoluzione della giurisdizione*, Catania, 2012, 7 ss.

⁽¹⁹⁾ S. SCHLOSSMANN, *Litis contestatio. Studien zum Römischen Zivilprozess*, Leipzig, 1905, 85 ss.

⁽²⁰⁾ J. G. WOLF, *Die litis contestatio im römischen Zivilprozeß*, Karlsruhe, 1968, 4.

⁽²¹⁾ Così già B. WINDSCHEID, *Die Actio des römischen Civilrechts*, cit., 61. La tesi ha avuto la sua più compiuta formulazione con M. WLASSAK, *Die Litiscontestatio im Formularprozeß*, in *Festschrift für B. Windscheid*, Leipzig, 1889, 72 ss.

⁽²²⁾ Ancora B. WINDSCHEID, *Die Actio des römischen Civilrechts*, cit., 59 ss. La sovrapposibilità del concetto di *novare* con quello di *in iudicium deducere* è, del resto, attestata dalle stesse fonti romane: cfr. Ulp. D. 18, 4, 2, 8; Pau. D. 46, 2, 29.

un rigido protocollo assai formale. Ai fini che in questa sede interessano, giova richiamare il riferimento, nella formula sacrale²³, alla *causa agendi*, ossia alla giustificazione giuridica dell'azione proposta (simboleggiata dall'imposizione della *festuca* sulla *res* controversa):

«[...] *SecVndum sVam caVsam sicVt dixi, ecce tibi, vindictam imposVi*» (24).

La formula sacramentale prevedeva, dunque, l'affermazione della *causa* in ragione della quale l'attore giustificava, sul piano sostanziale, la titolarità del diritto, e su quello processuale l'interesse ad agire in giudizio ("*vindictam imposui*") (25).

Successivamente alla riforma della *lex Aebutia*, il giudizio formulare distinse nettamente tra la valutazione sostanziale del fondamento giuridico della pretesa azionata (oggetto del giudizio di merito) e la valutazione, meramente processuale, della rispondenza della *formula* prescelta rispetto al diritto che l'attore intendeva far valere (26). A differenza che nel processo per *legis actiones*, infatti, nel processo formulare l'azione era causalmente

(23) Gaii. Inst., 4, 16: «Si in rem agebatur, mobilia quidem et mouentia, quae modo in ius adferri adduciue possent, in iure uindicabantur ad hunc modum: qui uindicabat, festucam tenebat; deinde ipsam rem adprehendebat, uelut hominem, et ita dicebat: HVNC EGO HOMINEM EX IVRE QVIRITIVM MEVM ESSE AIO SECVNDVM SVAM CAVSAM [...] SICVT DIXI, ECCE TIBI, VINDICTAM INPOSVI, et simul homini festucam inponebat. aduersarius eadem similiter dicebat et faciebat. cum uterque uindicasset, praetor dicebat: MITTITE AMBO HOMINEM, illi mittebant. qui prior uindicauerat, ita alterum interrogabat: POSTVLO, ANNE DICAS, QVA EX CAVSA VINDICAVERIS? ille respondebat: IVS FECI, SICVT VINDICTAM INPOSVI».

(24) In realtà, nel testo riportato da Gaio (citato per esteso nella nota precedente), l'espressione «*secundum suam causam*» è seguita da un punto e virgola, per cui si leghebbe al fondamento del diritto affermato nel processo («*meum esse aio secundum suam causam*») e non alla giustificazione dell'azione proposta attraverso l'imposizione della *vindicta* («*secundum suam causam sicut dixi, ecce tibi, vindictam imposui*»). Un'auto-revole dottrina romanistica (G. PUGLIESE, *Il processo civile romano. Le legis actiones*, Roma, 1962, 278 ss.) ha però dimostrato, attraverso il confronto con altri testi e, in particolare, le *Notae* di Probo (4,6), che la *lectio* più corretta è quella accolta nel presente lavoro.

(25) Cfr. G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, cit., 281.

(26) G. PUGLIESE, *Il processo civile romano. Il processo formulare*, Milano, 1963, 359 ss.

orientata, di guisa tale che ciascuna *formula* era strumentale alla realizzazione di un determinato interesse giuridicamente tutelato: l'obbligo dell'attore di specificare l'*actio* di cui intendeva avvalersi nell'*editio* era finalizzato alla verifica del nesso di strumentalità tra il mezzo processuale prescelto e il diritto fatto valere, e dunque all'ammissibilità dell'azione nella prospettiva della realizzazione dell'interesse avanzato dall'attore (27). Ne consegue che nel processo formulare l'interesse all'azione (lo "*jus iudicio persequendi*") era soggetto ad un giudizio preliminare distinto da quello sull'interesse sostanziale meritevole di tutela ("*ius quod sibi debeat*"), avente ad oggetto la meritevolezza, sul piano causale, dell'azione esperita (28).

Le critiche avanzate alla ricostruzione contrattuale della *litis contestatio* (29) non coinvolgono la conclusione che rileva nella prospettiva del presente lavoro: vale a dire, la circostanza che essa, contratto o meno che fosse, concludesse una fase processuale governata dall'autorità pubblica tesa a verificare la rispondenza della forma processuale prescelta di un interesse meritevole di tutela (30). Tale interesse identificava, appunto, la *causa actionis* (31), che le fonti giustinianee attestavano come elemento dell'azione (32): che la forma processuale fosse funzionale ad uno specifico

(27) E. BETTI, *Processo civile (diritto romano)*, in *Nss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1966, 1108.

(28) Cfr. il già citato Cels. D. 44, 7, 51. Sul punto, S. SCHLOSSMANN, *Litis contestatio*, cit., 88 ss.

(29) S. SCHLOSSMANN, *Litis contestatio*, cit., 125 ss.; e più recentemente, J. G. WOLF, *Die litis contestatio im römischen Zivilprozeß*, cit., 21 ss.

(30) G. PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo*, Milano, 1939, 63 ss.

(31) G. F. PUCHTA, *Ueber die expressa causa bey der Eigenthumsklage und deren Einfluß auf die Exceptio rei iudicatæ*, in *Rhein. Mus. f. Jurisprudenz*, 2 (1828), 252 ss.

(32) Si veda in particolare Pau. D. 44, 2, 14, 2, e Nerat. D. 44, 2, 27. Il secondo passo è particolarmente interessante perché Nerazio si riferisce ad una *causa proxima actionis* che doveva, evidentemente, distinguersi dalla *causa remota*. Dall'esame del passo si può, dunque, ipotizzare che la *causa proxima* identificasse l'interesse concretamente perseguito dall'attore, mentre la *causa remota* era l'interesse astrattamente riconosciuto come meritevole di tutela; sicché appare lecito concludere che la *causa agendi* costituisse un concetto relazionale che implicava la coincidenza della *causa proxima* e della *causa remota*.

interesse⁽³³⁾ o fosse suscettibile di adattarsi, sul piano causale, ad una pluralità di interessi eterogenei, la *causa agendi*, ossia l'interesse giuridicamente tutelato, era la condizione affinché la fase *in jure* si concludesse positivamente con la *litis contestatio*⁽³⁴⁾.

Queste riflessioni consentono di chiarire il significato del riferimento alla *causa agendi* nella formula sacramentale. Si è già dimostrato altrove⁽³⁵⁾ che nel diritto romano l'espressione "*causa*", pur suscettibile di acquisire significati diversi a seconda dei contesti, esprime, però, sempre un'esigenza di raffronto tra lo scopo concreto di un atto e il fine generale a cui l'atto stesso è finalizzato⁽³⁶⁾. Tale significato conserva la propria validità anche a proposito della *litis contestatio*, posta la sua natura pattizia di fonte di un rapporto obbligatorio che, proprio in quanto *obligatio*, doveva necessariamente avere una *causa*. Vi era, dunque, nel diritto romano, una sovrapposizione tra la *causa agendi* e la *causa contrahendi*, posto che entrambe ponevano un vincolo di subordinazione, sul piano della tutela giuridica, tra lo scopo perseguito tra le parti e un interesse pubblico di cui esso doveva essere necessaria espressione.

Ne consegue che, così come l'autonomia privata, la funzione giurisdizionale era strumentale alla realizzazione di una serie di interessi che l'ordinamento dello *jus civile* prima, e quello dello *jus honorarium* poi, riconoscevano come meritevoli di tutela; sicché, la valutazione della *causa agendi* da parte del magistrato nella fase *in jure* del processo civile romano esprimeva un mo-

(33) Come nel caso dell'*actio certae creditae pecuniae*: su cui M. VARVARO, *Condictio e causa actionis*, in *Annali del seminario giuridico dell'Università degli Studi di Palermo*, LVII (2014), Torino, 2014, 283 ss. (anche per riferimenti alle fonti romane).

(34) Cfr. ancora M. VARVARO, *Condictio e causa actionis*, cit., 273 ss.

(35) R. MANFRELOTTI, *Alle origini del controllo pubblico sull'autonomia privata: il concetto di causa contractus in Ulpiano (D. II, 14, 7, 1-4)*, in *Econ. pubbl.*, 3, 2022, 441 ss.

(36) L'accostamento tra la *causa agendi* e la *causa contrahendi* è pienamente giustificato, sul piano metodologico, ove si rifletta che, come accennato, nel diritto romano la *litis contestatio* era un vero e proprio accordo tra l'attore e il convenuto sull'oggetto della vertenza (E. BETTI, *Processo civile (diritto romano)*, cit., 1100 e 1103), accordo che doveva avere una propria causa. Sulla similitudine tra la *litis contestatio* e il *compromissum* si veda, testualmente, Pau. D. 4, 8, 1. Il riferimento testuale da cui è maggiormente argomentata la natura contrattuale della *litis contestatio* è però Ulp. D. 15, 1, 3, 11.

mento di controllo pubblico sulla coerenza dell'obiettivo che si proponeva l'attore rispetto allo scopo a cui il processo poteva essere indirizzato per legge (*addictio*).

Se la *causa agendi* si identifica, nel diritto romano, come interesse ad agire, ossia come interesse del privato qualificato da una norma giuridica e posto come scopo di una determinata azione (con particolare evidenza nel processo formulare), ne consegue che tale categoria esprime un'esigenza di finalizzazione della funzione giurisdizionale agli scopi previsti dall'ordinamento.

2. L'interesse ad agire come *causa agendi*.

Dalle sommarie riflessioni compiute nel paragrafo che precede discende che, nel sistema giuridico romano, l'azione doveva essere sorretta da un interesse giuridicamente qualificato di cui il processo si poneva come momento attuativo: l'interesse ad agire, in altri termini, fungeva da causa dell'azione, nel senso chiarito *supra*. L'identificazione tra l'interesse ad agire e la *causa agendi*, ossia la sua assimilazione alla relazione tra lo scopo dell'azione proposta e il fine tipico dello specifico procedimento giurisdizionale attivato, è tuttavia desueto nell'attuale interpretazione dell'art. 100 c.p.c.

Si deve all'autorevolezza del Chiovenda la concezione dell'interesse ad agire come realtà "*di solito*" composta di due elementi, ossia un diritto e uno stato di fatto contrario ad esso ⁽³⁷⁾; il Maestro che definì l'azione come l'attuazione della volontà di legge nel caso concreto ⁽³⁸⁾ non diede alcuno spazio allo scopo della legge nella definizione di una delle condizioni dell'azione, quale, appunto, l'interesse ad agire. Come si è detto, questa impostazione ha condizionato tutti gli studi sull'interesse ad agire nel processo civile senza che ne venisse posta in dubbio il fondamento, preferendo, piuttosto, coerentemente con tale impostazione, limitare l'applicazione dell'art. 100 c.p.c. alle sole azioni di ac-

⁽³⁷⁾ G. CHIOVENDA, *Principii*, cit., 63.

⁽³⁸⁾ G. CHIOVENDA, *Principii*, cit., 82 ss. e *passim*.

certamento (a dispetto della sistematica del codice e della stessa formulazione della disposizione) ovvero decretarne l'inutilità.

Pur senza revocare in dubbio l'assimilazione dell'interesse ad agire ad una situazione di fatto contraria al diritto azionato, si riscontrano, nella riflessione di alcuni studiosi del processo civile, alcune intuizioni che contribuiscono, ai fini del presente lavoro, ad inquadrare la problematica nella sua dimensione corretta. Si è, ad esempio, sostenuto che l'interesse ad agire si determina in funzione dello «scopo che con l'azione si intende perseguire», il quale deve necessariamente consistere in un «vantaggio pratico» che può derivare dall'azione stessa ⁽³⁹⁾. Tale affermazione, se ha il merito di porre la questione dalla prospettiva dello scopo dell'azione, ha però il limite di apprezzare il «vantaggio pratico» su di un piano extragiuridico, una sorta di elemento di fatto oggettivamente evidente a prescindere dalla qualificazione normativa di tale vantaggio come meritevole di tutela. Non sembra seriamente sostenibile che la parte si sobbarchi delle spese e degli oneri di un giudizio senza mirare ad un'utilità pratica; la questione che sembra sfuggire alla tesi in esame è se tale utilità pratica sia riconosciuta dall'ordinamento come meritevole di tutela, ossia se il diritto accessorio alla difesa giurisdizionale sia collegato ad una posizione soggettiva principale rispetto alla quale quella determinata forma processuale è tipizzata (ovvero, per dirla alla Chiovenda, se lo scopo della parte coincida con la c.d. "volontà di legge" alla cui attuazione l'azione proposta è strumentale).

La dottrina in esame ha persino premura di tenere distinta la questione dell'interesse ad agire da quella dell'ammissibilità dell'azione quale mezzo di tutela in rapporto ad un determinato interesse ⁽⁴⁰⁾; al contrario, sembra a chi scrive che il problema dell'interesse ad agire coincida esattamente con quello del rapporto tra il risultato pratico perseguito dall'azione e l'interesse tipico a cui essa è funzionale. Si pensi al caso di un'azione *ex art.*

⁽³⁹⁾ S. SATTA, *Diritto processuale civile*, Padova, 1950, 91.

⁽⁴⁰⁾ S. SATTA, *Diritto processuale civile*, cit., 91-92.

950 c.c. esperita, in assenza di un'incertezza sui confini tra due fondi, al fine di guadagnare alla proprietà dell'attore una porzione del fondo confinante del convenuto; o a quello di un'azione *ex art.* 151 c.c. esperita, in assenza dell'intollerabilità della prosecuzione della convivenza o di qualsivoglia pregiudizio per l'educazione della prole, al fine di consentire ai coniugi di fruire delle agevolazioni fiscali sull'immobile di residenza in relazione a due distinti appartamenti. In entrambi questi esempi l'interesse perseguito è diverso da quello a cui il mezzo processuale è funzionalizzato, per cui l'azione difetta dell'interesse *ex art.* 100 c.p.c.: il che non significa, evidentemente, che non vi sia un interesse sotteso all'azione, ma semplicemente che esso non è rilevante ai fini della sua proposizione. In buona sostanza, la disciplina *ex art.* 100 c.p.c. pone, sul piano processuale, un requisito omologo a quello previsto, sul piano sostanziale, dagli artt. 1322, ultimo comma, c.c. e 1325, n. 2, c.c. ⁽⁴¹⁾: come l'autonomia privata trova riconoscimento nell'ordinamento nei limiti in cui è indirizzata verso interessi che esso qualifica come rilevanti, così la tutela processuale è riconosciuta solo se proposta per la realizzazione degli interessi al servizio dei quali è tipizzato il mezzo processuale azionato. Come nel diritto romano, nell'ordinamento vigente la *causa agendi* e la *causa contrahendi* rispondono alla stessa esigenza di garanzia della meritevolezza del traffico giuridico (processuale o sostanziale), e si identifica nel rapporto tra il fine dell'azione e l'interesse astrattamente considerato per il quale è tipizzata ⁽⁴²⁾.

Se si condividono le premesse che precedono, acquista particolare rilevanza la distinzione, ai fini dell'interesse ad agire, tra azioni tipiche, in cui lo strumento processuale è funzionalizzato ad uno scopo tassativamente indicato dalla legge, da quelle

⁽⁴¹⁾ M.F. GHIRGA, *La meritevolezza della tutela richiesta*, Milano, 2004, 138 ss.

⁽⁴²⁾ E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, cit., 41, identifica correttamente l'interesse ad agire in un rapporto, i cui termini sono tuttavia individuati nel provvedimento giurisdizionale richiesto (*rectius*: nell'azione proposta) e nella situazione antiggiuridica denunciata. Pur cogliendone la natura relazionale, l'A. non si svincola, tuttavia, dal pregiudizio che identifica nell'interesse ad agire uno stato di fatto *contra jus*.

atipiche, in cui la forma processuale può essere adattata per la realizzazione di qualunque interesse, purché riconosciuto meritevole di tutela ⁽⁴³⁾. La distinzione rileva perché nel primo caso la valutazione dell'interesse ad agire richiede la verifica dell'aderenza della forma processuale utilizzata rispetto allo scopo tipico fissato dalla legge, scopo che può prescindere dalla realizzazione di una posizione giuridica soggettiva autonoma (come nel caso delle azioni possessorie *ex artt.* 1168 ss. c.c.). Le azioni atipiche, viceversa, sono causalmente astratte, nel senso che possono essere utilizzate non in funzione di una specifica *causa agendi* ma per realizzare qualunque interesse giuridicamente protetto, che consiste, di regola, nella soddisfazione di una posizione giuridica soggettiva violata.

Ne consegue che l'identificazione dell'interesse ad agire con una situazione di fatto contraria al diritto coglie solo una parte della definizione della categoria, perché si attaglia soltanto alle azioni atipiche. Peraltro, come accennato, il suo confinamento in una dimensione empirica (e, perciò, extragiuridica), ha condotto l'opinione oggi prevalente a circoscriverne l'operatività alle sole azioni di accertamento: non a quelle costitutive, perché se la sentenza è pronunciata al verificarsi di uno stato di fatto, esso non può essere contrario al diritto, non a quelle di condanna, perché nella prospettiva criticata non sussiste una problematica autonoma dell'interesse ad agire svincolata dall'accertamento dell'esistenza del credito ⁽⁴⁴⁾.

Come si è già rilevato, però, questo modo di ragionare non tiene conto della posizione sistematica dell'art. 100 c.p.c. che, circoscritto alle sole azioni di accertamento, non dovrebbe trovarsi tra le condizioni generali dell'esercizio dell'azione né tra due fondamenti del diritto processuale generale, il principio della domanda e quello del contraddittorio; inoltre, smarrita la sua dimensione normativa, viene degradato a criterio empirico volto ad verificare

⁽⁴³⁾ V. ANDRIOLI, *Art. 100*, in *Commento al codice di procedura civile*, I, Napoli, 1957, 280; nonché B. SASSANI, *Note sul concetto di interesse ad agire*, cit., 60 ss.

⁽⁴⁴⁾ Per tutti, A. NASI, *Interesse ad agire*, cit., 40 ss.

caso per caso se l'attore consegua una certa utilità dall'accertamento di un certo stato di fatto. Viceversa, inteso come *causa agendi*, l'interesse ad agire riespande tutta la propria rilevanza precettiva indipendentemente sia dalla tipicità dell'azione che dalla natura di accertamento, condanna o costitutiva dell'azione stessa.

In riferimento all'ultima affermazione sembra opportuna qualche precisazione.

Per quanto concerne le azioni costitutive, la forma processuale costituisce il mezzo di realizzazione dell'interesse giuridicamente tutelato, talvolta in via esclusiva (art. 151 c.c.), talaltra no (art. 2932 c.c.). In entrambi i casi la verifica della sussistenza dell'interesse ad agire coincide con il giudizio di corrispondenza tra lo scopo dell'azione proposta e il fine per cui essa è prevista dall'ordinamento.

Analogamente, per le azioni di condanna, il giudizio sulla sussistenza dell'interesse ad agire investe lo scopo dello strumento processuale concretamente esperito in rapporto al riconoscimento giuridico dell'interesse: ad esempio, la tutela del credito nel caso di inadempimento del debitore, qualora non esclusa dalla legge (cfr. artt. 2034 e 2035 c.c.), e talvolta indipendentemente dalla titolarità del rapporto obbligatorio azionato (art. 2900 c.c.). Proprio l'ultimo esempio addotto chiarisce bene ciò che si intende qui sostenere: il creditore che agisce in surrogatoria nei confronti del soggetto tenuto ad una prestazione alimentare verso il suo debitore è privo di interesse ad agire perché tale credito ha natura personale (art. 438 c.c.), per cui la sua azione deve essere dichiarata inammissibile perché proposta in assenza di un interesse ad agire giuridicamente riconosciuto meritevole di tutela. In linea di principio, la difesa processuale finalizzata alla condanna è un diritto accessorio al rapporto obbligatorio dedotto in giudizio: l'interesse ad agire dipende dal riconoscimento giuridico di tale rapporto e dai limiti positivi ad esso, oltre i quali l'interesse del creditore non è più riconosciuto come meritevole di tutela.

Anche nelle azioni di mero accertamento l'interesse ad agire, quale *causa agendi*, presuppone la qualificazione normativa di

un determinato rapporto. Che tali rapporti concernano posizioni soggettive personali (artt. 269 ss. c.c.) o reali (art. 950 c.c.), è, tuttavia, necessario che l'azione di accertamento sia tipica, che sia, cioè, l'ordinamento ad attribuire rilevanza giuridica all'interesse alla certezza in relazione ad un determinato fatto; e l'interesse ad agire sussiste, anche in queste fattispecie, solo in caso di sussunzione del rapporto concreto di cui si chiede l'accertamento nella fattispecie tipica che disciplina l'azione. La conseguenza di questa impostazione è che non è configurabile un'azione generale di accertamento, perché non esiste un diritto soggettivo alla certezza tutelata, in via generale, dall'ordinamento giuridico ⁽⁴⁵⁾.

Come si vede, in tutte e tre le categorie di azioni esperibili ⁽⁴⁶⁾ l'interesse ad agire va valutato sul piano normativo della coincidenza tra l'interesse concretamente perseguito e quello astrattamente tutelato dalla norma che disciplina l'azione. La riconduzione di tale requisito al criterio empirico della contrarietà al diritto della situazione di fatto dedotta in giudizio ne sottrae la verifica a qualsivoglia possibilità di qualificazione normativa, ciò che, in un sistema positivo basato su norme da applicare, è una contraddizione logica. Certamente, la norma *ex* art. 100 c.p.c. richiede un rapporto tra una situazione di fatto e il diritto, ma il fatto ha natura esclusivamente processuale e consiste nell'interesse perseguito dall'attore mediante la sua azione, che deve essere coerente con l'interesse tipico che quell'azione, sul piano del diritto positivo, deve realizzare. Si può anche dire che sussiste interesse ad agire se l'azione è indirizzata, sotto il profilo teleologico, verso il bene della vita che l'ordinamento qualifica come meritevole di tutela e rispetto al quale predispone l'azione proposta.

La ricostruzione dell'interesse ad agire qui accolta ha trovato la sua prima formulazione nella dottrina tedesca a cavaliere delle due guerre mondiali. Essa sottolineò che la funzione principale

⁽⁴⁵⁾ Sulla problematica si può solo rinviare alla ricostruzione di B. SASSANI, *Note sul concetto di interesse ad agire*, cit., 82 ss.

⁽⁴⁶⁾ Tralasciando le azioni cautelari ed esecutive, riconducibili alle azioni esecutive: così, ancora, A. NASI, *Interesse ad agire*, cit., 41.

del processo è l'attuazione del diritto oggettivo, per come esso trova applicazione attuale, diretta e personale nel diritto soggettivo di cui il singolo chiede tutela; la pretesa dell'attore è meritevole di essere presa in considerazione dalla funzione giurisdizionale solo se finalizzata all'attuazione di una norma, ossia di un interesse riconosciuto dall'ordinamento ⁽⁴⁷⁾. La tesi ha trovato una forte ostilità nel panorama scientifico italiano ⁽⁴⁸⁾, per lo più sulla base del comprensibile ⁽⁴⁹⁾ pregiudizio legato al clima politico in cui essa ha visto la luce. Le critiche investono, soprattutto, la circostanza che essa sembrerebbe svalutare la posizione dell'interesse individuale in rapporto a quello generale dello Stato; ma la critica non coglie nel segno. La selezione degli interessi meritevoli di tutela costituisce un'esigenza di tutti gli ordinamenti giuridici, ivi compresi quelli ispirati al valore della centralità della persona. La necessaria dimensione pubblicistica dell'interesse individuale risponde ad una elementare esigenza di razionalizzazione delle risorse statali, strumentali alla realizzazione di interessi riconosciuti come prevalenti e, per questo, *lato sensu* pubblici. Non vi è interesse individuale che non sia garantito dalle funzioni sovrane in quanto recepito e fatto proprio dal soggetto pubblico. Tale ragionamento è applicabile anche alla funzione giurisdizionale; ne consegue che l'interesse ad agire si pone come necessario momento di coincidenza tra il bene a cui aspira l'attore e gli obiettivi che il sistema positivo prevede come meritevoli di perseguimento. Questa constatazione è comprovata dalla disamina del diritto processuale positivo, il quale avverte, in talune fattispecie, tanto preminente la

⁽⁴⁷⁾ A. SCHÖNKE, *Il bisogno di tutela giuridica (un concetto giusprocessualistico fondamentale)*, tr. it., in *Riv. dir. proc.*, 1948, 132 ss. e 140 in part.

⁽⁴⁸⁾ E. ALLORIO, *Bisogno di tutela giuridica?*, in *Id.*, *Problemi di diritto. L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale ed altri studi*, Milano, 1957, 227 ss.; e più recentemente, M. MARINELLI, *La clausola generale dell'art. 100 c.p.c. Origini, metamorfosi e nuovi ruoli*, Trento, 2005, 43 ss.

⁽⁴⁹⁾ Comprensibile, ma non giustificabile, ove si rifletta che le ricostruzioni giuridiche recepite (talvolta parzialmente) dai sistemi totalitari non sono il diretto prodotto di tali sistemi, ma il punto di approdo di concezioni scientifiche preesistenti: così L.P. COMOGLIO, *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, cit., 83.

dimensione pubblicistica dell'interesse azionato da richiedere la partecipazione al giudizio del pubblico ministero ⁽⁵⁰⁾.

Alla luce delle considerazioni che precedono si comprende che l'interesse ad agire svolge un ruolo di primo piano, sul piano costituzionale, nella salvaguardia dell'accessorietà del diritto di difesa rispetto agli interessi costituzionalmente tutelati. L'art. 24 Cost. riconosce il diritto inviolabile ad attivare la funzione pubblica giurisdizionale. Ma tale manifestazione della sovranità statale, in quanto funzione, deve essere al pari delle altre funzioni, teleologicamente indirizzata verso obiettivi che l'ordinamento qualifica come meritevoli di tutela ⁽⁵¹⁾. L'azione, quale diritto di impulso dell'esercizio della giurisdizione, è uno strumento volto a realizzare gli interessi del singolo, ma nei limiti in cui tali interessi siano riconosciuti e garantiti dal diritto positivo. In questa prospettiva, l'interesse ad agire, ricostruito quale relazione tra il fine del processo e un interesse giuridicamente tutelato, assolve a tale ruolo fondamentale di proiezione dell'azione (e del processo) verso un fine posto dal sistema: evita un modello processuale autoreferenziale, piegato al capriccio dell'attore perché privo di argini o di scopo, e si pone come nesso logico-giuridico tra il diritto alla difesa giurisdizionale e la posizione principale alla quale essa si lega.

Il diritto di attivare la funzione pubblica giurisdizionale presuppone che l'interesse azionato trascenda la dimensione personale e venga qualificato meritevole di tutela sul piano dell'ordinamento giuridico. La funzione accessoria dell'art. 24 Cost. implica che il giudice debba operare una preliminare valutazione, quanto all'interesse perseguito mediante il processo, circa la sua coerenza con un parametro normativo che ne preveda la realizzazione nonché, per quanto riguarda le azioni tipiche, circa la coerenza tra la forma processuale utilizzata e l'interesse a cui essa è funzio-

⁽⁵⁰⁾ Si pensi ai giudizi in materia matrimoniale, in materia di interdizione o inabilitazione nonché, in alcune ipotesi, in materia fallimentare.

⁽⁵¹⁾ *Amplius*, se si vuole, R. MANFRELOTTI, *La problematica della causa dell'atto nella dottrina della funzione pubblica*, Napoli, 2023, 71 ss.

nalizzata. Così intesa, la norma *ex art. 100 c.p.c.* recupera il suo ruolo centrale all'interno delle condizioni dell'azione e risulta coerente con la scelta del Costituente di plasmare il diritto *ex art. 24 Cost.* in una funzione ancillare, servente e accessoria rispetto agli interessi costituzionalmente garantiti. L'interesse ad agire, in qualità di *causa agendi*, assicura che il mezzo processuale non sia piegato verso interessi diversi da quelli qualificati come rilevanti dall'ordinamento, impedendo un abuso del processo al fine di dare attuazione a ragioni futili, abominevoli o, comunque, suscettibili di realizzazione in una forma processuale differente da quella prescelta dall'attore. L'art. 24 Cost. va, dunque, interpretato unitamente al principio del giusto processo *ex art. 111 Cost.* ⁽⁵²⁾, nel senso che al di fuori di una qualificazione normativa dello scopo del processo, ossia della "giustizia" dello stesso in una prospettiva positiva, vi è un abuso del diritto di azione. In altre parole, il diritto *ex art. 24 Cost.* non si configura come semplice *agere*, bensì come *agere licere*, ossia come riconoscimento dell'azione nel quadro di finalità riconosciute dal sistema normativo.

Un'autorevole dottrina ⁽⁵³⁾ ha tratto dalla ricostruzione che precede le sue logiche conseguenze spostando il discorso dall'azione astrattamente considerata all'atto processuale introduttivo che ne costituisce l'esercizio. Si è osservato che la problematica dell'interesse ad agire non è altro che la declinazione, sul piano degli atti processuali, di una questione che attiene agli atti giuridici in generale, ogni qual volta si ponga il problema della coerenza tra il fine concretamente perseguito da un atto e lo scopo tipico della funzione che l'ordinamento assegna a quell'atto determinato. L'interesse ad agire si identifica, in parole povere, con la causa degli atti processuali, ossia con la coerenza della finalità dell'atto rispetto all'interesse o agli interessi alla cui cura è strumentale il tipo a cui esso appartiene. L'esigenza di coerenza dell'atto rispet-

⁽⁵²⁾ Secondo l'approccio metodologico di M.F. GHIRGA, *La meritevolezza della tutela richiesta*, cit., 127 ss.

⁽⁵³⁾ F. CARNELUTTI, *Postilla a A. SCHÖNKE, Il bisogno di tutela giuridica*, cit., 153. Dello stesso A. si veda anche, *amplius*, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 99 ss.

to al suo scopo tipico è riconosciuta, del resto, dallo stesso diritto positivo, nel senso di comminarne la nullità quando l'atto difetti dei requisiti formali necessari per il raggiungimento di tale scopo (art. 156, comma 2, c.p.c.) ma, altresì, nel senso di escluderla in ogni caso in cui, pur in assenza di tali requisiti, tale scopo sia, nel caso concreto, raggiunto (art. 156, comma 3, c.p.c.).

Alla causa degli atti processuali si lega, appunto, l'interesse ad agire. Quando l'atto introduttivo ⁽⁵⁴⁾ persegue uno scopo meritevole di tutela, perché finalizzato alla realizzazione di una posizione giuridica riconosciuta dall'ordinamento, l'interesse concreto fatto valere dall'attore è sussumibile in quello astrattamente perseguito dalla funzione pubblica giurisdizionale: sul piano oggettivo, l'atto possiede una propria causa, su quello soggettivo l'attore è portatore di un interesse ad agire giuridicamente riconosciuto. Quando ciò non accade, viceversa, l'atto difetta di causa, e l'attore difetta dell'interesse ad agire. Giova ribadire che la misura di tale interesse non è data dal valore che l'attore attribuisce al bene a cui aspira, ma dal fatto oggettivo che tale bene sia riconosciuto dall'ordinamento e che sia perseguibile nelle forme processuali concretamente utilizzate⁵⁵.

La ricostruzione sopra accennata è stata riproposta, in tempi relativamente recenti, da una dottrina che, pur valorizzando, sul piano scientifico, il requisito causale degli atti processuali, ha tuttavia distinto tra lo scopo del processo (causa) e l'utilità per l'attore del processo stesso (interesse ad agire), sulla base di un giudizio di meritevolezza della tutela perseguita che andrebbe apprezzato dal giudice e, perciò, prescinderebbe dalla qualificazione positiva dell'interesse azionato ⁽⁵⁶⁾. La tesi, che ha l'indubbio merito di

⁽⁵⁴⁾ Si tralascia, per ora, il problema dell'interesse a contraddire, su cui si svolgerà qualche considerazione nel prosieguo.

⁽⁵⁵⁾ A. SCHÖNKE, *Il bisogno di tutela giuridica*, cit., 148, ricorda il curioso caso, tratto dall'esperienza francese, in cui è stato pronunciato il difetto di interesse ad agire in capo ad un traduttore che si doleva che nella pubblicazione, prima del suo nome, non fosse stato apposto il proprio titolo nobiliare.

⁽⁵⁶⁾ M.F. GHIRGA, *La meritevolezza della tutela richiesta*, cit., 171 ss. Più recentemente, la tesi è stata riproposta, se ben si intende, da F. LOCATELLI, *L'interesse ad agire*.

riproporre all'attenzione della comunità scientifica l'importanza del requisito causale dell'atto, incorre, tuttavia, nell'equivoco di ricondurre l'apprezzamento della meritevolezza dello scopo del processo, così come quella dell'interesse ad agire, a un criterio empirico nella piena disponibilità del giudice, indipendente da vincoli precettivi. In realtà, come visto, lo scopo del processo è rappresentato dall'interesse riconosciuto dall'ordinamento come meritevole di tutela a cui la forma processuale è servente, rispetto al quale va valutato il fine perseguito dall'attore nell'azione concretamente esperita (*id est*: nell'atto introduttivo); lo scopo del processo e l'utilità per l'attore sono concetti coincidenti, e implicano il raffronto, sotto il profilo teleologico, tra l'atto processuale specifico con il tipo di cui esso è espressione. La valutazione di coincidenza dell'interesse concretamente perseguito con il fine del tipo processuale astrattamente considerato identifica la causa dell'azione, ossia l'interesse ad agire.

Si può quindi concludere che l'interesse ad agire si pone come requisito dell'atto processuale e si identifica nella causa dell'atto stesso.

3. Giusnaturalismo e positivismo nel prisma della problematica dell'azione. Azioni di mero accertamento e accesso incidentale alla Corte costituzionale.

Le considerazioni che precedono offrono un rilevante spunto di riflessione per quanto concerne il rapporto tra i pubblici poteri nella prospettiva della tutela degli interessi privati. La limitata prospettiva del presente lavoro impedisce una trattazione esaustiva della problematica, alla quale sembra, tuttavia, necessario dedicare almeno un breve cenno.

La tesi che qui si sostiene postula un nesso causale tra la posizione soggettiva accessoria della difesa giurisdizionale concretamente fatta valere e la posizione soggettiva principale che richiede, necessariamente, una qualificazione normativa: in assenza di

un riconoscimento da parte dell'ordinamento, l'atto introduttivo del giudizio proposto dal privato è privo del requisito causale e il giudice dovrà respingerne l'istanza, ai sensi dell'art. 100 c.p.c., per difetto dell'interesse ad agire. La causa dell'atto introduttivo, ossia la relazione tra l'azione e l'interesse giuridicamente qualificato da una norma, è ciò che garantisce il carattere accessorio del diritto alla difesa giurisdizionale e ne sancisce il necessario legame con una posizione soggettiva primaria; se si prescindesse dall'elemento causale, ovvero dall'interesse ad agire, il diritto di agire in giudizio si trasformerebbe, come in talune ricostruzioni del diritto romano, in una sorta di "metadiritto" suscettibile di dare tutela a qualunque interesse, spostando la scelta politica relativa alla sua meritevolezza sul giudice della controversia.

Tale conclusione, tuttavia, non può dirsi pacifica. Sin dal suo sorgere, la polemica sull'autonomia o sulla strumentalità dell'azione ha espresso, sul piano dommatico, la contrapposizione tra positivismo e giusnaturalismo quanto al riconoscimento dei diritti soggettivi: in particolare, la ricostruzione dell'azione come categoria autonoma e astratta attraverso la quale il singolo avrebbe la possibilità di dare tutela agli interessi emersi all'interno del tessuto sociale ha costituito la conseguenza di una concezione, di matrice giusnaturalistica, per la quale tali interessi possiederebbero una giuridicità intrinseca che prescinde da un'espressa qualificazione normativa ⁽⁵⁷⁾. La ricostruzione oggi prevalente dell'interesse ad agire, che lo circoscrive ad una valutazione empirica operata dal giudice, sembra muoversi nel solco di tale concezione. Il giudice opererebbe in una sorta di posizione di terzietà nei confronti dello Stato apparato e dei suoi poteri (ivi compreso il legislatore) che gli consentirebbe di estendere i confini della sua discrezionalità interpretativa fino alle soglie del "consenso" o della "coscienza" sociale, nei casi in cui il decisore politico non abbia potuto o voluto recepire le nuove istanze emerse nella collettività ⁽⁵⁸⁾. La tesi

⁽⁵⁷⁾ R. ORESTANO, *Azione in generale. a) Storia del problema*, cit., 788 ss.

⁽⁵⁸⁾ D. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al "diritto"*, Napoli, 2008, in part. 141 ss.

esprime il disagio derivante dalla constatazione di un “declino della politica” ⁽⁵⁹⁾ che spesso opera lontano dal corpo sociale; e tuttavia, a noi sembra che l’abbandono di una dimensione giuspositiva sia un rimedio assai peggiore del problema che si aspira a risolvere.

La prima esigenza che verrebbe frustrata è, naturalmente, la certezza del diritto. Prescindendo da una qualificazione normativa, rimettere al giudice la selezione degli interessi meritevoli di essere dedotti in giudizio comporta una insopprimibile incertezza sugli obblighi strumentali alla realizzazione di tali interessi, rimessi alla scelta, caso per caso, dei magistrati chiamati a pronunciarsi, di volta in volta, sulle controversie. Connessa a tale questione vi è, non meno centrale, quella della responsabilità della selezione: il legislatore è un organo politico nel quale le forze ivi rappresentate devono affrontare, al termine della legislatura, il giudizio del corpo elettorale anche sotto il profilo di come abbiano saputo dar voce alle istanze emergenti nel tessuto sociale, lì dove i magistrati sono funzionari politicamente irresponsabili sottoposti all’osservanza della legge ⁽⁶⁰⁾. Ne consegue che mettere in discussione la soggezione del giudice alle scelte politiche del Parlamento, sulla base di una valutazione, anch’essa politica, circa l’inidoneità dell’organo rappresentativo a recepire gli interessi di nuova emersione, significa porre in dubbio lo stesso principio democratico ⁽⁶¹⁾.

Il giudice esercita una funzione vincolata all’interpretazione del parametro che deve applicare, nell’esercizio della quale gode, certamente, del margine di apprezzamento, più o meno ampio, connesso all’attività ermeneutica, e che tuttavia incontra il limite della coerenza, logica e assiologica, con il parametro stesso e con la scelta politica che esso esprime ⁽⁶²⁾: nel sistema costituzionale vigente,

⁽⁵⁹⁾ Ancora D. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al “diritto”*, cit., 99 ss.

⁽⁶⁰⁾ *Amplius*, L. LONGHI, *La democrazia giurisdizionale*, Napoli, 2021, in part. 31 ss.

⁽⁶¹⁾ Ancora L. LONGHI, *La democrazia giurisdizionale*, cit., 79 ss., anche per ulteriori riferimenti.

⁽⁶²⁾ E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1971, in part. 157 ss.; L.P. COMOGLIO, *La garanzia costituzionale dell’azione ed il processo civile*, cit., 16 ss.; E. PARESCHE, *Interpretazione*, in *Enc. Dir.*, vol. XXII, Milano, 1972, 227 ss.

al giudice è precluso dare tutela a interessi che si collochino oltre i confini della norma, né può prestarsi ad essere utilizzato come un “creatore di diritti” (come è avvenuto a proposito di questioni particolarmente scottanti, quali la bioetica, la disciplina del fine vita, il riconoscimento giuridico delle coppie di fatto, e così via) senza usurpare la funzione legislativa delle Camere ⁽⁶³⁾. A presidio del rispetto di tali limiti si colloca il requisito dell’interesse ad agire, quale nesso causale tra l’azione proposta e una posizione soggettiva necessariamente tipica, in quanto riconosciuta da una norma ⁽⁶⁴⁾.

Una tematica connessa a quella ora riassunta, ma diversa, è quella dell’utilizzo di forme tipiche processuali al fine di estendere i mezzi di tutela di posizioni soggettive riconosciute dall’ordinamento. In particolare, nella prospettiva del costituzionalista assume particolare rilievo la proposizione di un’azione di mero accertamento finalizzata alla promozione di una questione di legittimità costituzionale.

Si tratta del caso all’origine delle celeberrime sentenze del 13 gennaio 2014, n. 1 e del 9 febbraio 2017, n. 35 della Corte costituzionale. Sebbene la posizione soggettiva dedotta nel giudizio *a quo* sia la medesima, la vicenda offre uno spunto di riflessione significativo nella definizione dei limiti dell’interesse ad agire per l’accertamento di un diritto che si assuma violato dalla disciplina legislativa. Come rimarcato dalla dottrina ⁽⁶⁵⁾, tali limiti segnano il confine tra una inammissibile *lis ficta* e l’esercizio legittimo di un’azione di accertamento; il che presuppone, naturalmente, la soluzione dell’interrogativo sull’ammissibilità di un’azione generale di accertamento al di fuori delle ipotesi in cui essa è tipica-

⁽⁶³⁾ M. CARRER, *Profili teorici e costituzionali dell’azione in giudizio*, cit., 190 ss.; M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, Milano, 2023, 166 ss.

⁽⁶⁴⁾ Che l’art. 24 Cost. è posto «a tutela dei diritti a condizione che questi siano effettivamente e validamente riconosciuti dall’ordinamento» è un’argomentazione spesa dalla difesa erariale nel caso deciso da Corte cost. (ord.), 9 luglio 2014, n. 194, che il Giudice delle leggi mostra di recepire nell’argomentare sulla inammissibilità della questione.

⁽⁶⁵⁾ G. D’AMICO, *Azione di accertamento e accesso al giudizio di legittimità costituzionale*, Napoli, 2018, in part. 117 ss.

mente prevista ⁽⁶⁶⁾. Se si accoglie la nozione proposta di interesse ad agire, per le azioni di mero accertamento esso può considerarsi giuridicamente tutelato in tutte le ipotesi in cui si intende rimuovere uno stato di incertezza per quanto concerne gli elementi di una situazione di fatto che ne consentano la sussunzione in una norma ricognitiva di una posizione soggettiva, ovvero per quanto concerne il contenuto di una posizione soggettiva di cui egli sia titolare. La prospettiva adottata nel corso della presente riflessione di svincolare l'interesse ad agire da qualsiasi considerazione empirica rende irrilevante la circostanza che la posizione soggettiva oggetto di accertamento sia o meno contestata da una controparte: l'attore è arbitro esclusivo del proprio interesse ad accertare la titolarità e il contenuto dei propri diritti, per cui deve ritenersi libero di sobbarcarsi degli oneri di un processo qualora ne ritenga l'opportunità, a condizione, tuttavia, che l'interesse di cui chiede l'accertamento sia contemplato dall'ordinamento giuridico.

L'azione di accertamento può, quindi, dar luogo all'incidente di legittimità costituzionale o sotto il profilo della formulazione della norma qualificativa della fattispecie che limiti la sussunzione di alcune situazioni di fatto ⁽⁶⁷⁾, o sotto quello della limitazione delle facoltà spettanti al titolare di una posizione giuridica soggettiva ⁽⁶⁸⁾. Al riguardo, la Corte costituzionale ⁽⁶⁹⁾ ha precisato che il *discrimen* da considerare per l'ammissibilità della questione riguarda l'oggetto dell'azione di accertamento: se esso è limitato ai profili considerati dalla disciplina che si assume illegittima, si ricade nella preclusione della *fictio litis*, se invece l'accertamento concerne la

⁽⁶⁶⁾ Per una panoramica dei contributi più significativi, ancora G. D'AMICO, *Azione di accertamento*, cit., 43 ss.

⁽⁶⁷⁾ Si pensi all'accertamento del diritto di elettorato passivo di un soggetto rientrante in una causa di ineleggibilità assunta come illegittima. Si tratta del caso deciso da Corte cost., 3 marzo 2006, n. 84 la quale ha dichiarato, tuttavia, inammissibile la questione ritenendo coincidente l'oggetto del giudizio di accertamento e di quello di legittimità costituzionale.

⁽⁶⁸⁾ Ad esempio, le facoltà che concretano il diritto di voto, come avvenuto nella nota giurisprudenza costituzionale più volte richiamata.

⁽⁶⁹⁾ Si vedano le citate sentenze del 3 marzo 2006, n. 84 e del 13 gennaio 2014, n. 1 da cui è tratta anche l'espressione testuale riportata subito *infra*.

posizione soggettiva nella sua globalità esso non può considerarsi «totalmente assorbito dalla sentenza di questa Corte, in quanto residuerebbe la verifica delle altre condizioni cui la legge fa dipendere il riconoscimento del diritto». Ciò che interessa sottolineare nella prospettiva di queste pagine è che il giudizio sull'ammissibilità della questione non concerne la sussistenza dell'interesse ad agire, considerato in una dimensione puramente normativa e indipendente dalla sussistenza di un attuale stato di fatto impeditivo o limitativo dell'esercizio del diritto azionato ⁽⁷⁰⁾.

4. Interesse ad agire e *causa agendi* nel processo penale e nel processo amministrativo.

L'interesse ad agire come *causa agendi*, ricostruito nella maniera che precede, deve ora essere verificato nel sistema processuale penale e amministrativo. Quanto al primo, proprio l'ovvia constatazione che l'azione penale non costituisce l'esercizio di un diritto, ma di un obbligo a carico del Pubblico Ministero (art. 112 Cost.), ed è perciò al di là della valutazione discrezionale che connota l'azione civile ⁽⁷¹⁾ accentua il nesso di funzionalità tra l'azione proposta e l'interesse meritevole di tutela contemplato dalla norma penale. Ovviamente, trattandosi di adempimento di una pubblica funzione, l'azione penale non presenta il carattere di posizione soggettiva accessoria (il P.M. esercita un obbligo, non un diritto) e può essere, pertanto, tralasciata in questa sede. Analogamente non sembra necessario affrontare le problematiche legate all'atto di costituzione di parte civile, sia per la peculiarità della fattispecie processuale ⁽⁷²⁾, sia perché, a seguito della novella dell'art. 78 c.p.p., esso è equiparato all'atto introduttivo nel

⁽⁷⁰⁾ Cfr. G. D'AMICO, *Azione di accertamento*, cit., 124 ss.

⁽⁷¹⁾ M. CARRER, *Profili teorici e costituzionali dell'azione in giudizio*, cit., 150.

⁽⁷²⁾ La parte civile non esercita l'azione penale, e presenta maggiormente le caratteristiche dell'interventore nel processo da altri iniziato. L'analisi dell'interesse sotteso all'intervento, che certamente costituisce una figura peculiare dell'interesse ad agire, è già stata oggetto di qualche considerazione, da parte di chi scrive, in R. MANFRELOTTI, *Le posizioni soggettive quiescenti: contributo alla teoria generale dell'intervento adesivo nel processo*, in *Il Processo*, 2, 2021, 231 ss.

processo civile ⁽⁷³⁾ e può, quindi, rinviarsi alle considerazioni sul carattere accessorio dell'interesse ad agire rispetto ad una posizione soggettiva primaria svolte nelle pagine precedenti: in estrema sintesi la parte civile agisce per la tutela di una propria posizione soggettiva, che deve sussistere indipendentemente dall'interesse pubblico connesso alla norma penale ⁽⁷⁴⁾.

La problematica dell'interesse a ricorrere nel processo amministrativo in rapporto alle conclusioni cui si è giunti richiede, invece, una verifica a parte. I confini dell'istituto appaiono ancora più nebulosi che nel processo civile. A lungo incerta è stata la delimitazione della stessa figura soggettiva primaria a cui l'interesse a ricorrere è strumentale, ossia l'interesse legittimo, del quale ancora alla fine del XX secolo si discuteva il rilievo (anche) sostanziale o (meramente) processuale: ciò ha contribuito alla confusione tra l'interesse e la legittimazione ad agire ⁽⁷⁵⁾, di cui ancora oggi vi è l'eco nella giurisprudenza, e che invece identificano due aspetti diversi riferendosi quello alla struttura della posizione soggettiva, questa alla sua titolarità. Né ha contribuito al corretto inquadramento dommatico della problematica l'influenza della dominante dottrina del processo civile, che identificando, come visto, l'interesse ad agire in una situazione di fatto *contra jus*, ha contribuito alla formula, ancora oggi tralaticciamente riportata, che lo identifica nella situazione dannosa conseguenza diretta, immediata ed attuale di un provvedimento assunto come illegittimo. Tale concezione ripresenta, ad avviso di chi scrive, gli stessi vizi riferibili alla ricostruzione dell'interesse ad agire nel processo civile, e rende necessaria una riflessione sull'istituto che

⁽⁷³⁾ Cass. pen., Sez. Un., 21 settembre 2023, n. 38481.

⁽⁷⁴⁾ Non è, per esempio, ammissibile la costituzione di parte civile nel processo penale a carico di un dipendente comunale imputato di reati contro la p.a. di un consigliere, perché questi non vanta una posizione giuridica soggettiva nei confronti del pubblico impiegato.

⁽⁷⁵⁾ Si tratta di una confusione concettuale ripetutamente segnalata dalla dottrina. Tra i contributi più recenti, anche per ulteriori riferimenti, S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, 2018, 48 ss.; F. SAITTA, *La legittimazione a ricorrere: titolarità o affermazione?*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 524 ss.

si concentri, sul piano metodologico, sulla dimensione dommatica e normativa senza indulgere a criteri empirici e casistici che poco contribuiscono alla chiarezza del concetto.

Il punto di partenza di un corretto inquadramento dommatico della problematica è la constatazione che il processo amministrativo, in quanto avente ad oggetto l'espressione di una funzione diretta alla cura di interessi generali, è suscettibile di impattare, assai più del processo civile, su una quantità sconfinata di interessi; esso è pertanto, contemporaneamente, una giurisdizione di diritto "oggettivo", in quanto ontologicamente orientata alla coerenza dell'azione amministrativa con i parametri legislativi che definiscono l'interesse pubblico ⁽⁷⁶⁾, ma, altresì, di diritto "soggettivo", essendo costruito lo strumento processuale come garanzia di posizione soggettive che, differenziandosi e qualificandosi dalla generalità degli interessi sociali, possono accedere alla dimensione del giudizio ⁽⁷⁷⁾. Il giudizio sulla funzione amministrativa presenta, dunque, una commistione tra l'interesse pubblico, che esige il corretto perseguimento, da parte dell'amministrazione, della sua missione, sia sotto il profilo delle forme che sotto quello dei contenuti, e quello privato, individualmente e specificamente leso nell'ipotesi in cui l'amministrazione abbia fallito i propri scopi imposti dalla legge o vi sia giunta in maniera illegittima. Ne consegue che anche nel processo amministrativo l'esercizio del diritto di agire in giudizio deve legarsi ad una previa scelta politica, espressa in una norma, che selezioni, nella massa degli interessi di mero fatto, quelli ritenuti meritevoli di tutela innanzi al giudice: non basta che il ricorrente lamenti la sola illegittimità

(76) Interesse pubblico che, in qualche misura, contribuisce a definire la stessa posizione soggettiva fatta valere in giudizio, ossia l'interesse legittimo: il quale, nella ricostruzione oggi dominante (di M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1994, 87 ss.), configura un obbligo di prestazione in capo alla pubblica amministrazione solo all'esito di una valutazione discrezionale di coincidenza tra l'interesse dedotto dal privato e quello pubblico espresso dalla stessa amministrazione.

(77) Sulla dicotomia tra giurisdizione oggettiva e soggettiva si vedano le considerazioni di V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 364 ss.

del provvedimento, se non ne abbia tratto un pregiudizio normativamente qualificato che lo differenzi dagli *omnes* generalmente interessati alla legalità della funzione amministrativa. L'esercizio dell'azione non correlato ad una posizione soggettiva tipica renderebbe il privato un rappresentante del solo interesse generale, stravolgendo il carattere accessorio del diritto di agire in giudizio e lo stesso disegno costituzionale dell'art. 24 che vede nella difesa giurisdizionale un mezzo di realizzazione di interessi privati riconosciuti come meritevoli di tutela. Sicché deve, ad esempio, ritenersi privo di rilevanza giuridica l'interesse del vicino all'impugnazione di una licenza edilizia sulla base dell'asserito pregiudizio al godimento del panorama, ma non se l'azione è proposta per evitare una diminuzione patrimoniale direttamente conseguente alla realizzazione della costruzione autorizzata: e questo perché il mero godimento del panorama non configura una posizione giuridica soggettiva, la proprietà sì ⁽⁷⁸⁾.

Un discorso a parte meritano le questioni dell'*actio popularis* e dell'interesse ad agire di enti esponenziali di interessi diffusi. Nel primo caso, per scelta del legislatore, il processo amministrativo perde il suo carattere di giurisdizione soggettiva e viene disciplinato come mezzo a tutela del solo interesse pubblico, rappresentato dal ricorrente: si è, evidentemente, al di fuori della fattispecie *ex art 24 Cost.*, perché l'iniziativa processuale non dipende da una posizione soggettiva primaria da realizzare. Nella seconda ipotesi il sistema delinea una legittimazione oggettiva che prescinde dall'interesse ad agire, secondo un modello che si va diffondendo in misura sempre maggiore nella legislazione ⁽⁷⁹⁾ attraverso la previsione di azioni promosse da soggetti a tutela dell'interesse pubblico specifico che essi sono chiamati a perseguire (come nel caso dell'AGCM o dell'ANAC, ma altresì del prefetto ai sensi dell'art. 70, comma 2, del d. lgs. 267 del 2000,

⁽⁷⁸⁾ F. TRIMARCHI BANFI, *L'interesse legittimo attraverso il filtro dell'interesse a ricorrere: il caso della vicinitas*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 774 ss.

⁽⁷⁹⁾ V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva"*, cit., 376 ss.

la cui iniziativa processuale è accomunata, *per tabulas*, all'azione popolare).

In termini analoghi deve, a parere di chi scrive, inquadrarsi anche la legittimazione degli enti esponenziali degli interessi diffusi, ossia di quegli interessi che, per definizione, non trovano un centro di imputazione determinato e si trovano riferiti alla collettività nel suo complesso; ne consegue che gli interessi diffusi sono interessi pubblici generali che l'ordinamento non riconosce come posizioni soggettive autonome. Sotto altro profilo, gli interessi diffusi debbono però, necessariamente, trovare un riconoscimento normativo, perché diversamente sarebbero interessi di mero fatto e, per questo, giuridicamente irrilevanti: in un sistema fondato su qualificazioni normative, non è, infatti, pensabile che una determinata istanza possa essere portata alla cognizione del giudice prescindendo da una valutazione politica di meritevolezza espressa da una norma, per il solo fatto che un gruppo più o meno nutrito di persone fisiche costituisca un'associazione che si proponga di darvi tutela al di fuori dei meccanismi costituzionali di produzione normativa e di integrazione politica.

Le considerazioni, certamente non originali, che precedono consentono di riassumere la problematica degli interessi diffusi nella guisa che segue. L'ordinamento giuridico compie una scelta politica sugli interessi che intende tutelare e che ne rappresentano gli obiettivi, ma il riconoscimento avviene secondo tecniche diverse. Come già autorevolmente rilevato da una non recente dottrina⁽⁸⁰⁾, solo alcuni di tali interessi vengono individualizzati attraverso l'individuazione di una categoria di titolari, cui ne sono rimesse le iniziative volte alla loro salvaguardia, e la disciplina di una prestazione a carico di soggetti passivi, determinati o indeterminati, dando luogo a posizioni giuridiche soggettive; altri sono, invece, perseguiti direttamente dal soggetto pubblico indipendentemente dalla loro consistenza in diritti soggettivi (o in interessi legittimi), identificando una categoria di interessi pubblici

⁽⁸⁰⁾ G. SCHWARZ, *Rechtssubjekt und Rechtszweck*, in *Arch. Bür. R.*, 32 (1908), 31 ss.

in senso stretto o, se si vuole, di interessi diffusi, mancandone la definizione tipica dei titolari (si pensi all'ambiente, al paesaggio, all'eredità culturale, e così via). Quando tali interessi vengono espressi da enti, dando luogo ad interessi collettivi, si verifica un fenomeno per il quale un interesse pubblico si trova rappresentato (anche) da un soggetto di diritto privato, che si attiva per la sua cura. Questo si erge a portatore di tale interesse, ma non vanta una posizione soggettiva perché essa presuppone la definizione tipica, da parte dell'ordinamento, dei soggetti passivi, delle prestazioni e dei limiti della tutela ⁽⁸¹⁾. Nel caso delle posizioni soggettive, l'interesse è direttamente riferito al titolare, a cui è rimessa, in via principale, la salvaguardia; nel caso degli interessi collettivi, l'interesse è invece pubblico, oggetto di una funzione pubblica finalizzata alla sua realizzazione sulla quale il soggetto privato esercita un ruolo, ancillare, secondario e indiretto, di controllo. La circostanza che l'ente esponenziale deduce in giudizio non una posizione soggettiva propria, ma un interesse pubblico, ne assimila la posizione processuale all'attore di un'*actio popularis* o all'amministrazione nel caso di legittimazione oggettiva.

Ne consegue che gli interessi collettivi non configurano posizioni soggettive, così come non può ritenersi accessorio alla realizzazione di un diritto soggettivo l'esercizio di un'azione da parte di un *quivis de populo*, quando ammessa, o di una determinata amministrazione in caso di legittimazione oggettiva. Tali fattispecie, che presentano una significativa analogia con l'azione penale disciplinata dall'art. 112 Cost. ⁽⁸²⁾, esulano, a stretto rigore, dalla prospettiva del presente lavoro. Ci si può quindi limitare a osservare che si tratta di ipotesi tipiche in cui l'accesso al giudizio è svincolato dalla realizzazione di una posizione soggettiva, ma non da un interesse qualificato dal sistema come meritevole

⁽⁸¹⁾ Ancora G. SCHWARZ, *Rechtssubjekt und Rechtszweck*, cit., 28.

⁽⁸²⁾ L'analogia si limita, ovviamente, all'interesse, meramente pubblico, dedotto in giudizio: l'esercizio della relativa azione è rimesso, tuttavia, ad una valutazione politica del soggetto, rispetto a cui, a differenza che nel caso del P.M., non è configurabile nessun obbligo.

di tutela e sottoposto alla cura dell'autorità pubblica. Come si è detto, le posizioni soggettive non costituiscono l'unica modalità attraverso cui l'ordinamento attribuisce rilevanza giuridica, e la conseguente garanzia, agli interessi che ne rappresentano lo scopo; tuttavia, anche gli interessi meramente pubblici sono tali perché oggetto di riconoscimento e garanzia sul piano normativo. Ne consegue che le azioni proposte a tutela di siffatti interessi pubblici debbono mantenere, in ogni caso, un nesso causale con l'interesse pubblico specifico e qualificato dalla norma che le legittima: l'eventuale azione del Garante della Concorrenza o di un'associazione ambientalista proposta a tutela della stabilità finanziaria di un ente sarebbe priva di causa e sarebbe, pertanto, inammissibile per difetto dell'interesse ad agire.

Un'ultima questione da affrontare è se, in assenza di una posizione soggettiva primaria dedotta in giudizio, l'esercizio di tali azioni configuri l'esercizio di un diritto di difesa atipico ovvero debba essere costruito secondo altre categorie. La problematica non sembra presentare, tuttavia, risvolti pratici sotto il profilo delle conseguenze connesse all'una o all'altra ricostruzione, ma presenta, comunque, una rilevanza non piccola sul piano dommatico. Sul piano del diritto positivo, giova richiamare il raffronto tra tali fattispecie e l'art. 112 Cost.; tale norma, come visto, disciplina l'azione penale come un obbligo a carico del soggetto pubblico, mentre nel caso che ci occupa ne è sottoposta alla discrezionalità ed è da questi disponibile. Sotto altro profilo, si è pure detto che, nella ricostruzione che qui si accoglie, il paradigma normativo del diritto soggettivo è una modalità attraverso cui l'ordinamento persegue i propri obiettivi in maniera indiretta, rimettendone la realizzazione a centri di imputazione di volta in volta normativamente qualificati. Ne consegue che anche i soggetti pubblici possono essere titolari di posizioni giuridiche soggettive, l'esercizio delle quali è, però, funzionalizzato all'interesse che tali soggetti hanno l'obbligo di curare ⁽⁸³⁾: ne consegue che i diritti dello

(83) G. SCHWARZ, *Rechtssubjekt und Rechtszweck*, cit., 47 ss.

Stato e, in generale, dei soggetti di diritto pubblico presentano senz'altro una peculiarità non irrilevante rispetto ai diritti soggettivi riconosciuti ai soggetti privati, ma restano, pur sempre, diritti soggettivi: il che è, del resto, espressamente riconosciuto sul piano dell'ordinamento positivo (si confronti l'art. 42 Cost.). Ne consegue che, anche nel caso delle azioni che le amministrazioni sono legittimate a proporre (e a maggior ragione nel caso degli enti esponenziali di interessi diffusi e dei singoli cittadini nel caso delle azioni popolari), l'esercizio dell'azione configura una posizione soggettiva accessoria: ciò che muta è il predicato di tale accessorietà, rappresentato non da una posizione soggettiva primaria ma da un interesse pubblico in senso proprio.

5. L'interesse a contraddire.

L'altra faccia del diritto alla difesa giurisdizionale, speculare al diritto di agire in giudizio, è, ovviamente, il diritto di contraddire alla domanda proposta dall'attore. Si tratta di un aspetto sul quale la riflessione scientifica si è concentrata assai poco: l'interesse a contraddire, a cui pure fa, inequivocabilmente, riferimento l'art. 100 c.p.c., è, spesso, semplicemente ignorato dalle trattazioni sul tema o, quando anche vi si fa riferimento, si ritiene sussistere *in re ipsa* per la sola circostanza di essere destinatari di una pretesa azionata in giudizio. Appare evidente che, così inteso, il riferimento all'interesse a contraddire si ridurrebbe una superfetazione lessicale priva di portata normativa e di utilità pratica. Tuttavia, anche in questo caso, non sembra possibile liquidare una disposizione, *tamquam non esset*, prima di avere almeno tentato un'interpretazione che consenta di trarne un precetto autonomo; l'atteggiamento della dottrina sembra conseguenza dell'equivoco, più volte segnalato, di confinare l'interesse ad agire (e a contraddire) sul piano empirico, smarrendone la necessaria dimensione normativa e il suo legame causale con una posizione soggettiva primaria dedotta in giudizio.

Nell'esegesi della norma soccorre l'autorevole rilievo per il quale l'attività del contraddire è cosa diversa dalla generica opposizione alla domanda dell'attore: altro è l'insussistenza dei fatti

(*rectius*: l'insufficienza della relativa prova) posti a fondamento della domanda, altro è la deduzione della sussistenza di un diritto incompatibile con quello vantato dall'attore che ne paralizzi la pretesa ⁽⁸⁴⁾. Solo la seconda ipotesi estende la cognizione del giudice all'accertamento di una posizione soggettiva ulteriore, diversa e opposta a quella azionata. Ne consegue che l'attività processuale del convenuto può limitarsi ad eccepire l'inesistenza della situazione di fatto che l'attore pretende di sussumere nella norma che disciplina il diritto azionato, che il giudice può (e deve) comunque accertare, quando non adeguatamente provata, indipendentemente dall'attività di colui contro il quale essa è proposta; oppure, può consistere nel contraddire alla domanda, chiedendo al giudice di riconoscere la qualificazione come diritto di determinate circostanze al fine di determinarne il rigetto. Nel primo caso il convenuto si oppone all'azione; nel secondo vi contraddice. Se, dunque, il contraddire, così come l'agire, si lega ad una posizione soggettiva primaria, perché consiste nell'affermazione innanzi al giudice di un diritto, le considerazioni svolte sull'interesse processuale come *causa agendi* valgono anche a proposito della *causa contradicendi*, coerentemente con il dato letterale dell'art. 100 c.p.c.

L'interesse a contraddire assume una peculiare declinazione nel processo amministrativo. Al di fuori dei casi di giurisdizione esclusiva, infatti, la *causa agendi* innanzi al giudice amministrativo è un interesse legittimo, strutturalmente diverso dal diritto soggettivo: di fronte all'interesse legittimo non vi è una posizione giuridica soggettiva, ma una funzione pubblica. Ne consegue che difficilmente la p.a. resistente avrà modo di affermare una posizione soggettiva propria innanzi al g.a.; sicché, nell'ambito della giurisdizione amministrativa, l'art. 100 c.p.c., nella parte in cui si riferisce all'interesse a contraddire, trova, in linea di principio ⁽⁸⁵⁾,

⁽⁸⁴⁾ G. CHIOVENDA, *Principii*, cit., 264 ss. L'illustre Maestro pone tale distinzione a fondamento della sua nota classificazione delle eccezioni processuali.

⁽⁸⁵⁾ In linea di principio, ma non in senso assoluto. Si pensi al seguente caso: la p.a. annulla la concessione relativa ad un'attività di somministrazione di alimenti esercitata da Tizio sul presupposto che questi non abbia la disponibilità giuridica dell'immobile in

un'applicazione limitata.

6. Conclusioni.

L'ordinamento è una costruzione astratta finalizzata alla cura di interessi determinati, che ne rappresentano gli scopi. Tali scopi sono posti dal diritto positivo di guisa tale che il soggetto pubblico adotti esso stesso gli atti necessari alla loro realizzazione, ovvero attraverso la previsione di forme, obblighi e vincoli che i soggetti di diritto possano, discrezionalmente, utilizzare per il perseguimento degli scopi stessi ⁽⁸⁶⁾. Ne consegue che il riconoscimento di un diritto, o, in generale, di una posizione giuridica soggettiva, significa che l'interesse individuale che ne è alla base è una specificazione concreta di un interesse pubblico del quale il singolo è, nel caso concreto, rappresentante ⁽⁸⁷⁾. Ne consegue che tutta l'attività giuridica riconosciuta dal sistema si pone in rapporto di strumentalità con uno o più di tali scopi; o, in altre parole, che ciascun atto giuridicamente rilevante, sia esso espressione di autorità pubblica o di autonomia privata, deve perseguire un fine concreto che rappresenti un'articolazione specifica e storicamente determinata del fine astrattamente previsto dalla norma che disciplina tale attività.

Per quanto riguarda i soggetti privati, il sistema costituzionale italiano contempla l'interesse a porre in essere atti giuridicamente significativi sotto due distinti profili: l'interesse a disporre giuridicamente di un diritto avente un'utilità economicamente valutabile (art. 41 Cost.) ⁽⁸⁸⁾, e l'interesse a tutelare innanzi al giudi-

cui essa viene esercitata. Tizio impugna l'atto sostenendo di essere proprietario del bene; nel giudizio interviene Caio contestando la proprietà di Tizio e affermando di essere lui il reale proprietario. In questo caso, può ipotizzarsi l'interesse della p.a. a contraddire, che si lega però alla posizione soggettiva di un terzo (Caio), non della p.a. resistente.

⁽⁸⁶⁾ G. SCHWARZ, *Rechtssubjekt und Rechtszweck*, cit., 31.

⁽⁸⁷⁾ S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935, 69.

⁽⁸⁸⁾ Si è avuto già occasione di svolgere qualche riflessione su questo particolare aspetto dell'art. 41 Cost. in R. MANFRELLOTTI, *Iniziativa economica privata e autonomia contrattuale. Considerazioni per un inquadramento della problematica della causa del contratto alla luce dell'art. 41, co. II Cost.*, in *Comparazione e diritto civile*, 2019, *passim*.

ce un proprio diritto. Sia la libertà di iniziativa economica che il diritto alla difesa giurisdizionale sono posizioni soggettive accessorie, in quanto strumentali al compimento di atti giuridici avente ad oggetto altri diritti; ciascuno degli atti che ne rappresentano l'esercizio richiedono un nesso teleologico con i diritti a cui sono strumentali, riconosciuto già nell'esperienza giuridica romana⁽⁸⁹⁾ e definito con l'espressione *causa*. Tale formula è rimasta, nel diritto italiano vigente, soltanto in riferimento al contratto, che è l'atto principale⁽⁹⁰⁾ attraverso cui si manifesta la libertà di iniziativa economica privata; per quanto concerne gli atti che concretano l'esercizio del diritto di difesa giurisdizionale, l'ordinamento utilizza, invece, la formula "interesse ad agire (o a contraddire)". Pur nella diversità terminologica, i due concetti sono, comunque, contigui: essi esprimono il nesso di strumentalità tra la posizione soggettiva accessoria (l'iniziativa economica privata o il diritto di difesa giurisdizionale) e la posizione primaria che ne costituisce l'oggetto, e che segna la condizione, e il limite, della rilevanza giuridica e della legittimità del singolo atto che ne rappresenta l'esercizio.

In questa sede ci si è concentrati sulla problematica dell'interesse *ex art.* 100 c.p.c., che definisce la causa di tutti gli atti compiuti nel processo, declinata diversamente in rapporto alla funzione che, nelle differenti fasi processuali, è svolta dal singolo atto (e rispetto alla quale è articolata la disciplina delle nullità processuali *ex art.* 156 c.p.c.). Naturalmente, la limitata prospet-

(89) Per la *causa agendi* si rinvia alle considerazioni introduttive del presente studio. Quanto alla *causa contractus*, per le fonti romane ci si limita a Ulp. D. 2, 14, 7, 1-4, su cui, anche per ulteriori riferimenti, a T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto*, Padova, 2004, 131 ss.; G. MELILLO, *Contrahere, pacisci, transigere*, Napoli, 1994, 212 ss.; A. PALMA, *La negozialità romana: fenomeno storico e modello metastorico. Note introduttive sulla causa contractus*, in AA.VV., *Riflessioni sulla negozialità. Profilo storico-comparativo*, a cura di A. PALMA, Napoli, 2013, XXII ss.

(90) Quanto meno, lo è per gli atti *inter vivos*. Come è noto, il soggetto può disporre economicamente dei propri beni per il tempo in cui avrà cessato di vivere anche tramite testamento, ma esso presenta delle peculiarità tali che è tutt'ora discusso se presenti un'unità causale ovvero se costituisca una forma che comprende differenti attribuzioni ciascuna con una propria causa. La problematica può essere, in questa sede, soltanto accennata.

tiva del presente studio non ha consentito di approfondire alcune questioni che avrebbero senz'altro meritato una riflessione più attenta (come, ad esempio, la particolare conformazione dell'interesse ad agire in rapporto ai giudizi di gravame ⁽⁹¹⁾).

Parimenti, non si è potuto approfondire il rapporto tra la causa degli atti processuali e la causa della sentenza; tematica che, d'altronde, per la sua vastità e complessità richiederebbe uno spazio di riflessione autonomo e che darebbe un contributo fondamentale sia per gli studiosi del processo civile che per quelli della funzione pubblica. Al momento, l'autore di queste pagine può solo limitarsi, come il Corradino dell'Aleardi, a lanciare un guanto ai propri lettori, in attesa di uno spirito più coraggioso e possente di lui che voglia raccoglierlo.

ABSTRACT: Nel saggio si analizza la problematica dell'interesse *ex art. 100 c.p.c.* In particolare, si evince che l'interesse ad agire svolge un ruolo di primo piano, sul piano costituzionale, nella salvaguardia dell'accessorietà del diritto di difesa. L'attivazione della funzione pubblica giurisdizionale presuppone che l'interesse azionato trascenda la dimensione personale e venga qualificato meritevole di tutela sul piano dell'ordinamento giuridico. Ne consegue che l'interesse ad agire si pone come requisito dell'atto processuale.

ABSTRACT: *The essay concerns the notion of interest (within legal standing) under Article 100 of the Italian Code of Civil Procedure. In particular, the article assesses interest's constitutional relevance (ancillary to the right of defense). Triggering the public judicial function implies the need to protect non-solely individual interests. Consequently, the interest to sue (again, withing legal standing) operates as a constitutive requirement.*

(91) Su cui F. LOCATELLI, *L'interesse ad agire*, cit., 74 ss.

I limiti di sindacabilità delle sentenze del CNF e della CCEPS nel ricorso per Cassazione

di STEFANIA FLORIAN

SOMMARIO: 1. La competenza giurisdizionale del CNF nel r.d.l. 27 novembre 1933, n. 1578. — 2. Il mutamento della competenza giurisdizionale del CNF dopo la legge del 31 dicembre 2012, n. 247 e la sua dubbia compatibilità con il divieto di istituire nuovi giudici speciali o straordinari di cui all'art. 102, comma 2, Cost. — 3. Il carattere devolutivo del sindacato del CNF. — 4. Il ricorso per Cassazione avverso le sentenze del CNF: la deducibilità dell'eccesso di potere ai sensi dell'art. 36, comma 6, l. n. 247/2012. — 5. Il ricorso per Cassazione avverso le sentenze del CNF: la ricorribilità *ex art. 360*, comma 1, c.p.c. — 6. Il ricorso per Cassazione avverso le sentenze della CCEPS. — 7. Conclusioni.

1. La competenza giurisdizionale del CNF nel r.d.l. 27 novembre 1933, n. 1578.

L'oggetto della presente indagine concerne i limiti di sindacabilità da parte della Corte di cassazione delle sentenze del CNF e della CCEPS, ossia di due organi di giurisdizione speciale istituiti prima dell'entrata in vigore della Costituzione e non sottoposti al processo di revisione costituzionale di cui alla sesta disposizione transitoria della Costituzione entro i 5 anni dalla loro entrata in vigore.

Come noto, il CNF è un organo di giurisdizione speciale, le cui sentenze sono impugnabili entro 30 giorni dalla notificazione in Corte di cassazione per incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge, ai sensi dell'art. 36, comma 6, della l. 31 dicembre 2012, n. 247. L'impugnabilità per Cassazione delle sentenze del CNF per i medesimi vizi di legittimità, propri del provvedimento amministrativo, tuttavia, era già prevista dall'art. 56, comma 3 del r.d.l. 27 novembre 1933, n. 1578.

Preliminare allo studio dei limiti di sindacabilità delle sentenze del CNF da parte della Corte di cassazione sembra essere l'inquadramento del CNF sotto il profilo delle sue competenze giurisdizionali, al fine di verificare se, nel tempo, esse siano o no mutate. Il r.d.l. 27 novembre 1933, n. 1578, per primo, e le relative norme di attuazione e integrative, cui è connessa anche una serie di altre normative tra cui il d. lgs. 23 novembre 1944, n. 382 sui consigli dell'ordine (recante anche l'istituzione del Consiglio nazionale forense) individua l'oggetto della giurisdizione del CNF — definito, dal r.d.l. del 1933, Commissione centrale per gli avvocati e procuratori — all'art. 54, che dispone che «la commissione centrale per gli avvocati ed i procuratori 1° pronuncia sui ricorsi ad essa proposti a norma di questa legge; 2° esercita il potere disciplinare nei confronti dei propri membri e dei membri del direttorio del sindacato nazionale».

I ricorsi, poi, sono proponibili alla Commissione centrale (CNF), a norma degli artt. 24 (per i procuratori) e 31 (per gli avvocati) del r.d.l. del 1933 dagli interessati e dal pubblico ministero nel termine di 15 giorni dalla notificazione delle delibere in materia di iscrizione all'albo dei procuratori e degli avvocati; in materia di rigetto dell'iscrizione per motivi di compatibilità o di condotta e qualora il Direttorio del sindacato degli avvocati e procuratori (ossia il Consiglio dell'ordine ⁽¹⁾) non abbia deliberato in materia di iscrizione entro tre mesi dalla scadenza del termine per la presentazione delle domande.

Ai sensi dell'art. 37 dello stesso r.d.l. l'interessato e il pubblico ministero possono presentare ricorso alla Commissione centrale nel termine di 15 giorni dalla notificazione avverso le delibere del direttorio del sindacato in materia di cancellazione dagli albi degli avvocati e procuratori.

(1) In virtù del d.lgs. 23 novembre 1944, n. 369, che ha soppresso le organizzazioni sindacali fasciste; del d.lgs. 23 novembre 1944, n. 382, che detta norme sui Consigli degli ordini e del d.lgs. C.P.S. 21 giugno 1946, n. 6, contenente modificazioni all'ordinamento forense, il Direttorio del sindacato degli avvocati e procuratori è stato sostituito dal Consiglio dell'Ordine degli avvocati e il Direttorio del Sindacato nazionale fascista degli avvocati e procuratori e la Commissione centrale del Sindacato nazionale fascista degli avvocati e procuratori è stato sostituito dal Consiglio Nazionale Forense.

Ai sensi dell'art. 49, commi 2 e 3, inoltre, «quando per la ricusazione di più componenti del direttorio del sindacato nazionale o di quello di un sindacato locale non ne rimanga il numero prescritto per decidere, spetta rispettivamente alla commissione centrale o al direttorio del sindacato nazionale, su ricorso della parte, di decidere sulla ricusazione e, qualora questa sia ammessa, di pronunciarsi nel merito. Spetta altresì allo stesso direttorio del sindacato nazionale di pronunciarsi sui conflitti di competenza fra i sindacati locali per quanto concerne l'esercizio del potere disciplinare». Il seguente art. 50 del r.d.l. del 1933 dispone, poi, in generale che le decisioni del direttorio del sindacato nazionale e del direttorio del sindacato locale sono impugnabili alla commissione centrale (CNF) nel termine di quindici giorni dalla notificazione.

Successivamente, la legge di conversione del 22 gennaio 1934, n. 36, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale 30 gennaio 1934, n. 24 ha meglio definito la competenza giurisdizionale del CNF, per cui, ai sensi dell'art. 38, comma 4 del r.d.l. 1933, al Consiglio Nazionale forense è attribuito il potere disciplinare nei confronti degli avvocati e procuratori che siano membri di un consiglio dell'Ordine e all'art. 50, così come modificato, è più esplicito il riferimento alla possibilità per l'interessato e per il pubblico ministero di presentare ricorso al CNF, entro venti giorni dalla notificazione delle delibere in materia di procedimenti disciplinari. Il Regio Decreto del 22 gennaio del 1934, n. 37, recante norme integrative e di attuazione del r.d.l. del 27 novembre 1933, n. 1578, sull'ordinamento della professione di avvocato e di procuratore, ha introdotto, poi, il titolo I, relativo alle iscrizioni nei registri dei praticanti e negli albi professionali, in cui, è inserito l'art. 10, comma 3 dispone che avverso la deliberazione con la quale la richiesta di certificato di compimento della pratica non sia accolta, l'interessato ha facoltà di presentare reclamo al Consiglio nazionale forense. Al comma 4, lo stesso articolo dispone che «la facoltà di reclamo spetta all'interessato anche nel caso che il Consiglio non abbia deliberato nel termine prescritto».

L'art. 57 di cui al Capo III (dei procedimenti disciplinari in confronto dei praticanti) del Titolo II (Dei procedimenti davanti

ai Consigli dell'ordine degli avvocati e dei procuratori e davanti al Consiglio nazionale forense. Del ricorso alle sezioni unite della Corte di cassazione) dispone, poi, che «sono sottoposti a procedimento disciplinare i praticanti che si rendono colpevoli di fatti non conformi alla dignità ed al decoro della professione forense, oppure qualora esercitino il patrocinio a termini dell'art. 8 del r.d.l. 27 novembre 1933, n. 1578, di abusi o mancanze nell'esercizio del patrocinio stesso».

Ai sensi dell'art. 3 del d. lgs del capo provvisorio dello Stato del 38 maggio 1947, n. 597, poi, il Consiglio nazionale forense, oltre a esercitare le altre funzioni demandategli dall'ordinamento sulle professioni di avvocato e di procuratore, decide sia sul reclamo del praticante avverso il diniego del rilascio di certificato di compiuta pratica, sia sui conflitti di competenza fra i consigli degli ordini.

Infine, come già evidenziato, l'art. 56, comma 3 del r.d.l. 27 novembre 1933, n. 1578 dispone l'impugnabilità dagli interessati e dal Pubblico Ministero delle sentenze del CNF alle Sezioni Unite della Corte di cassazione per incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge, nel termine di trenta giorni dalla notificazione della sentenza. La disposizione prosegue disponendo che, nel caso di annullamento con rinvio, il rinvio è fatto al Consiglio nazionale forense, il quale deve conformarsi alla decisione della Corte circa il punto di diritto sul quale essa ha pronunciato (art. 56, comma 6).

2. La competenza giurisdizionale del CNF dopo la l. 31 dicembre 2012, n. 247 e la sua dubbia compatibilità con il divieto di istituire nuovi giudici speciali o straordinari di cui all'art. 102, comma 2, Cost.

La legge del 31 dicembre 2012, n. 247, in materia di contestazioni avverso le delibere relative all'esercizio delle funzioni amministrative dei Consigli dell'ordine circondariali, non contiene previsioni nuove rispetto a quelle di cui al r.d.l. 27 novembre 1933, n. 1578. Infatti, l'art. 17, comma 14 dispone che l'interessato, nei confronti del quale il consiglio dell'ordine abbia deliberato

la cancellazione dall'albo degli avvocati o praticanti, d'ufficio o su richiesta del procuratore generale per le ragioni di cui ai commi, rispettivamente, 9 ⁽²⁾ e 10 ⁽³⁾ della stessa disposizione normativa, può presentare ricorso al CNF nel termine di 60 giorni dalla notificazione. Sempre ai sensi dell'art. 17, comma 14, l.p.f., la proposizione del ricorso ha effetto sospensivo. Il comma 18 dello stesso art. 17 dispone poi che «qualora il consiglio abbia rigettato la domanda [di riammissione all'albo circondariale] oppure abbia disposto per qualsiasi motivo la cancellazione, l'interessato può proporre ricorso al CNF ai sensi dell'articolo 61» (che disciplina il ricorso avverso le decisioni del Consiglio distrettuale di disciplina), ossia nel termine di 30 giorni. Tuttavia, ai sensi dell'art. 61, comma 1, l. n. 247/2012, tale ultimo termine decorre dal giorno del deposito del provvedimento anziché da quello della sua notifica, come disponeva, invece, l'art. 50 r.d.l. n. 1578/1933 e, successivamente, anche l'art. 33, comma 1, Reg. CNF n. 2/2014. Tale «ricorso contro la cancellazione ha effetto sospensivo e il CNF può provvedere in via sostitutiva» ⁽⁴⁾. L'art. 28, al comma 12,

(2) «La cancellazione dagli albi, elenchi e registri è pronunciata dal consiglio dell'ordine a richiesta dell'iscritto, quando questi rinunci all'iscrizione, ovvero d'ufficio o su richiesta del procuratore generale: *a)* quando viene meno uno dei requisiti indicati nel presente articolo; *b)* quando l'iscritto non abbia prestato l'impegno solenne di cui all'articolo 8 senza giustificato motivo entro sessanta giorni dalla notificazione del provvedimento di iscrizione; *c)* quando viene accertata la mancanza del requisito dell'esercizio effettivo, continuativo, abituale e prevalente della professione ai sensi dell'articolo 21; *d)* per gli avvocati dipendenti di enti pubblici, di cui all'articolo 23, quando sia cessata l'appartenenza all'ufficio legale dell'ente, salva la possibilità di iscrizione all'albo ordinario, sulla base di apposita richiesta».

(3) «La cancellazione dal registro dei praticanti e dall'elenco allegato dei praticanti abilitati al patrocinio sostitutivo è deliberata, osservata la procedura prevista nei commi 12, 13 e 14, nei casi seguenti: *a)* se il tirocinio è stato interrotto senza giustificato motivo per oltre sei mesi. L'interruzione è in ogni caso giustificata per accertati motivi di salute e quando ricorrono le condizioni per l'applicazione delle disposizioni in materia di maternità e di paternità oltre che di adozione; *b)* dopo il rilascio del certificato di compiuta pratica, che non può essere richiesto trascorsi sei anni dall'inizio, per la prima volta, della pratica. L'iscrizione può tuttavia permanere per tutto il tempo per cui è stata chiesta o poteva essere chiesta l'abilitazione al patrocinio sostitutivo; *c)* nei casi previsti per la cancellazione dall'albo ordinario, in quanto compatibili».

(4) Art. 17, comma 18, secondo periodo l. 31 dicembre 2012, n. 247.

poi, dispone che «contro i risultati delle elezioni per il rinnovo del consiglio dell'ordine ciascun avvocato iscritto nell'albo può proporre reclamo al CNF entro 10 giorni dalla proclamazione. La presentazione del reclamo non sospende l'insediamento del nuovo consiglio». Un termine di 10 giorni è poi previsto anche dall'art. 17, comma 7, quinto periodo, della l. n. 247/2012, per impugnare l'inerzia del COA, che non abbia provveduto sulla domanda di iscrizione all'albo circondariale nel termine di 30 giorni decorrenti dalla presentazione della domanda. Di 20 è, invece, il termine per impugnare il rigetto dell'istanza di iscrizione ai sensi dell'art. 17, comma 7, quarto periodo, l. n. 247/2012 ⁽⁵⁾. Avverso le decisioni del consiglio dell'ordine circondariale, pertanto, non diversamente da quanto prevedeva il r.d.l. 27 novembre 1933, n. 1578, l'interessato può proporre tanto un ricorso, quanto un reclamo al CNF, a seconda della contestazione proposta dinnanzi al CNF, entro termini di impugnazione diversi.

Il capo III della l.p.f. è dedicato poi esclusivamente al CNF e l'art. 35, comma 1, lett. c, tra i compiti e le prerogative del CNF, dispone, preliminarmente, che esso esercita la funzione giurisdizionale secondo le previsioni di cui agli articoli da 59 a 65 del regio decreto 22 gennaio 1934, n. 37. La specifica competenza giurisdizionale del CNF è poi precisata dall'art. 36 l.p.f., che dispone, al comma 1, che «il CNF pronuncia sui reclami avverso i provvedimenti disciplinari nonché in materia di albi, elenchi e registri e rilascio di certificato di compiuta pratica; pronuncia sui ricorsi relativi alle elezioni dei consigli dell'ordine; risolve i conflitti di competenza tra ordini circondariali; esercita le funzioni disciplinari nei confronti dei propri componenti, quando il consiglio distrettuale di disciplina competente abbia deliberato l'apertura del procedimento disciplinare».

Pertanto, in forza della disposizione in esame, il CNF continua ad avere giurisdizione in materia di procedimenti disciplinari, anche se, il potere disciplinare, ai sensi dell'art. 50 della stessa l.

(5) Sui diversi termini per presentare ricorso avverso i provvedimenti in materia di iscrizione a albi elenchi e registri, v. Cons. naz. forense, 13 marzo 2024, n. 65.

n. 247/2012, è deferito, appartiene in via generale, ai Consigli Distrettuali di Disciplina ⁽⁶⁾ e non appartiene più, quindi, ai COA. Sebbene la legge professionale mantenga tale potere in capo ai COA per alcune materie (ai sensi dell'art. 4-*bis*, comma 6, infatti, le società tra avvocati sono «soggette alla competenza disciplinare dell'ordine di appartenenza»; ai sensi dell'art. 23, comma 3 gli avvocati degli enti pubblici sono «sottoposti al potere disciplinare del Consiglio dell'ordine» e ai sensi dell'art. 42, i praticanti avvocati sono «soggetti al potere disciplinare del consiglio dell'ordine»), gli stessi COA sono stati sostituiti dai CDD con la legge del 2012, in forza della necessità, già emersa, nel legislatore, con il d.l. 13 agosto 2011, n. 138, di affidare a un organo terzo e imparziale l'esercizio dell'azione disciplinare. L'art. 3, comma 5, lett. f) del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, infatti, disponeva che «gli ordinamenti professionali dovranno prevedere l'istituzione di organi a livello territoriale, diversi da quelli aventi funzioni amministrative, ai quali sono specificamente affidate l'istruzione e la decisione delle questioni disciplinari e di un organo nazionale di disciplina».

Prima della riforma del 2012, i regi decreti nn. 1578/1933 e 37/1934, attribuivano al Consiglio dell'Ordine la fase di impulso, istruttoria e decisoria dell'azione disciplinare nei confronti dei propri iscritti, che, a loro volta, partecipavano alle elezioni dei componenti dello stesso COA. La concentrazione in capo ai singoli Consigli degli ordini di tali funzioni non era, perciò, considerata conforme al principio costituzionale di terzietà dell'organo giudicante, sebbene allo stesso procedimento disciplinare fosse riconosciuta una natura non giurisdizionale, ma amministrativa di carattere giustiziale ⁽⁷⁾.

Al fine di evitare il rischio di condizionamenti nel giudizio, quindi, la riforma del 2012 attribuì al CDD il potere disciplinare

⁽⁶⁾ Ai sensi dell'art. 50, comma 1, l. n. 247/2012, infatti, «il potere disciplinare appartiene ai consigli distrettuali di disciplina forense».

⁽⁷⁾ Cass., Sez. Un., 26 novembre 2017, n. 26148; Cass., Sez. Un., 27 dicembre 2019, n. 34476; Cass., Sez. Un., 12 aprile 2021, n. 9547; Cass., Sez. Un., 6 luglio 2021, n. 19030; Cass., Sez. Un., 11 ottobre 2022, n. 29588.

(⁸), mantenendo, però, in capo al Consiglio dell'Ordine i poteri di vigilanza deontologica e di esecuzione delle sanzioni. La legge n. 247/2012, pertanto, al fine di garantire i principi costituzionali di terzietà e imparzialità del giudice, oltre a disporre all'art. 50, comma 3, terzo periodo, che «non possono fare parte delle sezioni giudicanti membri appartenenti all'ordine a cui è iscritto il professionista nei confronti del quale si deve procedere», affida le fasi di avvio, istruttoria e decisoria del procedimento disciplinare a tre diversi soggetti, individuati, rispettivamente, nel COA, nel Consigliere Istruttore e nella Sezione giudicante del Consiglio distrettuale.

La fase di avvio della segnalazione è rimasta quindi di competenza del COA che, quando acquisisce una notizia di fatti suscettibili di valutazione disciplinare, deve darne comunicazione all'iscritto, invitandolo a presentare le deduzioni entro il termine di venti giorni e trasmettere gli atti al Consiglio distrettuale di disciplina (50-51 l.p.f., e art. 11 Reg. 21 febbraio 2014, n. 2). Ai sensi dell'art. 58, comma 1, primo periodo, l.p.f., «ricevuti gli atti di cui all'articolo 50, comma 4, il presidente del consiglio distrettuale di disciplina provvede senza ritardo a iscrivere in un apposito registro riservato il ricevimento degli atti relativi a un possibile procedimento disciplinare, indicando il nome dell'iscritto a cui gli stessi si riferiscono».

Al comma 2, invece, si dispone che «qualora il consiglio distrettuale di disciplina ritenga di non disporre l'archiviazione, e in ogni altro caso, il presidente designa la commissione che deve giudicare e nomina il consigliere istruttore, scelto tra i consiglieri iscritti a un ordine diverso da quello dell'incolpato. Il consigliere istruttore diviene responsabile della fase istruttoria pre-procedimentale; egli comunica senza ritardo all'iscritto l'avvio di tale fase, a mezzo di raccomandata con avviso di ricevimento, fornendogli ogni elemento utile e invitandolo a formulare per iscritto le proprie osservazioni entro trenta giorni dal ricevimento della comunicazione, e provvede a ogni accertamento di natura istrut-

(⁸) All'art. 51, comma 1, infatti, la l. 31 dicembre 2012, n. 247 dispone «che le infrazioni ai doveri e alle regole di condotta dettati dalla legge o dalla deontologia sono sottoposte al giudizio dei consigli distrettuali di disciplina».

toria nel termine di sei mesi dall'iscrizione della notizia di illecito disciplinare nel registro di cui al comma 1».

«Conclusa la fase istruttoria, il consigliere istruttore propone al consiglio distrettuale di disciplina richiesta motivata di archiviazione o di approvazione del capo d'incolpazione, depositando il fascicolo in segreteria. Il consiglio distrettuale delibera senza la presenza del consigliere istruttore, il quale non può fare parte del collegio giudicante» ⁽⁹⁾.

A garanzia di imparzialità, pertanto, il collegio giudicante, che, ai sensi dell'art. 2, comma 1, Reg. 21 febbraio 2014, n. 2, «agisce in piena indipendenza di giudizio e autonomia organizzativa ed operativa», è composto da 5 consiglieri eletti dai consiglieri dei consigli dell'ordine del distretto della Corte d'Appello, tra i quali non è compreso il Consigliere istruttore, né qualsiasi altro consigliere iscritto nello stesso ordine di cui fa parte l'incolpato. Al fine di garantire la terzietà dell'organo disciplinare, inoltre, se il soggetto del procedimento disciplinare è un Consigliere dell'ordine o un Consigliere di disciplina, la competenza spetta al CDD di altro distretto, indicato nell'allegato 1 al Reg. CNF n. 2/2014. Quest'ultimo regolamento, al fine di evitare che possano permanere sospetti sulla imparzialità del giudice senza limiti di tempo o che la definizione del procedimento si prolunghi irragionevolmente, dispone, all'art. 7, che i componenti delle sezioni del CDD possano essere individualmente ricusati dalle parti entro 7 giorni dalla conoscenza dei motivi che la giustificano e, in ogni caso, prima della decisione.

L'art. 10, comma 3 dello stesso Reg. 2/2014, poi, disponendo che «il procedimento disciplinare si svolge secondo i principi costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa» ⁽¹⁰⁾, sembra confermare, in un certo senso, la natura

⁽⁹⁾ Art. 58, comma 3, l. 31 dicembre 2012, n. 247.

⁽¹⁰⁾ Sulla natura amministrativa dei Consigli distrettuali di disciplina, v. Cass., Sez. Un., 30 marzo 2021, n. 8777. Sull'applicazione delle norme civiliste o penalistiche nei procedimenti dinanzi al CNF, il comma 4 dello stesso art. 10 del Reg. 2/2014 dispone che, «per quanto non espressamente previsto, al procedimento disciplinare si applicano

amministrativa del CDD. Sulla soggettività di questi ultimi si è espressa la giurisprudenza che, al fine di chiarire se il CDD costituisca un organo del Consiglio dell'ordine oppure se esso abbia una soggettività distinta, evidenzia come «l'art. 50 della legge n. 247/2012, nel disporre che “Presso ciascun Consiglio dell'Ordine distrettuale è istituito il Consiglio distrettuale di disciplina forense”, farebbe propendere per la prima ipotesi, mentre Cass., Sez. Un., n. 16993/2017, affermando che avverso i provvedimenti del CDD è ammesso ricorso da parte del COA (ad apposita Sezione disciplinare del CNF) sembra supportare la seconda ipotesi» ⁽¹¹⁾.

La giurisprudenza da ultimo citata (Cass., Sez. Un., 10 luglio 2017, n. 16993), oltre ad attribuire al COA una soggettività distinta dal CDD, rileva, nel contempo, che «il CDD [...] agisce in piena indipendenza di giudizio e autonomia organizzativa e operativa (art. 2 reg. disc.), così costituendo un organo avente compiti suoi propri, ma non contro-portatore di legittimazione processuale» ⁽¹²⁾.

Nell'evidenziare la differenza tra il COA e il CDD si osserva, inoltre, come il CDD abbia «una funzione sicuramente amministrativa ma di natura giustiziale, anche se non giurisdizionale, caratterizzata da elementi di terzietà valorizzati sia dal peculiare sistema elettorale, sia dalle specifiche garanzie d'incompatibilità, astensione e ricazione (art. 3 reg. elett.; artt. 6-9 reg. disc.)» ⁽¹³⁾

le norme del codice di procedura penale in quanto compatibili»; mentre la l. n. 247/2012, all'art. 37, comma 1, dispone che al CNF, nell'esercizio della sua giurisdizione in materie diverse dal procedimento disciplinare (in particolare, sui ricorsi indicati nell'articolo 36 — ossia quando il CNF si pronuncia in materia di albi, elenchi e registri e rilascio di certificato di compiuta pratica; sui ricorsi relativi alle elezioni dei consigli dell'ordine; risolve i conflitti di competenza tra ordini circondariali; esercita le funzioni disciplinari nei confronti dei propri componenti, quando il consiglio distrettuale di disciplina competente abbia deliberato l'apertura del procedimento disciplinare) — sono applicabili le norme e i principi del codice di procedura civile, secondo le previsioni di cui agli articoli da 59 a 65 del r.d. 22 gennaio 1934, n. 37. Il comma 2, inoltre, prevede che anche per quanto riguarda l'istituto dell'astensione e ricazione dei giudici, nei procedimenti giurisdizionali, si applicano le norme del codice di procedura civile.

⁽¹¹⁾ Cons. Stato, 30 ottobre 2017, n. 5004, *sub* 8.

⁽¹²⁾ Cass., Sez. Un., 10 luglio 2017, n. 16993, *sub* 1.

⁽¹³⁾ Cass., Sez. Un., 10 luglio 2017, n. 16993, *sub* 2.

e che il CDD, diversamente dal COA, non ha alcun autonomo potere di sorveglianza sugli iscritti e, dunque, non è portatore di alcun interesse ad agire/resistere in giudizio. È questo, del resto, il senso ultimo della separazione tra il COA, quale organo di vigilanza deontologica e di esecuzione delle sanzioni e il CDD, quale organo titolare del potere disciplinare. [...] A marcare la diversità dell'attuale assetto disciplinare e processuale è proprio l'alterità organica tra il CDD, detentore del potere disciplinare, e il COA, portatore dell'interesse collettivo dell'Ordine locale, laddove nella previgente l.p.f. era il COA stesso a sommare i due ruoli con i relativi riflessi processuali (v. Cass., Sez. Un., n. 2077/1994)»⁽¹⁴⁾.

«Ed è appunto l'alterità organica tra il CDD, detentore del potere disciplinare (art. 50, comma 1, l.p.f.) e il COA, portatore dell'interesse collettivo dell'ordine locale (art. 50, comma 4, l.p.f.), che differenzia nettamente l'assetto attuale da quello della vecchia disciplina dell'ordinamento della professione forense, laddove era il COA stesso a sommare i due ruoli»⁽¹⁵⁾.

Il CDD, tuttavia, potrebbe anche considerarsi un organo dell'ordine, di cui fa parte lo stesso COA ai sensi dell'art. 26, comma 1, lett. b) l.p.f. A escludere questa ipotesi, tuttavia, basta considerare che se il CDD fosse realmente un organo dell'ordine circondariale, dovrebbe istituirsi un CDD per ciascun ordine del distretto di ogni Corte d'appello. Essendoci, invece, un CDD per ogni distretto di Corte d'appello, sembra potersi ritenere che i CDD abbiano una soggettività distinta da quella degli ordini circondariali, seppure i primi manchino di autonomia finanziaria,

⁽¹⁴⁾ Cass., Sez. Un., 10 luglio 2017, n. 16993, *sub* 2. A riguardo del COA, si rileva come esso, nonostante l'art. 26, comma 1 lett. b) della l. n. 247/2012 qualifichi espressamente il Consiglio dell'ordine come un organo dell'ordine circondariale, la giurisprudenza lo qualifichi come ente pubblico non economico locale: «[...] il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati non poteva e non può che definirsi ente pubblico (Cass., Sez. Un., 24 giugno 2009, n. 14812) non economico (Cass., Sez. Un. (ord.), 12 marzo 2008, n. 6534) e, in quanto tale, da sussumersi entro la generale previsione del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, art. 1, comma 2, ("norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche") e, specificamente, nella nozione di "enti pubblici non economici...locali" ivi definita» (*sub* 14).

⁽¹⁵⁾ Cass., Sez. Un., 10 luglio 2017, n. 16993, *sub* 3.

essendo, il loro bilancio, inserito in una parte del bilancio dell'Ordine del capoluogo distrettuale ⁽¹⁶⁾.

(16) Sull'utilizzo dell'organo di un ente come organo di un ente diverso, v. A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 236-238: «[...] si va sempre più diffondendo il fenomeno della utilizzazione, da parte di un ente, dell'organizzazione — e perciò degli organi e uffici — di un ente diverso. Tale fenomeno, al quale si può attribuire la denominazione di amministrazione indiretta (o mediata), ha varie manifestazioni. La prima si concreta in quei casi nei quali un organo di un ente viene a titolo istituzionale (e inderogabile) chiamato a operare anche come organo di un ente diverso, assumendo in tal modo una duplice veste giuridica. In simili casi, tanto se disponga di un proprio apparato organizzatorio (un ufficio o una pluralità di uffici), quanto se non ne disponga, l'organo si avvede, di regola, dell'apparato organizzatorio dell'ente al quale organicamente appartiene. L'esempio più noto è quello del Sindaco, organo del Comune, il quale è chiamato a esercitare altresì talune competenze statali, assumendo a tale titolo la veste di organo dello Stato. [...] Una seconda manifestazione del fenomeno in esame si realizza nel caso di "delegazione" di poteri da un ente a un altro (in realtà non si tratta di una mera delegazione amministrativa [...] ma di un decentramento di competenze da operare in via normativa [...]). [...] Una terza manifestazione del fenomeno riguarda i casi (anch'essi contemplati dall'a. 118, 3° co. Cost.) in cui un ente (sempre in base a un atto normativo) ha facoltà di "valersi degli uffici" di un ente diverso [...]. A differenza dalla generalità dei casi esaminati in precedenza qui non si è in presenza di un decentramento autarchico, poiché la competenza rimane del primo ente, il quale si limita ad utilizzare (a proprie spese) a titolo ausiliario (per finalità di ordine preparatorio, esecutivo, o altrimenti ausiliario) l'apparato organizzatorio (p. es. l'ufficio anagrafe) di un ente diverso, disponendo direttamente (e non per tramite di quest'ultimo) dell'apparato stesso [...]». Sulla nozione di ente pubblico, v. V. OTTAVIANO, *Ente pubblico* (nozione), in *Enc. dir. Aggiornamento*, vol. VI, Milano, 1958, 964: «L'ente per essere pubblico deve svolgere, anzitutto, attività amministrativa, non importa se questa, a sua volta, si espliciti nelle forme del diritto pubblico o in quelle del diritto privato. L'attività amministrativa ha come suo segno tipico quello di essere funzionale; essa, cioè, viene considerata dall'ordinamento come esercitata nell'adempimento di un dovere ed al fine della cura di un interesse collettivo. L'ordinamento considera siffatto interesse meritevole di una particolare cura, e all'uopo detta una regolamentazione dei soggetti che debbono curarlo e dell'attività che essi debbono svolgere, che ne garantisca il soddisfacimento. Qualora un interesse sia fatto oggetto di siffatta speciale regolamentazione, potrà ritenersi pubblico». Sulla nozione di "attività amministrativa" rileva F.G. SCOCA, *Attività amministrativa* (nozione), in *Enc. dir. Aggiornamento*, vol. VI, Milano, 1958, 77: «Come ogni fatto giuridicamente rilevante, l'attività amministrativa ha una sua configurazione materiale o, forse meglio, pregiuridica; e tale configurazione è bene espressa dalla stessa locuzione: il sostantivo "attività" inteso come "insieme di operazioni, comportamenti e decisioni", ovvero, in una forma giuridicamente più corretta, come "insieme di atti, ai quali l'ordinamento attribuisce rilevanza giuridica (anche) nel loro complesso"; l'aggettivo "amministrativa", assunto nel senso di (attività diretta alla) cura di interessi (propri o) alieni, nel caso che ci occupa, di interessi pubblici». Sulla nozione di ente pubblico v. anche V. CERULLI IRELLI, *"Ente pubblico": problemi di identificazione e disciplina applicabile*, in AA.VV., *Ente pubblico ed enti pubblici*, a

Rilevata una diversa soggettività tra il COA e il CDD, potrebbe ritenersi che il mutamento, sotto il profilo soggettivo, dell'esercizio del potere disciplinare, in forza della l. 247/2012, determini uno "snaturamento" della materia attribuita al sindacato giurisdizionale del CNF, rispetto alla disciplina di cui al r.d.l. 27 novembre 1933, n. 1578. A questo riguardo, infatti, rileva la giurisprudenza della Corte costituzionale che, nella sentenza del 14 maggio 2008, n. 130, con riguardo alla giurisdizione tributaria, evidenzia come ai fini dell'individuazione della materia attribuita a una determinata giurisdizione speciale, occorre considerare tanto il profilo soggettivo — costituito, nel caso considerato dalla sentenza della Corte, dalla natura finanziaria dell'organo competente a irrogare le sanzioni — quanto il profilo oggettivo — dato, sempre nel caso esaminato, dalla natura tributaria del rapporto cui tali sanzioni ineriscono ⁽¹⁷⁾.

cura di V. CERULLI IRELLI - G. MORBIDELLI, Torino, 1994, 84-100. Rileva G. MIELE, *La distinzione fra ente pubblico e privato*, in Id., *Scritti giuridici*, Milano, 1987, 407-408: «Nell'ordinamento sindacale e corporativo le associazioni professionali assolvono un loro compito che costituisce quel che dicesi la loro destinazione: ossia tutelano gl'interessi della rispettiva categoria. Ma lo Stato ha concesso loro questa tutela nel presupposto che, così facendo, trova migliore realizzazione il *proprio* fine, quello del potenziamento della produzione nazionale. E a questo fine esso ha asservito le associazioni professionali, proclamando la subordinazione dei loro fini specifici a quello, in vista del quale è stato creato l'ordinamento sindacale — corporativo. [...] In questo senso, quindi, noi diciamo che l'ente pubblico è posto a servizio dello Stato: in quanto, cioè, perseguendo i propri fini, l'ente pubblico pone la sua attività a servizio di un fine superiore dello Stato, e superiore sia perché lo Stato sovrasta, per la posizione fattagli dall'ordinamento giuridico, a tutti gli altri soggetti, sia per il carattere più comprensivo e, quasi si direbbe, imparziale delle sue finalità, che devono tener conto non solo di questa o quella collettività, ma di tutte quelle che vivono nel suo interno e in genere di tutti i soggetti del suo ordinamento. In qual modo, però, si possa determinare questa relazione tra i fini propri dell'ente pubblico e il fine dello Stato cui i primi sono subordinati e alle cui esigenze devono piegarsi, risulta soltanto dal diritto positivo. Solo esso permette di stabilire questa relazione, dando così concreto contenuto alla formula dell'«esser posti a servizio dello Stato» ed evitando inopportune generalizzazioni di essa, specie in un'epoca come la presente, dove non è mancato chi ha sostenuto un'indistinta pubblicizzazione di tutto il diritto». Sulla rilevanza giuridica dell'organizzazione amministrativa v. C. FRANCHINI, *L'organizzazione*, in AA.Vv., *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2003, 233-235.

⁽¹⁷⁾ Corte cost., 14 maggio 2008, n. 130: «L'art. 2, comma 1, del d. lgs. n. 546 del 1992 individua l'oggetto della giurisdizione tributaria stabilendo che appartengono ad

Considerato il mutamento sotto il profilo soggettivo dell'organo competente a irrogare le sanzioni disciplinari, pertanto, si potrebbe dubitare della compatibilità delle attuali competenze giurisdizionali del CNF con il divieto di istituire nuovi giudici speciali o straordinari, ai sensi dell'art. 102, comma 2, primo periodo, Cost. Infatti, la Corte costituzionale rileva che «il mancato rispetto del limite di “non snaturare” le materie originariamente attribuite alle indicate giurisdizioni si traduce nell'istituzione di un “nuovo” giudice speciale, espressamente vietata dall'art. 102 Cost. L'identità della “natura” delle materie oggetto delle suddette giurisdizioni costituisce, cioè, una condizione essenziale perché le modifiche legislative di tale oggetto possano qualificarsi come una consentita “revisione” dei giudici speciali e non come una vietata introduzione di un “nuovo” giudice speciale» (ancora sentenza n. 64 del 2008) ⁽¹⁸⁾.

Pertanto, sembra non essere consentito al legislatore di espandere la giurisdizione speciale del CNF oltre l'ambito dei provvedimenti disciplinari emanati dai COA a fronte del limite posto dall'art. 102 Cost. e della VI disposizione transitoria, che «se autorizza la trasformazione dei giudici speciali preesistenti all'entrata in vigore della Costituzione, tuttavia non consente di

essa tutte le controversie aventi ad oggetto i tributi di ogni genere e specie comunque denominati, compresi quelli regionali, provinciali e comunali e il contributo per il Servizio sanitario nazionale, nonché le sovrimposte e le addizionali». Stabilisce, inoltre, che appartengono alla medesima giurisdizione «le sanzioni amministrative, comunque irrogate da uffici finanziari, gli interessi e ogni altro accessorio». La giurisprudenza di legittimità — come rilevato dai rimettenti — interpreta tale disposizione nel senso di attribuire alla giurisdizione tributaria non solo le controversie concernenti i tributi, ma anche, in via residuale, le controversie concernenti le sanzioni irrogate in relazione ad infrazioni connesse alla violazione di norme le quali non necessariamente attengono a tributi. In tal caso, sufficiente a radicare la giurisdizione tributaria, in forza dell'esplicito disposto dell'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 546/1992, è ritenuta la natura finanziaria dell'organo competente ad irrogare la sanzione (*sub* 3). «Con specifico riguardo alla giurisdizione tributaria, questa Corte ha poi precisato con riguardo a questioni di legittimità analoghe a quelle in esame, che essa deve ritenersi imprescindibilmente collegata alla “natura tributaria del rapporto” e che la medesima non può essere ancorata al solo dato formale e soggettivo, relativo all'ufficio competente ad irrogare la sanzione» (ordinanza n. 34 del 2006) (*sub* 3.2).

⁽¹⁸⁾ Corte cost., 14 maggio 2008, n. 130, *sub* 3.2.

snaturare le materie attribuite alla loro competenza» ⁽¹⁹⁾, che ne determinerebbe la difformità a Costituzione ⁽²⁰⁾. L'attribuzione al CNF della competenza giurisdizionale in materia di provvedimenti disciplinari emanati dal CDD, inoltre, potrebbe comportare anche la violazione del principio del giudice naturale precostituito per legge (art. 25, comma 1, Cost.) che, in ragione della natura oggettivamente e soggettivamente amministrativa delle sanzioni disciplinari emanate dal CDD (come anche, a ben vedere, le sanzioni emanate dai COA) e del carattere generale ⁽²¹⁾ e residuale

⁽¹⁹⁾ Corte cost., 14 maggio 2008, n. 130, *sub* 3. Con riguardo ai giudici speciali preesistenti all'entrata in vigore della Costituzione evidenzia anche Corte cost., 14 marzo 2008, n. 64: «Il giudice a quo premette [...] in punto di diritto, che: a) le commissioni tributarie sono organi giurisdizionali «pienamente compatibili» con il dettato costituzionale, essendo preesistenti all'entrata in vigore della Costituzione (Corte costituzionale, sentenze n. 196 del 1982; n. 215 del 1976; ordinanze n. 144 del 1998; n. 351 del 1995); b) la loro giurisdizione deve ritenersi limitata alle controversie attinenti alla «materia tributaria» e ciò «costituisce garanzia di compatibilità con il divieto di istituzione di nuovi giudici speciali» (ordinanza n. 144 del 1998) (*sub* 3). Prosegue, successivamente, la Corte cost.: «[...] come riconosciuto dalla consolidata giurisprudenza di questa Corte, la giurisdizione tributaria deve essere considerata un organo speciale di giurisdizione preesistente alla Costituzione (*ex plurimis*: sentenza n. 50 del 1989; ordinanze n. 144 del 1998, n. 152 del 1997, n. 351 del 1995). Ciò posto, si perviene alla conclusione della fondatezza della questione attraverso i seguenti due passaggi argomentativi: 1) la modificazione dell'oggetto della giurisdizione degli organi speciali di giurisdizione preesistenti alla Costituzione è consentita solo se non «snaturi» la materia originariamente attribuita alla cognizione del giudice speciale; 2) una volta che, conformemente a quanto asserito dal diritto vivente, sia esclusa la natura tributaria del COSAP, l'attribuzione alla giurisdizione tributaria — ad opera della norma censurata — delle controversie relative a tale canone «snatura» la materia originariamente attribuita alla cognizione del giudice tributario e, conseguentemente, viola l'evocato art. 102, secondo comma, Cost.» (*sub* 2).

⁽²⁰⁾ Corte cost., 14 maggio 2008, n. 130, *sub* 1.

⁽²¹⁾ Riconoscere al giudice amministrativo una competenza giurisdizionale di carattere generale T.A.R. Lombardia, Milano, 13 marzo 2012, n. 823, laddove afferma che: «È noto che i Consigli dell'ordine degli avvocati, nell'adempimento dei compiti loro demandati dalla legge quali enti pubblici esponenziali, svolgono una attività di natura amministrativa ed in ragione di detta natura l'impugnativa dei provvedimenti e degli atti da essi emessi rientrano nella giurisdizione attribuita all'autorità giudiziaria amministrativa. A detta giurisdizione si sottraggono, per essere affidati a quella esclusiva del Consiglio nazionale forense, secondo le previsioni del r.d.l. n. 1578/1933, soltanto i ricorsi avverso: a) i provvedimenti adottati in materia di iscrizioni e cancellazioni dagli albi; b) le decisioni assunte all'esito dei procedimenti disciplinari; c) le deliberazioni del Comitato per la tenuta dell'albo speciale degli avvocati ammessi al patrocinio innanzi alle giurisdizioni superiori ed i reclami contro: d) i risultati delle elezioni dei Consigli dell'ordine; e) il

della giurisdizione amministrativa, potrebbe essere individuato nel giudice amministrativo ⁽²²⁾.

3. Il carattere devolutivo del sindacato del CNF.

Il carattere devolutivo del sindacato del CNF sulle delibere in materia disciplinare emerge, oltre che dalla giurisprudenza, anche dall'art. 50, comma 4, r.d.l. 27 novembre 1933, n. 1578, che disponeva che «per effetto del ricorso incidentale [proposto dal pubblico ministero, a fronte di un ricorso principale proposto dal professionista] il Consiglio nazionale può, limitatamente ai punti della decisione ai quali si riferiscono i motivi proposti, infliggere al professionista ricorrente una pena disciplinare più grave, per specie e durata, di quella inflitta dal Consiglio dell'ordine» ⁽²³⁾.

diniego di rilascio del certificato di compiuta pratica; f) i conflitti di competenza tra Consigli territoriali» (*sub* 3).

⁽²²⁾ Sul carattere speciale della giurisdizione del CNF v. Cass., Sez. Un., 24 dicembre 2019, n. 34429; T.A.R. Campania, Napoli, 22 dicembre 2022, n. 8023; T.A.R. Sicilia, Catania, 16 aprile 2013, n. 1107. Sembra ravvisare un carattere generale nella giurisdizione del giudice amministrativo T.A.R. Lombardia, Milano, 13 marzo 2012, n. 823, laddove afferma che: «Il sindacato sulla legittimità dell'atto impugnato non si sottrae alla giurisdizione del giudice amministrativo, ancorché sia stato censurato sotto il profilo della carenza del presupposto della esecutività della decisione del Consiglio nazionale forense (cfr. Cass., Sez. Un., 15 dicembre 2008 n. 29293, alla cui stregua le delibere dei Consigli degli ordini degli avvocati che dispongono dar corso alle comunicazioni previste dal r.d.l. n. 1578/1933, art. 46, non costituiscono pronunce rese in materia disciplinare nei confronti degli avvocati e la loro impugnazione, al pari di quella delle comunicazioni che ne seguono rientra conseguentemente nella giurisdizione del giudice amministrativo e non del Consiglio nazionale forense)» (*sub* 3).

⁽²³⁾ Con riguardo all'art. 50 r.d.l. n. 1578/1933 si è rilevato che, «poiché detta norma disponeva che la sanzione disciplinare potesse aggravarsi in sede di gravame (solo) quando ad impugnare fosse il PM, se ne deduceva implicitamente (appunto, *a contrario*) che la sanzione disciplinare non potesse essere aggravata negli altri casi, cioè quando ad impugnare fosse il solo incolpato (CNF nn. 73/1991; 41/1992; 7/1997)». Si è evidenziato, pertanto, che poiché «analoga disposizione normativa non è stata [...] riprodotta nella "nuova" legge professionale (art. 61, l. n. 247/2012) [...] pare opportuno chiedersi se, ciononostante, il divieto di *reformatio in pejus* abbia ancora cittadinanza nell'attuale procedimento disciplinare forense». A questo riguardo, si evidenzia inoltre come non solo il divieto di *reformatio in pejus* non sia ricavabile dal vigente ordinamento professionale, ma anche che un tale divieto non può ritenersi operante in virtù di un'applicazione estensiva di norme dettate per altri giudizi. Si è ritenuto, invece, che il procedimento dinanzi al CDD sia invece «assimilabile all'impugnazione, dinanzi al Giudice, dell'or-

Il fatto che il CNF possa sindacare anche il merito della sanzione inflitta, denota come lo stesso CNF non svolga un sindacato sulla validità della decisione impugnata, ma rinnovi l'esame compiuto dall'autorità amministrativa proprio come nel caso in cui fosse proposto un appello in sede giurisdizionale. In altri termini, il giudizio dinnanzi al CNF, come il giudizio proposto al Consiglio di Stato, sembra avere un carattere devolutivo, in quanto il giudice è chiamato a esaminare la *res in iudicium deducta*, sempre ovviamente nei limiti del principio della domanda ⁽²⁴⁾. La stessa giurisprudenza, infatti, a questo riguardo, precisa che il ricorrente non può limitarsi a muovere generiche censure all'impugnata decisione del Consiglio territoriale, dovendo invece esporre le ragioni volte a confutare le argomentazioni che sorreggono la stessa, in modo da consentire l'esatta identificazione dei limiti del *devolutum* ⁽²⁵⁾. E, come noto, l'automatica riemersione del materiale già introdotto in un precedente "giudizio" rappresenta uno degli aspetti più strettamente collegati alla funzione rinnovatoria

dinanza ingiunzione comminata in sede amministrativa», dove «il giudice del gravame può modificare anche *in pejus* l'importo della sanzione amministrativa impugnata». A rafforzamento della tesi dell'inesistenza di un divieto di *reformatio in pejus* da parte del CNF delle pronunce del CDD, la stessa dottrina evidenzia «che, anche in sede deontologica, si è già affermato che il parziale accoglimento dell'impugnazione NON impone in sede di appello al CNF una corrispondente riduzione della sanzione comminata al Consiglio territoriale (cfr. Cass., n. 20383/2021 la quale ha superato il proprio precedente orientamento espresso con la sentenza n. 2506/2020, nonché CNF nn. 230/2022 57/2022, 81/2021, 130/2020, 156/2019)», *Procedimento disciplinare avanti al CNF: possibile una reformatio in pejus?*, in *Deontologicus*, sito di deontologia forense.

⁽²⁴⁾ Cass., Sez. Un., 10 dicembre 2020, n. 28176, dopo aver evidenziato il rilievo della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, sancito dall'art. 112 c.p.c., che trova applicazione anche nei procedimenti disciplinari dinnanzi al CNF, dispone che «ben può il CNF, nel confermare la sentenza di primo grado, quanto al giudizio di colpevolezza dell'incolpato, integrare la motivazione di prime cure, senza violare il principio del contraddittorio, anche d'ufficio, purché tale integrazione sia radicata nelle risultanze acquisite al processo e sia contenuta entro i limiti del "devolutum", quali risultanti dall'atto di impugnazione» (*sub* 2.1.). V. anche Cons. naz. forense, 15 settembre 2006, n. 56 per cui «ai fini della ammissibilità del ricorso, l'onere di specificare i motivi di gravame richiede l'indicazione chiara ed inequivoca, ancorché succinta, delle ragioni in fatto ed in diritto della doglianza, tale da consentire l'esatta identificazione dei limiti del "devolutum" e, quindi, delle questioni che si intendono sottoporre a riesame», in *dejure.it*.

⁽²⁵⁾ Cons. naz. forense, 22 novembre 2021 n. 202, *sub* 2.2.

del gravame ⁽²⁶⁾, giacché soltanto il trasferimento della causa al giudice del gravame opera il trasferimento del «la *cognitio causae* in senso stretto, e cioè nel suo intrinseco, allo scopo che esso la giudichi direttamente, e immediatamente (e non tramite e ponte di passaggio ad altri giudizi) la decida (funzione rinnovatoria o appellatoria del gravame)» ⁽²⁷⁾.

A riguardo del sindacato del CNF, inoltre, la Corte di cassazione precisa «che al ricorso proposto innanzi al Consiglio Nazionale Forense avverso la decisione emessa dal Consiglio Distrettuale di Disciplina non può ritenersi applicabile, in via immediata e diretta, il disposto dell'art. 342 c.p.c. [...] [relativo alla forma dell'appello]. Ciò, però, non toglie che, a norma dell'art. 59 del regio decreto n. 37 del 1934, richiamato dall'art. 36, comma 1, della legge n. 247 del 2012, il ricorso al Consiglio Nazionale Forense debba contenere «l'indicazione specifica dei motivi sui quali si fonda. Infatti, mentre ai fini del rispetto dell'art. 342 cod. proc. civ., pur non occorrendo l'utilizzo di particolari forme sacramentali o la redazione di un progetto alternativo di decisione da contrapporre a quella di primo grado, è necessario che l'impugnazione contenga, a pena di inammissibilità, una chiara individuazione delle questioni e dei punti della sentenza impugnata e, con essi, delle relative doglianze, affiancando alla parte volitiva una parte argomentativa che confuti e contrasti le ragioni addotte del primo giudice; affinché sia rispettato il precetto di cui all'art. 59 del regio decreto n. 37 del 1934, basta, più semplicemente, che il ricorso al Consiglio Nazionale Forense precisi il contenuto e la portata delle censure mosse al provvedimento adottato dal Consiglio distrettuale di disciplina, sì che resti individuato il *thema decidendum* sottoposto all'esame del giudice disciplinare» ⁽²⁸⁾.

⁽²⁶⁾ M. NIGRO, *L'appello nel processo amministrativo*, Milano, 1960, 390. Sul riferimento all'effetto devolutivo come elemento caratterizzante dei rapporti tra primo e secondo grado v. *Id.*, *ult. op. cit.*, 388. La dottrina in esame, inoltre, evidenzia come «la devoluzione finisce per essere la espressione massima o unica del principio del doppio grado di giurisdizione».

⁽²⁷⁾ *Ibidem*, 387.

⁽²⁸⁾ Cass., Sez. Un., 27 dicembre 2019, n. 34476, *sub* 2. Cfr. Cass., Sez. Un., 27

Inoltre, «la specificità dei motivi di gravame, necessaria ai fini della ammissibilità del ricorso al CNF (art. 59 r.d.l. n. 37/1934) richiede l'indicazione chiara e inequivoca, ancorché succinta, delle ragioni di fatto e di diritto della doglianza, tale da consentire l'esatta identificazione dei limiti del *devolutum* e, quindi, delle questioni che si intendono sottoporre al riesame, con la conseguenza che va ritenuta inammissibile l'impugnazione generica che chieda una riforma della decisione gravata, senza individuare con chiarezza quali siano le statuizioni investite dal gravame stesso e quali siano le censure in concreto mosse alla motivazione di tale decisione» ⁽²⁹⁾.

Dai rilievi esposti, pertanto, emergono alcune perplessità sulla natura giuridica del CNF, giacché tale organo di giurisdizione speciale istituito per sindacare i provvedimenti di un ente pubblico (il CDD), sembra assolvere le funzioni del giudice del “riesame”, seppure l'automatica riemersione del materiale di cognizione del “giudizio” di primo grado ⁽³⁰⁾ non abbia, nel caso di specie, per presupposto l'atto di appello ⁽³¹⁾, essendo il CNF un giudice di primo e unico grado.

4. Il ricorso per Cassazione avverso le sentenze del CNF: la deducibilità dell'eccesso di potere ai sensi dell'art. 36, comma 6, l. n. 247/2012.

Per quanto riguarda l'impugnabilità delle sentenze del CNF, come già rilevato, l'art. 36, comma 6, l. n. 247/2012 richiama, so-

dicembre 2019, n. 34476; Cons. naz. forense, 18 giugno 2020, n. 61.

⁽²⁹⁾ Cons. naz. forense, 17 luglio 2019, n. 50. Cfr. Cons. naz. forense, 16 luglio 2019, n. 60; Cons. naz. forense, 22 novembre 2020, n. 224; Cons. naz. forense, 26 ottobre 2020, n. 205; Cons. naz. forense, 25 giugno 2022, n. 102: «In sede di impugnazione davanti al CNF, i motivi di impugnazione devono essere formulati con un unico ricorso, applicandosi, anche in sede disciplinare, il principio di diritto, di carattere generale, di consumazione del diritto di impugnazione, con la conseguenza che con la successiva memoria illustrativa, che ha solo la funzione di chiarire ragioni le esposte a sostegno dei motivi tempestivamente esposti nel ricorso, non possono proporsi, per la prima volta, motivi nuovi non dedotti nell'atto di impugnazione».

⁽³⁰⁾ Testualmente M. NIGRO, *ult. op. cit.*, 390.

⁽³¹⁾ *Ibidem*.

stanzialmente l'art. 56, comma 3 del r.d.l. 27 novembre 1933, n. 1578, disponendo che «gli interessati e il pubblico ministero possono proporre ricorso avverso le decisioni del CNF alle sezioni unite della Corte di cassazione, entro trenta giorni dalla notificazione, per incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge». A riguardo del decorso del termine per impugnare le sentenze del CNF per Cassazione sembra utile precisare che suddetto termine, ai sensi dell'art. 36, comma 6, l. n. 247/2012, decorre dalla notificazione effettuata all'incolpato personalmente e non al difensore, anche se lo stesso incolpato fosse costituito e domiciliato presso quest'ultimo ⁽³²⁾.

I motivi di impugnabilità per Cassazione avverso le sentenze del CNF sono stati individuati dall'art. 56, comma 3, del r.d.l. 27 novembre 1933, n. 1578 quando, non essendo ancora entrata in vigore la Costituzione, non era del tutto chiaro se il CNF fosse un organo di natura amministrativa o giurisdizionale. Pertanto, mentre all'epoca del r.d.l. i vizi di violazione di legge, eccesso di potere e incompetenza potevano trovare un qualche fondamento come motivi di ricorso per Cassazione — anche se non sono comunque chiare le ragioni per cui sia stato attribuito alla Corte di cassazione un sindacato di legittimità non dissimile da quello svolto dal giudice amministrativo — oggi, la *ratio* dell'impugnabilità per Cassazione delle sentenze di un'autorità giurisdizionale per i vizi di legittimità del provvedimento amministrativo risulta forse ancora di più difficile comprensione. L'interpretazione data dalla giurisprudenza all'eccesso di potere di cui al r.d.l. 27 novembre 1933, n. 1578, infatti, faceva pensare che la Corte di cassazione continuasse a svolgere le proprie funzioni giurisdizionali di legittimità anche nel sindacato sulle sentenze del CNF, dal momento che suddetto vizio era «inteso nel senso di eccesso di potere giurisdizionale» ⁽³³⁾, ossia come un vizio relativo alla

⁽³²⁾ Cass., Sez. Un., 4 novembre 2021, n. 31570; Cass., Sez. Un., 28 giugno 2018, n. 17192; Cass., Sez. Un., 12 settembre 2017, n. 21110.

⁽³³⁾ Cass., Sez. Un., 24 agosto 1999, n. 598. Il motivo di impugnazione, denunciato dal ricorrente nella sentenza richiamata come eccesso di potere, è stato poi ritenuto inammissibile dalla Corte di cassazione con la sentenza del 24 agosto 1999, n. 598, in quanto

«esplicazione, da parte del Consiglio Nazionale Forense, di una potestà riservata dalla legge a un diverso organo, espressione di un diverso potere, sia esso legislativo o amministrativo. [Doveva] [...] trattarsi, cioè, di quella usurpazione o indebita assunzione di potestà giurisdizionale, che rappresenta un aspetto parziale e particolare di quei [motivi attinenti alla giurisdizione] per i quali le sentenze di tutte le giurisdizioni speciali (e, quindi anche del Consiglio Nazionale Forense) possono essere impugnate dinanzi alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, a norma dell'art. 362, primo comma, c.p.c. In conseguenza, nella soggetta materia, non vi è luogo, da parte della Corte di Cassazione, a controllo e sindacato di quel diverso aspetto dell'eccesso di potere che si estrinseca nello sviamento di potere da parte di un organo amministrativo»⁽³⁴⁾.

La giurisprudenza evidenziava, pertanto, come l'eccesso di potere, di cui all'art. 56, terzo comma, del r.d.l. 27 novembre 1933 n. 1578 (integrato dall'art. 111 della Costituzione)³⁵ fosse da intendersi come eccesso di potere giurisdizionale, dal momento che «il Consiglio Nazionale Forense, allorché provvede in materia disciplinare, pronunciandosi sui ricorsi contro le decisioni adottate in tale materia dai consigli locali degli avvocati, esplica

non riconducibile all'eccesso di potere giurisdizionale e quindi non esaminabile in sede di ricorso per Cassazione. Nello stesso senso v. Cass., Sez. Un., 9 dicembre 2004, n. 23000: «D'altra parte, l'eccesso di potere d'impugnazione, al quale si riferisce l'art. 56, r.d.l. 27 novembre 1933, n. 1578 (convertito con modifiche nella l. 22 gennaio 1934, n. 36) sull'ordinamento della professione forense, è solo quello giurisdizionale, che si concreta nell'esplicare una potestà riservata dalla legge ad altra autorità, legislativa o amministrativa, o nell'arrogarsi un potere non attribuito ad alcuna autorità; quindi, non può essere fatto valere per omissione di valutazioni di fatto: Sez. Un., 10 febbraio 1998, n. 1342» (*sub* 4.2).

⁽³⁴⁾ Cass., Sez. Un., 24 agosto 1999, n. 598. Nello stesso senso v. Cass., Sez. Un., 9 dicembre 2004, n. 23000: «[...] l'eccesso di potere d'impugnazione, al quale si riferisce l'art. 56, r.d.l. 27 novembre 1933, n. 1578 (convertito con modifiche nella l. 22 gennaio 1934, n. 36) sull'ordinamento della professione forense, è solo quello giurisdizionale, che si concreta nell'esplicare una potestà riservata dalla legge ad altra autorità, legislativa o amministrativa, o nell'arrogarsi un potere non attribuito ad alcuna autorità; quindi, non può essere fatto valere per omissione di valutazioni di fatto: Sez. Un., 10 febbraio 1998, n. 1342» (*sub* 4.2).

⁽³⁵⁾ Cass., Sez. Un., 24 agosto 1999, n. 598.

funzioni giurisdizionali — di giudice speciale — e non già funzioni amministrative» ⁽³⁶⁾.

Successivamente, l'art. 2 del d. lgs. del 2 febbraio 2006, n. 40, recante modifiche al codice di procedura civile in materia di processo per Cassazione, modificando l'art. 360, comma 5 c.p.c., ha disposto l'applicabilità del primo e del terzo comma dello stesso articolo alle sentenze e ai provvedimenti diversi dalla sentenza contro i quali è ammesso il ricorso per Cassazione per violazione di legge ⁽³⁷⁾. L'applicabilità, in forza delle modifiche apportate all'art. 360, comma 5 c.p.c., del comma 1 dello stesso articolo anche alle sentenze e ai provvedimenti diversi dalla sentenza contro i quali è ammesso il ricorso per Cassazione per violazione di legge, pertanto, ha condotto la giurisprudenza a collegare l'eccesso di potere con la censura relativa alla «[...] omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio [...]», di cui all'art. 360, comma 1, n. 5 c.p.c. ⁽³⁸⁾. Si è cominciato, quindi, a intendere l'eccesso di potere come una censura relativa al difetto di motivazione, che, in quanto insufficiente o contraddittoria con riguardo all'esame di un fatto decisi-

⁽³⁶⁾ *Ibidem*.

⁽³⁷⁾ Tale ultima disposizione citata, prima delle modifiche apportate dalla l. 29 dicembre 2022, n. 197, non era dissimile dalla previsione attuale, in quanto escludeva la sola applicabilità del quarto comma.

⁽³⁸⁾ Cass., 7 maggio 2009, n. 10517: «[...] successivamente alle numerose pronunce di questa Corte regolatrice ricordate in controricorso è sopravvenuto il d. lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, recante modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica e di arbitrato, che — all'art. 2 — nel sostituire con una nuova formulazione l'art. 360 c.p.c., ha previsto, espressamente, all'ultimo comma di quest'ultima disposizione, che “le disposizioni di cui al primo comma quanto ai motivi di ricorso per cassazione [...] si applicano alle sentenze e ai provvedimenti diversi dalla sentenza contro i quali è ammesso il ricorso per cassazione per violazione di legge”. A seguito della disposizione sopravvenuta, pertanto salvo che per quanto riguarda le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti, avverso le quali il ricorso per cassazione è ammesso «per i soli motivi inerenti alla giurisdizione» giusta la espressa disposizione dell'art. 111 Cost., u.c., non derogabile, quindi, dal legislatore ordinario tutti i provvedimenti per i quali è consentito — ex art. 111 Cost., comma 7 — il ricorso per cassazione possono essere impugnati non solo “per violazione di legge ex art. 360 c.p.c., n. 3” come nel passato, ma per tutti i motivi per i quali il novellato art. 360 c.p.c., consente la proposizione del ricorso per cassazione» (*sub* 6.1).

vo per il giudizio, concretizzerebbe il sintomo di uno sviamento della funzione.

La giurisprudenza più risalente, inoltre, ricollegava le illegittimità connesse alla motivazione della sentenza alla violazione dell'art. 111, comma 6 Cost., per cui si riteneva che per "violazione di legge" dovesse intendersi oltre che la «violazione della legge sostanziale e processuale, anche il vizio di omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione, così come disposto dall'art. 360, n. 5 del codice di procedura civile, muovendo dall'affermazione che il principio enunciato da tale norma è di applicazione generale (cfr. Cass., n. 195/1957 e n. 260/1960)»⁽³⁹⁾. Successivamente, però, tale interpretazione è stata ritenuta «non conforme allo spirito e alla lettera della Costituzione, il cui articolo 111, nell'ammettere la possibilità di ricorrere per cassazione contro tutte le sentenze per violazione di legge intende garantire, secondo una interpretazione generalmente riconosciuta corretta, l'unità del diritto nazionale attraverso l'uniforme interpretazione delle norme di legge, escludendo le questioni di fatto (cfr. in part Cass. n. 5888 del 1992)»⁽⁴⁰⁾.

La giurisprudenza della Corte di cassazione, quindi, attraverso una interpretazione restrittiva dell'art. 111 Cost., al fine di salvaguardare la funzione giurisdizionale di legittimità della Corte di Cassazione⁽⁴¹⁾, ha attribuito «al termine "violazione di legge" un significato che non si estende all'ipotesi dell'omessa ed insufficiente motivazione, ma si riferisce soltanto a negazioni o fraintendimenti di una norma di legge esistente, all'affermazione di una norma astratta inesistente, ovvero, pur essendo stata la norma intesa retamente, che ne sia fatta applicazione ad un fatto

⁽³⁹⁾ Cass., Sez. Un., 20 novembre 1992, n. 12391.

⁽⁴⁰⁾ *Ibidem*. Ritiene di ricondurre al "vizio di motivazione" anche i casi di motivazione illogica o apparente al fine di precludere al giudice di legittimità qualsiasi valutazione sulle "risultanze processuali" Cass., Sez. Un., 16 maggio 1992, n. 5888, in *Giur. it.*, 1, 1994, 804 con nota di M. DE CRISTOFARO, *Ricorso straordinario per cassazione e censure attinenti alla difettosa motivazione (del rapporto fra art. 360, n. 5 c.p.c. e art. 111, 2 comma, Cost.)*, in *Giur. it.*, 1994, 805.

⁽⁴¹⁾ Cass., Sez. Un., 16 maggio 1992, n. 5888.

da essa non regolato o in modo da giungere a conseguenze giuridiche contrarie a quelle volute dalla legge»⁽⁴²⁾. [...] resta quindi estraneo il concetto di verifica della sufficienza e della razionalità della motivazione sulle *questiones facti*, implicante un raffronto tra le ragioni del decidere adottate ed espresse nella sentenza impugnata, e le risultanze del materiale probatorio, sottoposto al vaglio del giudice del merito»⁽⁴³⁾.

Nel contempo, però, un'altra parte della giurisprudenza rilevava che «nulla esclude che il legislatore nell'esercizio di un incensurabile potere di scelta appresti in taluni casi una più estesa tutela, così come avviene nella disciplina generale della procedura civile, la quale con l'art. 360 n. 5 ammette il ricorso per omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione circa un punto decisivo della controversia»⁽⁴⁴⁾. Sembra, quindi, che proprio con l'applicabilità dell'art. 360, comma 1, n. 5 c.p.c. anche ai casi di ricorso per Cassazione avverso le sentenze del CNF, si sia cominciato a collegare l'eccesso di potere di cui all'art. 56 del r.d.l. 27 novembre 1933, n. 1578, con la fattispecie di cui all'art. 360, comma 1, n. 5 c.p.c., configurandolo come uno sviamento della funzione, così come l'art. 21-*octies* della l. 7 agosto 1990, n. 241 dispone per il provvedimento amministrativo. Infatti, si è affermato che «l'accertamento del fatto, l'apprezzamento della sua rilevanza rispetto alle imputazioni, la scelta della sanzione opportuna e, in generale, la valutazione delle risultanze processuali non possono essere oggetto del controllo di legittimità, salvo che non si traducano in un palese sviamento di potere, ossia nell'uso del potere disciplinare per un fine diverso da quello per il quale è stato conferito (in termini, tra le tantissime, ad esempio, Cass. sez. un., 18 marzo 1999, n. 148)»⁽⁴⁵⁾.

La connessione tra il vizio di eccesso di potere e l'art. 360, comma 1, n. 5 c.p.c. è stata anche oggetto di esame da parte delle

⁽⁴²⁾ Cass., Sez. Un., 20 novembre 1992, n. 12391.

⁽⁴³⁾ *Ibidem*.

⁽⁴⁴⁾ *Ibidem*.

⁽⁴⁵⁾ Cass., Sez. Un., 7 marzo 2005, n. 4802, *sub* 3. Nello stesso senso v. Cass., Sez. Un., 23 marzo 2007, n. 7103; Cass., Sez. Un., 11 marzo 2004, n. 5038.

sentenze gemelle Cass., Sez. Un., 7 aprile 2014, nn. 8053 e 8054, che, rilevata la scomparsa all' art. 360, comma 1, n. 5 c.p.c., con il d.l. 22 giugno 2012, n. 83 (convertito in l. 11 agosto 2012, n. 143) di ogni riferimento letterale alla "motivazione" della sentenza impugnata e la mancata menzione dei vizi di insufficienza e contraddittorietà della motivazione ⁽⁴⁶⁾, evidenzerebbero come «volontà del legislatore e scopo della legge convergono senza equivoci nella esplicita scelta di ridurre al minimo costituzionale il sindacato sulla motivazione in sede di giudizio di legittimità. Ritorna così pienamente attuale la giurisprudenza delle Sezioni Unite sul vizio di motivazione *ex* art. 111 Cost., come formatasi anteriormente alla riforma del decreto legislativo n. 40/2006: il vizio si converte in violazione di legge nei soli casi di omissione di motivazione, motivazione apparente, manifesta e irriducibile contraddittorietà, motivazione perplessa o incomprensibile, sempre che il vizio fosse attuale» ⁽⁴⁷⁾.

Pertanto, sebbene le sentenze gemelle rilevino come la *ratio legis* della riforma del 2012, espressa nei lavori parlamentari e, in particolare, l'eliminazione del parametro della sufficienza con riguardo al controllo sulla motivazione, sarebbe stata quella di «evitare l'abuso dei ricorsi per cassazione basati sul vizio di motivazione, non strettamente necessitati dai precetti costituzionali, supportando la generale funzione nomofilattica propria della Suprema Corte di cassazione, quale giudice dello *ius constitutionis* e non, se non nei limiti della violazione di legge, dello *ius litigatoris*» ⁽⁴⁸⁾, sembra che la deduzione del vizio di eccesso di potere sia comunque connessa prevalentemente alla fattispecie di cui all'art. 360, comma 1, n. 5 c.p.c., dal momento che la stessa Corte rileva che la mancanza della motivazione «si configura quando la motivazione "manchi del tutto — nel senso che alla premessa dell'oggetto del decidere risultante dallo svolgimento del processo segue l'enunciazione della decisione senza alcuna

⁽⁴⁶⁾ Cass., Sez. Un., 7 aprile 2014, n. 8053, *sub* 14.2.

⁽⁴⁷⁾ Cass., Sez. Un., 7 aprile 2014, n. 8053, *sub* 14.3.

⁽⁴⁸⁾ *Ibidem*.

argomentazione — ovvero [...] essa formalmente esista come parte del documento, ma le sue argomentazione siano svolte in modo talmente contraddittorio da non permettere di individuarla, cioè di riconoscerla come argomentazione del *decisum*» (Cass., n. 20112/2009)» ⁽⁴⁹⁾. La Corte prosegue rilevando che «a seguito della riforma del 2012 scompare il controllo sulla motivazione con riferimento al parametro della *sufficienza*, ma resta il controllo sull'*esistenza* (sotto il profilo dell'assoluta omissione o della mera apparenza) e sulla *coerenza* (sotto il profilo della irriducibile contraddittorietà e dell'illogicità manifesta) della motivazione, ossia con riferimento a quei parametri che determinano la conversione del vizio di motivazione in vizio di violazione di legge, sempre che il vizio emerga immediatamente e direttamente dal testo della sentenza impugnata» ⁽⁵⁰⁾. «Il controllo previsto dal nuovo n. 5) dell'art. 360 c.p.c. concerne, invece, l'omesso esame di un fatto storico, principale o secondario, la cui esistenza risulti dal testo della sentenza (rilevanza del dato testuale) o dagli atti processuali (rilevanza anche del dato extratestuale), che abbia costituito oggetto di discussione e abbia carattere decisivo (vale a dire che se esaminato avrebbe determinato un esito diverso della controversia). L'omesso esame di elementi istruttori, in quanto tale, non integra l'omesso esame circa un fatto decisivo previsto dalla norma, quando il fatto storico rappresentato sia stato comunque preso in considerazione dal giudice, ancorché questi non abbia dato conto di tutte le risultanze probatorie astrattamente rilevanti» ⁽⁵¹⁾.

⁽⁴⁹⁾ *Ibidem*, sub 14.5.1.

⁽⁵⁰⁾ *Ibidem*, sub 14.6.

⁽⁵¹⁾ *Ibidem*, sub 14.7. La stessa sentenza prosegue, inoltre: «Si può quindi affermare il seguente principio di diritto: a) La riformulazione dell'art. 360, n. 5), cod. proc. civ., disposta con l'art. 54, d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni, dalla L. 7 agosto 2012, n. 134, secondo cui è deducibile esclusivamente l'«omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti», deve essere interpretata, alla luce dei canoni ermeneutici dettati dall'art. 12 disp. prel. cod. civ., come riduzione al minimo costituzionale del sindacato sulla motivazione in sede di giudizio di legittimità, per cui l'anomalia motivazionale denunciabile in sede di legittimità è solo quella che si tramuta in violazione di legge costituzionalmente rilevante e attiene all'e-

Pertanto, sebbene la riforma del 2012 abbia eliminato ogni riferimento alla motivazione nella fattispecie di cui all'art. 360, comma 1, n. 5, la giurisprudenza sembra comunque ammettere un sindacato esterno sulla motivazione da parte della Corte di cassazione, nella misura in cui «l'accertamento del fatto, l'apprezzamento della sua rilevanza rispetto alle imputazioni, la scelta della sanzione opportuna e, in generale, la valutazione delle risultanze processuali [...] si traducano in un palese sviamento di potere, ossia nell'uso del potere disciplinare per un fine diverso da quello per il quale è stato conferito» ⁽⁵²⁾.

Sembra, pertanto, che la deduzione di uno sviamento della funzione, il cui dato normativo di riferimento non può che essere l'art. 36, comma 6 l.p.f., sia comunque consentito, soprattutto per quanto riguarda il sindacato sulla violazione dei limiti edittali della sanzione irrogata da parte degli organi disciplinari. Infatti, essendo la ponderazione delle circostanze aggravanti e attenuanti

sistenza della motivazione in sé, come risulta dal testo della sentenza e prescindendo dal confronto con le risultanze processuali, e si esaurisce, con esclusione di alcuna rilevanza del difetto di difetto di “sufficienza”, nella “mancanza assoluta di motivi sotto l'aspetto materiale e grafico”, nella “motivazione apparente”, nel “contrasto irriducibile fra affermazioni inconciliabili”, nella “motivazione perplessa ed obiettivamente incomprensibile”. b) Il nuovo testo del n. 5) dell'art. 360 cod. proc. civ., introduce nell'ordinamento un vizio specifico che concerne l'omesso esame di un fatto storico, principale o secondario, la cui esistenza risulti dal testo della sentenza o dagli atti processuali, che abbia costituito oggetto di discussione tra le parti e abbia carattere decisivo (vale a dire che se esaminato avrebbe determinato un esito diverso della controversia). c) L'omesso esame di elementi istruttori non integra di per sé vizio di omesso esame di un fatto decisivo, se il fatto storico rilevante in causa sia stato comunque preso in considerazione dal giudice, benché la sentenza non abbia dato conto di tutte le risultanze probatorie”. d) La parte ricorrente dovrà indicare — nel rigoroso rispetto delle previsioni di cui agli artt. 366, primo comma, n. 6), cod. proc. civ. e 369, secondo comma, n. 4), cod. proc. civ. — il “fatto storico”, il cui esame sia stato omesso, il “dato”, testuale o extratestuale, da cui ne risulti l'esistenza, il “come” e il “quando” (nel quadro processuale) tale fatto sia stato oggetto di discussione tra le parti, e la “decisività” del fatto stesso» (*sub* 15).

⁽⁵²⁾ Cass., Sez. Un., 16 aprile 2021, n. 10106, *sub* 2. Per la Corte di cassazione, inoltre, «[...] l'accertamento del fatto, l'apprezzamento della sua rilevanza rispetto alle imputazioni, la scelta della sanzione opportuna e, in generale, la valutazione delle risultanze processuali non possono essere oggetto del controllo di legittimità, salvo che si traducano in un palese sviamento di potere, ossia nell'uso del potere disciplinare per un fine diverso da quello per il quale è stato conferito» (*sub* 2).

delle sanzioni disciplinari disciplinata dall'art. 22, commi 2 e 3 del codice deontologico e integrando tale codice una fonte secondaria di produzione giuridica, la violazione di legge non è deducibile ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, ma solo in quanto si colleghi all'eccesso di potere ⁽⁵³⁾, cioè ad una delle ragioni per

(⁵³) Il Codice deontologico forense non ha carattere normativo, essendo costituito da un insieme di regole che gli organi di governo degli avvocati si sono date per attuare i valori caratterizzanti la propria professione e garantire la libertà, la sicurezza e la inviolabilità della difesa: in sede di legittimità, la violazione di tali regole non è pertanto deducibile ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, non rilevando di per sé, ma solo in quanto si colleghi all'incompetenza, all'eccesso di potere o alla violazione di legge, cioè ad una delle ragioni per le quali la l. n. 247 del 2012, art. 36, consente il ricorso alle Sezioni Unite della Corte di cassazione (cfr. in riferimento al r.d.l. 27 novembre 1933, n. 1578, Cass., Sez. Un., 25 giugno 2013, n. 15873). Nell'ambito di tale disciplina, l'accertamento del fatto, l'apprezzamento della sua rilevanza rispetto alle imputazioni e la scelta della sanzione più adeguata spettano poi in via esclusiva al Giudice disciplinare, le cui valutazioni restano sottratte al controllo di legittimità, a meno che non si traducano, per illogicità o incongruenza della motivazione, in un evidente sviamento di potere, ossia nell'uso del potere disciplinare per un fine diverso da quello per il quale è stato conferito (cfr. Cass., Sez. Un., 31 luglio 2018, n. 20344; 2 dicembre 2016, n. 24647) (Cass., Sez. Un., 17 maggio 2021, n. 13167, *sub* 4). Nello stesso senso v. Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2021, n. 41988. Cfr. Cass., Sez. Un., 7 maggio 2019, n. 11933: «Gli elementi valutati in concreto dalla qui gravata sentenza per la determinazione della specie e dell'entità della sanzione non attengono, poi, all'*an* od al *quomodo* della condotta, ma solamente alla valutazione della sua gravità e devono, in sostanza, reputarsi quali meri parametri di riferimento a questo solo scopo, in quanto tali analoghi a quelli previsti dall'art. 133 c.p., e dall'art. 133-*bis* c.p.; e non integrano invece circostanze aggravanti in senso tecnico della fattispecie dell'illecito, vale a dire elementi accidentali, sia pure non indispensabili ai fini della sussistenza, della fattispecie sanzionatrice, limitando la propria incidenza sulla sua gravità e la propria rilevanza esclusivamente in quanto indici di questa» (*sub* 14). Rileva, inoltre, Cass., Sez. Un., 31 marzo 2022, n. 10446: «Non può essere sindacata dalla Corte suprema di Cassazione, in sede di legittimità, l'entità della sanzione inflitta, in un procedimento disciplinare, dal Consiglio Nazionale Forense, in quanto rientra nei poteri degli organi disciplinari lo stabilire quali tra le sanzioni previste dalla legge meglio risponda alla gravità ed alla natura della trasgressione, tenuto conto dei procedimenti morali e disciplinari dell'incolpato, senza che, nell'applicazione di una, anziché di un'altra, delle sanzioni previste possa riscontrarsi una violazione di legge; in seguito sempre conforme)» (*sub* 3). Cfr. Cass., Sez. Un., 6 novembre 2020, n. 24896: «Secondo il consolidato orientamento di questa Corte a Sezioni Unite (v. sentenza 02 dicembre 2016, n. 24647; 31 luglio 2018, n. 20344; 29 novembre 2018, n. 30868) le decisioni del Consiglio nazionale forense, in materia disciplinare, sono impugnabili dinanzi alle Sezioni Unite della Corte di cassazione, ai sensi del r.d.l. n. 1578 del 1933, art. 56 soltanto per incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge, con la conseguenza che l'accertamento del fatto, l'apprezzamento della sua rilevanza rispetto alle imputazioni, la scelta della sanzione opportuna e, in gene-

le quali la l. n. 247 del 2012, art. 36, consente il ricorso alle Sezioni Unite della Corte di cassazione.

5. Il ricorso per Cassazione avverso le sentenze del CNF: la ricorribilità *ex art. 360, comma 1, c.p.c.*

Come già evidenziato, l'art. 360, comma 1, c.p.c., relativo ai motivi di ricorso per Cassazione avverso le sentenze pronunciate in grado di appello o in unico grado del giudice ordinario, è applicabile, in virtù del comma 5 dello stesso articolo, alle sentenze e ai provvedimenti diversi dalla sentenza contro i quali è ammesso il ricorso per Cassazione per violazione di legge e, perciò, anche alle sentenze del CNF. In altri termini, anche le sentenze del CNF sono impugnabili per Cassazione per «1) per motivi attinenti alla giurisdizione; 2) per violazione delle norme sulla competenza, quando non è prescritto il regolamento di competenza; 3) per violazione o falsa applicazione di norme di diritto e dei contratti e accordi collettivi nazionali di lavoro; 4) per nullità della sentenza o del procedimento e 5) per omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti».

Al fine di chiarire il rapporto tra i motivi di impugnazione per Cassazione di cui alla l.p.f. e quelli di cui all'art. 360, comma 1, c.p.c., che consentirebbe di meglio definire il regime giuridico ap-

rale, la valutazione delle risultanze processuali non possono essere oggetto del controllo di legittimità, salvo che si traducano in un palese sviamento di potere, ossia nell'uso del potere disciplinare per un fine diverso da quello per il quale è stato conferito; non è, quindi, consentito alle Sezioni Unite sindacare, sul piano del merito, le valutazioni del giudice disciplinare, dovendo la Corte limitarsi ad esprimere un giudizio sulla congruità, sulla adeguatezza e sull'assenza di vizi logici della motivazione che sorregge la decisione finale. In particolare (Cass., Sez. Un., 17 marzo 2017, n. 6967), si è statuito che «nei procedimenti disciplinari a carico di avvocati, l'apprezzamento della gravità del fatto e della condotta addebitata all'incolpato, rilevante ai fini della scelta della sanzione opportuna, ai sensi dell'art. 22 codice deontologico forense, è rimesso all'Ordine professionale, ed il controllo di legittimità sull'applicazione di tale norma non consente alla Corte di cassazione di sostituirsi al Consiglio nazionale forense nel giudizio di adeguatezza della sanzione irrogata, se non nei limiti di una valutazione di ragionevolezza, che attiene non alla congruità della motivazione, ma all'individuazione del precetto e rileva, quindi, *ex art. 360 c.p.c., n. 3*» (*sub* 9.1).

plicabile al ricorso per Cassazione avverso le sentenze del CNF, sembra utile verificare se i motivi di cui all'art. 360, comma 1 c.p.c. siano o no sovrapponibili a quelli di cui all'art. 36 della l.p.f. Non sussiste, inoltre, alcun limite costituzionale esplicito all'impugnabilità per Cassazione delle sentenze del CNF per motivi diversi dalla giurisdizione. Limite che è previsto, invece, con riguardo alle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti ai sensi dell'art. 111, comma 8, Cost.

Esaminando ciascuno dei motivi di ricorso per Cassazione di cui all'art. 360, comma 1, c.p.c., si può rilevare che con riguardo alla possibilità di ricorrere per Cassazione «per motivi attinenti alla giurisdizione» (n. 1), la disposizione in esame non introduce alcuna “novità” rispetto al regime previgente, dal momento che le sentenze del CNF sarebbero comunque già impugnabili per i motivi di giurisdizione ai sensi dell'art. 362 c.p.c. (che ammette l'impugnabilità per Cassazione delle sentenze del giudice amministrativo o di un giudice speciale solo per motivi di giurisdizione).

Anche la fattispecie successiva di cui all'art. 360, comma 1 c.p.c., attinente alla “violazione delle norme sulla competenza, quando non è prescritto il regolamento di competenza” (n. 2). Non sembra avere un rilievo autonomo sull'impugnabilità per Cassazione delle sentenze del CNF, essendo, tale fattispecie, riconducibile a quella di cui al n. 4 dell'art. 360, comma 1 c.p.c., relativa alla “nullità della sentenza o del procedimento”. Infatti, la violazione delle norme processuali relative alla sentenza come atto o alla costituzione del giudice, che riflette, sostanzialmente, un'incompetenza del giudice (insieme al caso in cui la nullità di alcuni atti del processo si propaghi fino alla sentenza), non può che integrare le ipotesi di nullità della sentenza di cui al n. 4. E, a ben vedere, l'incompetenza è riconducibile anche al regime giuridico disposto dalla l.p.f. per quanto riguarda l'impugnabilità per Cassazione delle sentenze del CNF.

Più problematica, invece, pare la deducibilità della “violazione o falsa applicazione di norme di diritto e dei contratti e accordi collettivi nazionali di lavoro” (n. 3) con riguardo alle sentenze

del CNF. Infatti, il rilievo della violazione o falsa applicazione di norme di diritto — che è riconducibile, per lo più, alla errata individuazione e sussunzione della fattispecie astratta in quella concreta — comporta anche l'enunciazione, da parte della Corte di cassazione, del principio di diritto al quale il CNF deve conformarsi, che il diritto positivo riserva, però, solo alle pronunce rese dal giudice ordinario ⁽⁵⁴⁾.

Infine, il ricorso per Cassazione “per omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti” (n. 5) sembra riconducibile, con riguardo all'impugnabilità per Cassazione delle sentenze del CNF, all'eccesso di potere di cui alla l.p.f., se si considera che tale ultimo vizio implica necessariamente un sindacato sul fatto. L'eccesso di potere, infatti, «è stato [...] scomposto [...] in tante figure dotate di una connotazione sostanziale, che ovviamente non possiamo qui esaminare singolarmente. Ci limitiamo, quindi, a riferire che — secondo una classificazione proposta da parte della dottrina e seguita, ancorché indirettamente, dalla giurisprudenza — esse potrebbero ricondursi a due diverse categorie: quelle attinenti all'*acquisizione del fatto* in ordine al quale l'amministrazione è chiamata a provvedere e quelle relative alla *valutazione del fatto* stesso. Nella prima categoria, rientrerebbero: travisamento dei fatti; carenza, falsità o erroneità dei presupposti; difetto di istruttoria; difetto di motivazione. Andrebbero, invece, ricompresi nella seconda: sviamento di potere; disparità di trattamento; contraddittorietà tra provvedimenti; violazione di norme interne; ingiustizia, illogicità, irragionevolezza, contraddittorietà interna e incongruenze manifeste» ⁽⁵⁵⁾.

Se, quindi, il ricorso per Cassazione proposto “per omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto

⁽⁵⁴⁾ Si rileva, tuttavia, che, tale previsione era contenuta anche all'art. 56, comma 6 del r.d.l. 27 novembre 1933, n. 1578, così come modificata dal d. lgs. 23 novembre 1944, n. 36 (art. 56, comma 6, r.d.l. 27 novembre 1933, n. 1578), ma non è stata riprodotta nella l. n. 247/2012.

⁽⁵⁵⁾ F. SAITTA, *Il vizio dell'eccesso di potere: una prospettiva storica*, in *Nuove autonomie*, 3, 2021, 591 ss.

di discussione tra le parti” sembra riconducibile a un sindacato sull’eccesso di potere, ci si potrebbe chiedere, che senso abbia la previsione di cui all’art. 360, comma 1, n. 5 c.p.c. quando, comunque, il sindacato sul fatto sotto il profilo dell’eccesso di potere è deducibile anche ai sensi dell’art. 36, comma 6 l.p.f. Giacché il sindacato sull’eccesso di potere sotto il profilo della figure sintomatiche può spingersi sino al riscontro della correttezza logica e del non travisamento di fatti ⁽⁵⁶⁾, cui sottende una valutazione giurisdizionale opinabile, potrebbe ritenersi che, con la previsione di cui all’art. 360, comma 1, n. 5 c.p.c., il legislatore abbia voluto “vincolare” il giudice a ritenere configurabile la censura relativa allo sviamento della funzione nel caso in cui non sia stato esaminato un fatto decisivo per il giudizio, che è stato oggetto di discussione tra le parti.

L’eccesso di potere di cui alla l.p.f., quindi, sembra includere la fattispecie di cui all’art. 360, comma 1, n. 5 c.p.c., anche se, nel contempo, sembra ampliarne il contenuto perché comprende tutte le ipotesi in cui può configurarsi uno sviamento della funzione.

Sembra, tuttavia, che il carattere discrezionale della valutazione giurisdizionale sulla ricostruzione del fatto, che l’art. 360, comma 1, n. 5 c.p.c. sembra escludere dal sindacato di legittimità della Corte di cassazione, possa comunque riscontrarsi nella valutazione relativa alla “decisività” del fatto non esaminato, richiesta dall’art. 360, comma 1, n. 5 c.p.c. ai fini della Cassazione della sentenza impugnata. Sembra, quindi, che, il ricorso per Cassazione ai sensi dell’art. 360, comma 1, c.p.c. ampli il sindacato che può essere svolto dalla Corte di cassazione sulle sentenze del CNF, solo con riguardo alle ipotesi di nullità della sentenza o del procedimento di cui all’art. 360, comma 1, n. 4, c.p.c.

⁽⁵⁶⁾ Sui profili e limiti del sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo v. T.A.R. Trento, Trentino Alto Adige, 9 aprile 2024, n. 54; T.A.R. Trento, Trentino Alto Adige, 26 marzo 2024, n. 50; T.A.R. Trento, Trentino Alto Adige, 2 febbraio 2024, n. 15; T.A.R. Roma, Lazio, 1 giugno 2021, n. 6504; Cons. Stato, 2 ottobre 2017, n. 4578; Cons. Stato, 15 marzo 2016, n. 1038.

6. Il ricorso per Cassazione avverso le sentenze della CCEPS.

Come il CNF, la Commissione Centrale per gli esercenti le Professioni Sanitarie (CCEPS) è un organo di giurisdizione speciale istituito presso il Ministero della Salute con il d. lgs. 13 settembre 1946, n. 233, che si occupa di esaminare i ricorsi presentati dai professionisti sanitari contro i provvedimenti dei rispettivi Ordini professionali nelle materie relative alla tenuta degli albi professionali e all'irrogazione delle sanzioni disciplinari ⁽⁵⁷⁾, ai sensi dell'art. 18 del d. lgs. CPS 13 settembre 1946, n. 233. Avverso i provvedimenti degli ordini professionali degli esercenti le professioni sanitarie ⁽⁵⁸⁾, pertanto, i professionisti possono ricor-

⁽⁵⁷⁾ Sull'ampliamento delle materie rientranti nella giurisdizione della CCEPS, rileva da ultimo Cass., Sez. Un., 8 luglio 2024, n. 18651, che riconduce la materia elettorale inerente l'elezione del Comitato Centrale della Federazione Nazionale degli Ordini dei Biologi alla giurisdizione della CCEPS rilevando: «L'inclusione temporalmente successiva dei biologi nell'ambito della competenza giurisdizionale della CCEPS non confligge con il secondo comma dell'art. 102 Cost., in quanto non attribuisce al giudice speciale nuove materie; la lamentata estensione, infatti, deve ritenersi la naturale conseguenza della particolare indole della categoria delle professioni sanitarie, inevitabilmente destinata a subire gli effetti dell'evoluzione sociale, culturale e scientifica, che, allo scopo di assicurare la tutela del superiore interesse della salute del singolo e della collettività, impone di allargare la platea dei soggetti, la cui attività professionale incide sullo stato fisico dei destinatari, ovvero sia suscettibile di compromettere l'integrità psicofisica dei destinatari, da assoggettare a una regolamentazione uniforme e a un sistema di controlli, quanto al possesso e alla conservazione dei requisiti per l'accesso e l'esercizio della professione» (*sub* 12). «L'intervento del legislatore del 2018 non si pone quindi in contrasto con la previsione di cui all'art. 102, secondo comma, Cost., non avendo determinato alcun ampliamento del numero delle materie attribuite al giudice speciale preesistente: l'ampliamento del campo di azione che si è registrato è dovuto, infatti, alla ricognizione delle professioni da ricomprendere nella categoria delle professioni sanitarie, fisiologicamente soggetta a periodiche nuove perimetrazioni in considerazione dell'emersione incessante di istanze inedite di salvaguardia del bene primario della salute, come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività (cfr. art. 32 Cost.) (sul tali aspetti, cfr. T.A.R. Lazio, n. 9571/2023)» (*sub* 13). «Deve pertanto concludersi nel senso che la giurisdizione sulla validità degli atti concernenti le operazioni relative all'elezione del Comitato centrale della Federazione nazionale degli ordini dei biologi appartiene alla Commissione centrale per gli esercenti le professioni sanitarie (CCEPS) di cui all'art. 17 del D.Lgs. del Capo provvisorio dello Stato n. 233 del 1946» (*sub* 14).

⁽⁵⁸⁾ Sul carattere amministrativo del provvedimento irrogativo di una sanzione disciplinare emesso dal consiglio provinciale dell'ordine dei medici rileva Cass., 17 gennaio 2023, n. 1172 che «il provvedimento emesso dal consiglio provinciale dell'ordine dei medici, è un atto amministrativo e non giurisdizionale (Cass., n. 1763/2012), in quanto

rere alla Commissione centrale, la quale esamina il provvedimento valutandone la legittimità in fatto e in diritto ⁽⁵⁹⁾.

Sulla controversa natura giuridica della Commissione centrale, già un'autorevole dottrina evidenzia come, da un lato, la Cassazione ritenga che essa sia un «organo di secondo grado di giurisdizione speciale» ⁽⁶⁰⁾ e, dall'altro, «la Corte costituzionale, nella sent. n. 193 del 2014, la qualifi[chi] come organo, sì giurisdizionale, ma di primo grado, considerando che la prima fase, svolta davanti all'ordine professionale locale [...] ha natura amministrativa. Il contrasto sul grado di giurisdizione non è irrilevante, perché, se gli organi decisori interni agli Ordini vengono considerati giurisdizionali, ne deriva per necessità che anche l'Organo cui vengono portati gli appelli contro le loro decisioni abbia natura giurisdizionale; ma, se gli organi di primo grado sono considerati amministrativi, è difficile sostenere che l'organo di appello sia, viceversa, giurisdizionale. Va ancora segnalato che, almeno per i ricorsi di cui all'art. 18 del d. lgs. C. p. S. n. 233 del 1946, gli atti impugnati sono sicuramente provvedimenti amministrativi (e non decisioni su di essi): così i provvedimenti dei Consigli di-

la giurisdizione interviene in un secondo momento con l'esame dell'atto che ha posto termine alla fase davanti all'ordine professionale locale, discendendo da ciò che la violazione delle norme che regolano la fase procedimentale non comporta una nullità processuale rilevabile in ogni stato e grado anche d'ufficio ma una illegittimità amministrativa che può essere fatta valere solo dal soggetto interessato mediante impugnazione davanti alla Commissione centrale (Cass., n. 835/2007; Cass., n. 10389/2001; Cass., Sez. Un., n. 15404/2003). Dalla natura amministrativa dell'atto assunto dal CDO deriva altresì che sussista anche la possibilità di esercitare il potere di annullamento in autotutela, soprattutto laddove, come nel caso in esame, si ritenga che la prima manifestazione di attività provvedimentale sia affetta da vizi formali. Ne consegue che, allorché l'autorità amministrativa titolare della potestà disciplinare ritenga di ritornare sui propri passi, e di disporre in autotutela la revoca ovvero l'annullamento della prima decisione, non è in alcun modo preclusa la possibilità di rieditare l'esercizio del potere disciplinare, e ciò senza che tale seconda deliberazione possa essere reputata affetta dalla violazione del principio del *ne bis in idem*, posto che l'elisione dell'efficacia del primo provvedimento scongiura in radice il pericolo che il soggetto interessato dal procedimento possa venire a subire una duplice sanzione per i medesimi fatti» (*sub* 3).

⁽⁵⁹⁾ Testualmente F.G. SCOCA, *Sulla natura giurisdizionale della Commissione centrale per gli esercenti le professioni sanitarie*, in *Giur. cost.*, 5, 2016, 1737.

⁽⁶⁰⁾ *Ibidem*, 1735.

rettivi degli Ordini (artt. 4 e 5), così quelli dei Comitati centrali delle Federazioni (Art. 15). Cosicché la Commissione centrale non può essere considerata organo giudicante di secondo grado»⁽⁶¹⁾. La stessa dottrina che evidenzia i rilievi esposti sul grado di giurisdizione della Commissione centrale, peraltro, dubita della natura giurisdizionale della CCEPS poiché, benché la sua istituzione preceda l'entrata in vigore della Costituzione (e non si pone perciò, in contrasto con il divieto di istituire nuovi giudici speciali di cui all'art. 102, comma 2 Cost.) mancano «disposizioni processuali sul procedimento decisorio che si svolge dinanzi alla Commissione centrale: non è prevista nemmeno la distinzione tra fase istruttoria e fase decisoria. Sicché non sono assicurate le garanzie sufficienti per il rispetto dei principi del giusto processo, come specificati dalla giurisprudenza interna e da quella della Corte europea dei diritti dell'uomo e del cittadino»⁽⁶²⁾. Nonostante la rilevata carenza, in capo alla CCEPS, dei caratteri propri di un organo di giurisdizione speciale, tanto l'art. 19 d.lg. C.p.S. 13 settembre 1946 n. 233, che richiama l'art. 362 c.p.c. — che ammette il ricorso alle Sezioni Unite della Corte di cassazione per motivi di giurisdizione contro le decisioni della Commissione centrale — quanto la giurisprudenza della Corte costituzionale, che, con la sentenza del 9 luglio 2014, n. 193, si è orientata verso la piena applicabilità dell'art. 111, comma 7 Cost. — che ammette il ricorso per Cassazione «contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, [...] per violazione di legge»⁽⁶³⁾ — sembrano confermare la natura giurisdizionale della CCEPS. Nella sentenza da ultimo citata, in particolare, la Corte costituzionale rileva che «la Commissione centrale esercita funzioni di giurisdizione speciale» (art. 15, comma 3-*bis*, del d.l. n. 158/2012), in virtù di una

⁽⁶¹⁾ *Ibidem*.

⁽⁶²⁾ F.G. SCOCA, *Sulla natura giurisdizionale*, cit., 1736.

⁽⁶³⁾ Corte cost., 9 luglio 2014, n. 193, *sub* 4. Nello stesso senso riconosce impugnabilità per cassazione, ai sensi dell'art. 111, comma 7 Cost., delle sentenze della CCEPS Cass., Sez. Un., 8 luglio 2024, n. 18651, *sub* 6.

qualificazione pacifica nella giurisprudenza di legittimità (Cass., Sez. Un., 7 agosto 1998, n. 7753) e, svolgendo un'attività di natura giurisdizionale, avverso le decisioni pronunciate dalla stessa è ammesso ricorso per cassazione, *ex art.* 111, settimo comma, Cost. Il procedimento disciplinare nei confronti degli esercenti le professioni sanitarie si articola, quindi, in una prima fase, svolta davanti all'ordine professionale locale, che ha natura amministrativa; nel caso di impugnazione dell'atto che la definisce, alla stessa segue un'ulteriore fase che è svolta, invece, davanti ad un "giudice" ed ha natura giurisdizionale. I caratteri giurisdizionali del procedimento non escludono, peraltro, che lo stesso possa essere caratterizzato da profili strutturali e funzionali peculiari, in coerenza con la specificità delle funzioni esercitate ed alla luce degli interessi allo stesso sottesi, tra questi anche quello di garantire l'indefettibilità e continuità dell'attività svolta dalla Commissione centrale»⁽⁶⁴⁾. La difficile riconducibilità del riferimento alle sentenze e ai provvedimenti sulla libertà personale (di cui all'art. 111, comma 7 Cost.) ai provvedimenti emessi dalla CCEPS⁽⁶⁵⁾ non escluderebbe, quindi, per la giurisprudenza in esame, l'appli-

(64) Corte cost., 9 luglio 2014, n. 193, *sub* 4. Si rileva, tuttavia, come una giurisprudenza minoritaria abbia ritenuto impugnabili per Cassazione per violazione di legge le sentenze della CCEPS in forza dei commi 2 e 3 dell'art. 111 Cost. In questo senso v. Cass., 14 gennaio 2000, n. 362: «La decisione della Commissione centrale per gli esercenti le professioni sanitarie può essere impugnata con ricorso per cassazione, per motivi attinenti alla giurisdizione, a norma dell'art. 59 del decreto 233 del 1946 già richiamato, e per violazione di legge, a norma dell'art. 111 Cost., secondo e terzo comma.). Il vizio di violazione di legge, mentre comprende, oltre alla violazione e falsa applicazione delle norme regolatrici del rapporto e del procedimento disciplinare (art. 360 n. 3, c.p.c.), anche la violazione di quelle sul procedimento davanti alla Commissione centrale (art. 360 n. 4, c.p.c.), non si estende al difetto di motivazione (art. 360 n. 5, c.p.c.) ed in particolare non consente il sindacato sulla motivazione che, per essere esercitato, richiede il raffronto tra dati acquisiti al processo e contenuto della decisione (Sez. Un., 15 giugno 1994, n. 5789)» (*sub* 3.2). Cfr. Cass., Sez. Un., 8 luglio 2024, n. 18651.

(65) A questo riguardo, già un'autorevole dottrina ha evidenziato come la ricorribilità per Cassazione ai sensi dell'art. 111, comma 7 Cost. rappresenti «una grave forzatura del diritto scritto», dal momento che «il ricorso previsto dal penultimo comma dell'art. 111 Cost. dovrebbe riguardare soltanto le sentenze e i provvedimenti sulla libertà personale: sembrerebbe estraneo, salvo forse ipotesi eccezionali, alle controversie su cui decide la Commissione centrale» F.G. SCOCA, *ult. op. cit.*, 1737.

cabilità del citato art. 111 alle decisioni della CCEPS, considerata la presunta natura giurisdizionale dell'organo ⁽⁶⁶⁾, probabilmente ricondotta alla CCEPS dall'impugnabilità per Cassazione delle sue sentenze per i motivi di giurisdizione di cui all'art. 19 d.lgs. C.p.S. 13 settembre 1946 n. 233.

Pertanto, la giurisprudenza, in forza della ricorribilità per

⁽⁶⁶⁾ Corte cost., 9 luglio 2014, n. 193, *sub* 4. La sentenza in esame, dopo aver disposto che «La Commissione centrale, secondo il giudice a quo, esercita, infatti, funzioni di tipo giurisdizionale speciale (come espressamente previsto dall'art. 15, comma 3-*bis*, d.l. n. 158/2012) [...]» (*sub* 2.2), continua affermando che: «L'art. 15, comma 3-*bis*, del decreto-legge 13 settembre 2012, n. 158 (Disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute), aggiunto dalla legge di conversione 8 novembre 2012, n. 189, ha [...] stabilito: «In considerazione delle funzioni di giurisdizione speciale esercitate, la Commissione centrale per gli esercenti le professioni sanitarie, di cui all'articolo 17 del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 13 settembre 1946, n. 233, e successive modificazioni, è esclusa dal riordino di cui all'articolo 2, comma 4, della legge 4 novembre 2010, n. 183, e continua ad operare, sulla base della normativa di riferimento, oltre il termine di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto-legge 28 giugno 2012, n. 89, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 132, come modificato dal comma 3-*ter* del presente articolo. All'allegato 1 annesso al citato decreto-legge n. 89 del 2012, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 132 del 2012, il numero 29 è abrogato». Questa disposizione rende, quindi, palese che detto organo centrale, come espressamente affermato dalla rimettente Corte di cassazione, continua ad operare in base alla censurata disciplina. La Commissione centrale esercita «funzioni di giurisdizione speciale» (art. 15, comma 3-*bis*, del d.l. n. 158/2012), in virtù di una qualificazione pacifica nella giurisprudenza di legittimità (Cass., Sez. Un., 7 agosto 1998, n. 7753) e, svolgendo un'attività di natura giurisdizionale, avverso le decisioni pronunciate dalla stessa è ammesso ricorso per cassazione, *ex* art. 111, settimo comma, Cost.» (*sub* 4). Nello stesso senso v. Cass., Sez. Un., 8 luglio 2024, n. 18651; Cons. Stato, 13 settembre 2024, n. 7553: «La stessa Corte costituzionale (sent. 9 luglio 2014, n. 193) ha chiarito come che la Commissione centrale esercita funzioni di giurisdizione speciale (art. 15, comma 3-*bis* d.l. n. 158/2012), in virtù di una qualificazione pacifica nella giurisprudenza di legittimità (Cass., Sez. Un., 7 agosto 1998, n. 7753) e, svolgendo un'attività di natura giurisdizionale, avverso le decisioni pronunciate dalla stessa è ammesso ricorso per cassazione, *ex* art. 111, settimo comma, Cost. Il procedimento disciplinare nei confronti degli esercenti le professioni sanitarie si articola quindi in una prima fase svolta davanti all'ordine professionale locale, che ha natura amministrativa; nel caso di impugnazione dell'atto che la definisce, alla stessa segue un'ulteriore fase che è svolta, invece, davanti ad un giudice ed ha natura giurisdizionale». Cfr. Cass., 16 gennaio 2007, n. 835: «Il ricorso per cassazione avverso le decisioni della commissione centrale è ammesso a norma dell'art. 111 Cost., quando non siano fatti valere motivi attinenti alla giurisdizione, per violazione di legge, comprensiva anche dell'inesistenza o mera apparenza della motivazione, con esclusione della sufficienza e razionalità della medesima (Cass., 30 luglio 2001, n. 10396; Cass., 15 giugno 2001, n. 8141; Cass. 14 gennaio 2000, n. 362)».

Cassazione delle sentenze della CCEPS per violazione di legge, ai sensi dell'art. 111, comma 7 Cost., ha esteso anche a tale organo di giurisdizione speciale la proponibilità del ricorso per Cassazione per tutti i motivi di cui all'art. 360, comma 1, c.p.c.

Inoltre, un'altra parte della giurisprudenza precisa che «l'art. 360 comma primo n. 3) c.p.c. consente di censurare in sede di legittimità la violazione di legge, che si ha quando la decisione impugnata abbia dato di una norma di diritto, o di un contratto, o accordo collettivo di lavoro, un'interpretazione diversa dal suo contenuto incorrendo in un *error in iudicando*, o la falsa applicazione di legge, che si ha quando la decisione impugnata abbia compiuto un errore di sussunzione, ossia abbia ricondotto la fattispecie concreta ricostruita ad una norma non pertinente»⁽⁶⁷⁾. Inoltre, «va aggiunto che secondo il costante orientamento di questa Corte, nel ricorso per cassazione il vizio della violazione e falsa applicazione della legge di cui all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, secondo il disposto di cui all'art. 366 c.p.c., comma 1, n. 4, dev'essere, a pena d'inammissibilità, dedotto mediante la specifica indicazione delle affermazioni in diritto contenute nella sentenza gravata che motivatamente si assumano in contrasto con le norme regolatrici della fattispecie o con l'interpretazione delle stesse fornita dalla giurisprudenza di legittimità o dalla prevalente dottrina, non risultando altrimenti consentito alla Suprema Corte di adempiere al proprio compito istituzionale di verificare il fondamento della denunziata violazione (Cass. 5.7.2013 n. 16862; Cass. n. 3010/2012; Cass. n. 14752/2007; Cass. n. 21245/2006; Cass. n. 20100/2006; Cass. n. 10043/2006; Cass. n. 1108/2006; Cass. n. 26048/2005; Cass. n. 20145/2005; Cass. n. 16132/2005)»⁽⁶⁸⁾.

⁽⁶⁷⁾ Cass., 8 febbraio 2024, n. 3609.

⁽⁶⁸⁾ *Ibidem*. Cfr. Cass., 7 maggio 2009, n. 10517: «[...] per quanto rilevante a questo punto della esposizione, che nel caso previsto dall'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, la illustrazione di ciascun motivo deve contenere, a pena di inammissibilità, la chiara indicazione del fatto controverso in relazione al quale la motivazione si assume omessa o contraddittoria, ovvero le ragioni per le quali la dedotta insufficienza della motivazione la rende inidonea a giustificare la decisione. Pacifico in diritto quanto sopra osserva il collegio che il ricorrente non ha adempiuto all'onere previsto dal ricordato art. 366-bis c.p.c., e, che, pertanto, il

Con riguardo, infine, alla fattispecie di cui all'art. 360, comma 1, n. 5 c.p.c., nella sua precedente formulazione, che consentiva il ricorso per Cassazione «per omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio», rilevava la giurisprudenza che «il difetto di motivazione, denunziabile come motivo di ricorso per Cassazione, p[oteva] concernere esclusivamente l'accertamento e la valutazione dei fatti rilevanti ai fini della decisione della controversia, non anche l'omesso o erroneo esame delle tesi giuridiche prospettate dalle parti, non riferendosi le stesse all'accertamento o alla valutazione dei fatti rilevanti. Pertanto, l'errato o omesso esame delle tesi giuridiche prospettate, non p[oteva] esser prospettato autonomamente, come vizio di motivazione, ma p[oteva] valere solo a sorreg-

proposto ricorso deve essere dichiarato inammissibile anche sotto il profilo in questione. Come si ricava dalla stessa letterale formulazione dell'art. 366-bis c.p.c., e come — del resto — precisa una giurisprudenza consolidata di questa Corte regolatrice, la chiara indicazione del fatto controverso voluta dal più volte ricordato art. 36-bis c.p.c., richiede che: — allorché nel ricorso per cassazione si lamenti un vizio di motivazione della sentenza impugnata in merito a un fatto controverso, l'onere di indicare chiaramente tale fatto, ovvero le ragioni per le quali la motivazione è insufficiente — imposto dall'art. 366-bis c.p.c., — deve essere adempiuto non già e non solo illustrando il relativo motivo di ricorso ma anche formulando, al termine di esso, una indicazione riassuntiva e sintetica, che costituisca un *quid pluris* rispetto alla illustrazione del motivo e che consenta al giudice di valutare immediatamente la ammissibilità del ricorso (in termini, ad esempio, Cass., 7 aprile 2008, n. 8897); — qualora si denunzi, con ricorso per cassazione, la sentenza impugnata per omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio, la illustrazione di ciascun motivo deve contenere — a pena di inammissibilità — un momento di sintesi (omologo del quesito di diritto, nella eventualità il motivo sia proposto a norma dell'art. 360 c.p.c., comma 1, nn. 1, 2, 3 e 4) che ne circoscriva puntualmente i limiti, in maniera da non ingenerare incertezze in sede di formulazione del ricorso e di valutazione della sua ammissibilità (Cass., Sez. Un., 1 ottobre 2007, n. 20603); — il requisito previsto dall'art. 366-bis c.p.c., nella eventualità motivo sia dedotto sotto il profilo di cui all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5 deve consistere in una parte del motivo che si presenti a ciò specificamente e non riassuntivamente destinata, di modo che non è possibile ritenerlo rispettato allorché solo la completata lettura della complessiva illustrazione del motivo rilevi, all'esito di una attività di interpretazione svolta dal lettore e non di una indicazione da parte del ricorrente, deputata all'osservanza del requisito del citato art. 366-bis che il motivo stesso concerne un determinato fatto controverso, riguardo al quale si assuma omessa, contraddittoria o insufficiente la motivazione e si indichino quali sono le ragioni per cui la motivazione è conseguentemente inidonea a sorreggere la decisione (Cass., 18 luglio 2007, n. 16002)» (*sub* 6.2).

gere ed a completare le censure di violazione e falsa applicazione di norme e di principi di diritto, mosse alla sentenza impugnata, che abbia assunto a base della decisione un'argomentazione giuridica incompatibile con le tesi suddette (Cass. 14.6.1991, n. 6752; Cass. 10.5.1996, n. 4338)» ⁽⁶⁹⁾.

In altri termini, quindi, non era consentito un sindacato sulla motivazione che comportasse un raffronto tra i dati acquisiti al processo e il contenuto della decisione, essendo possibile solo una valutazione tra gli elementi di fatto risultanti dalla decisione impugnata e la valutazione che il giudice dichiarava di averne fatto ⁽⁷⁰⁾. Il legislatore, poi, con la riformulazione della fattispecie di cui al n. 5 c.p.c. operata dal d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito nella l. 11 agosto 2012, n. 143, ha ampliato il sindacato che può svolgere la Corte di Cassazione anche avverso le sentenze della CCEPS, ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 5 c.p.c.

7. Conclusioni.

Con riguardo al sindacato della Corte di cassazione sulle sentenze del CNF, ci si potrebbe chiedere perché la legge professionale forense ammetta un ricorso per Cassazione per vizi di legittimità propri del provvedimento amministrativo. Oggi, infatti, il mantenimento di tale previsione risulta di difficile comprensione, dal momento che non è chiara la ragione per cui dei vizi di legittimità dell'atto siano ricondotti all'impugnabilità di una sentenza

⁽⁶⁹⁾ Cass., 30 luglio 2001, n. 10396, *sub* 2. La stessa sentenza prosegue poi affermando che: «Quanto poi all'assunto vizio motivazionale, va osservato che esso è denunciabile, in questo tipo di procedimento, solo a norma dell'art. 111, Cost., e cioè quando si traduca in una mancanza di motivazione stessa (con conseguente nullità della pronunzia per difetto di un requisito di forma indispensabile), la quale si verifica nei casi di radicale carenza di essa, ovvero del suo estrinsecarsi in argomentazioni non idonee a rivelare la “*ratio decidendi*” (cosiddetta motivazione apparente), o fra loro logicamente incompatibili o obiettivamente incomprensibili, e sempre che i relativi vizi emergano dal provvedimento in sé, restando esclusa la riconducibilità in detta previsione di una verifica sulla sufficienza e razionalità della motivazione medesima in raffronto con le risultanze probatorie (Cass., Sez. Un., 16 maggio 1992, n. 5888; Cass., Sez. Un., 8 marzo 1993, n. 2754; Cass., 30 ottobre 1996, n. 8064)» (*sub* 8.1).

⁽⁷⁰⁾ Cass., 14 gennaio 2000, n. 362, *sub* 3.2.

di un'autorità di giurisdizione speciale. Si è rilevato, nel contempo, come la stessa giurisprudenza abbia ridefinito i confini del sindacato giurisdizionale della Corte di Cassazione sulle sentenze del CNF, in quanto il Giudice di legittimità non svolge più un sindacato limitato all'incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge, così come era previsto ai sensi dell'art. 56, comma 3 del Regio d. l. 27 novembre 1933, n. 1578.

Da un lato, infatti, è stata introdotta la fattispecie della nullità della sentenza o del procedimento, di cui all'art. 360, comma 1, n. 4 c.p.c. e, dall'altro, è mutato il modo di intendere l'eccesso di potere, che non può più intendersi come eccesso di potere giurisdizionale. Con la conseguenza che la Cassazione non sembra più svolgere, oggi, un sindacato limitato alla mera legittimità della sentenza impugnata, ma, forse, un sindacato esteso, indirettamente, al merito.

Si dubita, tuttavia, anche della compatibilità del CNF con l'art. 102, comma 2 Cost., dal momento che le sue competenze giurisdizionali non sono più quelle di cui al sistema previgente alla Costituzione, quando tale organo di giurisdizione speciale esercitava la propria potestà giurisdizionale esclusivamente sulle delibere del COA. Sono di rilievo, poi, i problemi connessi alla funzione nomofilattica svolta dalla Corte di cassazione sia con riguardo alle sentenze del CNF che con riguardo a quelle della CCEPS, in relazione al sindacato di cui all'art. 360, comma 1, n. 3 c.p.c.

Anche la CCEPS, infatti, è considerata dalla giurisprudenza come un organo di giurisdizione speciale, che giudica sulle contestazioni relative agli esercenti le professioni sanitarie, anche se, anche con riguardo a tale organo, non mancano i dubbi sulla sua effettiva natura giurisdizionale in ragione della ultima mancanza di disposizioni processuali volte a garantirne la terzietà e imparzialità ⁽⁷¹⁾.

Anche l'impugnabilità di tali sentenze per Cassazione, in forza dell'intervento della giurisprudenza, non è più limitata ai motivi

(71) F.G. SCOCA, *Sulla natura giurisdizionale*, cit., 1737-1738.

di giurisdizione di cui all'art. 19 d.lg. C.p.S. 13 settembre 1946 n. 233, ma comprende tutti i motivi di cui all'art. 360, comma 1 c.p.c. ai sensi del combinato disposto degli artt. 111 Cost. e 360, comma 5 c.p.c. L'apporto della giurisprudenza nella ridefinizione dell'ambito della giurisdizione della Corte di cassazione sulle sentenze della CCEPS pertanto, sembra essere stato più incisivo rispetto a quello riguardante le sentenze del CNF, anche se si profilano i medesimi problemi con riguardo alla funzione nomofilattica della stessa Corte di cassazione.

Tuttavia, i problemi derivanti dall'obbligo di osservare i vincoli connessi all'enunciazione del principio di diritto, al quale deve attenersi l'organo di giurisdizione speciale, ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3 c.p.c, potrebbe forse essere superato con il trasferimento della giurisdizione sulle controversie tra gli organi che svolgono funzioni amministrative o disciplinari e i soggetti destinatari dell'esercizio di tali funzioni al giudice ordinario. In tal modo, la Corte di cassazione, che potrebbe garantire che il sindacato del giudice esterno non interferisca con l'esercizio delle funzioni proprie degli organi interni agli ordini professionali ⁽⁷²⁾, eserciterebbe a pieno titolo la propria funzione nomofilattica. Sempre che una unificazione delle giurisdizioni coinvolga, per prima, la giurisdizione del giudice amministrativo, poiché, altrimenti, potrebbe essere proprio il giudice amministrativo l'autorità giurisdizionale più idonea a sindacare le pronunce degli organi disciplinari, rispetto al quale, però, si porrebbe comunque il problema dell'inquadramento della funzione nomofilattica della Corte di cassazione avverso un organo di giurisdizione speciale.

La riconduzione di queste forme di autodichia alla giurisdizione del giudice ordinario (o amministrativo), peraltro, potrebbe condurre a rivedere la natura giuridica di tali organi di giurisdizione speciale, che oggi, almeno con riguardo al CNF, risulta non del tutto compatibile con l'art. 102, comma 2 Cost.

⁽⁷²⁾ Per uno studio sulla natura giuridica degli ordini professionali v. anche L. FERARA, *Note critiche sulla natura giuridica degli ordini professionali*, in *Dir. amm.*, 2011, 361 ss.

ABSTRACT: Il contributo analizza i limiti del sindacato giurisdizionale della Corte di Cassazione sulle decisioni del Consiglio nazionale forense e della Commissione centrale per gli esercenti le professioni sanitarie, quali organi di giurisdizione speciale costituiti prima dell'entrata in vigore della Costituzione. Muovendo dalla ricostruzione della competenza giurisdizionale del Consiglio nazionale forense così come delineata dal r.d.l. n. 1578 del 1933 fino alla legge n. 247 del 2012, l'indagine verifica la compatibilità dell'attuale regime giuridico di tali organi di giurisdizione speciale con il divieto di istituire nuovi giudici speciali di cui all'art. 102, comma 2, Cost. Particolare attenzione è dedicata al carattere devolutivo del sindacato del Consiglio nazionale forense, che si atteggia come un riesame pieno della res in iudicium deducta, e alle conseguenze che ne derivano sul piano dell'impugnabilità delle sue decisioni. L'analisi si concentra quindi sui presupposti e sui limiti del ricorso per Cassazione, esaminando la deducibilità dell'eccesso di potere ai sensi dell'art. 36, comma 6, l. n. 247/2012 e l'estensione dei motivi di ricorso di cui all'art. 360, comma 1, c.p.c., anche alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale in tema di sindacato giurisdizionale sulla motivazione. Il lavoro esamina infine la ricorribilità per Cassazione delle sentenze della Commissione centrale per gli esercenti le professioni sanitarie, evidenziandone la controversa natura e le ricadute sistematiche sull'esercizio della funzione nomofilattica della Suprema Corte. L'indagine evidenzia infine le criticità derivanti dall'ampliamento del sindacato giurisdizionale di legittimità e solleva dei dubbi sulla compatibilità costituzionale dell'attuale regime giuridico applicabile alle giurisdizioni speciali disciplinari.

ABSTRACT: *This article analyses the scope and limits of the judicial review exercised by the Corte di Cassazione (Italian Supreme Court of Cassation) over decisions rendered by the Consiglio Nazionale Forense (Italian National Bar Council, hereinafter CNF) and the Commissione Centrale per gli Esercenti le Professioni Sanitarie (Central Commission for Health Professions, hereinafter CCEPS), both operating as special jurisdictions established prior to the entry into force of the Italian Constitution. By reconstructing the jurisdictional competence of the CNF from Royal Decree-Law no. 1578 of 1933 to Law no. 247 of 2012, the article assesses the compatibility of the current legal framework governing these bodies with the constitutional prohibition on the establishment of new special courts under Article 102(2) of the Constitution. Particular attention is devoted to the devolutive nature of the review exercised by the CNF, which entails a full re-examination of the res in iudicium deducta, and to the implications this feature has for the appealability of its decisions. The analysis then focuses on the conditions and limits of recourse before the Court of Cassation, examining the admissibility of claims of excess of power under Article 36(6) of Law no. 247/2012 and the scope of the grounds of appeal provided for in Article 360(1) of the Code of Civil Procedure, also in light of the evolving case law on judicial review of reasoning. The article further addresses the appealability before the Court of Cassation of decisions issued by the CCEPS, highlighting the controversial nature of its jurisdictional status and the systemic implications for the exercise of the Supreme Court's nomofilactic function. The study ultimately identifies the critical issues arising from the expansion of judicial review at the level of legality and raises doubts as to the constitutional compatibility of the current legal regime applicable to special disciplinary jurisdictions.*

Il *Digital Markets Act* e la tutela individuale dei consumatori, tra equità e contendibilità dei mercati

di PAOLO MARTINO

SOMMARIO: 1. DMA e obiettivi della regolazione: tra miglior funzionamento del mercato interno e protezione di utenti finali e utenti commerciali. — 2. Disomogeneità dell'approccio regolatorio tra DMA e disciplina consumeristica. — 3. La protezione indiretta dei consumatori. — 4. Pericoli di frammentazione del diritto dei consumatori. — 5. *Segue*: applicabilità diretta della disciplina regolamentare e prospettive di armonizzazione.

1. DMA e obiettivi della regolazione: tra miglior funzionamento del mercato interno e protezione di utenti finali e utenti commerciali.

È innegabile che con forza talvolta dirompente gli sviluppi tecnologici stiano profondamente influenzando il vivere e l'agire quotidiano.

In tale contesto, non può stupire la crescente attenzione che gli studiosi hanno negli ultimi tempi riservato a taluni soggetti di natura privata, c.d. *gatekeepers*, acutamente definiti come detentori di un «potere sconfinato basato sui dati e sulle informazioni...i quali agiscono come governatori della rete ⁽¹⁾».

⁽¹⁾ B. MARCHETTI, *L'esecuzione della regolazione digitale dell'Unione Europea e il ruolo della Commissione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2024, 4, 1098. La letteratura in tema è ampia, si v. almeno: L. TORCHIA, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, Bologna, 2024, 14; Id., *Lo Stato digitale*, Bologna, 2023; M. COLANGELO, *La regolazione ex ante delle piattaforme digitali: analisi e spunti di riflessione sul regolamento sui mercati digitali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, 2, 415 ss.; J. HABERMAS, *Nuovo mutamento della sfera pubblica e politica deliberativa*, Milano, 2023; B. HAN, *Infocrazia. Le nostre vite manipolate dalla rete*, Bologna, 2023; M.R. FERRARESE, *Poteri nuovi. Privati, penetranti*,

Le posizioni di dominio in concreto assunte da tali soggetti determinano il sorgere di plurimi rischi per il mercato e i consumatori, rischi che l'Unione Europea ha cercato di arginare soprattutto attraverso l'adozione di due distinti atti: il reg. UE 2022/2065 relativo a un mercato unico dei servizi digitali (*Digital Services Act*, DSA) e il reg. UE 2022/1925 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (*Digital Markets Act*, DMA).

Tali strumenti normativi si prefiggono due obiettivi principali: assicurare la protezione dei diritti fondamentali e mantenere un ambiente di mercato equo e contendibile, nel quale siano garantite condizioni di parità ⁽²⁾. In specie, entrambi i Regolamenti affrontano il tema della dimensione delle piattaforme digitali e mirano a creare un ambiente digitale più sicuro e aperto, in cui siano tutelati i diritti fondamentali di tutti gli utenti dei servizi digitali, promuovendo al contempo condizioni di parità per favorire l'innovazione, la crescita economica e la competitività ⁽³⁾.

La necessità di siffatta regolamentazione affonda le proprie radici nel dominio della nuova economia digitale da parte di protagonisti affatto peculiari.

Non è casuale infatti che, com'è stato ricordato ⁽⁴⁾, una definizione comunemente impiegata per descrivere l'attuale contesto socio-economico sia quella di "economia della conoscenza". Un'economia, cioè, basata sulla conoscenza dei nostri dati personali e nella quale affiorano molteplici problematiche concernenti, tra l'altro, la trasparenza, la gestione dei dati e la profilazione degli utenti.

Dal punto di vista della disciplina giuridica, il contesto del digitale si presenta, però, come un vero e proprio «puzzle regola-

opachi, Bologna, 2022; L. CASINI, *Lo Stato nell'era di Google. Frontiere e sfide globali*, Milano, 2020; S. ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism*, New York, 2019.

⁽²⁾ B. MARCHETTI, *ibid.*

⁽³⁾ M.L. CHIARELLA, *Digital Markets Act (DMA) and Digital Services Act (DSA): New Rules for the EU Digital Environment*, in *Athens Journal of Law*, 2023, 9, consultabile all'indirizzo www.athensjournals.gr, 35 ss.

⁽⁴⁾ E. TOSI, *Privacy digitale, persona e mercato: tutela della riservatezza e protezione dei dati personali alla luce del GDPR e del nuovo codice privacy*, in *Privacy Digitale*, Milano, 2019, 7 ss.

torio ⁽⁵⁾», sicché, anche ai fini di una più efficace comprensione dei problemi interpretativi derivanti dal DMA che verranno indagati in questa sede, è opportuno assumere una prospettiva di tipo sistematico, benché qui non si intenda — né sarebbe possibile — effettuare analitiche disamine delle intersezioni o dei problematici profili interpretativi che si manifestano tra i numerosi atti normativi aventi applicazione nel contesto delle attività economiche connesse a *internet*.

Oltre al DMA e al già citato DSA, infatti, esiste un complesso quadro giuridico rappresentato, tra l'altro, dal reg. UE 2016/679 (Regolamento generale sulla protezione dei dati “GDPR”), dal diritto della concorrenza, dal reg. UE 2016/679 (“Regolamento P2B”), dal Data Act e dal *Data Governance Act* ⁽⁶⁾.

Scopo dell'indagine è, invece, verificare se l'impianto regolatorio del DMA affronti il tema della protezione dei consumatori e consenta, anche sulla base di una lettura sistematica e armonizzante della disciplina positiva, di ritenere che i singoli consumatori possano tutelare individualmente le proprie posizioni giuridiche in forza del Regolamento.

Come si cercherà di porre in luce nel prosieguo, l'idea secondo cui il DMA non conterrebbe disposizioni direttamente e immediatamente rivolte alla protezione dei consumatori non appare condivisibile. In particolare, ritenere che il Regolamento destini ai consumatori una tutela meramente indiretta, in quanto tipico atto normativo di matrice *antitrust* orientato alla salvaguardia del mercato nel suo complesso, costituisce un assunto riduttivo

⁽⁵⁾ R. PODSZUN, *Introduction*, in *Digital Markets Act. Article-by-Article Commentary*, Baden-Baden, 2024, 10. Si v. anche M. COLANGELO, *op. cit.*, *passim* e spec. 440, la quale evidenzia come il DMA si inserisca nel quadro normativo esistente determinando il pericolo di sovrapposizioni con l'applicazione del diritto della concorrenza.

⁽⁶⁾ È stato posto all'evidenza da più voci che le differenti regolazioni siano tutte parte di una struttura organica unitaria, essendo i singoli atti normativi come DSA, DMA, Data Act, Data Governance Act (nonché oggi Ai Act) complementari agli altri. In questo senso si v. recentemente A. MORACE PINELLI, *Data Act (reg. UE 2023/2854): la circolazione dei dati nell'interesse privato e generale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2025, 1, 220 ss. e *ivi* per i relativi riferimenti dottrinali.

e frutto di una lettura forse non pienamente aderente al quadro giuridico di riferimento, sebbene — e occorre chiarirlo sin d'ora — il DMA si muova entro coordinate giuridiche lontane dal tradizionale “diritto dei consumatori”.

Al fine di comprendere se l'effettiva tutela del consumatore sia relegata in via esclusiva ad altre normative, lo studio può muovere da assunti che possono dirsi ormai acquisiti: le piattaforme qualificabili come *gatekeepers* ⁽⁷⁾ rappresentano un “obbligato” strumento di incontro, contatto e scambio tra le imprese (i prestatori) e i “consumatori” di servizi digitali, e i servizi di piattaforma di base ⁽⁸⁾ attribuiscono a chi li fornisce la capacità di sfruttamento degli “utenti finali” e degli “utenti commerciali”.

Tale vantaggio deriva da taluni fattori come la dipendenza, il c.d. *lock in* e la cessione dei dati in favore delle piattaforme ⁽⁹⁾. Fattori che, da un lato, determinano la possibilità di controllo o manipolazione di “utenti finali” e “utenti commerciali”, la loro crescente dipendenza economica dalle piattaforme commerciali e la mancanza di trasparenza dei processi, e, dall'altro lato, rappresentano le ragioni fondamentali di una regolazione incisiva volta ad assicurare il miglior funzionamento del mercato interno ⁽¹⁰⁾.

Sin dal principio, il DMA esplicita che gli obiettivi da perseguire riguardano l'equità (*fairness*) e la contendibilità dei mercati digitali.

Proprio l'art. 1 afferma, infatti, che «il fine del presente regolamento è contribuire al corretto funzionamento del mercato interno stabilendo norme armonizzate volte a garantire, per tutte le

⁽⁷⁾ Il *gatekeeper* è definito all'art. 2, n. 1 del Reg. (UE) 2022/1925, come «un'impresa che fornisce servizi di piattaforma di base, designata a norma dell'articolo 3».

⁽⁸⁾ Secondo l'art. 2, n. 2, per «servizio di piattaforma di base» si intende «uno qualsiasi dei seguenti servizi: a) servizi di intermediazione *online*; b) motori di ricerca *online*; c) servizi di *social network online*; d) servizi di piattaforma per la condivisione di video; e) servizi di comunicazione interpersonale indipendenti dal numero; f) sistemi operativi; g) *browser web*; h) assistenti virtuali; i) servizi di *cloud computing*; j) servizi pubblicitari *online*, compresi reti pubblicitarie, scambi di inserzioni pubblicitarie e qualsiasi altro servizio di intermediazione pubblicitaria, erogati da un'impresa che fornisce uno dei servizi di piattaforma di base elencati alle lettere da a) a i)».

⁽⁹⁾ In questo senso, B. MARCHETTI, *op. cit.*, 1102, e già prima L. TORCHIA, *op. cit.*, 14.

⁽¹⁰⁾ R. PODSZUN, *Introduction*, cit., 4.

imprese, che i mercati nel settore digitale nei quali sono presenti *gatekeeper* siano equi e contendibili in tutta l'Unione, a vantaggio degli utenti commerciali e degli utenti finali».

Nonostante le nozioni di equità e contendibilità non siano formalmente definite nell'art. 2 — così da determinare più di qualche ambiguità nella loro interpretazione ⁽¹¹⁾ —, può affermarsi che il DMA miri a garantire una concorrenza leale nell'economia digitale, stabilendo obblighi e diritti per le principali piattaforme online («*gatekeepers*») e impedendo che queste possano sfruttare la propria posizione dominante. L'obiettivo, è stato osservato, è quello di promuovere un ecosistema digitale equo e dinamico, che bilanci la libertà d'iniziativa economica e la protezione di utenti commerciali e finali dei servizi ⁽¹²⁾.

Non può però tacersi come dal mero contenuto letterale del menzionato art. 1 emerga che le norme armonizzate mirano a garantire *alle imprese* che i mercati siano equi e contendibili. In altri termini, il DMA individua nelle imprese i beneficiari della regolamentazione, identificandole come soggetti la cui posizione è garantita dalla normativa, e si riferisce agli utenti finali e commerciali in ragione del vantaggio indiretto, prodotto, nei loro riguardi, dalla normativa stessa.

2. Disomogeneità dell'approccio regolatorio tra DMA e disciplina consumeristica.

Tanto preliminarmente considerato, da un punto di vista sistematico va però posta attenzione al complessivo quadro del diritto

⁽¹¹⁾ M. POLO - A. SASSANO, *Dma: Digital Markets Act o Digital Markets Armistice?*, in *Merc. conc. reg.*, 2021, 3, 505. Sulle nozioni di contendibilità ed equità si v. in particolare M. COLANGELO, *op. cit.*, 418 s. e la dottrina *ivi* richiamata (nt. 16).

⁽¹²⁾ M.L. CHIARELLA, *op. cit.*, 38, e A. PALMIERI, *Profili giuridici delle piattaforme digitali. La tutela degli utenti commerciali e dei titolari di siti web aziendali*, Torino, 2019, 27 ss. Del resto, è lo stesso Regolamento a indicare, al considerando n. 7, che «la finalità del presente regolamento è contribuire al corretto funzionamento del mercato interno stabilendo norme volte a garantire la contendibilità e l'equità per i mercati nel settore digitale in generale e per gli utenti commerciali e gli utenti finali dei servizi di piattaforma di base forniti dai *gatekeeper* in particolare».

UE. Il Regolamento è stato del resto adottato come atto di armonizzazione ai sensi dell'art. 114 Tratt. FUE e si iscrive, quindi, nel quadro della logica del mercato interno e (anche) dell'elevato livello di protezione dei consumatori richiesto in quel mercato (art. 114, par. 3, Tratt. FUE) ⁽¹³⁾.

Non a caso, il Considerando n. 104 del DMA afferma che «i consumatori dovrebbero poter far valere i propri diritti in relazione agli obblighi incombenti ai *gatekeeper* ai sensi del presente regolamento attraverso azioni rappresentative».

È allora doveroso chiedersi se, nel rispetto dei propri obiettivi, il DMA si orienti verso una *concreta* protezione degli interessi dei consumatori.

Occorre cioè comprendere se gli effetti della regolazione europea si manifestino, nella loro pienezza, esclusivamente rispetto alla relazione tra piattaforme e utenti commerciali, oppure anche nei riguardi degli “utenti finali”, nella speciale veste di consumatori.

Solo così può essere chiarito, da un lato, se i diritti dei consumatori assumano una dimensione di rilievo nella regolamentazione del mercato offerta dal DMA e, dall'altro lato, quale ruolo quest'ultimo vada a ritagliarsi oggi, o comunque possa acquisire in ottica futura, nel più ampio contesto della disciplina della protezione dei consumatori nell'Unione.

Sul punto, possono già anticiparsi due considerazioni: da un lato, pur muovendosi secondo logiche distinte dal tradizionale diritto dei consumatori, il Regolamento non si limita a produrre effetti meramente indiretti riguardo alla protezione di questi ultimi, sussistendo disposizioni normative immediatamente azionabili dai singoli; dall'altro lato, com'è stato già segnalato da parte della dottrina, il DMA può contribuire a frammentare ⁽¹⁴⁾ o decostruire

⁽¹³⁾ R. PODSZUN, *Introduction*, cit., 10. Sottolinea l'importanza della base giuridica della regolamentazione rappresentata dall'art. 114 Tratt. FUE, quale disposizione chiave per l'armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri, anche M. COLANGELO, *op. cit.*, 417.

⁽¹⁴⁾ Qui intesa come risultato del processo attraverso cui un sistema giuridico perde coerenza interna in ragione di nuove fonti normative che tendono a sovrapporsi o a con-

l'unitarietà del diritto dei consumatori, stante la sua potenziale capacità di incidere su taluni strumenti orizzontali e talune basi tipiche di quella disciplina ⁽¹⁵⁾.

Per comprendere se, nel rispetto dei propri obiettivi, il DMA si orienti verso una concreta protezione degli interessi dei consumatori, è allora utile ricordare, seppur sommariamente, che il diritto dei consumatori dell'UE si è sviluppato lungo due direttrici principali: l'armonizzazione orizzontale e la protezione della parte debole nel contratto. La prima si è realizzata attraverso direttive che stabiliscono *standards* comuni per le diverse tipologie di contratto tra consumatore e professionista, indipendentemente dallo specifico settore di riferimento. La seconda si fonda, invece, sull'idea che il consumatore si trova in posizione di svantaggio e debolezza rispetto all'imprenditore e, pertanto, a prescindere dalle dimensioni di quest'ultimo, è meritevole di peculiari tutele ⁽¹⁶⁾.

Gli atti normativi fondamentali nella definizione di un quadro regolatorio della disciplina dei consumatori includono la Direttiva sulle clausole abusive nei contratti (dir. 93/13/CEE), la Direttiva sulle pratiche commerciali sleali (dir. 2005/29/CE) e la Direttiva sui diritti dei consumatori (dir. 2011/83/UE).

Tali strumenti condividono una logica comune: si applicano a tutti i rapporti tra imprese e consumatori, stabiliscono obblighi di informazione e trasparenza, e vietano taluni comportamenti o pratiche scorrette o ingannevoli. In specie, la protezione è costru-

tradirsi tra loro. Sul punto M. KOSKENNIEMI - P. LEINO, *Fragmentation of international law? Postmodern anxieties*, in *Leiden Journal of International Law*, 2002, 3, 553. Non è un caso che la frammentazione sia un fenomeno certamente più naturale e visibile nel contesto del diritto internazionale e del diritto dell'UE, ove l'attività legislativa e di regolazione è intensa, i settori oggetto di disciplina sono molteplici e gli interventi normativi diretti o indiretti, come quelli realizzati per l'appunto in ambito di diritto dei consumatori, appaiono penetranti e ripetuti.

⁽¹⁵⁾ Si v. in proposito l'analisi ricostruttiva, anche per i successivi riferimenti, di F. DE ELIZALDE, *Fragmenting Consumer Law Through Data Protection and Digital Markets Regulations: The DMA, the DSA, the GDPR, and EU Consumer Law*, in *Journal of Consumer Policy*, 2025, 48, 1 ss.

⁽¹⁶⁾ H.W. MICKLITZ, *The Politics of Justice in European Private Law*, in *Persona e Mercato*, 2020, 2, 46 s.

ita attorno alla figura del “consumatore medio”, presunto razionale ma vulnerabile rispetto a pratiche opache o aggressive ⁽¹⁷⁾.

Il diritto dei consumatori è dunque un diritto generalista e protettivo, basato sulla simmetria normativa (stesse regole per tutti i professionisti) e sull’universalità del soggetto protetto (il consumatore definito come persona fisica che agisce per scopi non professionali) ⁽¹⁸⁾. In altri termini, esso si fonda su una “logica della posizione contrattuale ⁽¹⁹⁾”, ove “l’individualità” non conta e l’identificazione della natura delle parti del rapporto deriva esclusivamente dalla finalità del rapporto stesso, prescindendo, così, tanto dalla dimensione dell’impresa quanto dalla conoscenza o competenza del consumatore ⁽²⁰⁾.

⁽¹⁷⁾ Si v. l’analisi di G. HOWELLS, *The Potential and Limits of Consumer Empowerment by Information*, in *Journal of Law and Society*, 2005, 3, 349, ove, in verità, l’Autore evidenzia come, sebbene l’incremento delle informazioni giovi ai consumatori, essi potrebbero non rispondere in maniera razionale alle stesse, nonostante spesso si presuma la loro razionalità. Il “consumatore medio” è quello cui fa riferimento l’art. 5 della dir. 2005/29/CE, così come inteso dalla giurisprudenza comunitaria e, cioè, un «consumatore normalmente informato e ragionevolmente avveduto, tenendo conto di fattori sociali, culturali e linguistici»: Corte Giust. UE 12, maggio 2011, causa C-122/10; Corte Giust. UE, 13 settembre 2018, cause C-54/17, C-55/17. Recentemente, in senso essenzialmente analogo, anche Corte Giust. UE, 14 novembre 2024, causa C- 646/22. Sul punto, si v. l’analisi condotta da F. MEZZANOTTE, *Né Homo Oeconomicus né Homer Simpson: il «consumatore medio» nella direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2025, 2, 374 ss., il quale evidenzia, *ivi* (cfr. nt. 4), che il legislatore europeo ha recentemente fatto riferimento a tale figura inserendola anche nel reg. UE 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022, relativo al mercato unico dei servizi digitali e volto a modificare la dir. 2000/31/CE. L’art. 6, paragrafo 3, della suddetta norma adotta infatti il parametro del «consumatore medio» per valutare la condotta della piattaforma *online*.

⁽¹⁸⁾ La protezione del consumatore è funzionale e dipende cioè esclusivamente dalla finalità del contratto, se commerciale oppure privata: E. TERRY, *Consumers, by definition, include us all... but not for every transaction*, in *European Review of Private Law*, 2, 2016, 279 s. Peraltro, i consumatori che agiscono per fini non commerciali sono tutelati anche se sono persone esperte e competenti nel settore. In proposito, si vedano i seguenti casi: Corte Giust. UE 25, gennaio 2018, Causa C-498/16, *Maximilian Schrems v. Facebook Ireland Limited*; Corte Giust. UE, 3 settembre 2015, Causa C-110/14, *H.O. Costea v. SC Volksbank România SA*. Dal punto di vista del diritto interno il d.lgs. n. 206/05 (c. cons.), definisce, infatti, all’art. 3 lett. a), il consumatore come «la persona fisica che agisce per scopi estranei all’attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta».

⁽¹⁹⁾ F. DE ELIZALDE, *Standardisation of agreement in EU law. An adieu to the contracting parties?*, in *New directions in European Private Law*, 2021, 6, 38-41.

⁽²⁰⁾ F. DE ELIZALDE, *Fragmenting Consumer Law*, cit., 11.

Tuttavia, la digitalizzazione ha posto sotto pressione questo modello.

Le piattaforme digitali (e le loro attività) sfuggono alla classificazione binaria di consumatore e professionista, offrendo servizi “gratuiti” in cambio di dati e sfruttando interfacce complesse potenzialmente in grado di alterare la volontà della parte del rapporto e di incidere, quindi, sull'autonomia di quest'ultima.

3. La protezione indiretta dei consumatori.

Come si accennava, gli obiettivi che il DMA intende perseguire riguardano l'equità e la contendibilità dei mercati digitali.

Nonostante l'ambiguità dei termini impiegati, è stato affermato che il concetto di equità utilizzato nel DMA assumerebbe comunque una rilevanza significativa nella prospettiva della protezione dei consumatori ⁽²¹⁾. Effettivamente, il concetto di equità (*fairness*), pur essendo connotato da indiscutibile vaghezza, è non di rado utilizzato nella sua forma negativa (*unfair*) in atti normativi concernenti la posizione dei consumatori, come ad esempio accade nella dir. 2005/29/CE o nella dir. 93/13/CEE ⁽²²⁾.

In verità, però, il DMA non soltanto dosa con estrema parsimonia i riferimenti espliciti alla figura del consumatore, ma sovente lo esclude nettamente dalle proprie finalità. Il Considerando n. 33 e l'art. 1 del Regolamento definiscono, infatti, come “sleale” (*unfair*) esclusivamente quelle pratiche attraverso cui il *gatekeeper* ottiene un vantaggio sproporzionato nel suo rapporto con un utente commerciale a causa di uno squilibrio tra diritti e obblighi in capo a quest'ultimo ⁽²³⁾. Gli utenti finali (inclusi i con-

⁽²¹⁾ A. MOSKAL, *Digital Markets Act (DMA): A Consumer Protection Perspective*, in *European Papers*, 2022, 3, 1116.

⁽²²⁾ R. PODSZUN, *Introduction*, cit., 4.

⁽²³⁾ Il Considerando n. 33 afferma che «ai fini del presente regolamento, il carattere sleale dovrebbe riguardare uno squilibrio tra i diritti e gli obblighi degli utenti commerciali in cui il *gatekeeper* trae un vantaggio sproporzionato. I partecipanti al mercato, compresi gli utenti commerciali dei servizi di piattaforma di base e i fornitori alternativi di servizi forniti contestualmente o in ausilio a tali servizi di piattaforma di base, dovrebbero essere in grado di cogliere adeguatamente i vantaggi derivanti dai loro sforzi innovativi o di altro

sumatori), quindi, non sono considerati dalla previsione (se non nei limiti del vantaggio che conseguirebbero da un mercato equo e contendibile).

Inoltre, richiami espressi alla categoria del consumatore si rinvencono, a livello normativo, soltanto agli artt. 15 e 42 del Regolamento ⁽²⁴⁾, oltre che ai Considerando 1, 12, 72 e 104.

Dunque, dal punto di vista sostanziale, com'è stato posto in evidenza ⁽²⁵⁾, il DMA si rivolge principalmente al rapporto tra i *gatekeepers* e i loro utenti commerciali, e non alla categoria degli "utenti finali", tra i quali possono essere annoverati anche i consumatori, sebbene questi ultimi, si badi, non rappresentino gli unici soggetti ascrivibili alla citata categoria.

Non v'è, in altri termini, coincidenza tra la nozione di consumatore e quella di "utente finale". Il Regolamento, infatti, definisce l'"utente finale" come «qualsiasi persona fisica o giuridica diversa da un utente commerciale che utilizza i servizi di piattaforma di base», mentre definisce come "utente commerciale" «qualsiasi persona fisica o giuridica che, nell'ambito delle proprie attività commerciali o professionali, utilizza i servizi di piattaforma di base ai fini della fornitura di beni o servizi agli utenti finali o nello svolgimento di tale attività» ⁽²⁶⁾.

Ciò sta a significare che per l'identificazione dell'"utente commerciale" vengono stabiliti due criteri: la capacità commerciale o professionale e la finalità di offrire beni o servizi agli utenti finali. Più precisamente, per distinguere tra utenti finali e utenti commerciali, ciò che rileva è lo scopo per il quale si utilizza la

tipo. Secondo l'art. 1, il fine del Regolamento è «contribuire al corretto funzionamento del mercato interno stabilendo norme armonizzate volte a garantire, per tutte le imprese, che i mercati nel settore digitale nei quali sono presenti *gatekeeper* (controllori dell'accesso) siano equi e contendibili in tutta l'Unione, a vantaggio degli utenti commerciali e degli utenti finali».

⁽²⁴⁾ Vi è un riferimento anche all'art. 8, ove si prevede che le misure attuate dal *gatekeeper* devono essere, tra l'altro, conformi al diritto in tema di protezione dei consumatori.

⁽²⁵⁾ R. PODSZUN, *The Digital Markets Act: What's in it for Consumers?*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 2022, 1, 3 ss.

⁽²⁶⁾ Art. 2, n. 20 e 21.

piattaforma: chi impiega il servizio di piattaforma di base (CPS) per vendere prodotti o fornire servizi attraverso di essa è considerato un utente commerciale; chi invece si colloca sul lato della domanda è qualificato sempre come utente finale.

Dunque, non assume rilevanza che l'utente collocato dal lato della domanda agisca nell'ambito di un'attività economica (ad esempio, come acquirente per la propria attività commerciale): in tal caso egli sarà comunque considerato, ai fini del Regolamento, come "utente finale" ⁽²⁷⁾.

Dalle precedenti considerazioni discende, allora, una prima conclusione: la disciplina di protezione degli "utenti finali" dettata dal Regolamento DMA non rinviene la propria *ratio* nella specifica volontà di tutela dei (soli) consumatori, così come identificati in ragione della disciplina europea dettata per la loro protezione. E da ciò si deduce, quindi, che le garanzie di cui tali utenti comunque beneficiano in virtù del Regolamento trovano il loro fondamento in finalità che si distanziano da quelle tipicamente poste a base della normativa consumeristica.

A riprova della precedente notazione può inoltre osservarsi che, diversamente dall'approccio seguito dalla disciplina consumeristica — ove chi agisce per finalità commerciali si trova a "subire" le tutele poste in favore della "parte debole" del rapporto (il consumatore) —, il DMA, con un mutamento di prospettiva, riconosce come meritevole di protezione colui che agisce per scopi commerciali.

Anche per tali ragioni è stato affermato che il DMA si occupa della relazione tra piattaforme e utenti commerciali, lasciando ad altre normative il campo della salvaguardia dei consumatori, senza considerare cioè i diritti di questi ultimi come aspetto centrale della regolamentazione fondamentale del mercato. Sicché, secondo questo orientamento, il DMA si "limiterebbe" in definitiva a conferire loro maggiori possibilità di scelta e di prodotti, nonché

⁽²⁷⁾ P. BONGARTZ - A. KIRK, *Definitions*, Art. 2, in *Digital Markets Act. Article-by-Article Commentary*, Baden-Baden, 2024, 52 ss.

servizi migliori, come riflesso della più efficiente competizione nel mercato ⁽²⁸⁾.

Va tuttavia evidenziato che alcuni espressi riferimenti alla figura del consumatore appaiono, come si accennava, in relazione agli obblighi di verifica (art. 15, par. 1, DMA) e con riguardo all'inclusione del DMA (art. 42 DMA) nell'elenco della normativa dell'UE che può costituire base per le azioni rappresentative previste dalla relativa dir. 2020/1828/UE ⁽²⁹⁾.

Quanto all'art. 15, esso prevede che «un *gatekeeper* presenta alla Commissione entro sei mesi dalla sua designazione a norma dell'articolo 3 una descrizione sottoposta a *audit* indipendente delle tecniche di profilazione dei consumatori applicate dal *gatekeeper* ai suoi servizi di piattaforma di base elencati nella decisione di designazione a norma dell'articolo 3, paragrafo 9, o nell'ambito di tali servizi».

La norma in esame non precisa, però, in modo dettagliato quali debbano essere i contenuti o l'ampiezza della descrizione richiesta, ma stabilisce che essa debba quantomeno consentire una

⁽²⁸⁾ R. PODSZUN, *The Digital Markets Act: What's in it for Consumers?*, cit., 4 ss.; A. MOSKAL, *op. cit.*, 1117 ss.

⁽²⁹⁾ Ci si riferisce alla dir. 2020/1828/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2020 relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori, sulla quale si v. almeno: E. MINERVINI, *Azioni rappresentative e provvedimenti inibitori*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2025, 1, 287 ss., nonché ID., *L'azione inibitoria nella dir. 2020/1828/UE*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 5, 2022, 1377 ss.; M. MARTINO, *Sulla difficile convivenza tra le azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e le azioni collettive ex artt. 840-bis e ss. c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2024, 4, 1222 ss.; G. DE CRISTOFARO, *Le «azioni rappresentative» di cui agli artt. 140-ter ss. c.cons.: ambito di applicazione, legittimazione ad agire e rapporti con la disciplina generale delle azioni di classe di cui agli artt. 840-bis ss. c.p.c.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2024, 1, 1 ss., nonché ID., *Azioni «rappresentative» e tutela degli interessi collettivi dei consumatori. La «lunga marcia» che ha condotto all'approvazione della dir. 2020/1828/UE e i profili problematici del suo recepimento nel diritto italiano*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 4, 1010 ss.; E. CAMILLERI, *L'azione rappresentativa e il raccordo imperfetto con il diritto privato regolatorio. Le decisioni delle Authorities tra libero apprezzamento e presunzioni giurisprudenziali: spunti dall'arrêt Repsol*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2024, 2, 437 ss.; ID., *La dir. 2020/1828/UE sulle azioni rappresentative e il «sistema delle prove». La promozione dell'interesse pubblico attraverso la tutela degli interessi collettivi dei consumatori: verso quale modello di enforcement?*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 4, 1052 ss.

valutazione attendibile delle modalità di profilazione adottate.

La Commissione ha poi pubblicato il 12 dicembre 2023 “a template relating to the audited description of consumer profiling techniques ⁽³⁰⁾”, nel quale sono state specificate le informazioni che i *gatekeepers* sono tenuti a rendere in ordine alle tecniche di profilazione ⁽³¹⁾. In particolare, occorrerebbe almeno una descrizione di come è realizzata la profilazione, del trattamento applicato ai dati, dello scopo per il quale è utilizzato il profilo, della durata della profilazione, dell’impatto di tale profilazione sui servizi del *gatekeeper* e dei provvedimenti adottati per consentire effettivamente agli utenti finali di essere a conoscenza dell’uso pertinente di tale profilazione, nonché dei provvedimenti finalizzati a chiedere il loro consenso o a offrire loro la possibilità di negare o revocare il consenso.

Va inoltre notato che l’articolo 15, in ogni caso, si riferisce alla sola profilazione dei consumatori, non menzionando gli “utenti finali”.

Tale specificazione potrebbe condurre, a prima vista, a supporre l’esistenza di una *voluntas legis* orientata a proteggere soggetti particolarmente deboli identificati proprio nei consumatori; tuttavia la *ratio* sottesa alla norma sembra distanziarsi, almeno in

⁽³⁰⁾ Beninteso, secondo l’articolo 2, n. 31 del DMA, la definizione di “profilazione” coincide con quella contenuta nell’articolo 4, numero 4, del reg. UE 2016/679 (GDPR) (art. 2, nn. 146 ss.). In sostanza, attraverso le tecniche di profilazione il *gatekeeper* traccia le attività *online* di una persona fisica e genera un profilo mediante tecniche di trattamento automatizzato, che riflettono preferenze, comportamenti o abitudini. Tale profilo viene utilizzato per prendere decisioni che riguardano la persona oppure per prevederne il comportamento. In questo senso, P. BONGARTZ - A. KIRK, *op. cit.*, 63.

⁽³¹⁾ Tra cui: «i) information on the identity and contact points of the gatekeeper (*section 1*); (ii) the minimum information that the Commission expects gatekeepers to provide to the Commission with the aim of meeting the objectives set out in recital 72 of Regulation (EU) 2022/1925, including enhancing transparency and accountability regarding gatekeeper’s profiling techniques as well as facilitating fairness and contestability of respective core platform services (*section 2*); (iii) general information on the auditors/auditing organization (*section 3*); (iv) information on the audit procedures (*section 4*); (v) information on the auditor’s assessment as to whether, with a reasonable level of assurance, the description is complete and accurate (*section 5*); and (vi) information on the public overview of the audited description (*section 6*)».

parte, da tale ipotizzato fine. Infatti, il Considerando n. 72 illustra in dettaglio la logica e gli obiettivi della disposizione in esame, chiarendo che un adeguato livello di trasparenza nelle tecniche di profilazione utilizzate dai *gatekeepers* favorisce (comunque) la contendibilità dei servizi di piattaforma di base (CPS).

Vi è, pertanto, anche una motivazione fortemente economica alla base della norma: i concorrenti potenziali e le *start-up* non dispongono generalmente di un accesso ai dati dei consumatori paragonabile a quello dei *gatekeepers* e una maggiore trasparenza consente loro di acquisire conoscenze di mercato più approfondite e di proporsi ai consumatori pubblicizzando meccanismi di protezione dei dati più avanzati ⁽³²⁾.

L'art. 42, invece, prevede che «la direttiva (UE) 2020/1828 si applica alle azioni rappresentative intentate contro le violazioni, da parte dei *gatekeeper*, delle disposizioni del presente regolamento che ledono o possono ledere gli interessi collettivi dei consumatori».

In virtù di questa disposizione i consumatori dovrebbero quindi poter far valere i propri diritti, in relazione agli obblighi incombenti sui *gatekeepers* ai sensi del DMA, attraverso azioni rappresentative in conformità alla dir. 2020/1828/UE del Parlamento europeo e del Consiglio ⁽³³⁾.

Sebbene l'introduzione di tale norma sia da salutare con favore ⁽³⁴⁾, essa circoscrive la sua portata alle ipotesi di lesione degli interessi collettivi di consumatori, non prevedendo espressamente azioni individuali a favore di singoli soggetti potenzialmente

⁽³²⁾ Sul punto si v. anche D. SEELIGER, *Obligation of an audit*, in *Digital Markets Act. Article-by-Article Commentary*, Baden-Baden, 2024, 326.

⁽³³⁾ Per una compiuta disamina in ambito di azioni rappresentative ed interessi protetti, si v., per tutti, E. CAMILLERI, *L'azione rappresentativa e il raccordo imperfetto con il diritto privato regolatorio*, cit., 437 ss.

⁽³⁴⁾ La proposta regolamentare non prevedeva infatti alcun riferimento al possibile esperimento di azioni collettive da parte dei consumatori; l'apertura all'applicazione della Direttiva sulle azioni rappresentative era stata auspicata da R. PODSZUN, *The Digital Markets Act: What's in it for Consumers?*, cit., 5.

danneggiati da inadempimenti degli obblighi regolamentari ⁽³⁵⁾.

L'art. 42 è quindi chiaro nel riferirsi alla tutela dei soli interessi collettivi dei consumatori, escludendo *a contrario* — sulla base del mero dato contenutistico della previsione — azioni individuali da parte degli stessi. Di ciò pare potersi trarre conferma dalla lettura del già menzionato Considerando n. 104, il quale specifica che i consumatori dovrebbero poter far valere i propri diritti in relazione agli obblighi imposti ai *gatekeepers* attraverso (sole) azioni rappresentative.

Anche per tali ragioni alcuni Autori hanno escluso che i singoli consumatori possano esercitare azioni individuali a tutela dei propri interessi, evidenziando che in altri corpi normativi, come la direttiva sulle pratiche commerciali sleali, è la stessa disciplina a prevedere espressamente la possibilità di azioni individuali [UCPD art. 11a (come riformata dalla dir. UE 2019/2161, c.d. Direttiva Omnibus ⁽³⁶⁾)].

Siffatta tesi, come si illustrerà più diffusamente nel prosieguo, non risulta però condivisibile, anzitutto perché negare l'esperibilità di azioni individuali da parte dei consumatori limiterebbe fortemente l'effettività delle tutele di cui gli stessi potrebbero giovare in qualità di "utenti finali".

È infatti opportuno evidenziare che i consumatori, intesi quali "utenti finali", beneficiano degli effetti derivanti da quanto disposto dagli artt. 5, 6 e 7 del Regolamento, concernenti gli obblighi imposti ai *gatekeepers* per garantire la contendibilità e l'equità dei mercati. Tali disposizioni si rivolgono principalmente alla condotta dei *gatekeepers* nei confronti degli utenti commerciali, ma conferiscono, in modo diretto e indiretto, significative tutele

⁽³⁵⁾ Rileva E. CAMILLERI, *L'azione rappresentativa e il raccordo imperfetto con il diritto privato regolatorio*, cit., 441, che il DMA «affida all'azione rappresentativa l'unica traccia — per lo meno l'unica esplicita — di apertura al *private enforcement*, evidentemente scorgendovi la tecnica (potenzialmente) meno intrisa e condizionata dalla logica privatistica — di interessi e conflitti pur sempre individuali — e più versatile dunque a recepire e veicolare istanze che attengono al momento della regolazione».

⁽³⁶⁾ Si rimanda a F. DE ELIZALDE, *Fragmenting Consumer Law*, cit., 18, anche per i relativi riferimenti.

anche agli utenti finali, assicurando la libertà di scelta rispetto ai servizi digitali utilizzati, la possibilità di accedere a contenuti e funzionalità senza vincoli ingiustificati, nonché garanzie rafforzate in termini di interoperabilità, portabilità dei dati e protezione da pratiche manipolative ⁽³⁷⁾.

Giunti a questo punto dell'indagine, sembra potersi affermare con sicurezza che, dall'esame del complessivo quadro di sintesi

(³⁷) Le garanzie rilevanti, normalmente riconducibili agli abusi di sfruttamento o alle pratiche leganti, vengono di seguito riportate.

L'articolo 5, paragrafo 4, pone un divieto ai *gatekeepers* di imporre agli utenti finali l'utilizzo di specifici servizi di identificazione, *browser web* o sistemi di pagamento come condizione per accedere ai servizi di piattaforma di base; in modo analogo, l'articolo 5, paragrafo 8, impedisce ai *gatekeepers* di subordinare l'accesso a un determinato servizio di piattaforma all'abbonamento ad altri servizi.

L'articolo 5, paragrafo 5, impone ai *gatekeepers* di consentire agli utenti finali di accedere e utilizzare contenuti, abbonamenti o funzionalità acquisiti al di fuori della loro piattaforma, attraverso i servizi del *gatekeeper* stesso. A complemento di ciò, l'articolo 6, paragrafo 5, stabilisce il divieto di favorire, nei risultati di ricerca e nell'indicizzazione correlata, i propri prodotti o servizi.

In forza dell'articolo 6, paragrafo 3, i *gatekeepers* devono consentire agli utenti finali di disinstallare facilmente le applicazioni preinstallate e modificare le impostazioni predefinite che li indirizzano verso prodotti o servizi del *gatekeeper*.

L'articolo 6, paragrafo 4, obbliga i *gatekeepers* a permettere l'installazione e l'uso effettivo di applicazioni software o app store di terze parti, favorendo l'interoperabilità (questa disposizione amplia la libertà di scelta degli utenti, consentendo l'accesso a un'ampia gamma di applicazioni oltre a quelle offerte dal *gatekeeper*, prevenendo il *lock-in* e incentivando l'innovazione).

L'articolo 6, paragrafo 6, riguarda il *design* delle interfacce utente, vietando l'impiego di pratiche ingannevoli o manipolative — comunemente note come *dark patterns* — che potrebbero indurre gli utenti a compiere scelte non intenzionali.

L'articolo 6, paragrafo 9, richiede ai *gatekeepers* di mettere a disposizione strumenti che facilitino l'effettiva portabilità dei dati generati dall'attività degli utenti finali.

L'articolo 6, paragrafo 12, impone ai *gatekeepers* di garantire che la procedura di disiscrizione da un servizio di piattaforma di base sia semplice quanto quella di iscrizione.

L'articolo 7 disciplina gli obblighi di interoperabilità dei *gatekeepers* con riferimento ai servizi di comunicazione interpersonale. Il *gatekeeper* deve rendere interoperabili — su richiesta e a titolo gratuito — le funzionalità di base del proprio servizio con quelle di fornitori terzi, fornendo le necessarie interfacce tecniche e assicurando un livello di integrazione progressivamente crescente nel tempo. Particolarmente rilevante per gli utenti finali è il paragrafo 7, che riconosce loro una tutela diretta: essi restano infatti liberi di scegliere se avvalersi o meno delle funzionalità interoperabili rese disponibili dal *gatekeeper*.

In tema, si v. M. COLANGELO, *op. cit.*, 423, la quale evidenzia come l'elenco degli obblighi di cui agli artt. 5 e 6 del DMA sia basato sulla casistica *antitrust* esistente in materia.

delineato dalle disposizioni “speciali” concernenti la posizione dei consumatori (artt. 15 e 42 Reg.) e da quelle “generali” — di cui gli stessi possono beneficiare quali utenti finali —, risulta che alcune delle più significative forme di tutela rinvenibili nel DMA non sono attribuite alla figura del consumatore in quanto tale. Il DMA non segue, infatti, la tradizionale dicotomia professionista/consumatore — che determina l’applicazione della normativa consumeristica in base allo scopo commerciale o non commerciale dell’attività delle parti ⁽³⁸⁾ — e differenzia gli obblighi imposti ai professionisti e i corrispondenti diritti riconosciuti agli utenti finali in ragione della dimensione dell’impresa ⁽³⁹⁾. Inoltre, il Regolamento aumenta la platea dei potenziali beneficiari rispetto alla disciplina consumeristica e garantisce protezione a soggetti che agiscono per finalità tanto commerciali quanto non commerciali: i consumatori sono cioè posti, in larga misura, sul medesimo piano delle imprese ⁽⁴⁰⁾. Al contempo, tuttavia, pur in assenza di una costruzione dogmatica incentrata sulla figura dei consumatori, la disciplina positiva consente a questi ultimi — in quanto utenti finali — di beneficiare di protezioni sostanziali di particolare rilievo. Ciò vale soprattutto nella misura in cui si riconosca loro la possibilità di tutelare individualmente i propri interessi giuridicamente protetti, esercitando azioni dirette a presidio delle garanzie riconosciute dal DMA.

4. Pericoli di frammentazione del diritto dei consumatori.

Si ribadiva poc’anzi che il diritto dei consumatori presuppone una classificazione binaria tra consumatori e professionisti fondata sullo scopo commerciale o non commerciale della condotta

⁽³⁸⁾ H.W. MICKLITZ, *Dissolution of EU consumer law through fragmentation and privatization*, in *Digital fairness for consumers*, 2024, 72, consultabile all’indirizzo www.beuc.eu.

⁽³⁹⁾ Il DMA regola i *gatekeepers* e stabilisce obblighi che si applicano solo a loro, e ciò, si ribadisce, a prescindere dalla concretizzazione effettiva di situazioni di abuso di posizione dominante. In proposito si v. A. MANGANELLI, *Il regolamento per i mercati digitali: ratio, criticità e prospettive di evoluzione*, in *Merc. conc. reg.*, 2021, 3, 484.

⁽⁴⁰⁾ F. DE ELIZALDE, *Fragmenting Consumer Law*, cit., 17.

o della transazione, mentre la peculiare caratteristica del DMA è quella di assoggettare agli obblighi previsti dallo stesso esclusivamente taluni operatori economici di grandi dimensioni. A ciò consegue, com'è stato osservato, la possibile frammentazione o decostruzione dell'unitarietà del diritto dei consumatori, stante la potenziale capacità della normativa in esame di incidere sugli strumenti orizzontali del diritto dei consumatori, in particolare sulla Direttiva sulle pratiche commerciali sleali ⁽⁴¹⁾.

Sebbene l'esame di tali controversi aspetti richiederebbe una diffusa indagine non consentita in questa sede, è opportuno sof-

(41) Si v., anche per i riferimenti che seguono, l'ampia analisi condotta da F. DE ELIZALDE, *Fragmenting Consumer Law*, cit., 13 ss., che merita menzione anche per quanto concerne il rapporto tra DMA e Direttiva sulle clausole vessatorie nei contratti con i consumatori (UCTD), la quale disciplina le clausole contrattuali che non sono state oggetto di trattativa individuale nei rapporti tra professionisti e consumatori (art. 3, par. 1, UCTD). Ricorda l'A. che, come avviene anche per altri strumenti del diritto dei consumatori, la UCTD parte dal presupposto che nei contratti *business to consumer* esistano strutturalmente squilibri di potere e di conoscenza. Il meccanismo di controllo delle clausole vessatorie si applica a qualunque professionista che faccia uso di condizioni generali non negoziate (art. 1, par. 1, UCTD). La direttiva tutela quindi tutti i consumatori, indipendentemente dal loro livello di preparazione o consapevolezza e il criterio centrale per l'applicazione della protezione è che il contratto sia concluso per finalità non commerciali (art. 2, lett. b e c, UCTD).

Non è facile prevedere con esattezza l'impatto che il Digital Markets Act (DMA) potrà avere sulla UCTD. In linea di principio, le disposizioni del DMA si applicano "fatto salvo" quanto previsto dalla UCTD (considerando 12 DMA). Sin dalla terminologia utilizzata, prosegue l'A., emergono però elementi di disomogeneità. La UCTD si riferisce esplicitamente alle clausole "non negoziate individualmente" (art. 3, par. 1), mentre il DMA adopera l'espressione "condizioni generali" (art. 6, par. 13), senza tuttavia fornire una definizione chiara. È plausibile ritenere che queste si riferiscano, almeno in parte, alle stesse clausole *standard* non negoziate, tipiche nei rapporti contrattuali tra utenti finali e *gatekeeper*.

Il livello di controllo del contenuto delle clausole varia nei casi che riguardano la posizione dei consumatori. Il DMA, infatti, prevede un solo obbligo specifico in materia, vietando che le condizioni generali relative alla cessazione dei servizi di piattaforma di base siano sproporzionate (art. 6, par. 13). Pertanto, potrebbero sorgere conflitti tra la UCTD e il DMA nella valutazione della validità delle clausole. La UCTD richiede, affinché una clausola sia considerata abusiva, che essa sia contraria alla buona fede e determini uno squilibrio significativo tra i diritti e gli obblighi contrattuali, in danno del consumatore (art. 3, par. 1). Il DMA, al contrario, consente restrizioni nelle condizioni generali, purché proporzionate (art. 6, par. 13). Ne consegue che una restrizione sproporzionata potrebbe rendere la clausola non vincolante, sia nell'ottica del DMA che in quella della UCTD.

fermarsi brevemente sulla interazione tra DMA e Direttiva sulle pratiche commerciali sleali (UCPD), atteso che la stessa assume rilevanza anche nell'ottica della precedente disamina del problema della proponibilità di azioni individuali da parte dei consumatori a tutela dei propri diritti.

Sussiste un significativo legame tra la UCPD e il DMA, atteso che quest'ultimo riconosce che la contendibilità e l'equità dei mercati digitali sono messe a rischio da caratteristiche tecniche ed economiche proprie dei servizi di piattaforma di base, combinate con pratiche ritenute sleali che i *gatekeepers* possono realizzare verso utenti commerciali e finali (considerando 2). Il Regolamento, pur non fornendo una definizione univoca di queste pratiche, le menziona in diversi considerando (2, 4, 31, 35 e 42).

Tali condotte sono raccolte nel Capo III del DMA, intitolato alle pratiche che limitano la contendibilità o sono sleali, e devono intendersi come quelle che compromettono la struttura e l'equità del mercato.

Vi è quindi un primo profilo di destrutturazione del diritto dei consumatori: una condotta potenzialmente eguale può condurre a rimedi differenti in ragione del soggetto che la ponga in essere. In altri termini, la liceità di una pratica varia in base al soggetto che la compie: una condotta elencata nel DMA è considerata sleale solo se posta in essere da un *gatekeeper*. In tutti gli altri casi, per qualificare quella stessa condotta come pratica sleale, i consumatori devono dimostrare che essa incide sulla libertà di scelta del consumatore medio, secondo quanto previsto dalla Direttiva sulle pratiche commerciali sleali, articoli 5–9 ⁽⁴²⁾.

Questa divergenza tra soggetti obbligati e modalità di protezione solleva interrogativi sulla compatibilità tra DMA e UCPD.

⁽⁴²⁾ Come ricorda F. MEZZANOTTE, *op. cit.*, 380, «il sistema di tutela predisposto dalla dir. 2005/29/CE ruota intorno alla necessaria distinzione tra condotte fisiologicamente tendenti ad orientare le scelte di consumo verso i prodotti e servizi di un certo professionista e pratiche che invece sono sanzionate in quanto capaci di frustrare radicalmente il libero, autonomo e spontaneo determinarsi del consumatore». Prima, in questo senso, si v. G. DE CRISTOFARO, *Pratiche commerciali scorrette*, in *Enc. dir.*, vol. V, Milano, 2012, 1093.

Non a caso, è lo stesso DMA, in particolare nel Considerando n. 12, a mostrare la consapevolezza di potenziali sovrapposizioni con la UCPD, laddove afferma che il Regolamento *dovrebbe* applicarsi senza pregiudicare le norme derivanti da altri atti di diritto dell'Unione, tra cui, per l'appunto, la Direttiva 2005/29/CE.

Alcuni Autori propongono di considerare il DMA come *lex specialis* rispetto ad altri strumenti del diritto europeo ⁽⁴³⁾.

Affinché la UCPD non si applichi e il DMA valga come *lex specialis*, devono però essere soddisfatti tre requisiti (art. 3, par. 4, UCPD;): (a) che la norma concorrente sia uno strumento di diritto dell'UE; (b) che essa disciplini aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali; (c) che vi sia un conflitto tra le due normative.

Il conflitto potrebbe allora verificarsi, rilevato, per un verso, che i consumatori sono ascrivibili alla categoria degli “utenti finali” e, per altro verso, che una pratica sleale posta in essere da un *gatekeeper* nell'ambito della sua attività economica (e atta a incidere sugli utenti finali) potrebbe configurare anche una pratica commerciale sleale ai sensi dell'art. 2, lett. d, UCPD. È il caso, ad esempio, della compromissione dell'autonomia decisionale dell'utente finale tramite *design* o funzionamento dell'interfaccia (art. 13, par. 6, DMA): tale pratica potrebbe essere illecita tanto secondo il DMA quanto in base all'art. 8 UCPD come pratica aggressiva ⁽⁴⁴⁾.

A questo punto, laddove si ritenga che il DMA non contempli la possibilità di esercizio di azioni individuali, vi sarebbe un effettivo conflitto tra le normative, atteso che, diversamente dal DMA, la Direttiva sancisce espressamente la possibilità di esercitare azioni individuali. Conseguentemente, in virtù dell'art. 3, par. 4, UCPD — il quale prevede che, in caso di conflitto, prevalgano le disposizioni dell'UE che regolano aspetti specifici delle pratiche

⁽⁴³⁾ Si v. per tutti, K. BANIA, *Fitting the Digital Markets Act in the existing legal framework: The myth of the “without prejudice” clause*, in *European Competition Journal*, 2023, 1, 116 ss., 127, la quale ritiene che la direttiva sulle pratiche commerciali sleali non trovi applicazione in relazione alle pratiche già disciplinate dal DMA.

⁽⁴⁴⁾ Ancora F. DE ELIZALDE, *Fragmenting Consumer Law*, cit., 18.

sleali — verrebbe esclusa l'applicazione della UCPD alle pratiche specificamente regolate dal DMA.

Ma tale esito sarebbe preferibilmente da scongiurare ⁽⁴⁵⁾.

5. Segue: applicabilità diretta della disciplina regolamentare e prospettive di armonizzazione.

Come ampiamente illustrato, sebbene preveda e disciplini il ricorso alle azioni rappresentative, il DMA tace in ordine all'esercizio di possibili azioni individuali in caso di violazione degli obblighi, tipizzati *ex ante*, gravanti sui *gatekeepers* ⁽⁴⁶⁾. Del resto, secondo quanto osservato in dottrina, il modello di *enforcement* adottato dal DMA è eminentemente pubblico, con un sistema centralizzato a livello di Unione e una conseguente attribuzione di ampi poteri in capo alla Commissione europea ⁽⁴⁷⁾.

⁽⁴⁵⁾ Sebbene l'eventuale esercizio delle azioni individuali vada certamente ad amplificare la protezione degli utenti finali (*recte* dei consumatori), in termini astratti, non può essere taciuto che, come evidenziato da M. DEL MORAL SÁNCHEZ, *The Devil is in the Procedure: Private Enforcement in the DMA and the DSA*, in *University of Bologna Law Review*, 2024, 1, 26, il carattere armonizzatore del DMA, fondato sull'art. 114 Tratt. FUE, rischierebbe di entrare in tensione con la prospettiva di una (ri)frammentazione derivante dall'applicazione delle sue disposizioni da parte dei giudici nazionali: ciò che potrebbe tradursi in un significativo grado di incertezza per i *gatekeepers*. Nello stesso senso si v. anche C. SCHEPISI, *L'enforcement del Digital Markets Act: perché anche i giudici nazionali dovrebbero avere un ruolo fondamentale*, in *Annali AISDUE*, 2022, consultabile all'indirizzo www.aisdue.eu, 10, ove l'A. evidenzia che i *gatekeepers*, operando abitualmente su scala transnazionale, potrebbero trovarsi esposti a procedimenti giudiziari paralleli dinanzi a diverse giurisdizioni nazionali, con il pericolo di decisioni tra loro divergenti. Ciò potrebbe tradursi, in concreto, nella possibilità che un determinato comportamento venga inibito o sanzionato in uno Stato membro e rimanga lecito in un altro, con conseguente asimmetria di trattamento e incertezza giuridica nell'attuazione uniforme del Regolamento.

⁽⁴⁶⁾ A ciò deve peraltro aggiungersi che neppure la direttiva sulle azioni rappresentative fornisce utili argomenti in favore della esperibilità delle azioni individuali da parte dei singoli consumatori. Anzi, almeno dal punto di vista del diritto interno, nel recepire la predetta Direttiva, il d.lgs. 10 marzo 2023, n. 28 ha inserito nel codice del consumo il nuovo Titolo II.1, specificamente dedicato alla disciplina delle «azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori» (artt. 140-ter- 140-quaterdecies), escludendo i singoli consumatori dal novero dei soggetti legittimati all'esperimento delle azioni, e richiedendo, quindi, che sia uno degli enti legittimati ad assumere l'iniziativa giudiziale: sul punto, si v. per tutti, M. MARTINO, *op. cit.*, 1235 e G. DE CRISTOFARO, *Le «azioni rappresentative» di cui agli artt. 140-ter ss. c. cons.*, cit., 32 ss.

⁽⁴⁷⁾ Si v. M. COLANGELO, *op. cit.*, 429 ss., cui si rimanda anche per i relativi riferi-

Va però evidenziato che l'esistenza di meccanismi di *enforcement* pubblico non esclude, in via di principio, la possibilità di rimedi privati dinanzi alla giurisdizione nazionale — c.d. *private enforcement* — per l'ipotesi di violazione dei diritti riconosciuti o degli obblighi imposti da disposizioni europee ⁽⁴⁸⁾. Infatti, in termini generali — e cioè decontestualizzando la riflessione dallo specifico quadro regolatorio del DMA —, l'assenza di una disciplina positiva non impedisce, di per sé, di ricorrere a strumenti di diritto nazionale laddove sussista la violazione di norme imperative dell'ordinamento dell'Unione.

Ne segue che, nell'ambito del DMA, il *private enforcement* individuale, pur non essendo previsto espressamente, potrebbe rivelarsi attuabile in virtù dei principi generali dell'ordinamento dell'Unione ed in ragione del carattere di diretta applicabilità del Regolamento *ex art.* 288 Tratt. FUE.

La diretta applicabilità del Regolamento, però, non implica necessariamente la possibilità che le sue disposizioni possano essere fatte valere in sede giurisdizionale nelle controversie tra privati, né si può ritenere, come ancora è stato osservato, che gli obblighi imposti dal DMA diano automaticamente luogo a diritti soggettivi azionabili attraverso rimedi impliciti previsti dal diritto interno ⁽⁴⁹⁾.

Ponendosi nell'ottica dell'insegnamento della Corte di Giustizia reso nel noto caso *Van Gend en Loos*, essendo direttamente applicabile, il DMA risulta infatti potenzialmente idoneo a produrre “effetto diretto” nelle relazioni tra privati, ma, a tali fini,

menti dottrinali, nonché V. FALCE - N.M.F. FARAONE, *Mercati digitali e DMA: note minime in tema di enforcement*, in *Diritto ind.*, 2022, 1, 6 ss.

⁽⁴⁸⁾ M. DEL MORAL SÁNCHEZ, *op. cit.*, 21, nonché p. 18 ove l'A. ricorda che per *private enforcement* si intende la possibilità per i singoli di far valere dinanzi ai giudici nazionali i diritti riconosciuti dalla normativa dell'Unione Europea o di ottenere un rimedio nel caso in cui tali diritti siano stati violati. L'ordinamento dell'Unione, tuttavia, non prevede di regola rimedi giurisdizionali espliciti: in base al principio di autonomia procedurale, essi devono essere rinvenuti nelle legislazioni nazionali degli Stati membri.

⁽⁴⁹⁾ M. DEL MORAL SÁNCHEZ, *op. cit.*, 23. Sulla distinzione tra applicabilità diretta ed efficacia diretta (anche rispetto ai regolamenti UE), si v., per tutti, L. DANIELE, *Diritto dell'Unione Europea*, 9ª ed., Milano, 2024, 281 ss.

le previsioni regolamentari devono possedere talune specifiche caratteristiche ⁽⁵⁰⁾. In particolare, affinché le disposizioni possano essere invocate da persone fisiche o giuridiche dinanzi ai tribunali nazionali (cioè producano “effetto diretto”) è necessario che siano sufficientemente chiare, precise (nel contenuto del diritto o dell’obbligo) e incondizionate ⁽⁵¹⁾. Diversamente, qualora l’attuazione della norma dipenda, per esempio, da un margine di discrezionalità riconosciuto agli Stati membri, essa non potrà considerarsi dotata di effetto diretto e non risulterà, quindi, direttamente azionabile ⁽⁵²⁾.

Pertanto, ai fini della produzione del c.d. effetto diretto, occorre verificare in concreto la sussistenza dei suindicati requisiti. In altri termini, nel caso di specie è necessario valutare se le menzionate norme (artt. 5, 6 e 7 Regolamento) siano sufficientemente chiare, precise e incondizionate, e se risultino orientate alla protezione di diritti di determinate categorie di soggetti potenzialmente lesi dalla loro violazione.

Ebbene, esaminando testo e contenuto normativo⁵³ delle previsioni in questione, emerge come le medesime fissino delle dettagliate regole di condotta, precise ed incondizionate, che i *gatekeepers* sono tenuti a rispettare, risultando così soddisfatti quei requisiti indispensabili affinché anche i giudici nazionali possano accertarne l’eventuale inosservanza a tutela dei diritti dei soggetti

⁽⁵⁰⁾ Corte Giust. CEE, 5 febbraio 1963, causa C-26/62, *Van Gend en Loos*. In linea con la consolidata giurisprudenza europea, i privati possono dunque far valere davanti ai giudici nazionali diritti che discendano direttamente dal diritto dell’Unione: si v. sul punto P.CRAIG - G. DE BÚRCA, *EU Law. Text, Cases and Materials*, 7ª ed., Oxford University Press, 2020, 222 ss.; M. DEL MORAL SÁNCHEZ, *op. cit.*, 19 s.

⁽⁵¹⁾ C. SCHEPISI, *op. cit.*, 7; A.P. KOMNINOS, *Private Enforcement of the DMA Rules before the National Courts*, in *Mededingingsrecht in de Praktijk*, 2024, 3, 32; M. STRAND, *Private enforcement under the Digital Markets Act: Rights and remedies revisited*, in *Nordic Journal of European Law*, 2024, 2, 123 s.

⁽⁵²⁾ Rileva A.P. KOMNINOS, *op. cit.*, 32 che, per esempio, questo è quanto rilevato dalla Corte Giust. UE, 11 gennaio 2001, causa C-403/98, *Monte Arcosu*, escludendo l’effetto diretto di alcune disposizioni di un regolamento proprio in ragione del potere discrezionale lasciato agli Stati membri nella loro applicazione.

⁽⁵³⁾ Si rimanda alla nt. n. 37.

privati verso i quali il Regolamento orienta la protezione ⁽⁵⁴⁾.

Il *private enforcement* degli obblighi di cui agli artt. 5, 6 e 7 del Regolamento appare dunque insito nella stessa formulazione dei precetti, senza che osti alla sua attuazione il fatto che la competenza principale in materia di applicazione del DMA sia attribuita alla Commissione europea e che il Regolamento disciplini formalmente, dal punto di vista positivo, (solo) lo specifico meccanismo di *enforcement* pubblico, ben potendo i due strumenti di *enforcement* coesistere, seppur per finalità parzialmente diverse ⁽⁵⁵⁾.

Va inoltre soggiunto che un rafforzamento del convincimento circa la possibilità di esercizio di azioni individuali in forza del DMA deriva dalla lettura combinata degli artt. 39 e 5 (6) del Regolamento.

Il primo disciplina la cooperazione della Commissione con gli organi giurisdizionali nazionali ⁽⁵⁶⁾ e sembra ben prestarsi ad una interpretazione estensiva volta a riconoscere una forma di *enforcement* privato del DMA ⁽⁵⁷⁾, soprattutto laddove afferma che

⁽⁵⁴⁾ In questo senso, si v. A.P. KOMNINOS, *op. cit.*, 34 s., nonché, prima dell'adozione della formulazione definitiva del DMA, C. SCHEPISI, *op. cit.*, 8.

⁽⁵⁵⁾ Sul punto: C. SCHEPISI, *op. cit.*, 4; A.P. KOMNINOS, *op. cit.*, 34 s., il quale evidenzia che, come avviene in altri settori del diritto dell'Unione — e in particolare nel diritto della concorrenza —, l'*enforcement* pubblico e quello privato devono essere intesi come strumenti complementari, entrambi funzionali alla piena effettività delle norme del DMA.

⁽⁵⁶⁾ In particolare: l'art. 39(1) prevede la possibilità per i giudici nazionali di chiedere alla Commissione informazioni “riguardanti l'applicazione del presente Regolamento”; il paragrafo 2 impone agli Stati membri di trasmettere una copia delle sentenze emesse dai propri giudici nell'applicazione del DMA; il paragrafo 3 riconosce alla Commissione la facoltà di presentare osservazioni scritte o orali dinanzi ai giudici nazionali; il paragrafo 5 vieta ai giudici di pronunciarsi in senso contrario rispetto a una decisione adottata dalla Commissione ai sensi del Regolamento, imponendo loro di evitare anche decisioni potenzialmente in conflitto con procedimenti già avviati dalla stessa Commissione e consentendo, a tal fine, di sospendere il procedimento. Dalle previsioni citate, emerge dunque l'attribuzione in capo ai giudici nazionali del potere di applicare direttamente le disposizioni del DMA, seppure in coordinamento con la Commissione.

⁽⁵⁷⁾ Ma il punto è discutibile. In ogni caso, secondo R. PODSZUN, *Introduction*, cit., 16, la previsione di cui all'art. 39 non sarebbe necessaria se non vi fossero casi in cui le parti private possono intentare azioni per ottenere ingiunzioni o risarcimenti basati sugli obblighi previsti dal DMA dinanzi ai tribunali nazionali. In senso non dissimile si era già espressa C. SCHEPISI, *op. cit.*, 10 s., seppur rispetto all'art 32-ter contenuto nel documento adottato dal Consiglio in data 16 novembre 2021, norma poi essenzialmente confluita

gli organi giurisdizioni nazionali non solo non devono formulare decisioni in contrasto con quelle già adottate dalla Commissione, ma sono altresì tenuti a evitare pronunce che possano entrare in conflitto con decisioni che la Commissione sta semplicemente “contemplando” nell’ambito di procedimenti avviati ai sensi del Regolamento.

Siffatta previsione presuppone, quindi, che procedimenti paralleli possano contemporaneamente pendere dinanzi alla Commissione e alle giurisdizioni dei Paesi dell’Unione, implicando che un giudice nazionale possa essere direttamente investito della cognizione promossa in via autonoma da soggetti privati (*recte* da attori processuali distinti dalla Commissione) prima dell’emissione della decisione da parte della Commissione.

In proposito, va tuttavia posto in luce che, in verità, tale specifica previsione non risulta dirimente — almeno di per sé — rispetto all’indagato profilo concernente l’esperibilità di azioni individuali da parte di singoli consumatori lesi da violazioni regolamentari, atteso che la contemporanea pendenza di procedimenti paralleli potrebbe essere conseguenza dell’esercizio di un’azione rappresentativa, e non individuale. Ciò fermo, l’art. 5 (6) del Regolamento sancisce in ogni caso che «il *gatekeeper* non impedisce né limita, direttamente o indirettamente, la possibilità per gli utenti commerciali o gli utenti finali di sollevare questioni in materia di inosservanza del pertinente diritto dell’Unione o del diritto nazionale da parte del *gatekeeper* presso qualsiasi autorità pubblica competente, compresi gli organi giurisdizionali nazionali, per quanto riguarda le pratiche del *gatekeeper*».

Dalla lettura congiunta delle due disposizioni pare allora emergere con chiarezza la finalità di garantire che gli utenti commerciali, ma anche gli utenti finali — a cui sono ascrivibili i consumatori —, possano direttamente intraprendere azioni legali e coinvolgere le autorità al fine della tutela dei propri diritti.

Dunque, giunti a questo punto dell’indagine, alla luce dell’analisi

condotta in tema di “effetto diretto” di talune specifiche disposizioni regolamentari ed in virtù del ruolo significativo affidato dal DMA ai giudici nazionali, sembra potersi affermare con sicurezza che i citati obblighi posti in capo ai *gatekeepers* debbano tradursi in un diritto di azione privato, esercitabile dinanzi alle corti nazionali ⁽⁵⁸⁾.

Pertanto, anche in ragione del contenuto del considerando n. 12 del DMA, che richiama esplicitamente la salvaguardia della UCPD, l’interpretazione armonizzante fra le due discipline impone di concludere che, ai sensi del DMA, risultano esercitabili azioni individuali da parte dei consumatori (utenti finali) e che questi possono ancora accedere ai rimedi individuali previsti dall’art. 11a UCPD, anche in relazione a pratiche regolamentate nel DMA, laddove sussistano le condizioni richieste dalla direttiva.

In definitiva, è cioè preferibile e ragionevole ritenere che i singoli consumatori, intesi quali utenti finali, possano individualmente tutelare le proprie posizioni giuridiche in forza del DMA. Conseguentemente, nel dirimere “controversie tra privati” fondate sugli articoli 5, 6 e 7 del DMA, i giudici nazionali saranno chiamati a riconoscere una serie di rimedi idonei ad assicurare la piena attuazione delle disposizioni regolamentari. Tra questi figura senza dubbio il diritto al risarcimento dei danni subiti a causa di una violazione del DMA ⁽⁵⁹⁾, ma, in ragione della peculiarità

⁽⁵⁸⁾ In questo senso anche M. DEL MORAL SÁNCHEZ, *op. cit.*, 29.

⁽⁵⁹⁾ In termini ampi, il diritto dell’Unione tende a riconoscere ai soggetti pregiudicati da violazioni *antitrust* un diritto al risarcimento del danno. Sebbene il DMA rappresenti una regolazione distinta dal TFUE e preveda, per ciò che in questa sede più rileva, obblighi del tutto peculiari in capo ai *gatekeepers*, è utile ricordare che con le sentenze *Courage* (Corte Giust. UE, 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage Ltd e Crehan*) e *Manfredi* (Corte Giust. UE, 13 luglio 2006, cause riunite da C-295/04 a C-298/04, *Manfredi e Cannito*), la Corte di Giustizia aveva già chiarito che la piena efficacia delle norme *antitrust* del TFUE, e in particolare l’effetto utile del divieto di intese restrittive, sarebbe compromessa qualora non fosse riconosciuta agli individui la possibilità di ottenere il risarcimento del danno derivante da condotte anticoncorrenziali. Nonostante tale riconoscimento giurisprudenziale, permanevano però difficoltà significative nella costruzione di un sistema di *private enforcement* realmente efficace. Per ovviarvi, come noto, il legislatore dell’Unione ha adottato la direttiva 2014/104/UE, imponendo agli Stati membri di dotarsi di strumenti procedurali idonei a garantire l’esercizio effettivo del diritto al risarcimento, in attuazione del principio di tutela giurisdizionale effettiva sancito dal TUE e dalla Carta.

e specificità dei citati obblighi gravanti sui *gatekeepers* e della conformazione e del contenuto dei precetti normativi, non vi sono ragioni per escludere che, accanto alle azioni risarcitorie, i giudici nazionali possano accordare misure inibitorie e cautelari — come la cessazione o la modifica di comportamenti contrari al DMA — sulla falsariga di quanto previsto dall'art. 24 del Regolamento, il quale attribuisce alla Commissione il potere di disporre misure provvisorie nei confronti del *gatekeeper* nei casi di urgenza dovuta al rischio di un danno grave e irreparabile per gli utenti commerciali o gli utenti finali.

Evidentemente, in ipotesi di esercizio dell'azione da parte del singolo, la misura adottata dal giudice nazionale mirerebbe alla protezione provvisoria di un diritto soggettivo e non alla tutela dell'interesse generale, perseguito direttamente dalla Commissione *ex art. 24 DMA* ⁽⁶⁰⁾.

Del resto, ragionando in termini più ampi, il mancato riconoscimento in capo ai consumatori della possibilità di esercizio di azioni individuali a tutela delle proprie posizioni giuridiche potrebbe tradursi nella carenza di reali garanzie giurisdizionali.

Si pensi al caso in cui l'autorità pubblica competente decida — per qualsivoglia ragione — di non procedere rispetto a una possibile violazione delle norme del DMA da parte del *gatekeeper*, ovvero alla diversa ipotesi in cui le associazioni dei consumatori non riescano ad attivarsi o non si attivino tempestivamente, o ritengano di non dover intervenire. In tali eventualità, in presenza di inosservanze regolamentari, il consumatore resterebbe privo di protezione.

Emerge allora come sussista una complementarietà funzionale tra *public* e *private enforcement* ⁽⁶¹⁾, intesi non quali modelli alternativi, ma come strumenti sinergici di effettiva attuazione del me-

Il recepimento della Direttiva è stato completato in Italia con il d.lgs. n. 3/2017.

⁽⁶⁰⁾ In punto di azioni esercitabili si v. anche A.P. KOMNINOS, *op. cit.*, 34 s.

⁽⁶¹⁾ Si v. C. SCHEPISI, *op. cit.*, 6 e spec. ntt. 11-12, la quale ricorda come la complementarietà sia ribadita sempre più frequentemente dalla Corte di Giustizia; nonché, in senso analogo, M. STRAND, *op. cit.*, 122.

desimo impianto regolatorio. Se l'*enforcement* pubblico garantisce il perseguimento dell'interesse generale e l'uniformità dell'applicazione del diritto dell'Unione, quello privato, anche in virtù della sua funzione di deterrenza e di responsabilizzazione degli operatori economici ⁽⁶²⁾, contribuisce a rendere sostanziale la tutela dei diritti individuali e collettivi lesi da condotte dei *gatekeepers*.

In questa prospettiva, il coordinamento dinamico tra le due dimensioni dell'*enforcement* rappresenta un presupposto essenziale dell'efficacia sostanziale del DMA, assicurando che la regolazione si traduca in un sistema concretamente capace di assicurare la protezione degli interessi giuridicamente rilevanti all'interno del "mercato digitale" nell'epoca dell'"economia della conoscenza".

ABSTRACT: Il *Digital Markets Act* (DMA) rappresenta un intervento regolatorio di natura strutturale, volto a garantire la contendibilità e l'equità dei mercati digitali. Pur muovendosi secondo logiche distinte dal tradizionale diritto dei consumatori, il Regolamento non si limita a produrre effetti meramente indiretti riguardo alla protezione di questi ultimi. L'articolo ricostruisce quindi il ruolo che il DMA è destinato ad assumere nella salvaguardia degli interessi dei consumatori, interrogandosi sulla capacità dell'articolato normativo di offrire garanzie effettive e diritti azionabili individualmente. L'analisi evidenzia come, accanto a un modello di *enforcement* pubblico fortemente centralizzato, emergano spazi di tutela individuale idonei a integrare la disciplina consumeristica dell'Unione, delineando un quadro di interazione complessa tra pubblica regolazione e iniziativa privata.

ABSTRACT: *The Digital Markets Act (DMA) is a structural regulatory intervention designed to safeguard contestability and fairness in digital markets. Although it operates on a different plane from traditional consumer law, the Regulation does more than produce indirect effects on consumer protection. This article examines the role the DMA is set to play in advancing consumers' interests and assesses whether its framework provides meaningful safeguards and rights that individuals can directly enforce. The analysis shows that, alongside a highly centralised model of public enforcement, the DMA opens up avenues for individual redress that can complement the Union's consumer-law architecture, ultimately giving rise to a nuanced interaction between public regulation and private initiative.*

(62) Cfr. M. STRAND, *ibidem*, che sottolinea come il *private enforcement* favorisca in particolare la responsabilizzazione degli operatori economici.

I criteri di interpretazione della legge e del provvedimento amministrativo: profili ricostruttivi e nuove prospettive

di NICCOLÒ MARIA D'ALESSANDRO

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Il concetto di “interpretazione” secondo la ricostruzione della dottrina. — 3. I criteri di interpretazione della legge nella giurisprudenza amministrativa. — 4. I criteri di interpretazione dell’atto amministrativo nella giurisprudenza. — 5. Profili evolutivi e innovativi di carattere generale: sulle molteplici fisionomie della “volontà” nell’interpretazione della legge e del provvedimento amministrativo. — 6. I “nuovi” criteri di interpretazione nel d.lgs. n. 36/2023. Il principio del risultato quale nuovo criterio di interpretazione della legge e del provvedimento? — 7. Conclusioni e nuove prospettive.

1. Premessa.

Il d.lgs. n. 36/2023 (il “Codice”) ha introdotto una serie di disposizioni nuove le quali potrebbero — almeno parzialmente — stravolgere i tradizionali criteri di interpretazione della legge e del provvedimento amministrativo.

In particolare, come meglio si osserverà, all’art. 4 rubricato “Criterio interpretativo e applicativo” il legislatore ha stabilito che le disposizioni del Codice si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli articoli 1 (principio del risultato), 2 (principio della fiducia) e 3 (principio di accesso al mercato). Sul punto, con specifico riferimento al principio del risultato, occorrerà cercare di fornire una risposta ai seguenti quesiti: in base al significato (letterale) di cui al predetto art. 4, i principi di risultato, fiducia e di accesso al mercato diventano nuovi criteri di interpretazione? In caso di risposta affermativa, i principi suddetti svolgono un ruolo paritario nell’interpretazione delle disposizioni del Codice

rispetto ai tradizionali criteri?

Le suddette disposizioni sembrano in un certo senso andare controcorrente rispetto a quanto affermato dalla giurisprudenza anche recente (Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 1/2025) in ordine al noto tema concernente i criteri di interpretazione della legge e del provvedimento da parte del giudice amministrativo.

Nella predetta sentenza, infatti, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha avuto modo di ribadire che il criterio di interpretazione primario debba essere quello "letterale" e ciò conformemente a quanto statuito dall'art. 12 delle Preleggi al Codice Civile, il quale recita: «Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore». Tale norma necessiterebbe di essere letta in combinato disposto con l'art. 101 Cost. secondo cui i giudici sono soggetti soltanto alla legge, mentre gli altri criteri di interpretazione rileverebbero solo nel caso in cui risulti equivoca e poco chiara l'interpretazione letterale ⁽¹⁾.

Pertanto, dopo un primo inquadramento di carattere generale sui criteri di interpretazione da parte della dottrina e della giurisprudenza, il presente lavoro tende a mettere in luce l'attività ermeneutica del giudice amministrativo in sede processuale, cercando al contempo di comprendere se in base al nuovo art. 4 del

⁽¹⁾ Cfr. Cons. Stato, Ad. Pl., n. 1/2025: «L'Adunanza Plenaria rileva come il primario criterio di interpretazione della legge sia quello letterale. L'art. 12 (rubricato "Interpretazione della legge") delle "disposizioni sulla legge in generale" allegate al codice civile dispone che «Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore». La rilevanza del dato testuale della legge è desumibile anche dall'art. 101 della Costituzione, il quale — nel prevedere che «i giudici sono soggetti soltanto alla legge» — dispone il dovere del giudice di darne applicazione, salve le possibilità, consentite da altre disposizioni costituzionali, di emanare una ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale o di dare applicazione a prevalenti regole dell'Unione europea. Gli altri criteri di interpretazione rilevano solo quando risulti equivoca la formulazione linguistica dell'enunciato normativo e la disposizione presenti ambiguità e si presti a possibili differenti o alternative interpretazioni (per tutte, Cons. Stato, Sez. V, 18 luglio 2024, n. 6440)».

Codice si sia creato un nuovo criterio interpretativo al pari dei tradizionali criteri.

2. Il concetto di “interpretazione” della legge e dell’atto amministrativo secondo la ricostruzione della dottrina.

Prima di analizzare singolarmente i criteri di interpretazione della legge e del provvedimento amministrativo, data la complessità e delicatezza della tematica in esame, occorre svolgere una ricognizione della nozione di interpretazione alla luce dei più rilevanti contributi dottrinali.

La dottrina ha tentato infatti nel corso degli anni di cogliere il significato generale di “interpretazione”.

Secondo un orientamento risalente, l’interpretazione è un’attività volta a riconoscere e a ricostruire il significato da attribuire, nell’orbita di un ordine giuridico, a forme rappresentative, che sono fonti di valutazione giuridiche o che di siffatte valutazioni costituiscono l’oggetto. L’interpretazione giuridica sarebbe una specie — forse la più importante — della categoria “interpretazione in funzione normativa” ⁽²⁾.

In base a tale orientamento, dunque, l’interpretazione giuridica deve distinguersi dall’interpretazione di espressioni pure come

(2) Cfr. E. BETTI, *L’interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, 3 ss. il quale acutamente rileva che: «Oggetto di valutazioni giuridiche possono essere dichiarazioni o comportamenti, che si svolgono nella cerchia sociale disciplinata dal diritto, in quanto abbiano rilevanza giur. secondo le norme e i precetti ivi in vigore: in particolare, quelle dichiarazioni e quei comportamenti, che abbiano a loro volta contenuto e carattere precettivo, siccome destinati a determinare una ulteriore linea di condotta». Cfr.: altresì in generale S. CAPRIOLI, *Lineamenti dell’interpretazione*, Perugia, 2001, 1 ss.; P. CHIASSONI, *Tecnica dell’interpretazione giuridica*, Bologna, 2007, 1 ss.; G. CORREALE, *Attività interpretativa della pubblica amministrazione e presunzioni legali*, in *Foro Amm.*, 1967, 111 ss.; V. CRISAFULLI, *Atto Normativo*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1959, 238 ss.; Id., *Disposizione (e norma)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1964, 195 ss.; M.N. FRACANZANI, *Analogia e interpretazione estensiva nell’ordinamento giuridico*, Milano, 2003, 1 ss.; M. GNES, *L’estensione dell’obbligo di interpretazione conforme alle decisioni quadro*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2006, 501 ss.; R. LASCHENA, voce *Interpretazione: IV) Interpretazione dell’atto amministrativo*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1989; C. LAVAGNA, *L’interpretazione autentica delle leggi e degli altri atti giudici [1942]*, in *Ricerche sul sistema normativo*, Milano, 1984, 375 ss.; D. ZIINO, *Profili dell’interpretazione giuridica*, Milano, 2011, 1 ss.

opere d'arte, di pensiero, interpretazione storica in quanto la stessa interpretazione giuridica deve andare oltre il fine di sottoporre il fatto a una diagnosi giuridica ⁽³⁾.

Un ulteriore orientamento, dopo aver compiuto una articolata ricerca storico-induttiva del concetto di interpretazione, ha sottolineato come la nozione giuridica dell'interpretazione verta sui seguenti punti: a) si tratta di un'attività che assume rilievo giuridico nel senso che il diritto la disciplina e la soppone talora a sindacati di vario genere (esiste un procedimento interpretativo che, in alcuni casi, è molto complesso); b) questo procedimento interpretativo contiene in sé una parte che si può definire "tecnica", in cui il sistema giuridico viene in contatto con elementi non giuridici, che costituiscono la realtà sociale; c) tale procedimento mira a intendere in che modo un atto giuridico porti modificazioni al mondo giuridico, ossia a intendere la portata giuridica di una volontà giuridicamente rilevante ⁽⁴⁾.

⁽³⁾ E. BETTI, *op. cit.*, 6 ss.: «In presenza di atti disciplinati dal diritto, essa deve mirare a ricavare dal tipo della dichiarazione emessa o del comportamento tenuto il senso che vi si ricollega nell'ambiente sociale, e così ad integrare nel suo contenuto la fattispecie dell'atto giuridico, raffrontandola alla fattispecie legale. Particolare importanza pratica assume poi la presenza di enunciazioni (o comportamenti) di carattere precettivo: siano norme di legge o di regolamento o di consuetudine, o sia il precetto di una sentenza, di un atto amministrativo o di un trattato internazionale, o sia infine un precetto dell'autonomia privata, negozio o statuto d'una società [...] Ora quanto più generali e astratti sono i termini in cui il precetto è formulato, quanto più remoto esso si presenta dalla concreta situazione di fatto per la quale deve valere, tanto più si avverte l'esigenza che esso venga rielaborato e rinnovato, adattato e adeguato alla vita e alla natura dei rapporti disciplinati. A soddisfare tale esigenza provvede per l'appunto l'interpretazione: in modo precipuo, l'interpretazione della legge, data l'astrattezza e generalità delle sue enunciazioni».

⁽⁴⁾ Cfr. M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria generale dell'interpretazione*, Milano, 1939, 35 ss. il quale sottolinea che: «È questo il punto fondamentale dell'interpretazione giuridica: la volontà nel campo del diritto si presenta infatti con caratteri e con attributi che variano profondamente, non solo nei vari ordinamenti, ma nel seno stesso di un sistema giuridico, da classe a classe, da genere a genere, da specie a specie di atto. L'atteggiamento che abbiamo detto giuridico, in tema di interpretazione della legge, aveva come precisa mira lo stabilire la nozione di volontà della legge». L'autore sottolinea altresì che vi sono dei mezzi da cui desumere la portata di una volontà giuridica, dei quali si tratta di riconoscerli e di vederne l'uso. Si vedano altresì: M.S. GIANNINI, *Interpretazione o qualificazione dell'atto amministrativo*, in *Giur. It.*, I, 1958, 597 ss.; ID., voce *Accertamento (diritto costituzionale e amministrativo)*, in *Enc.*

Sempre secondo tale orientamento, oggetto dell'interpretazione (giuridica) è sempre un'esternazione di volontà, cioè una volontà manifestata, positivamente o negativamente, che, in veste di atto giuridico, tende a produrre, direttamente o indirettamente, effetti giuridici ⁽⁵⁾.

Per un differente orientamento, si registrano sostanzialmente due fondamentali accezioni di interpretazione. La prima sarebbe quella per cui questo vocabolo funge da nome dell'attività designata dal verbo "interpretare"; in questa accezione, interpretazione è sinonimo di "interpretare" e si riferirebbe primariamente a un fenomeno mentale, come attribuire un significato a un documento. La seconda accezione, invece, è quella per cui tale vocabolo funge da nome del prodotto dell'attività designata dal verbo "interpretare": in tal caso, l'interpretazione è sinonimo del «[...] risultato di aver interpretato e, tale, risultato è, per il fatto stesso di essere conosciuto, incorporato in un documento, che oltre a documentare il compiuto fenomeno mentale è dotato di maggiore o minore rilevanza socio-istituzionale a seconda della sua forma e della posizione dell'interprete» ⁽⁶⁾.

Dir., Milano, 1958, 219 ss.; ID., *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali [1953]*, in *Scritti*, Vol. III, Milano, 2003, 769 ss.

⁽⁵⁾ M.S. GIANNINI, *op. cit.*, 1939, 38, il quale attentamente osserva che: «Secondo il comune insegnamento, effetto giuridico significa nascita estinzione modificazione di capacità, potestà, diritti e doveri: l'atto giuridico, investendo dei fatti, fa sorgere effetti giuridici: interpretare s'intende quindi cercare quali sono i fatti presi in considerazione da una volontà giuridicamente manifestata, da cui sorgono quegli effetti».

⁽⁶⁾ Sul punto si veda G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, 39-40 il quale precisa che: «Infatti da un lato la distinzione concettuale tra l'attività di interpretazione ed il risultato dell'interpretazione è imprescindibile strumento di ogni analisi rigorosa e di ogni teoria dell'interpretazione nel diritto e nell'interpretazione della legge; dall'altro lato la mancata distinzione ha reso possibile un non piccolo numero di equivoci che hanno a lungo gravato sulla dottrina giuridica. [...] "interpretazione" appare nella prima accezione, e si riferisce a una attività mentale, in contesti del tipo i seguenti: a) "L'art. 40 della Costituzione della Repubblica Italiana è ambiguo e necessita interpretazione", e questo enunciato esprime di solito la proposizione secondo cui chi voglia intendere la portata precettiva dell'art. 40 deve (non può non) sobbarcarsi dell'operazione mentale di attribuire significato ai vocaboli in esso contenuti [...] "Interpretazione" appare nella seconda accezione, e si riferisce al risultato di una precedente attività mentale quale di solito si incorpora in un documento, in contesti del tipo dei seguenti. c) "La Corte costituzionale interpreta l'art. 40 Cost. nel senso che il diritto di sciopero include lo sciopero politico"».

Ciò premesso, prima di analizzare le più rilevanti pronunce del giudice amministrativo in tema di interpretazione della legge e dell'atto amministrativo, appare opportuno fornire una classificazione di massima in ordine alle varie tipologie di criteri interpretativi della legge.

L'art. 12 delle Preleggi al Codice civile recita: «Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore. Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato».

Con particolare riferimento all'interpretazione della legge (7), vengono in rilievo, in particolare, tre tipologie di "criteri di inter-

(7) Sull'interpretazione della legge in generale cfr. *ex multis*, T. ASCARELLI, *Studi di diritto comparato in tema di interpretazione*, Milano, 1952, 1 ss.; N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino, 1938, 1 ss.; L. CAIANI, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Padova, 1954, 1 ss.; E. CALDERARA, voce *Interpretazione della legge*, in *Enc. Giur. It.*; G. GALLONI, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1955, 1 ss.; G. GORLA, *L'interpretazione del diritto*, Milano, 1941, 1 ss.; C. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio con particolare riguardo ai contratti*, Padova, 1938, 1 ss.; G. LASERRA, *L'interpretazione della legge*, Napoli, 1955, 1 ss.; G. MARZANO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1955, 1 ss.; L. MOSCO, *Principi sull'interpretazione dei negozi giuridici*, Napoli, 1952, 1 ss.; G. OPPO, *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, Bologna, 1943, 1 ss.; R. SACCO, *Il concetto di interpretazione del diritto*, Torino, 1947, 1 ss.; V. SCIALOJA, *Sulla teoria dell'interpretazione della legge*, in *Studi giuridici dedicati ed offerti a F. Schupfer*, Torino, 1898, 301; Secondo S. RENDI, *L'interpretazione della legge*, in *Enc. For.*, vol. IV, Milano, 1959, 432: «Le caratteristiche proprie della legge, la quale non dispone mai in vista di un caso concreto o dell'interesse di un singolo, richiedono un'attività interpretativa tutte le volte che ci si trova di fronte alla necessità di procedere alla sua applicazione: che non può essere effettuata se non quando dalla legge sia stato riconosciuto il significato in vista del puntualizzarsi della norma verso l'azione. A buon diritto, dunque, di parla della interpretazione come della vita del diritto». Osserva altresì M. ROTONDI, *Legge (interpretazione della)*, in *Nuovo Dig. It.*, VII, Torino, 737 che: «La interpretazione è un momento essenziale nell'applicazione della legge, ed un presupposto indispensabile, perché logicamente non si può concepire applicazione di norma giuridica che non sia stata previamente interpretata, se per interpretazione si intende, come deve intendersi, il processo logico attraverso al quale si rileva e si pone in evidenza il contenuto della disposizione legislativa. Anche la norma più perspicua e chiaramente formulato esige pertanto una interpretazione [...]».

pretazione" ⁽⁸⁾.

La prima tipologia concerne l'interpretazione letterale che, secondo l'orientamento prevalente in giurisprudenza, esso prevale sugli altri criteri interpretativi ove la stessa concerne lo svolgimento di un'analisi del testo tramite la ricerca del significato letterale di ciò che si sta leggendo. Il significato letterale può riguardare sia la singola parola sia un enunciato ⁽⁹⁾.

È stato ritenuto che l'interpretazione letterale è «[...] anche quella con cui i giuristi e i giudici ascrivono ad un testo normativo un significato *prima facie* che non dipende dalle regole del linguaggio ordinario e che tuttavia coincide con il significato letterale, essendo conforme agli usi che i giuristi fanno di determinati termini[...]; "interpretazione letterale" secondo l'unica definizione che è parsa utilizzabile a chi ha definito "lettera" l'insieme di tutti i possibili sensi che sono attribuibili a una disposizione secondo le regole semantiche e pragmatiche [...] sottostanti agli usi consolidati del linguaggio dei giuristi. Per cui, in definitiva, è "letterale" l'interpretazione che compie il massimo sforzo per non innovare i significati delle espressioni rispetto a quelli abituali nel lessico dei giuristi[...]" ⁽¹⁰⁾.

⁽⁸⁾ E. PICOZZA, *Il metronomo: problemi di interpretazione tra musica e diritto*, in *Scritti in onore di G. Berti*, III, Napoli, 2005, 1804 il quale afferma che: «Non si può non cogliere in questi caratteri generali della teoria dell'interpretazione evidenti analogie con i canoni generali dell'interpretazione giuridica e cioè: 1. L'interpretazione letterale, grammaticale e sintattica; 2. L'interpretazione logico-sistematica, strutturale e funzionale; 3. l'interpretazione storico-evolutiva; 4. l'interpretazione teleologica o di scopo; 5. l'interpretazione per valori 5. l'interpretazione per principi», il quale richiama il lavoro di G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980.

⁽⁹⁾ A.M. SORA, *L'interprete e le tecniche di interpretazione*, in *Il Mosaico del diritto. Teorie e strumenti dell'interpretazione giuridica*, Torino, 2024, 121 ss. secondo la quale: «Va rilevato inoltre come nella prassi interpretativa il "significato" letterale abbia assunto storicamente diverse declinazioni: a) il significato immediato, ovvero, il senso che viene attribuito in maniera istintiva dall'interprete immediatamente dopo aver letto la disposizione; b) il significato maggiormente aderente alla lingua in cui viene espressa la disposizione; c) il significato chiaro; secondo questa impostazione ciascuna parola può possedere un nucleo chiaro e percepibile immediatamente e tuttavia un lato oscuro, incerto, di dubbio valore semantico; d) l'insieme dei significati attribuibili alla singola parola o all'intera disposizione; e) il significato che è maggiormente aderente alla ratio legislativa».

⁽¹⁰⁾ Cfr. F. MODUGNO - T. GUARNIER, *Interpretazione giuridica. Tomo III. Gli argo-*

La seconda tipologia riguarda l'interpretazione teleologica la quale concerne prettamente lo scopo delle disposizioni. Essa, nello specifico, può essere: 1) soggettiva, quando l'interprete pone l'accento sull'intenzione del legislatore; 2) oggettiva, quando l'interprete si limita a dedurre gli scopi espressi nella disposizione, escludendo dall'attività ermeneutica l'*intentio legis auctoris* ⁽¹¹⁾.

Sull'intenzione del legislatore è stato sottolineato che la stessa, nonostante pare richiamare gli orientamenti strettamente soggetti dell'autore o degli autori del testo legislativo, non sembra essere una forzatura affermare che l'art. 12 delle Preleggi sottolinea la necessità di prendere in considerazione il contesto di formazione della legge, rappresentato anche dalle esigenze economico-sociali ad essa sottese, dagli orientamenti di dottrina e giurisprudenza, dallo stato della legislazione etc. ⁽¹²⁾.

menti. Gli argomenti dell'interpretazione giuridica. L'interpretazione conforme a Costituzione, Napoli, 2024, 24 ss. i quali sottolineano altresì che: «La tendenziale coincidenza del significato prima facie di un testo normativo con il significato letterale, inteso quale “significato (...) che è oggetto di un pacifico accordo tra gli interpreti e che pertanto un interprete attribuisce all'enunciato senza con ciò avanzare una tesi interpretativa bisognosa di giustificazione” (E. Diciotti, 1999, 345), induce ad intendere per “interpretazione letterale” una interpretazione “non-correttiva”, ossia quella interpretazione la quale né estende né restringe il supposto significato “naturale”, “oggettivo” (cioè “letterale” (...)) del testo normativo» (R. Guastini, 2004, 145).

⁽¹¹⁾ *Id.*, 122, secondo cui: «Nella prima ipotesi occorrerà individuare la corretta volontà legislativa [...] Nella seconda ipotesi occorre porre mente alla finalità del testo; tuttavia, è necessario comprendere quali siano i criteri che consentano di individuare le finalità c.d. oggettive di una certa disposizione o insieme di disposizioni. A tal proposito si è fatto riferimento allo scopo immanente o, ancora, ai valori tutelati dalla volontà del sistema giuridico; concetti, dunque, molto vaghi e stridenti sul piano dell'effettività».

⁽¹²⁾ Sul punto cfr. A. BELVEDERE, *Analisi dei testi legislativi e art. 12 delle Preleggi*, in *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, A. PALAZZO (a cura di), Napoli, 2001, 155 ss. secondo cui: «Non siamo affatto lontani, come si vede facilmente, da quanto i giuristi dicono a proposito della ricerca delle intenzioni del legislatore, attraverso la c.d. interpretazione logica. Evitando però un aggettivo (“logico”) impegnativo e in larga misura fuori posto, e collegando invece le nostre categorie con quelle di altri campi del sapere, possiamo renderci conto che la ricerca della intenzione del legislatore altro non è che la valutazione della dimensione pragmatica del discorso legislativo. La pragmatica è infatti l'aspetto dell'analisi linguistica relativo alle modalità ed alle funzioni che i processi di comunicazione hanno nelle concrete circostanze in cui si svolgono, con particolare riferimento alle interazioni che tali circostanze possono avere con le intenzioni degli autori degli atti comunicativi e con gli effetti che questi atti hanno sui loro destinatari».

La terza tipologia è l'interpretazione sistematica, la quale, come è stato osservato, non può essere ricondotta a una categoria unica in quanto si compone di una serie di "sotto-criteri sistematici". Ad esempio, si fa riferimento alla interpretazione "topografica" laddove la disposizione inserita in uno specifico capo o sezione di un codice consentirebbe di dedurre il ruolo o la funzione laddove queste ultime siano controverse ⁽¹³⁾.

Secondo un altro orientamento, è opportuno distinguere l'attività interpretativa delle leggi di diritto privato rispetto a quelle di diritto pubblico. In base a tale orientamento, infatti, il diritto privato è risultato agevolato nel separare le regole che riguardano l'interpretazione delle norme di diritto obbiettivo, cioè delle leggi in senso proprio, dalle altre regole che si riferiscono all'interpretazione dei negozi giuridici ⁽¹⁴⁾.

Di converso, tale distinzione non è assimilabile a quanto si riscontra nel diritto pubblico fra norma obiettiva ed atto amministrativo dato che: a) vi sono atti amministrativi che contengono senza dubbio delle norme di diritto obbiettivo: "ad essi dovranno per conseguenza riferirsi regole d'interpretazione analoghe a quelle proprie delle leggi materiali; non però del tutto identiche, giacché il più delle volte bisogna tener conto di due volontà, quella di chi emanò tali atti o, per dir meglio, regolamenti, e quella del Legislatore che li permise o lo prescrisse: e queste due volontà, bisogna, com'è naturale, fondere in un tutto armonico" ⁽¹⁵⁾; b)

⁽¹³⁾ A. BELVEDERE, *op. cit.*, 123, la quale evidenzia che: «Un terzo argomento è rappresentato dalla coerenza e risulta funzionale alla prevenzione delle antinomie (Chiassoni, 2007, 251). Tale argomento consiste nel selezionare il significato, nell'insieme di più possibili significati, che non risulti in contrasto con un'altra disposizione. Si badi bene però che un sistema giuridico che presenta antinomie resta comunque valido anche se risulterà piuttosto farraginoso se non anche disfunzionale (Tincani, 2017, 291)».

⁽¹⁴⁾ SANTI ROMANO, *L'interpretazione delle leggi di diritto pubblico*, in *Scritti Minori*, Milano, 1950, 94 ss. secondo cui: «Norma giuridica e negozio giuridico son due figure assolutamente distinte: qualche siano i rapporti fra esse intercedenti e che da tempo in qua hanno formato obbiettivo di sottili investigazioni, egli è certo che, come entità per dir così fenomeniche, è assai remoto il pericolo che l'una possa confondersi con l'altra».

⁽¹⁵⁾ ID., 95 secondo cui: «[...] I) nell'interpretazione delle leggi di diritto pubblico, allo spirito delle leggi medesime, ai fini che il legislatore si propone, si deve, molte volte,

possono esservi, al contrario, atti amministrativi che non contengono norme giuridiche, ma sono dei semplici provvedimenti da interpretarsi ad una stregua simile, fino ad un certo punto, a quella dei negozi giuridici privati ⁽¹⁶⁾.

Parzialmente differente risulta la classificazione in ordine ai criteri di interpretazione dell'atto amministrativo nonché delle norme attributive del potere amministrativo ⁽¹⁷⁾.

Tale differenza, come si osserverà di qui a poco, riguarda pro-

accordare una considerazione maggiore di quella che occorrerebbe nel diritto privato; 2) avviene frequentemente che, mentre nell'autorità amministrativa, nell'esercizio dei poteri ad esse conferiti, è non solo lecito, ma doveroso indagare lo scopo per cui tali poteri le furono attribuiti, in modo da servirsene in rigorosa conformità, all'autorità giudiziaria rimane interdetta un'interpretazione così intima della volontà legislativa e il suo esame deve necessariamente limitarsi alla formale corrispondenza dell'atto su cui si disputa, con la norma obbiettiva, quale è fatta palese dal significato delle parole secondo la connessione di esse. Ricercare la più riposta intenzione del legislatore è compito di altri interpreti, cioè degli organi dell'amministrazione attiva e anche dell'amministrazione contenziosa. Siffatti principii, come si sarà facilmente intuito, trovano applicazione nel campo così vasto e importante dei poteri discrezionali attribuiti alle pubbliche amministrazioni. Tali poteri non sono, com'è noto, in nessuna guisa paragonabili alle facoltà concesse ai privati nelle loro relazioni patrimoniali e civili. Mentre l'esercizio di quest'ultime facoltà è, per regola generale che soffre poche eccezioni, completamente rimesso all'arbitrio del loro titolare, per modo che il giudice deve limitarsi ad esaminare soltanto se esse siano state dal legislatore concesso e non può vietarle anche quando, nel caso singolo, riescono contrarie ai fini che il legislatore medesimo ebbe in vista, lo stesso non può dirsi dei poteri amministrativi discrezionali. Egli è che nel primo caso si hanno sempre dei veri e propri diritti subbiettivi, e del proprio diritto, nel campo dei rapporti privati, ciascuno può fare, almeno normalmente, anche un cattivo uso. Nel secondo caso, invece, non si hanno sempre dei diritti, giacché, com'è stato molto opportunamente osservato, il potere discrezionale costituisce molte volte un dovere della pubblica amministrazione. Ciò deve intendersi nel senso che, anche quando il suo esercizio è reso perfettamente libero e possibile, il pubblico funzionario, sotto pena di gravi responsabilità amministrative e politiche, deve indagare quale sia il fine e quale l'utilità che il legislatore ebbe in vista e non farne mai un uso, non solo contrario, ma anche estraneo a tali intenzioni. Ora non sembra dubbio che siffatta indagine sia una vera e propria interpretazione della legge, interpretazione che vince la parola di essa e va al di là del suo significato letterale, allo scopo di precisare meglio quest'ultimo con la considerazione di ciò che comunemente si chiama spirito della legge. Si tratta di un'interpretazione che, tanto per intenderci, si potrebbe chiamare di secondo grado, e che non trova luogo nel diritto privato».

⁽¹⁶⁾ *Id.*, *op. cit.*, 95.

⁽¹⁷⁾ Cfr. M. ALESIO, *L'interpretazione degli atti amministrativi*, in *Nuovo dir.*, 2006, 454 ss.; C. MARZUOLI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo nella giurisprudenza*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, II, Napoli, 2005, 1529 ss.

prio i connotati, la natura e la struttura del provvedimento amministrativo emesso a valle di un procedimento avente natura vincolata, discrezionale “pura” o c.d. mista.

Autorevole dottrina, in particolare, si è concentrata specificamente sull'interpretazione dell'atto amministrativo. Secondo tale orientamento, infatti, l'interpretazione dell'atto amministrativo non può limitarsi all'applicazione dell'articolo 12 delle Preleggi (che riguarda l'interpretazione della legge), sebbene alcuni di quei principi (come il criterio letterale) possano avere una valenza generale. L'atto amministrativo è un atto di volontà di un soggetto pubblico, finalizzato alla cura di un interesse pubblico e sottoposto a un regime giuridico particolare ⁽¹⁸⁾.

Secondo tale tesi, infatti, la volontà sarebbe quella specificamente ordinata dal pubblico interesse, indicato con questo che essa, esplicandosi in un'attuazione di norma, nei margini lasciati

⁽¹⁸⁾ SANTI ROMANO, *op. cit.*, 203, il quale sottolinea che: «[...] non si può certo riferire l'interpretazione dell'atto amministrativo a quella della legge: mentre questa come atto giuridico, è caratterizzata da una volontà preventiva e astratta, nell'atto amministrativo vi è una volontà attuale e concreta; mentre mezzo tecnico tipico dell'interpretazione della prima è quello sistematico, a nessuno è mai venuto in mente di applicare lo stesso all'interpretazione dell'atto amministrativo». Tali considerazioni sono state richiamate da A. CIOFFI, *Il problema dell'interpretazione nel diritto amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 1, 2020, 127 ss. il quale ha sottolineato che: «Nella ricerca dottrina del suo significato, però, rapidamente, spunta fuori altro, grazie alla lezione di Giannini, che rompe gli schemi. La volontà del provvedimento non somiglia alla volontà del contratto e non è riconducibile ad un mero fatto giuridico contemplato dalla legge. Può riflettere altro: l'esercizio del potere, le situazioni soggettive coinvolte, l'atto come fonte di effetti giuridici. Questi diversi fattori spingono la dottrina a rinunciare a pensare che la manifestazione di volontà del dispositivo sia l'unico fattore rilevante. Si affaccia l'idea che il provvedimento rispecchi ora l'uno ora l'altro fattore; e, dunque, un modo per interpretare in modo unitario il provvedimento c'è: quello di ammettere che l'interpretazione si tragga dai “suoi elementi teleologici”. Così si arriva a dire che la volontà dell'atto è volontà ordinata al pubblico interesse. In questo modo si apre una particolare relazione tra legge e provvedimento. È la circolarità tra fine della legge e scopo del provvedimento. Precisamente, il fine che la legge fissa al provvedimento si riflette nello scopo concreto del provvedimento, e viceversa. L'uno riflette sull'altro, in un modo reciproco e speculare. Il modo riflette, in fondo, la circolarità tra autonomia dell'amministrazione e autonomia della legge. Ed è qui, nella teoria dell'interpretazione, che inizia a vedersi bene questa circolarità, che nel suo apice più evidente e sensibile trasforma l'interesse nel fine, nel fine della legge e nello scopo del provvedimento».

liberi, deve indirizzarsi al raggiungimento di un pubblico interesse specifico indicato dalla norma stessa, cioè che di fronte al diritto assumono rilievo anche gli elementi teleologici di questa volontà, ove essa si muova in un margine libero ⁽¹⁹⁾.

È stato correttamente osservato che l'interpretazione dell'atto amministrativo può essere svolta — seppure con “modi” differenti — sia dalla pubblica amministrazione che ha adottato il provvedimento sia dal giudice amministrativo. La differenza, tuttavia, risiede nel fatto che il giudice si trova generalmente in una posizione di terzietà rispetto agli interessi in gioco ⁽²⁰⁾. Difatti, è diversa la finalità del soggetto che svolge l'attività interpretativa: il giudice amministrativo interpreta in funzione della tutela degli interessi della collettività “generale”, mentre la pubblica amministrazione interpreta per tutelare quel determinato interesse tramite un atto di secondo grado (c.d. autotutela) ⁽²¹⁾.

⁽¹⁹⁾ SANTI ROMANO, *op. cit.*, 277.

⁽²⁰⁾ L. MACCARRONE, *Sull'interpretazione nel diritto amministrativo*, Napoli, 2007, 124 ss. la quale acutamente evidenzia che: «Il giudice è mosso da esigenze di giustizia. Egli procede ad interpretare un provvedimento quando, chiamato a decidere della sua legittimità, si rende necessario, in una fase logicamente precedente l'esame del merito, effettuare l'interpretazione dell'atto stesso. Ciò che, invece, muove l'amministrazione è la volontà di superare le difficoltà pratiche legate all'applicazione dubbia di un provvedimento, il cui regolamento di interessi appare poco chiaro, non univoco, e perciò fonte di un potenziale conflitto tra amministrazione e interessati».

⁽²¹⁾ ID., 125-126 secondo la quale: «L'interpretazione ad opera della stessa amministrazione di precedenti atti può ricondursi al più ampio potere di autotutela ad essa riconosciuto: l'autorità amministrativa dà inizio ad un procedimento di secondo grado, che sfocia in una dichiarazione interpretativa, avente per oggetto l'interpretazione di un precedente provvedimento [...] In forza del principio dell'irretroattività degli atti amministrativi, l'amministrazione si limiterà a ribadire, al fine di fare chiarezza, quanto già esternato nell'atto originario. L'interpretazione fedele, effettuata senza mutare il contenuto sostanziale dell'atto, avrà, dunque, valore sin dal momento dell'emanazione del provvedimento, nei limiti del fatto compiuto e della tutela dell'affidamento». In materia di autotutela cfr., *ex multis*, M. ANNUNZIATA, *Natura e limiti dell'autotutela amministrativa e suoi rapporti con la giurisdizione ordinaria e amministrativa*, in *Temi nap.*, II, 1965, 372 ss.; G. BARONE, *In tema di autotutela e tutela giurisdizionale*, in *Foro it.*, I, 1975, 2316; ID., *Autotutela amministrativa e decorso del tempo*, in *Enti pubblici*, 2004, 259 ss.; F. CARINGELLA, *Affidamento e autotutela: la strana coppia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 2; P. CERBO, *Brevi note sul potere di autotutela “tardivo”*, in *Giur. it.*, 2020, 655 ss.; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Annullamento d'ufficio e riesercizio del potere dopo la riforma Madia*, in *Giornate di studio in onore di Enrico Follieri*, in *Dir. proc. amm.*, 1/2019, 77

ss.; V. CONTESSA, *Annotazione sui mezzi di autotutela della p.a.*, in *Funzione amm.*, 1983; L. CONTI, *L'autotutela decisoria alla luce del nuovo art. 21-nonies*, in *Giustamm.*, 2016; A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo. L'annullamento e revoca tra posizioni "favorevoli" e interessi sopravvenuti*, Bologna, 1991, 1 ss.; F. COSTANTINO, *L'annullamento d'ufficio del provvedimento*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, 869 ss.; S. D'ANCONA, *L'annullamento d'ufficio dopo la Riforma Madia*, in *Giur. it.*, 2015, 2748 ss.; A. DI GIOVANNI, *Il potere di autotutela della pubblica amministrazione: ambito di esercizio e limiti applicativi*, in *Il Sole 24 Ore – Avvocato*, 10/2005; V. DI IORIO, *Osservazioni a prima lettura sull'autotutela dopo la l. n. 124 del 2015: profili di incertezza nell'intreccio tra diritto amministrativo e diritto penale*, in *Federalismi*, 2015, 1 ss.; C. DEODATO, *Il potere amministrativo di riesame per vizi originari di legittimità*, in *Federalismi*, 7/2017; D.U. GALETTA, *Autotutela decisoria e diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 42; F. FRANCARIO, *Autotutela amministrativa e principio di legalità (nota a margine dell'art. 6 della l. 7 agosto 2015, n. 124)*, in *Federalismi*, 2015, 1 ss.; secondo L. GIANI, *Affidamento del privato tra certezza della decisione ed (in)esauribilità del potere*, in *Scritti in onore di Bruno Cavallo*, Torino, 2021, 123 ss. (spec. 133): «Il terreno sul quale la fluidità dei confini e, dunque, le maggiori criticità in ordine alla garanzia del diritto alla certezza sono state registrate, è forse quello della autotutela nel quale, nonostante gli sforzi ricostruttivi spinti da una esigenza di sistematizzazione teorica degli istituti in una prospettiva attenta alle esigenze del privato e del risultato amministrativo [...] continuano ad emergere degli elementi che implicitamente o esplicitamente assumono un rilievo tale da incrinare quella coltre, che pare composta di un cristallo pronto a incrinarsi, di garanzie della stabilità della posizione del privato»; In, *Funzione amministrativa ed obbligo di correttezza. Profilo di tutela del privato*, Napoli, 2005, 1 ss.; F. GOISIS, *L'annullamento d'ufficio dell'atto amministrativo per illegittimità comunitaria*, in *Dir. amm.*, 2/2010, 439 ss.; M. IMMORDINO, *I provvedimenti amministrativi di secondo grado*, in F.G. COCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2021, 318 ss.; M. MACCHIA, *Sui poteri di auto tutela: una riforma in senso giustiziale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 634 ss.; A. MASSERA, *Alcune considerazioni in tema di autotutela della p.a.*, in *Giurisprudenza di merito*, III, 1969, 261 ss.; A. PAJNO, *L'autotutela tra tradizione e innovazione*, in *Federalismi*, 2017; N. POSTERARO, *Sui rapporti tra dovere di provvedere e annullamento d'ufficio come potere doveroso*, in *Federalismi*, 2017, secondo cui: «Anche il legislatore del 2015, dopotutto, intervenendo sulla norma che disciplina l'annullamento d'ufficio, ha esplicitamente tenuto conto di tale principio, limitando temporalmente il potere di annullamento, nel caso di provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, al fine di parametrare, nel massimo dei diciotto mesi, il tempo ragionevole entro cui l'amministrazione possa aggredire il provvedimento già esistente»; G. PIPERATA, *L'autotutela esterna e l'autotutela interna nei contratti pubblici – il commento*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 1 ss.; M. SINISI, *Il potere di autotutela caducatoria*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2015, 339-359; F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2005, 843 ss.; S. TUCCILLO, *Autotutela: potere doveroso?*, in *Federalismi*, 2016, 7 secondo la quale: «D'altronde il Consiglio di Stato, nel recentissimo parere reso sullo schema di decreto legislativo attuativo della delega in materia di segnalazione certificata di inizio attività (di cui all'art. 5 della l. n. 124 del 2015), ha ravvisato nella modifica dell'art. 21-nonies l'introduzione di una 'nuova regola generale' che impronta alla certez-

Per il suddetto orientamento, l'interpretazione dell'atto amministrativo presenta propri caratteri. Il criterio "principale", quindi, concerne la forma di attività della pubblica amministrazione sia essa vincolata o discrezionale ⁽²²⁾. Difatti, nell'attività vincolata, la pubblica amministrazione non fa altro che qualificare dei fatti secondo detta legge, applicando quindi le regole che ne derivano; nell'attività discrezionale, invece, avendo la p.a. un margine di scelta tra varie soluzioni possibili, l'interprete dovrebbe esaminare attentamente i fatti, vedere come si è formata la volontà dell'autorità "desumendo ciò dai mezzi a propria disposizione [...] e, tenendo particolarmente conto degli elementi teleologici, vedere in che modo la soluzione adottata fosse oggettivamente opportuna" ⁽²³⁾.

za il rapporto tra potere pubblico e privati. Certezza dei rapporti, in tale contesto, significa immutabilità dell'assetto consolidato nel tempo e prevalenza dell'affidamento».

⁽²²⁾ Sulla discrezionalità in generale si veda, tra i tanti: G. BARONE, *Discrezionalità*, in *Enc. giur., Treccani*, XI, Roma, 1989, 2 ss.; F. CANGELLI, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, Milano, 2004, 1 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 463 ss.; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995, 1 ss.; E. FOLLIERI, *Discrezionalità tecnica*, in *Dir. e Proc. Amm.*, n. 3/2023, 535 ss.; F. FOLLIERI, *Discrezionalità e interpretazione*, in *Dir. e Proc. Amm.*, 3/2022, 597 ss.; G. GARDINI, *La discrezionalità amministrativa e tecnica*, in *Il diritto amministrativo nella giurisprudenza*, M. DE DONNO - G. GARDINI - M. MAGRI (a cura di), Roma, 2022, 267-280; M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939, 52 il quale ha definito il potere discrezionale come il: «[...] potere di apprezzare in un margine determinato l'opportunità di soluzioni possibili rispetto alla norma amministrativa da attuare»; C. MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 129 ss.; C. MORTATI, *Note sul potere discrezionale*, in *Studi dell'Istituto di diritto pubblico e legislazione sociale dell'Università di Roma*, 1936, ora in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1972, 997 ss.; ID., voce *Discrezionalità*, in *Noviss. Dig. it.*, V, Torino, 1960, 1098 ss.; A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 39 ss.; A. PIRAS, voce *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 65 ss.; M.E. SCHINAIA, *Il controllo del giudice amministrativo sull'esercizio della discrezionalità della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 1101 ss.; F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1045 ss.; S. TARULLO, *Discrezionalità tecnica e sindacato giurisdizionale: l'ottica comunitaria ed i profili evolutivi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, 1385 ss. Sulla discrezionalità nella prospettiva dell'ermeneutica cfr. L. BENVENUTI, *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano, 2002, 79 ss.

⁽²³⁾ M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria generale dell'interpretazione*, Milano, 1939, 286 ss. il quale rileva che: «Mentre perciò per l'attività vincolata l'operazione interpretativa consisterebbe in una mera reinterpretazione della

Giannini ha sostenuto altresì che nella maggioranza delle controversie dinanzi ad autorità investite di poteri giurisdizionali, l'interpretazione dell'atto amministrativo assume forma di interpretazione meramente qualificatoria: essa esisterebbe indipendentemente dall'essere l'atto discrezionale o vincolato, oggetto di accertamento principale, o di questione pregiudiziale o altro. In altri termini, l'interpretazione meramente qualificatoria può essere intesa come quell'interpretazione cui l'interprete non indaga sul reale accadimento storico dei fatti, ma, accettandoli quali emergono dal contesto dell'atto, indaga quale qualifica abbiano essi ricevuto dalla pubblica amministrazione ⁽²⁴⁾.

legge di fronte all'atto concreto, nel senso con cui la prima interpretazione fu compiuta dall'autorità, per l'attività discrezionale sarebbe necessario non solo interpretare la legge, ma riesaminare gli elementi teleologici reali che costituiscono il giudizio di opportunità dell'autorità che emanò l'atto».

(24) Cfr. M.S. GIANNINI, *op. cit.*, 306 secondo cui: «Per gli atti vincolati, essendo tutti gli elementi legislativamente determinati, basta il semplice confronto degli elementi della fattispecie nella loro pura emergenza con gli elementi astrattamente previsti dalla legge. Per gli atti discrezionali invece omettere l'accertamento e *gestis* del fatto che sottostà all'elemento per cui ricorre la discrezionalità significa che l'interprete accetta la soluzione scelta dall'autorità, come se essa sia la migliore possibile, limitandosi a vedere come il fatto qualificato in questo elemento possa rientrare nel disposto della legge relativo all'elemento stesso nell'uno o nell'altro atto; qui l'opera dell'interprete è veramente una riqualficazione dei fatti, essendo la prima qualificazione quella compiuta dall'autorità nell'assumere quel certo fatto nell'elemento per il quale le è attribuita discrezionalità». Continua l'Autore: «I casi più notevoli in cui ciò ricorre sembrano i seguenti: a) essendovi una motivazione, l'interprete accetta come motivo che realmente mosse l'autorità quello indicato nella motivazione; in seguito cerca a quale atto possa esso fungere da motivo. Così per gli atti che pongono fine al rapporto d'impiego, definire i motivi serve a individuare l'atto, e poi, in sede di sindacato, a vederne l'esattezza. Nella legge può mandare del tutto l'indicazione del motivo, oppure esso può essere indicato in maniera generica: la ricerca interpretativa consiste allora nel vedere come il fatto dedotto rientri nella categoria prevista dalla legge. Ma naturalmente non si può dire qual è il limite della genericità: solo è certo assai raro che il motivo sia indicato dalle leggi con minuzia grandissima, per molte evidenti ragioni; b) frequente è il caso che l'incertezza riguardi il presupposto: trattasi di elemento di estrema delicatezza, che per essere individuato richiede una mente abituata all'interpretazione delle leggi, ed è l'elemento che occorre chiarire in quasi tutti i casi di concorso di norme nella disciplina di una stessa materia. Tuttavia esso presenta un grado di variabilità molto minore di quello dei motivi; c) più raramente l'interpretazione meramente qualificatoria verte sull'incertezza di altri elementi: l'accertamento dell'oggetto, della causa, richiedono quasi sempre indagini di fatto, per ragioni intuitive. L'interpretazione detta può aversi nel senso negativo, ossia che data l'esistenza accertata di certi fatti,

Ed è qui che l'Autore è riuscito a superare la contrapposizione tra "qualificare" e "interpretare": infatti, secondo tale orientamento, per qualificare un atto è necessario che esso venga interpretato, sebbene l'attività interpretativa debba essere finalizzata ad attribuirgli una qualifica giuridica. In altre parole, l'operazione volta a qualificare un atto non esclude, ma anzi presuppone, che l'atto sia ugualmente interpretato, come accade quando tra la percezione immediata di oggetti, fatti, atti, situazioni e la loro qualificazione interponiamo quel momento di intermediazione, che è il momento nel quale a quei fatti, atti o situazioni si attribuisce un senso. Ciò significa che il momento interpretativo precede logicamente ogni forma di qualificazione ⁽²⁵⁾.

Con specifico riferimento, invece, all'interpretazione della norma attributiva di potere, parte della dottrina ha ritenuto che lo specifico interesse pubblico è contenuto implicitamente nella fattispecie normativa dell'atto; sicché la fattispecie concreta deve ritenersi invalida ogniqualvolta manchi quell'elemento, o si presenta in essa un interesse, anche pubblico, diverso da quello prescritto dalla legge ⁽²⁶⁾.

si esclude possano essi formare il contenuto di un atto; d) abbastanza frequente è il caso che l'incertezza riguardi l'elemento della competenza (non così della legittimazione) anzi si può dire che per essa l'interpretazione è quasi solo di questo tipo: per lo più si tratta di vedere come l'autorità ha inteso di voler esercitare un potere, oppure di vedere in quale veste ha agito».

⁽²⁵⁾ L. MACCARRONE, *Sull'interpretazione nel diritto amministrativo*, Napoli, 2007, 129, la quale cita il lavoro di G. TARELLO, *op. cit.*, 1980. La stessa Autrice evidenzia come allo stesso modo E. BETTI, *op. cit.*, 1949, 146, affermi che nell'individuare le operazioni necessarie ai fini della valutazione giuridica di atti, negozi giuridici o provvedimenti amministrativi, indica la seguente sequenza logica: «1) prova del fatto della dichiarazione, o del comportamento, costituente la fattispecie del negozio o del provvedimento; 2) interpretazione del negozio, o del provvedimento, così provato, col risultato di ricostruirlo nella sua concreta configurazione, quale atto di autonomia o di autorità (sovranità); 3) qualificazione giuridica, consistente nel verificare se e in qual misura la fattispecie concreta del negozio, o del provvedimento, corrisponda alla fattispecie legale (in larga misura tipica) alla quale assume di appartenere».

⁽²⁶⁾ Cfr. G. CORSO, *L'interpretazione della legge nel diritto amministrativo*, in *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, A. PALAZZO (a cura di), Napoli, 2001, 296, secondo il quale: «Il potere che la norma attribuisce va inteso come potere da esercitare a protezione di un interesse pubblico specifico: tale interesse coincide con la ragione

Pertanto, è l'interesse pubblico che necessita di essere vagliato di volta in volta quando la pubblica amministrazione esercita il proprio potere, interesse pubblico perseguito tramite un provvedimento che è la conclusione di un procedimento amministrativo semplice o ordinario, complesso o frazionato ⁽²⁷⁾.

Di conseguenza, come attentamente è stato rilevato, se l'interesse pubblico è oggetto di interpretazione, si comprende come la dottrina abbia sostenuto che l'interesse divenga “ragione della decisione” tenendo ad identificarsi in un preciso fatto oggettivo. L'interesse, secondo tale orientamento, riguarda: «[...] l'individuazione della fattispecie, ovvero il fine, visto dalla luce della disciplina e dei principi» ⁽²⁸⁾.

per cui la norma attribuisce il potere — ossia un interesse statuito sul piano normativo —, ma nello stesso tempo è interesse da tener presente in ogni atto di applicazione, ossia nel momento del concreto esercizio del potere da parte dell'Autorità amministrativa. Sul piano normativo, per così dire, quell'interesse deve essere dato per scontato (e si tratta, al più, di individuarlo), non sarebbe costituzionalmente ammissibile una norma che conferisse un potere amministrativo che non fosse preordinato alla protezione di uno specifico interesse pubblico; se per un mutato orientamento politico l'interesse pubblico che si riteneva di tutelare non appare più rilevante — o addirittura di potere attribuito viene giudicato in contrasto con un interesse pubblico di maggior peso, la norma va abrogata».

⁽²⁷⁾ Sia consentito rinviare a N.M. D'ALESSANDRO, *Profili teorici della nullità nell'attività amministrativa. Nullità reali, nullità digitali e principio del risultato*, Torino, 2024, 101 secondo cui: «È noto infatti che, in alcuni procedimenti amministrativi, determinati provvedimenti amministrativi ne necessitano di ulteriori per essere portati ad esecuzione (a titolo meramente esemplificativo, si pensi al procedimento amministrativo culminato con un ordine di demolizione) che potremmo definire “procedimenti complessi o frazionati”. Mentre altri provvedimenti amministrativi non hanno bisogno di un altro provvedimento amministrativo per essere portati ad esecuzione in quanto l'esecutorietà e l'esecutività del provvedimento sono già intrinseci nel provvedimento emesso (c.d. provvedimenti auto esecutivi); tali procedimenti potrebbero essere quindi definiti come “procedimenti “semplici” o “ordinari”».

⁽²⁸⁾ A. CIOFFI, *Il problema dell'interpretazione nel diritto amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 1, 2020, 127 ss. L'Autore attentamente rileva che: «[...] il diritto dell'amministrazione non è il solo e unico diritto che si occupa dell'interesse generale: è l'intero ordinamento che riconosce quell'interesse. Lo considera come il riflesso di esigenze della società e, quindi, lo considera non come qualcosa di speciale, ma come qualcosa di generale, cioè di normale. Ne viene che il diritto amministrativo non è un diritto speciale, bensì è un diritto normale: è il diritto normale degli interessi da amministrare. Questo può avere una grande conseguenza sulla teoria dell'interpretazione: le norme del diritto amministrativo non sono norme speciali. Quindi possono sfuggire al divieto di analogia [...]».

Secondo un differente orientamento — il quale muove dalle considerazioni espresse dalla dottrina sopra citata —, si potrebbe ricostruire la problematica e ridefinire i criteri interpretativi dell'atto amministrativo partendo dalle caratteristiche del provvedimento amministrativo. In tal caso, sarebbe opportuno operare tale distinzione: a) in merito al “testo” del provvedimento la prevalenza della motivazione espressa rispetto a tutti gli altri indici testuali per il particolare valore assegnato a tale elemento della disciplina positiva; b) con riferimento al “contesto” del provvedimento la coerenza con il procedimento amministrativo che ha necessariamente preceduto l'adozione della decisione; c) per quel che concerne la “funzione” di cui è espressione il provvedimento amministrativo, l'orientamento agli obiettivi/valori di interesse pubblico indicati dalle disposizioni normative, censite e ricostruite in sistema dall'interprete, che attribuiscono e disciplinano il potere amministrativo, concretamente esercitato, in base al principio di legalità (criterio teleologico orientato alla legge); d) sempre con riferimento alla “funzione” del provvedimento, la armonizzazione dei significati del provvedimento con i plurimi criteri e principi dell'ordinamento multilivello dai quali l'attività amministrativa, di cui il provvedimento è espressione, è retta ai sensi dell'art. 1, della l. n. 241/1990 (interpretazione orientata ai [e dai] principi dell'ordinamento costituzionale, eurounitario e sovranazionale) ⁽²⁹⁾.

Appare chiaro, dunque, che l'interpretazione nel diritto amministrativo ⁽³⁰⁾ assume caratteri differenti rispetto al diritto civile, in quanto nella disciplina amministrativistica non rileva un mero interesse ma un “interesse pubblico”: da qui sorgono diverse tecniche interpretative che devono tenere conto del precipuo fine

⁽²⁹⁾ Cfr. M. MONTEDURO, *Provvedimento amministrativo e interpretazione autentica. I. Questioni presupposte di teoria del provvedimento*, Milano, 2012, 288 ss. Si vedano altresì i seguenti lavori: ID, *Interpretazione del bando*, in L.R. Perfetti (a cura di), *Repertorio degli appalti pubblici*, II, Padova, 2005, 764 ss.; ID, *Interpretazione e violazione degli strumenti urbanistici*, in *Riv. Giur. urb.*, 2010, 243 ss.

⁽³⁰⁾ Cfr. N. PAOLANTONIO, *Di un particolare caso di interpretazione dell'atto amministrativo*, in *Giust. Amm.*, 5/2004, 982 ss.

dell'attività ⁽³¹⁾ dell'amministrazione, ovvero il perseguimento dell'interesse pubblico valutando interessi primari e secondari coinvolti in un determinato procedimento ⁽³²⁾.

3. I criteri di interpretazione della legge nella giurisprudenza amministrativa.

In ordine ai criteri di interpretazione della legge nella giurisprudenza amministrativa è opportuno anzitutto evidenziare la giurisprudenza più rilevante su tali criteri di interpretazione, per poi richiamare le pronunce più rilevanti in tema di interpretazione del provvedimento amministrativo.

Come già accennato in precedenza, la giurisprudenza prevalente — facendo leva sia sulla previsione di cui all'art. 12 delle Preleggi al Codice Civile sia sull'art. 101 Cost. — ritiene che il

⁽³¹⁾ Sulla nozione di attività amministrativa cfr.: in particolare M.S. GIANNINI, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, 989 ss. si indica innanzi tutto «una categoria dell'agire di un operatore giuridico, che si qualifica per il solo fatto di avere per contenuto l'amministrare. [...]». In particolare per ciò che concerne l'amministrazione pubblica, essa si suole identificare con la nozione di «amministrazione in senso oggettivo», ossia con una delle funzioni fondamentali dei pubblici poteri in generale, dello Stato in specie»; F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, Agg., VI, Milano, 2002, 75 ss. il quale evidenzia come la dottrina non si fosse soffermata granché ad illustrare e approfondire la nozione giuridica di attività amministrativa. Secondo l'Autore: «Come ogni fatto giuridicamente rilevante, l'attività amministrativa ha una sua configurazione materiale o, forse meglio, pregiuridica; e tale configurazione è bene espressa dalla stessa locuzione: il sostantivo “attività” inteso come “insieme di operazioni, comportamenti e decisioni”, ovvero, in una forma giuridicamente più corretta, come “insieme di atti, ai quali l'ordinamento attribuisce rilevanza giuridica (anche) nel loro complesso; l'aggettivo “amministrativa”, assunto nel senso di (attività diretta alla) cura di interessi (propri o) alieni, nel caso che ci occupa, di interessi pubblici».

⁽³²⁾ Cfr. D. DE PRETIS, *L'interpretazione dell'atto amministrativo*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2023, 10 la quale — muovendo la riflessione dalla tesi di Giannini — fa riferimento alla: «[...] specialità dell'attività interpretativa quando riferita all'atto amministrativo [...]» sottolineando come le recenti pronunce del giudice amministrativo siano la testimonianza: «[...] dell'importanza del momento dell'applicazione giurisprudenziale dei criteri di interpretazione dell'atto amministrativo, non solo nei termini di riscontro delle teorie dottrinali sull'interpretazione, ma, secondo la lezione di Giannini, come guida nell'individuazione della specificità di tale interpretazione, sia per quanto attiene ai criteri applicabili, sia, ancor prima, per quanto riguarda i confini e la funzione della stessa operazione interpretativa».

criterio primario da utilizzare al fine di interpretare la legge sia quello letterale, come confermato dalla citata sentenza dell'Audienza Plenaria del Consiglio di Stato n. 1/2025.

Difatti, in base ad un primo orientamento ⁽³³⁾, qualora sia sufficientemente chiara la disposizione, deve applicarsi il criterio di interpretazione letterale e non già il sussidiario criterio ermeneutico c.d. teleologico volto a carpire l'intento del legislatore.

Di converso, nel caso in cui il criterio di interpretazione letterale non sia sufficiente, l'intento del legislatore si atteggia quale criterio paritetico a quello letterale ed entrambi vengono contestualmente uti-

(33) Cfr. Cons. Stato, n. 6440/2024: «Ed invero in tema di interpretazione della legge ai sensi dell'art. 12 delle preleggi, nelle ipotesi in cui l'interpretazione letterale di una norma di legge sia sufficiente ad individuarne, in modo chiaro ed univoco, il relativo significato e la connessa portata precettiva, l'interprete non deve ricorrere al criterio ermeneutico sussidiario costituito dalla ricerca della "*mens legis*", specie se, attraverso siffatto procedimento, possa pervenirsi al risultato di modificare la volontà della norma, così come inequivocabilmente espressa dal legislatore e desumibile anche dalla connessione fra i singoli disposti. Soltanto qualora la lettera della norma medesima risulti ambigua e si appalesi altresì infruttuoso il ricorso al criterio ermeneutico sussidiario dell'analisi complessiva del testo, l'elemento letterale e l'intento del legislatore, insufficienti se utilizzati singolarmente, acquistano un ruolo paritetico in seno al procedimento ermeneutico, così che il secondo funge da criterio comprimario e funzionale ad ovviare all'equivocità del testo da interpretare, potendo, infine, assumere rilievo prevalente rispetto all'interpretazione letterale soltanto nel caso, eccezionale, in cui l'effetto giuridico risultante dalla formulazione della disposizione sia incompatibile con il sistema normativo — come in ipotesi di evidente incostituzionalità — non essendo consentito all'interprete correggere la norma nel significato tecnico proprio delle espressioni che la compongono, nell'ipotesi in cui ritenga che tale effetto sia solo inadatto rispetto alla finalità pratica cui la norma stessa è preordinata (Cass. civ., sez. lav., 14 ottobre 2016, n. 20808; in senso analogo Cass. civ., sez. I, 06 aprile 2001, n. 5128; Id., sez. lav., 13 aprile 1996 n. 3495; T.A.R. Puglia, Bari, sez. III, 10 novembre 2010, n. 3875)». Sul punto cfr. altresì T.A.R. Campania, Salerno, n. 1751/2019 secondo cui: «In effetti, secondo un criterio di interpretazione letterale tutt'ora da ritenersi primario ai sensi dell'art. 12 delle preleggi (*ex multis* Cassazione civile, sez. lav., 4 maggio 2017, n. 10831) la norma regolamentare citata parrebbe nettamente differenziare l'uso di sostanze stupefacenti, di per sé ostativo all'uso delle armi, dall'uso di alcol, occorrendo in quest'ultimo caso un "*quid pluris*" ovvero l'abuso. Ritiene il Collegio "*res melius perpensa*" come tale orientamento non possa condividersi nell'ipotesi — ricorrente nel caso di specie — in cui l'utilizzo occasionale e pur episodico di alcol venga accertato in occasione della guida di autoveicolo, quale comportamento maggiormente connotato da antisocialità e pericolosità per l'incolumità pubblica, idoneo di per sé a fondare un giudizio prognostico di possibile abuso delle armi, nell'ambito di un ordinamento sempre più finalizzato a sanzionare con maggiore rigore i soggetti che si pongono alla guida con tasso alcolemico superiore al limite di legge».

lizzati nell'attività interpretativa del giudice ⁽³⁴⁾. Pertanto, in alcuni casi il criterio di interpretazione letterale deve concorrere con il criterio di interpretazione teleologica nell'interpretazione della legge ⁽³⁵⁾.

Infine, solo nel caso in cui (ipotesi del tutto eccezionale) non sia in alcun modo possibile utilizzare il criterio di interpretazione letterale come, a titolo meramente esemplificativo, laddove si versi in casi di disposizione palesemente incostituzionale, l'intento del legislatore diventa criterio primario rispetto al predetto criterio letterale ⁽³⁶⁾.

⁽³⁴⁾ Cfr. T.A.R. Campania, Salerno, n. 626/2021 il quale ha utilizzato contestualmente il criterio letterale e il criterio teleologico al fine di comprendere la portata della disposizione. Sul punto è stato ritenuto che: «Nonostante il regime normativo sia quello in precedenza esposto, nella sentenza passata in giudicato, della quale si chiede l'esatta esecuzione, viene riconosciuta la spettanza di "tutti i benefici previsti dalla L. 206/2004.

Secondo il ricorrente, tenuto conto della chiarezza della statuizione del giudice del lavoro, non potrebbe prescindere dall'interpretazione letterale, in base alla quale al ricorrente spetterebbero tutti i benefici previsti dalla suddetta legge: tale interpretazione produrrebbe, però, l'effetto di attribuire al ricorrente un diritto non previsto dalla legge n. 206/2004, né derivante da altra fonte normativa che abbia esteso alla condizione del ricorrente [...] il regime previsto per le [...].

Seguendo l'interpretazione letterale, quindi, si arriverebbe ad un risultato non compatibile con l'ordinamento: verrebbero attribuite al ricorrente prestazioni che non gli spettano in base alla legge.

L'utilizzazione del criterio di interpretazione letterale non può essere quindi seguito, in quanto comporta l'attribuzione — da parte del giudice del lavoro — di un beneficio non previsto dalla legge.

7. Ciò comporta la necessità di ricorrere al criterio di interpretazione logico-sistematico al fine di assegnare alla statuizione del giudice un significato che sia rispondente al dettato normativo».

⁽³⁵⁾ Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, n. 5435/2018 secondo cui: «Pertanto, il dato letterale della norma non può essere assolutizzato e, nell'interpretazione da darsi, esso deve concorrere con il c.d. criterio di interpretazione teleologica, avente riguardo all'intenzione del legislatore, ossia del redattore della norma regolamentare (cfr., nella stessa materia, la recentissima sentenza della Sezione del 18/7/2018 n. 4770: "nell'interpretazione della norma in questione, il dato letterale non può essere assolutizzato (cfr. TAR Puglia - Lecce, sez. I, 17/10/2017 n. 1627: "L'art. 12 delle preleggi stabilisce, anzitutto, che nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso se non quello fatto palese: a) dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse (criterio cosiddetto di interpretazione letterale); b) dalla intenzione del legislatore (criterio cosiddetto di interpretazione teleologica). L'interpretazione da prescegliere deve essere, dunque, quella che risulti il più possibile aderente al senso letterale delle parole e, al tempo stesso, il più possibile corrispondente all'intenzione del legislatore, quale si desume dalla legge"»).

⁽³⁶⁾ Sull'utilizzo del criterio teleologico in via "eccezionale" si veda T.A.R. Basilicata, Potenza, n. 655/2019 secondo cui: «Sul punto, occorre rammentare che l'attività di

Pertanto, il criterio teleologico assume carattere prevalente in via del tutto eccezionale soltanto quando l'interpretazione letterale di una disposizione non consenta di addivenire a conclusioni conformi con l'impianto normativo generale presente nell'ordinamento ⁽³⁷⁾.

attribuzione di un significato alle norme da applicare va condotta secondo i criteri fissati dall'art. 12 delle disposizioni preliminari al codice civile, c.d. "preleggi", secondo cui nell'applicazione della legge non si può a essa attribuire altro senso se non quello fatto palese «dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse», ovvero sia dall'interpretazione letterale, e dalla «intenzione del legislatore», ossia dall'interpretazione teleologica. Come evidenziato da autorevole dottrina, la legge va dunque interpretata alla lettera, senza possibilità per l'interprete di attribuirle liberamente un senso, riflettendo tale criterio ermeneutico il principio della statualità del diritto.

Anche il criterio di interpretazione teleologica tende a questo risultato, in quanto le parole costituiscono il mezzo mediante il quale si esprime "l'intenzione del legislatore", e come tale vanno interpretate, risultando così preclusa una lettura che attribuisca alla norma un senso diverso da quello che, dal contesto della legge, risulta corrispondere alla finalità che la norma si propone, tradizionalmente definita anche come "*ratio legis*", ragione giustificatrice della norma. Peraltro, in giurisprudenza è costante il rilievo del primato dell'interpretazione letterale, potendosi dare spazio all'interpretazione secondo la *ratio legis* solo eccezionalmente, quando la lettera della norma sia ambigua (*ex multis*, Cass. civ., 26 febbraio 1983, n. 1482), il che non può certamente essere sostenuto nel caso di specie». Si veda altresì T.A.R. Perugia n. 261/2012: «Nel caso, dunque, di "testo chiaro" della legge, non vi è spazio per il ricorso al criterio di interpretazione teleologica, che può assumere rilievo paritetico, comprimario, od addirittura prevalente solo nel caso, eccezionale, in cui l'effetto giuridico risultante dalla formulazione della disposizione di legge sia incompatibile con il sistema normativo; nel dettaglio, non è consentito all'interprete correggere la norma, nel significato tecnico-giuridico proprio delle espressioni che la compongono, nell'ipotesi in cui ritenga che l'effetto giuridico che ne deriva sia inadatto rispetto alla finalità pratica cui la norma è intesa (in termini Cass., Sez. lav., 13 aprile 1996, n. 3495; Cass., Sez. I, 6 aprile 2002, n. 5128; Cons. Stato, Sez. I, 9 maggio 2001, n. 427; Cons. Stato, Sez. VI, 14 gennaio 2002, n. 155)».

⁽³⁷⁾ Cfr. Cons. Stato, n. 124/2011: «3.4. Ciò premesso, il problema è allora accertare se il citato art. 16 del d.lgs. nr. 166 del 2006, nel disporre che la nuova disciplina si applica "con decorrenza dalla data di pubblicazione del bando", stia inequivocamente a significare una deroga al principio innanzi richiamato, e quindi l'immediata applicabilità delle nuove norme anche alle procedure, quale è quella per cui è causa, che fossero in itinere alla data suindicata.

La risposta di parte appellante è senz'altro affermativa, sulla base di un insistito richiamo al primato dell'interpretazione letterale della legge su qualunque altro tipo di operazione ermeneutica (logica, sistematica, teleologica etc.).

Tuttavia, va richiamato l'indirizzo giurisprudenziale secondo cui il criterio di interpretazione teleologica, previsto dall'art. 12 delle preleggi al cod. civ., può assumere rilievo prevalente rispetto all'interpretazione letterale nel caso in cui l'effetto giuridico risultante dalla formulazione della disposizione di legge sia incompatibile con il sistema normativo (cfr. Cass. civ., sez. lav., 13 aprile 1996, nr. 3495)».

Secondo un differente orientamento, è necessario ricorrere al criterio di interpretazione logico-sistematico nel caso in cui il criterio di interpretazione letterale non sia conforme con l'intero assetto normativo presente nell'ordinamento giuridico ⁽³⁸⁾. In altri termini, è necessario ricorrere al criterio logico-sistematico qualora l'interpretazione secondo il criterio letterale comporti dei contrasti con disposizioni presenti nell'ordinamento giuridico ⁽³⁹⁾. Pertanto, è necessario ricorrere anche al criterio di interpretazione sistematica nel caso in cui la mera interpretazione letterale porti al risultato inevitabile di cozzare con altra disposizione presente nell'ordinamento.

A seconda della tipologia di disposizione che viene di volta in volta in rilievo — contestualizzata in una determinata fattispecie — la giurisprudenza ha puntualizzato che il primario criterio deb-

⁽³⁸⁾ Cfr. Cons. Stato, 5793/2021 secondo cui: «Nonostante il regime normativo sia quello in precedenza esposto, nella sentenza passata in giudicato, della quale si chiede l'esatta esecuzione, viene riconosciuta la spettanza di "tutti i benefici previsti dalla L. 206/2004"».

Secondo il ricorrente, tenuto conto della chiarezza della statuizione del giudice del lavoro, non potrebbe prescindere dall'interpretazione letterale, in base alla quale al ricorrente spetterebbero tutti i benefici previsti dalla suddetta legge: tale interpretazione produrrebbe, però, l'effetto di attribuire al ricorrente un diritto non previsto dalla legge n. 206/2004, né derivante da altra fonte normativa che abbia esteso alla condizione del ricorrente ([...]) e ([...]) il regime previsto per le [...].

Seguendo l'interpretazione letterale, quindi, si arriverebbe ad un risultato non compatibile con l'ordinamento: verrebbero attribuite al ricorrente prestazioni che non gli spettano in base alla legge.

L'utilizzazione del criterio di interpretazione letterale non può essere quindi seguito in quanto comporta l'attribuzione — da parte del giudice del lavoro — di un beneficio non previsto dalla legge. 7. - Ciò comporta la necessità di ricorrere al criterio di interpretazione logico-sistematico al fine di assegnare alla statuizione del giudice un significato che sia rispondente al dettato normativo».

⁽³⁹⁾ Cfr. T.A.R. Sicilia, Catania, n. 1015/2013 secondo cui: «a) Non può quindi in alcun modo ipotizzarsi che il contratto avesse ad oggetto anche l'autorizzazione alla gestione in esclusiva dei distributori automatici, se non altro perchè ... una simile autorizzazione avrebbe richiesto l'individuazione degli spazi di installazione e la determinazione di un canone. Quindi il criterio di interpretazione letterale (art. 1362 comma primo cod. civ.) e quello di interpretazione sistematica (art. 1363 cod. civ.) convergono nel far ritenere che alla S.E.B.A.R. fu affidata solo la gestione del bar interno e non quella dei distributori automatici" (e ciò è confermato anche dal "comportamento complessivo delle parti prima e dopo la stipula del contratto (criterio di interpretazione c.d. globale: art. 1362 comma secondo cod. civ.) ...».

ba essere quello letterale ricorrendo (in via sussidiaria) talvolta al criterio teleologico talvolta al criterio sistematico.

4. I criteri di interpretazione dell'atto amministrativo nella giurisprudenza.

Anche con riferimento all'interpretazione dell'atto amministrativo ⁽⁴⁰⁾ la giurisprudenza ha utilizzato nel corso degli anni diversi criteri interpretativi a seconda della tipologia di provvedimento adottato in una determinata fattispecie.

In termini generali, la giurisprudenza è costante nel ritenere che si debba fare riferimento al criterio di interpretazione in materia di contratti di cui all'art. 1362 c.c. dovendo prevalere il criterio di interpretazione letterale, di concerto con il criterio di interpretazione sistematica e secondo i principi di buona fede e di buon andamento di cui all'art. 97 Cost. ⁽⁴¹⁾. Il giudice, quindi,

⁽⁴⁰⁾ Cfr. E. CANNADA BARTOLI, *L'interpretazione giudiziaria degli atti amministrativi secondo la Cassazione*, sez. un., n. 203/1956, in *Foro Amm.*, 1956, 175 ss.; A.M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Foro it.*, 1954, IV, 217 ss.; P. VIRGA, *Il Provvedimento amministrativo*, Milano, 1972, 1 ss.

⁽⁴¹⁾ Cfr. Cons. Stato, n. 814/2024 secondo cui: «L'interpretazione degli atti amministrativi, ivi compresi il bando di gara pubblica, soggiace alle stesse regole dettate dall'art. 1362 c.c. e seguenti per l'interpretazione dei contratti, tra le quali assume carattere preminente quella collegata alla interpretazione letterale in quanto compatibile con il provvedimento amministrativo, dovendo in ogni caso il giudice ricostruire l'intento dell'amministrazione, ed il potere che essa ha inteso esercitare, in base al contenuto complessivo dell'atto (interpretazione sistematica), tenendo conto del rapporto tra le premesse ed il suo dispositivo e del fatto che, secondo il criterio di interpretazione secondo buona fede ex art. 1366 c.c., gli effetti degli atti amministrativi devono essere individuati solo in base a ciò che il destinatario può ragionevolmente intendere, anche in ragione del principio costituzionale di buon andamento, che impone alla P.A. di operare in modo chiaro e lineare, tale da fornire ai cittadini regole di condotta certe e sicure, soprattutto quando da esse possano derivare conseguenze negative» (cfr. *ex multis*, Cons. St., sez. V, 29 luglio 2022, n. 6699).

Inoltre, l'interpretazione del bando e del capitolato, al di là degli incisi letterali, va operata sulla base delle disposizioni di cui agli artt. 1362 e 1363 del c.c. e dunque anche secondo un approccio sistematico che tende ad evidenziare il significato e la funzione complessiva dell'atto. In sostanza, l'interpretazione della *lex specialis* di gara deve essere condotta secondo i suddetti criteri con un approccio proporzionale e ragionevole che consenta di apprezzare l'esatta determinazione dell'Amministrazione (cfr. Cons. St., sez. V, 17 febbraio 2022, n.1186)».

deve altresì ricostruire l'intenzione dell'amministrazione — sulla base della disposizione attributiva di potere — tentando di comprendere il complessivo contenuto dell'atto, rapportandolo con ciò che il destinatario dell'atto stesso può ragionevolmente intendere in base al criterio di interpretazione secondo buona fede *ex art. 1366 c.c.*

Un differente orientamento, oltre al prevalente criterio letterale, ritiene altresì applicabile all'atto amministrativo il principio di conservazione degli atti giuridici di cui all'art. 1367 c.c. relativo ai contratti, il quale impone di interpretare le clausole di un provvedimento amministrativo nel senso in cui possano avere qualche effetto anziché in quello secondo cui non ne avrebbero alcuno ⁽⁴²⁾.

⁽⁴²⁾ Cfr. Cons. Stato, n. 5348/2023: «Invero, per giurisprudenza consolidata l'interpretazione degli atti amministrativi soggiace alle stesse regole dettate dall'art. 1362 c.c. ss. Per l'interpretazione dei contratti, tra le quali assume carattere preminente quella collegata all'interpretazione letterale in quanto compatibile con il provvedimento amministrativo (cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. V, 29 luglio 2022, n. 6699; id., 13 settembre 2018, n. 5360; id., 16 gennaio 2013, n. 238; id., 5 settembre 2011, n. 4980; Sez. III, 10 giugno 2016, n. 2497; id., 24 settembre 2013, n. 4364; Sez. IV, 22 settembre 2005, n. 4982; Sez. VI, 8 aprile 2003, n. 1877). In argomento occorre richiamare, inoltre, il principio di conservazione degli atti giuridici, previsto quale criterio di interpretazione dei contratti dall'art. 1367 c.c. e pacificamente applicabile anche agli atti e provvedimenti amministrativi (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. VII, 12 settembre 2022, n. 7926; Sez. III, 4 agosto 2021, n. 5744; id., 4 settembre 2020, n. 5358; Sez. VI, 8 aprile 2020, n. 2325; id., 15 novembre 2011, n. 6030; id., 12 giugno 2008, n. 2909; Sez. V, 13 marzo 2014, n. 1177), che impone di interpretare le clausole di un provvedimento amministrativo nel senso in cui possano avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebbero alcuno». Secondo Consiglio di Stato 5944/2024: «Senonché, al riguardo occorre tenere conto del principio di conservazione degli atti giuridici, il quale impone di assegnare agli stessi un significato idoneo a manifestarne la legittimità, anziché uno che comporti la loro invalidità (cfr. Cons. Stato, Sez. VII, 12 marzo 2024, n. 2408; Sez. VI, 27 febbraio 2023, n. 1957). Detto principio, infatti, previsto quale criterio di interpretazione dei contratti dall'art. 1367 c.c., è pacificamente applicabile anche agli atti ed ai provvedimenti amministrativi (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 4 settembre 2020, n. 5358; id., 25 novembre 2016, n. 4991; Sez. V, 13 marzo 2014, n. 1177): invero, il principio di conservazione è sancito anche a livello di normazione amministrativa dall'art. 21-nonies, comma 2, della l. n. 241/1990 e costituisce espressione del principio di economicità ed efficacia dell'attività amministrativa di cui all'art. 1, comma 1, della stessa l. n. 241 (Cons. Stato, Sez. III, n. 5358/2020, cit.; id., 10 luglio 2015, n. 3488).

In base a tale principio, a fronte di plurime interpretazioni all'uopo prospettabili, l'atto amministrativo va inteso nel significato conforme alla disciplina sovraordinata, per

Per altro orientamento, con specifico riferimento all'interpretazione di un accordo tra p.a. e soggetti privati, il criterio di interpretazione secondo buona fede non può considerarsi sussidiario rispetto al criterio di interpretazione letterale e teleologico ⁽⁴³⁾, ma deve essere integrato con gli stessi ⁽⁴⁴⁾.

evitare dubbi di compatibilità con il dato positivo e per consentire, quindi, all'atto stesso di avere un qualche effetto giuridico (Cons. Stato, Sez. VI, 7 gennaio 2021, n. 173), in esplicazione dell'antico brocardo "*actus interpretandus est potius ut valeat quam ut pereat*" (C.d.S., Sez. IV, 21 aprile 2021, n. 3229)».

⁽⁴³⁾ Cfr. Cons. Stato, n. 7424/2024 secondo cui: «Nello stesso senso depone anche l'interpretazione secondo buona fede, criterio privilegiato di interpretazione che si pone quale "punto di sutura" tra i criteri di interpretazione soggettiva e oggettiva: proprio la modulazione dei tempi per la presentazione delle istanze necessarie all'approvazione del progetto, decisamente sperequata a favore del Comune, come sopra descritta, impone, nel dubbio, un'interpretazione meno rigorosa dei termini entro cui presentare le "altre" istanze (quelle diverse dall'istanza di permesso di costruire), considerando tali termini non perentori. Sotto questo profilo, va chiarito che il criterio di interpretazione secondo buona fede non può essere relegato a criterio di interpretazione meramente sussidiario rispetto ai criteri di interpretazione letterale e funzionale, in quanto l'elemento letterale va integrato con gli altri criteri di interpretazione, tra cui secondo buona fede o correttezza *ex art. 1366 c.c.*, avendo riguardo allo scopo pratico perseguito dalle parti con la stipulazione del contratto e quindi alla relativa causa concreta (Cassazione civile sez. III, 19/03/2018, n. 6675; Cass., 23/5/2011, n. 11295). 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, e si concreta nel non suscitare falsi affidamenti e nel non contestare ragionevoli affidamenti ingenerati nella controparte (così, da ultimo, Cass., 19/3/2018, n. 6675; cfr. anche Cass., 6/5/2015, n. 9006; Cass., 23/10/2014, n. 22513; Cass., 25/5/2007, n. 12235; Cass., 20/5/2004, n. 9628). Non possono essere, quindi, condivisi quegli orientamenti che, invece, relegano il suddetto criterio interpretativo a meramente sussidiario, applicabile solo quando quelli oggettivi non sono di ausilio (cfr., Cassazione civile sez. III, 09/12/2014, n. 25840). Nessun accordo, di diritto privato o di diritto pubblico, può essere interpretato in contrasto con il principio di buona fede che affascia tutti i rapporti di diritto privato (art. 1175, 1375 c.c.) e di diritto pubblico (art. 1, comma 2-*bis*, l. n. 241 del 1990, art. 5 d.lgs. n. 36 del 2023). Nel caso di specie, peraltro, si può ritenere che l'interpretazione letterale collimi con quella secondo buona fede».

⁽⁴⁴⁾ Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, n. 14179/2022: «Avendo natura di atto amministrativo generale, l'attività ermeneutica affidata all'organo giurisdizionale deve essere guidata dai criteri stabiliti dagli artt. 1362 ss. del codice civile in tema di interpretazione dei contratti, tra i quali assume carattere preminente quello collegata all'interpretazione letterale, dovendo in ogni caso il giudice ricostruire l'intento dell'amministrazione ed il potere che essa ha inteso esercitare in base al contenuto complessivo dell'atto e tenendo conto del rapporto tra le premesse ed il suo dispositivo.

Nell'ambito della cornice creata dalla interpretazione letterale, "occorre poi aggiungere, per un verso, che secondo il criterio di interpretazione di buona fede (*ex art. 1366*

Un ulteriore orientamento ritiene, addirittura, che la “realizzazione dell’interesse pubblico” rappresenti un criterio di interpretazione, ferma restando l’applicazione dei criteri e principi del codice civile ⁽⁴⁵⁾.

Le pronunce richiamate sembrano abbastanza lineari e concordi nel ritenere la prevalenza del criterio letterale che, tuttavia, pare dover essere applicato di concerto con gli altri criteri, come se per gli atti amministrativi — essendovi la peculiarità del perseguimento dell’interesse pubblico primario — debba essere svolta necessariamente una interpretazione “complessiva”, coinvolgendo un po’ tutti i criteri ammessi nell’ordinamento dal legislatore e dalla giurisprudenza.

Di particolare rilevanza, poi, sempre con riferimento all’interpretazione dell’atto amministrativo, sembra essere l’interpretazione tramite “principi” (es. buon andamento) ⁽⁴⁶⁾. In tal caso,

c.c.), gli effetti degli atti amministrativi devono essere individuati solo in base a ciò che il destinatario può ragionevolmente intendere, anche in ragione del principio costituzionale di buon andamento che impone alla P.A. di operare in modo chiaro e lineare, in modo da fornire ai cittadini regole di condotte certe e sicure, soprattutto quando da esse possano derivare conseguenze negative e, per altro verso che, solo in caso di oscurità ed equivocità delle clausole del bando (e degli atti che regolano i rapporti tra cittadini e P.A.), può ammettersi una lettura idonea a tutela dell’affidamento degli interessati in buona fede, non potendo generalmente addebitarsi al cittadino un onere di ricostruzione dell’effettiva volontà dell’amministrazione attraverso complesse indagini ermeneutiche ed integrative” (Cons. Stato, Sez. V, 30 giugno 2022, n. 7335)».

⁽⁴⁵⁾ T.A.R. Toscana, Firenze n. 1985/2014 secondo cui: «L’utilizzo degli accordi nel campo del diritto pubblico è dunque condizionato dal motivo per il quale l’amministrazione si induce a stipularlo, ossia la realizzazione di fini di pubblico interesse. Tale condizionamento non è però totale ma limitato a quelle parti in cui i rapporti tra i contraenti dell’accordo vengono, per legge o pattuizione in esso contenuta, disciplinate in modo particolare rispetto al contratto di diritto civile. Inoltre la realizzazione dell’interesse pubblico rappresenta un criterio di interpretazione, poiché “l’interprete deve tenere presente che, anche quando si avvalga di strumenti alternativi all’attività di carattere provvedimentale, l’Amministrazione non perde il potere autoritativo di gestione dell’interesse pubblico (e può quindi anche disporre la revoca della volontà espressa nell’accordo, previo indennizzo), ferma restando tuttavia l’applicazione — per l’interpretazione e la disciplina di eventuali accordi, integrativi o sostitutivi del provvedimento — dei principi del codice civile in materia di obbligazioni, in quanto compatibili” (Cons. Stato, VI, 18 dicembre 2012 n. 6474)».

⁽⁴⁶⁾ Cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 7966/2010 con nota di G. FARES, *L’interpretazione dell’atto amministrativo*, in *Studium iuris*, 2011, 229.

però, come si osserverà di qui a poco, tale tecnica interpretativa sembra ormai essere del tutto equiparabile all'interpretazione letterale e, con riferimento al principio del risultato, quest'ultimo sembra mutare da mero criterio "orientativo" a vero e proprio "criterio interpretativo". Sul punto, come si tenterà di dimostrare, quantomeno nel d.lgs. 36/2023, i principi — nonostante la loro qualificazione come tali — non sembrano svolgere più una mera funzione per così dire "integrativa" dell'interpretazione letterale, teleologica, sistematica etc., ma sembrano, al contrario, assumere una diversa funzione, molto più incisiva, ossia quella di fungere da criteri interpretativi al pari (almeno) dei tradizionali criteri.

5. Profili evolutivi e innovativi di carattere generale: sulle molteplici fisionomie della "volontà" nell'interpretazione della legge e del provvedimento amministrativo.

Probabilmente, il comune denominatore tra l'interpretazione della legge e del provvedimento della pubblica amministrazione risiede nel concetto di "volontà".

Secondo la dottrina più autorevole, l'atto amministrativo non è espressione di un atto psichico individuale, ma il risultato di un procedimento istituzionale finalizzato alla cura di un interesse pubblico. La volontà si manifesta nel rispetto del principio di legalità⁽⁴⁷⁾ e deve essere motivata per rivelare il processo logi-

(47) F. ASTONE - F. MARTINES, *Principio di legalità ed attività di diritto privato delle amministrazioni pubbliche*, in *Dir. econ.*, 2016; M. ANTONIOLI - A. MANIACI, *Dal principio di legalità allo Stato giurisdizionale: analisi critica dell'interpretazione giudiziaria*, Torino, 2020, 1 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *La legalità presa sul serio. La norma come matrice del potere amministrativo*, in *Per un diritto amministrativo coerente con lo Stato costituzionale di diritto. L'opera scientifica di Aldo Travi*, Pisa, 2022, 22 ss.; M.A. CABIDDU, *Principio di legalità e amministrazione consensuale*, in *Amministrare*, 1-2, 2008, 27-39 secondo la quale: «[...] nel diritto pubblico la legge impone il raggiungimento di obiettivi e risultati, cioè con forma l'esercizio del potere, finalizzando l'attività degli organi che per i soggetti pubblici agiscono. Dunque, in questo ambito, la norma non costituisce (solo) un limite negativo, segnando il confine fra lecito e illecito, ma è congegno funzionale, regola positiva del potere, la cui violazione può essere rilevata dal giudice della legittimità sub specie di eccesso di potere, vizio tipico della discrezionalità amministrativa. La doverosità connaturata al diritto pubblico impone, insomma, e si starebbe per dire, innanzi tutto,

che le norme debbano essere attuate e gli scopi perseguiti. Se ciò non accade, i poteri pubblici perdono la loro legittimazione, giacché non semplicemente l'amministrazione è legittimata dalla legge, quanto piuttosto la legge è in funzione di garanzia e di indirizzo dell'amministrazione»; M.A. CABIDDU, *Tra legalità e consenso: la nuova "specialità" dell'amministrazione*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Napoli, 2009, 61-77 (spec. 67) secondo la quale: «[...] nel diritto pubblico la legge impone il raggiungimento di obiettivi e di risultati, cioè conforma l'esercizio del potere, finalizzando l'attività degli organi che per i soggetti pubblici agiscono. Dunque, in questo ambito, la norma non costituisce (solo) un limite negativo ma è congegno funzionale, regola positiva del potere, la cui violazione può essere rilevata dal giudice della legittimità sub specie di eccesso di potere, tipico vizio della discrezionalità amministrativa»; L. CARLASSARE, *Legalità (principio di)*, in *Enc. giur. Treccani*, XVIII, Roma, 1990; E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2022, 36-43; S. CASSESE, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2015, 11-15; S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa*, Milano, 1993, 1 ss.; G. CORSO, *Il principio di legalità*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2010, 16 ss.; V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e "giusto procedimento amministrativo"*, in *Giur. cost.*, 1962, 130 ss.; M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2021, 37; M. D'AMICO, *Legalità (dir. cost.)*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, IV, Milano, 2006, 3365 ss.; S. FOIS, *Legalità (il principio di)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, 659; M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2000, 261 ss.; R. GUASTINI, voce *Legalità (principio di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, IX, Torino, 1994, 84 ss.; F. LEDDA, *Dal principio di legalità al principio dell'infallibilità dell'amministrazione*, in *Foro amm.*, 1997, 3303 ss.; M. MAGRI, *I principi di legalità e riserva di legge*, in M. DE DONNO - G. GARDINI - M. MAGRI (a cura di), *Il diritto amministrativo nella giurisprudenza*, Roma, 2022, 19 ss.; F. MERUSI, *I sentieri interrotti della legalità. La decostruzione del diritto amministrativo*, Bologna, 2007, 1 ss.; S. PERONGINI, *Principio di legalità e risultato amministrativo*, in M. IMMORDINO - A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Atti del Convegno, Palermo, 27-28 febbraio 2003, Torino, 2003, 39 ss.; E. PICOZZA, *Principio di legalità e risultato amministrativo, ovvero del nuovo diritto pubblico italiano*, in M. IMMORDINO - A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit., 52 ss. il quale autorevolmente afferma che: «Se invece si rimane ancorati ad una concezione soggettiva 'pubblica' in senso formale, ancorché colorato di federalismo e di sussidiarietà verticale, l'antinomia non è solo apparente ma sostanziale, ma dubito che i due principi siano quantomeno in equilibrio; la legalità cede ai risultati dell'azione amministrativa (e soprattutto di quella politica come chiarirò in seguito). I modi della flessione sono molteplici: il più sicuro e ormai già praticato anche in Italia, è quello di posizionare l'illegalità a livello legislativo, sicché rimane salvo il principio di legalità formale del diritto amministrativo, inteso come riserva di legge e conformità dell'atto amministrativo alla norma superiore. In tal caso le uniche protezioni sono date dal diritto internazionale, comunitario e dall'istinto di giustizia degli organi giurisdizionali, soprattutto amministrativa e civile»; G.U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 2005, 266; A. ROMANO, *Amministrazione, principio di legalità ed ordinamenti giuridici*, in *Dir. amm.*, 1999, 114 ss.; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, X ed., Napoli, 1969, 33 ss.; M.A. SANDULLI, *Semplificazione amministrativa e amministrazione di risultati*, in M. IMMORDINO - A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Atti del Convegno,

co-giuridico che l'ha determinata ⁽⁴⁸⁾.

La volontà, secondo chi scrive, non è mera intenzione del legislatore e dell'amministrazione, ma ricomprende tutta una serie di elementi. Essa, infatti, può esprimersi in vari modi: essa equivale a "intenzione", a finalità dell'amministrazione, al momento antecedente rispetto alla manifestazione dell'amministrazione verso l'esterno sino al raggiungimento di un obiettivo (predeterminato) che potrebbe (*rectius*, dovrebbe) coincidere, come si vedrà, con la nozione di "risultato".

In effetti, la volontà solo apparentemente rispecchia l'elemento soggettivo, ma — in realtà — abbraccia l'intera fase di formazione della legge nonché l'intero procedimento amministrativo. Essa non va confusa con la mera intenzione del legislatore o dell'amministrazione (e, quindi, non si può ridurre soltanto a parametro teleologico), ma ha un'accezione più ampia rispetto alla funzione di interpretazione teleologica. Non appare, dunque, corretto interpretare la volontà in un'unica accezione, in una per così dire dimensione "statica" o unitaria, ma deve essere letta in chiave "dinamica", coinvolgendo i vari processi evolutivi della legge (es: regolamento) e del procedimento amministrativo (es: gara per la fornitura di determinati dispositivi medici). La concezione "dinamica" della volontà, dunque, non rileva soltanto nella fase iniziale di formazione della legge o di manifestazione di indizione di un procedimento amministrativo, ma sembra coinvolgere altresì la fase istruttoria, la fase decisoria e la fase c.d. esecutiva.

Tuttavia, l'interprete (e, nello specifico, il giudice amministrativo) deve operare su piani differenti.

Quest'ultimo, nell'interpretare la legge, oltre ovviamente al

Palermo, 27-28 febbraio 2003, Torino, 232 ss.; F. SATTÀ, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, 1967; F. SORRENTINO, *Lezioni sul principio di legalità*, II ed., Torino, 2007; S. SPUNTARELLI, *Il principio di legalità e il criterio di imparzialità nell'amministrare*, in *Dir. amm.*, I, 2008, 223 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Il principio di legalità e l'impiego del diritto privato per compiti dell'amministrazione pubblica*, in *Amministrare*, 2008, 1-2, 9 ss.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. nuovamente M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria generale dell'interpretazione*, Milano, 1939, 35 ss.

dato letterale, deve ricercare la volontà del legislatore ed operare essenzialmente su un unico piano. Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, al caso in cui venga pubblicato un regolamento che, a priori, impedisca a futuri gestori di chioschi la vendita di alimenti e bevande. In questa ipotesi, nel caso di impugnazione immediata del predetto regolamento, il giudice amministrativo dovrà valutare la volontà del legislatore nell'intero *iter* formativo del predetto regolamento al fine di verificarne la legittimità rapportandola nel caso concreto.

Di converso, nell'attività interpretativa dell'atto-provvedimento amministrativo il giudice deve operare su molteplici piani: 1) interpretazione della legge-fonte cui scaturisce il potere amministrativo ⁽⁴⁹⁾; 2) interpretazione dell'atto amministrativo ⁽⁵⁰⁾ rispetto alla disposizione attributiva di potere; 3) interpretazione dell'atto amministrativo-provvedimento rispetto alla volontà espressa dall'amministrazione nella fase antecedente a quella dell'iniziativa (c.d. predeterminazione dell'attività amministrativa) ⁽⁵¹⁾.

⁽⁴⁹⁾ Sulla nozione di potere amministrativo si veda, in particolare V. CERULLI IRELLI, *Il potere amministrativo e l'assetto costituzionale delle funzioni di governo*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2011, 33 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberal-democratico*, in *Dir. pubbl.*, 3/2009, 739 ss.; M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989, 1 ss.; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Notazioni su potere amministrativo e 'attitudine' negoziale*, in *Amministrativamente*, 4/2021, 700 ss.; G. CREPALDI, *Potere amministrativo, diritti soggettivi e giurisdizione*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, II, Napoli, 2020, 1223 ss.; sull'esercizio del potere a seguito della presentazione della dichiarazione di inizio attività cfr. W. GIULIETTI, *Attività privata e potere amministrativo. Il modello della dichiarazione di inizio attività*, Torino, 2008, 1 ss.; G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, Napoli, 1949, (rist.) 1990, 9 ss.; N. LUHMANN, *Sociologia del diritto*, Bari, 1977; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985, 1 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere giuridico*, in *Ann. Fac. ec. e comm. Univ. Messina*, 1981, 405 ss.; B. SASSANI, *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto. Ottemperanza amministrativa e tutela civile esecutiva*, Milano, 1997, 1 ss.; S. TORRICELLI, *Il potere amministrativo e il suo esercizio*, in L. DE LUCIA - F. LUCIANI - A. ROMEO - S. TORRICELLI (a cura di), *Casi scelti di diritto amministrativo*, Torino, 2021, 67 ss.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, 2000, 1 ss.; G. DE MARZO, *Norme CEDU e interpretazione adeguatrice*, in *Urb. app.*, 2009, 699 ss.

⁽⁵¹⁾ Sul concetto di "predeterminazione" dell'attività amministrativa cfr. su tutti A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza*

Si pensi all'esempio fatto in precedenza. Viene pubblicato un regolamento da parte di un'amministrazione che, a priori, impedisce la vendita di alimenti e bevande a gestori di chioschi. L'amministrazione, sulla scia di tale regolamento, emette un provvedimento nei confronti di un soggetto "X" applicativo del regolamento stesso che nega la vendita di alimenti e bevande. Il soggetto "X" impugna innanzi al giudice amministrativo il provvedimento applicativo del regolamento. Va da sé che, nel caso di specie, l'interpretazione del giudice amministrativo è generalmente più complessa, in quanto egli deve non solo verificare la

nell'esercizio del potere discrezionale, Napoli, 1997, 1 ss. In particolare, da p. 62 ss., l'Autore precisa che: «[...] Si tratta, in altri termini, della anticipata individuazione dei parametri sulla base dei quali verrà effettuata la ponderazione dei diversi interessi. E questo processo non concreta certo la soppressione o la compressione del potere discrezionale, ma soltanto il suo anticipato esercizio [...]. Ebbene, si deve rilevare che la predeterminazione della propria condotta, da parte dell'Autorità, realizza al massimo grado quelli che sono i contenuti più profondi della domanda di legalità sostanziale delle scelte pubbliche: l'imparzialità, la tutela dell'affidamento dei cittadini, la democraticità complessiva dell'azione. Con la fissazione in via generale ed astratta dei valori di riferimento e delle scelte di base per le proprie decisioni future, l'Amministrazione realizza, in primo luogo, un incremento notevole delle garanzie di imparzialità ed uguaglianza nelle concrete ponderazioni di interessi che quotidianamente essa è chiamata ad effettuare. In secondo luogo, la indicazione in via preventiva delle scelte di base e delle scelte parziali consente la prevedibilità dell'azione amministrativa e, quindi, da un lato fa sorgere negli amministratori un giustificato affidamento sull'esito dell'azione amministrativa e, dall'altro, offre i mezzi di verifica per la sua tutela. In terzo luogo, la presenza di un binario che guida l'azione concreta dell'Amministrazione, consentendone visibilità, trasparenza e pubblicità, accresce il livello di democraticità complessiva dell'ordinamento amministrativo; e ciò, sia rendendo più consapevole la partecipazione, sia accrescendo le potenzialità del controllo sociale sull'Amministrazione». Secondo F.G. SCOCA, voce *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, Agg., VI, Milano, 2002, 88: «Contemporaneamente si va invece rafforzando un principio, diverso nel fondamento (e nella finalità) e assai più ricco di contenuto: quello della necessaria predeterminazione normativa dell'attività amministrativa [...]. Pertanto, se si abbandona la forma autentica del principio di legalità e si sostituisce la legge formale con il ben più ampio concetto di legge in senso materiale (o di norma comunque vincolante), si può affermare che il principio di legalità non solo vige (in forma inautentica), ma vige come principio di legalità sostanziale, in quanto le norme vincolanti l'amministrazione non si limitano a predeterminare i poteri (o ad autorizzarne l'esercizio) ma disciplinano la finalità da raggiungere e i modi di esercizio [...]. Il principio di legalità, nella sua fisionomia aggiornata, comporta pertanto che l'attività amministrativa debba essere necessariamente preceduta da un quadro normativo tendenzialmente completo, nell'ambito del quale deve contenersi per potere essere valutata legittima».

legittimità del provvedimento emesso dall'amministrazione, ma deve vagliarne la legittimità in relazione al regolamento.

È qui che la "volontà" così intesa si manifesta in una molteplicità di accezioni e funge da parametro interpretativo ovvero da ambito entro il quale ricercare l'intenzione (come sopra intesa) del legislatore e/o dell'amministrazione. Quest'ultima, poi, si manifesta all'esterno attraverso varie modalità ⁽⁵²⁾.

Nel caso del regolamento, ad esempio, essa va ricercata non solo nel dato letterale di quella specifica previsione, ma nelle premesse, nei lavori preparatori che hanno poi dato vita al regolamento, nei principi (ove ve ne siano) etc.

Nel provvedimento applicativo del regolamento, invece, la volontà andrà ricercata non soltanto nella motivazione, ma nell'intero iter procedimentale, ovvero nell'istruttoria, nella partecipazione, sino alla fase di avvio del procedimento o, addirittura, in una eventuale fase di programmazione o progettazione nel caso di concessioni o appalti di lavori.

La volontà, quindi, secondo chi scrive, costituisce l'elemento determinante per l'interprete (e, nel caso di specie, del giudice amministrativo) al fine di una corretta interpretazione della legge o dell'atto-provvedimento amministrativo. Essa, dunque, rappresenta il punto di partenza e il punto di arrivo ovvero la guida cui l'interprete dovrebbe seguire nello svolgimento dell'attività interpretativa secondo quanto affermato in precedenza.

È, quindi, dalla "volontà" così intesa, composta da tutti i propri connotati — a seconda della tipologia di legge o di atto da interpretare — che il giudice amministrativo deve iniziare la propria attività di interpretazione della stessa legge e/o dello stesso atto-provvedimento amministrativo.

Secondo chi scrive, quindi, diversamente dall'interpretazione del negozio giuridico, nel diritto amministrativo — proprio perché l'amministrazione è vincolata nel fine ossia deve persegui-

⁽⁵²⁾ Cfr. in generale B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico*, Padova, 2000, 1 ss.

re il raggiungimento dell'interesse pubblico primario – l'interprete non può limitarsi al dato letterale, ma deve andare a ricercare necessariamente la volontà e, dunque, deve compiere uno sforzo maggiore, più ampio. Ad esempio, in caso di adozione provvedimenti di secondo grado ⁽⁵³⁾, l'interprete non può limitarsi al *nomen iuris* dell'atto adottato in autotutela, ma deve cercare, come è noto, l'intenzione della p.a.

Può accadere, infatti, che nel provvedimento amministrativo vi sia scritto “revoca” ma, invece, si tratti di un provvedimento di annullamento d'ufficio: in tal caso, infatti, se ci si limitasse ad una interpretazione letterale, non si riuscirebbe a cogliere la volontà della p.a. — sempre intesa in una dimensione “dinamica” — la quale, invece, ha inteso rimuovere con effetti retroattivi quel determinato provvedimento oggetto di autoannullamento.

6. I “nuovi” criteri di interpretazione nel d.lgs. n. 36/2023. Il principio del risultato quale nuovo criterio di interpretazione della legge e del provvedimento?

Come accennato nella premessa, sempre con riferimento ai criteri di interpretazione, occorre a questo punto cercare di analizzare la disposizione di cui all'art. 4 del d.lgs. n. 36/2023 (il “Codice”).

L'art. 4 rubricato “Criterio interpretativo e applicativo” così recita: “1. Le disposizioni del codice si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli articoli 1, 2 e 3”.

Se si prova ad analizzare letteralmente la disposizione suindicata, essa lascerebbe intendere che ogni disposizione presente nel Codice si interpreta secondo i principi del risultato, della fiducia e di accesso al mercato.

Come è noto, è sempre esistita nella giurisprudenza l'inter-

⁽⁵³⁾ Cfr. P. TANDA, *Il decorso del tempo può comportare l'estinzione dell'ordine di demolizione (di un'opera abusiva) disposto dal giudice ordinario o dalla p.a.*, in *Dir. e Proc. Amm.*, 2024, 203 ss.; Cfr. altresì P. TANDA, *Attività amministrativa e sindacato del giudice ordinario: il caso del permesso edilizio illegittimo*, in *Dir. e Proc. Amm.*, Quad. 38, 1 ss.

pretazione per principi, ma a questo punto occorre domandarsi che ruolo abbiano i principi nel Codice. Essi fungono da mero ausilio, da criteri “orientativi” oppure, data la precisa collocazione nel Codice nonché dal contenuto dell’art. 4, si trasformano in veri e propri criteri interpretativi al pari (o addirittura) in posizione di supremazia rispetto all’interpretazione letterale?

Con specifico riferimento al principio del risultato occorre anzitutto cercare di partire dalla nozione di risultato in senso sostanziale ⁽⁵⁴⁾.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. S. CASSESE, *Amministrazione di risultati?*, in *Giorn. dir. amm.*, 9/2004, 941 il quale, in chiave critica, afferma come vi sia stato il passaggio: «[...] dall’“amministrazione di risultati? Alla negazione sia della legittimità, sia della stessa efficienza»;

G. CORSO, *Amministrazione di risultati*, in *Annuario AIPDA*, 2002, 127 ss.; L. GIANI, *Regolazione amministrativa e realizzazione del risultato*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2003, 308 ss. la quale, riprendendo alcuni importanti contributi in materia tra cui L. IANNOTTA, *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, in AA.VV., *Amministrazione e legalità. Fonti normative e ordinamenti*, Atti del convegno di Macerata, 21-22 maggio 1999, a cura di C. PINELLI, Milano, 2000, 37 ss.; R. FERRARA, *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla “libertà dell’amministrazione” alla libertà dell’amministrazione*, in *Dir. e soc.*, 2000, 101 ss.; L. GIANI, *L’amministrazione tra appropriatezza dell’organizzazione e risultato: spunti per una rilettura del dialogo tra territorio, autorità e diritto*, in *Nuove autonomie*, 3/2021, 551 ss.; F. LEDDA, *Dal principio di legalità al principio di infallibilità dell’amministrazione*, in *Foro amm.*, 1997, 3303; A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula «amministrazione per risultati»*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli, 2001, 816 ritiene che: «La considerazione del risultato, in tutta la sua portata sostanziale, impone che si prenda in considerazione un duplice angolo visuale in base al quale scindere l’indagine in due diversi filoni. Il primo è quello del soggetto (pubblico) la cui attività deve essere tesa alla realizzazione del risultato; il secondo — ad esso evidentemente speculare — riguarda il soggetto (privato) in quanto destinatario dell’azione del primo, o, se si vuole, diretto beneficiario da un punto di vista sostanziale dell’attività svolta dal soggetto pubblico. Con riferimento al primo profilo considerato è evidente che, come è stato autorevolmente sottolineato, la realizzabilità del risultato in un certo qual modo viene a coincidere con la “cura degli interesse pubblici attuali, con il minor sacrificio possibile degli interessi privati”. [...] il secondo filone di indagine riguarda, appunto, l’angolo visuale del privato, diretto o indiretto destinatario dell’azione dei pubblici poteri, nel quale assumono un ruolo prioritario i beni che le norme mirano ad assicurare alle persone interessate, beni o servizi che rappresentato, evidentemente, lo scopo finale delle norme medesime»; E. D’ALTERIO, *La valutazione della performance nelle pubbliche amministrazioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 5, 2016, 639 ss.; ID., *Dall’amministrazione di risultato all’amministrazione “performante”: storia di paradossi in tema di pubblico impiego*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 3, 2018, 488 ss.; ID., *La valutazione della performance nelle pubbliche amministrazioni: stato dell’arte e nodi (ancora) da sciogliere*, in *Diritti*

Tale orientamento mette in luce detta nozione dal punto di vista del soggetto pubblico che agisce nel perseguimento dell'interesse primario e del soggetto privato destinatario del provvedimento. Nel primo caso, il risultato verrebbe realizzato ogniqualvolta la pubblica amministrazione riesce ad adempiere alla cura degli interessi primari con il minor sacrificio degli interessi secondari; nel secondo caso, il privato destinatario del provvedimento assume rilevanza in quanto è legittimato alla verifica dei presupposti di ogni singola vicenda, dalla loro legittimità alla loro ragionevolezza ⁽⁵⁵⁾.

lavori mercati, 7/2019, 181 ss.; Id., *La cultura del controllo nel sistema amministrativo italiano*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2024, 3 ss.; R. LOMBARDI, *Contributo allo studio della funzione di controllo. Controlli interni e attività amministrativa*, Milano, 2003; P. TANDA, *Controlli amministrativi e modelli di governance della pubblica amministrazione*, Torino, 2012, 191 il quale evidenzia che: «Lo spostamento del parametro di controllo della legittimità formale a quello sostanziale del risultato, ha comportato, già prima della c.d. riforma Brunetta, alcune modificazioni che hanno interessato anche il profilo strettamente organizzativo del sistema dei controlli stessi, determinando la costituzione di specifici organi di controllo interno (col compito di verificare, mediante comparazione tra costi e rendimenti, la corretta ed economica gestione, l'imparzialità e il buon andamento) e, successivamente, realizzando – come detto – con il d.lgs. n. 286/1999 un riassetto generale della materia, attraverso una serie di controlli interni distinti in funzione dell'oggetto su cui ricade tape tipo di controllo». Infine sia consentito anche di rinviare a N.M. D'ALESSANDRO, *op. cit.*, 116 ss.

⁽⁵⁵⁾ Rileva L. GIANI, *Dirigenza e risultato amministrativo. Verso un ciclo proattivo dell'accountability dell'amministrazione. Spunti a margine del volume di Cristiano Celone*, in M. IMMORDINO - C. CELONE (a cura di), *La responsabilità dirigenziale tra diritto ed economia. Atti del convegno internazionale. Palermo, 6-7 giugno 2019*, Napoli, 2020, 237 ss. (spec. 239-240): «Volendo operare una ricognizione dei significati che sono stati ricondotti al termine risultato, si registra una triplice prospettiva: la prima, riferita al suo profilo meramente materiale, che rimane in una posizione secondaria ai fini di queste brevi osservazioni; la seconda riferita alla teoria del provvedimento rispetto alla quale esso si spinge fino al regime della sua (del provvedimento) validità o invalidità, entrando gradualmente a far parte del processo di valutazione (dell'atto e dell'attività) elementi quali l'efficacia, prima, e la adeguatezza, poi; la terza vede il risultato riferito al regime della responsabilità, e dunque alla valutazione dell'attività complessiva del dirigente pubblico. [...] Si tratta di una dimensione che, spostando il baricentro della valutazione dell'atto alla attività, ha comportato una rimodulazione degli stessi parametri di riferimento affiancando al tradizionale parametro della legalità formale, per la valutazione degli atti e dell'attività dell'amministrazione, parametri sostanziali, dapprima individuati nella efficacia ed efficienza dell'azione, e poi giustamente ampliati anche a profili concernenti la adeguatezza della misura rispetto agli obiettivi stabiliti [...]. Dunque, non è un 'mero' risultato pratico dell'azione e dell'atto, ma una entità avente specifica rilevanza giuridica,

Sempre secondo il suddetto orientamento, il risultato va inteso non come l'effetto materiale, o l'effetto del singolo atto, ma l'effetto giuridico di una frazione di attività, cioè quell'insieme di atti, comportamenti e procedimenti che concorrono alla sua realizzazione rilevando, anche ai fini della valutazione nelle sedi giurisdizionali, non i singoli atti ma l'attività, non confinata nel perimetro del singolo procedimento amministrativo, in quanto è essa, nel suo insieme ad assurgere a fattispecie giuridicamente rilevante, proprio in quanto presa in considerazione dal diritto in ragione dell'elemento unificante rappresentato dal perseguimento dell'interesse pubblico ⁽⁵⁶⁾.

Un'altra parte della dottrina descrive il risultato secondo tre diverse accezioni. Secondo una prima accezione, vi è il risultato scaturente «[...] dalla determinazione normativa o anche dall'atto espressivo di un'attività di indirizzo politico [...]». Secondo tale orientamento, quindi, il risultato amministrativo risulta inglobato nella funzione, nel senso di assurgere ad elemento essenziale e connaturale all'esercizio del potere nonché come parametro di riferimento nella esplicazione della funzione. Sul punto, è stato precisato che la collocazione della previsione del risultato nella norma, legittima, già in sede di prima approssimazione, la prospettazione

effetto del valore che il diritto dà a quella 'attività' finalisticamente considerata. Si tratta così di due piani distinti, il primo relativo alla realizzazione del risultato in senso giuridico, il secondo relativo alla realizzazione del risultato in senso concreto».

⁽⁵⁶⁾ Cfr. L. GIANI, *L'operazione amministrativa nella prospettiva del risultato: nel procedimento e nel processo*, in *Nuove autonomie*, 2/2012, 203 secondo la quale il risultato: «[...] funge da canone di rilevanza di questo insieme inteso nel suo senso più puro di luogo in cui si offre una soluzione al problema amministrativo (complesso) e ciò tanto nei procedimenti collegati lateralmente (si pensi alla conferenza di servizi) rispetto ai quali la soluzione al problema amministrativo è la risultante dei singoli 'risultati' (giuridicamente rilevanti) paralleli dei diversi procedimenti amministrativi; quando, forse, nei procedimenti ordinati in serie (come nel caso dell'espropriazione per pubblica utilità) rispetto ai quali, però, a differenza di quelli appena considerati, il risultato dell'ultimo procedimento non è unitario (la sommatoria dei risultati dei procedimenti dell'operazione amministrativa) in quanto esso presuppone una fattispecie composta anche dai risultati dei procedimenti presupposti ordinati in serie. In altri termini, il venire in essere del primo procedimento della serie crea degli effetti che entrano a far parte della fattispecie del secondo procedimento non come effetto giuridico ma come effetto materiale della fattispecie».

della erezione di quello stesso risultato come canone di verifica della legittimità della successiva azione amministrativa ⁽⁵⁷⁾.

Per una differente prospettiva si pone invece l'orientamento al risultato dell'attività amministrativa e l'effettività del suo conseguimento: la previsione attuale dell'obiettivo che sarà conseguito in un futuro più o meno prossimo, a seguito dell'esercizio di una determinata attività amministrativa, si manifesterebbe in questo contesto in uno stadio più maturo di quello normativo, decisamente più concreto ⁽⁵⁸⁾.

Infine, vi è il risultato conseguente all'esercizio dell'attività amministrativa inteso come verifica attuale della congruenza degli obiettivi conseguiti rispetto a quelli prefissati, oggetto delle forme di controllo previste nell'ordinamento giuridico ⁽⁵⁹⁾.

Sempre secondo il medesimo orientamento il risultato amministrativo dovrebbe essere inteso in senso giuridico (e non meramente economico) in quanto «[...] lungi dal consistere nella necessaria soddisfazione materiale della pretesa del cittadino (secondo la prospettiva quanto erronea logica del risultato a tutti i costi), lungi dal consistere nella considerazione necessariamente economica del valore di una pretesa, consiste piuttosto nella necessaria e tempestiva presa in considerazione di tutti gli interessi in gioco nonché nella soddisfazione delle pretese giuridicamente fondate» ⁽⁶⁰⁾.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003, 103 ss.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. M.R. SPASIANO, *op. cit.*, 105.

⁽⁵⁹⁾ Cfr. M.R. SPASIANO, *op. cit.*, 105-106.

⁽⁶⁰⁾ Secondo M.R. SPASIANO, *Nuove riflessioni in tema di amministrazione di risultato*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, V, Napoli, 2020, 4845 ss. in special modo 4848-4851: «[...] la dottrina non ha mai offerto una visione unitaria del risultato amministrativo; una consistente parte di essa, colta dall'entusiasmo per i modelli aziendalistici di importazione civilistica, in auge agli inizi del nuovo secolo, ha ritenuto di poter applicare tout court all'Amministrazione pubblica, un'accezione di risultato che in realtà finiva con l'infrangersi sulle critiche (fondate) della non sovrapponibilità dei concetti stante l'elemento differenziale decisivo costituito dall'interesse pubblico, in quanto tale non passibile di alcun baratto. La fazione critica, dal canto suo, non si è mai occupata di approfondire la molteplicità dei modelli di amministrazione di risultato proposti, preferendo arroccarsi su una difesa pregiudiziale e invero poco attenta. [...] non è dato comprendere come

Secondo un altro orientamento, il principio di risultato (e, nello specifico, della sua rilevanza giuridica) sarebbe ulteriormente rafforzato se si pone l'accento agli istituti della conferenza dei servizi e del sistema dei controlli interni. In merito alla conferenza di servizi, essendo volta alla comparazione dei vari interessi pubblici coinvolti in un determinato procedimento amministrativo, si presenterebbe come lo strumento in grado di sintetizzare le potenzialità di un'amministrazione indirizzata al conseguimento (in concreto) di risultati e, dunque, del soddisfacimento delle domande sociali, in quanto consente di determinare l'interesse pubblico che in concreto l'azione (coordinata) dell'amministrazione deve curare con il minor sacrificio possibile dei privati ⁽⁶¹⁾.

Con riferimento al sistema dei controlli interni ⁽⁶²⁾ esso consentirebbe ancora di più di enfatizzare il problema dalla conoscibilità e prevedibilità degli effetti dato che nel momento in cui l'amministrazione procede alla preventiva determinazione di criteri e valori, nonché degli obiettivi e delle priorità volti a governare il susseguente processo di specificazione dell'interesse pubblico nella fattispecie concreta, ossia nel momento in cui assegna una veste giuridica formale al risultato, essa giunge ad ancorare le scelte discrezionali a criteri obiettivi, e, quindi, a dare una impostazione ben più concreta al controllo successivo sulle stesse.

Un'altra parte della dottrina ritiene che il risultato sia invece un elemento esterno sia all'atto e sia ai suoi effetti giuridici, e

si possa ritenere che il 'risultato amministrativo' si collochi al di fuori della norma, un elemento ad essa estraneo, quasi un di più rispetto alla stessa. Esso, invece, è la ragione stessa della legittimazione anche costituzione della disposizione attributiva del potere amministrativo e non solo alla luce del principio di buon andamento di cui all'art. 97 Cost., ma anche del principio di sussidiarietà di cui all'art. 118 Cost. Il risultato amministrativo si colloca, dunque, dentro il principio di legalità, lo connota, gli attribuisce un significato precipuo, coerente con l'esigenza di effettività della tutela degli interessi solo in vista della quale trovano legittimazione tutti i centri di potere pubblico».

⁽⁶¹⁾ Si veda M. D'ORSOGNA, *Teoria dell'invalidità e risultato*, in M. IMMORDINO - A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2003, 72.

⁽⁶²⁾ In merito ai controlli "esterni", invece, si veda A. CRISMANI, *I controlli esterni sulle pubbliche amministrazioni. Contributo alla sistemazione metodologica del procedimento di controllo sulla gestione*, Napoli, 2005, 7 ss.

può essere valutato soltanto successivamente attraverso un esame della realtà concreta nella quale l'atto va ad incidere in quanto, secondo tale orientamento un atto o provvedimento valido, il cui contenuto dispositivo risulti perfettamente conforme al parametro normativo, potrebbe anche produrre risultati pessimi dal punto di vista della cura degli interessi ⁽⁶³⁾.

Con riferimento al Codice, la giurisprudenza ha affermato che l'art. 1 d.lgs. n. 36/2023 è collocato in testa alla disciplina del nuovo codice dei contratti pubblici ed è principio ispiratore della stessa, sovraordinato agli altri; si tratta di un principio considerato quale valore dominante del pubblico interesse da perseguire attraverso il contratto il quale esclude che l'azione amministrativa sia vanificata ove non si possano ravvisare effettive ragioni ostative al raggiungimento dell'obiettivo finale ossia: a) nella fase di affidamento giungere nel modo più rapido e corretto alla stipulazione del contratto; b) nella fase di esecuzione (quella del rapporto) il risultato economico di realizzare l'intervento pubblico nei tempi programmati e in modo tecnicamente perfetto; il principio della fiducia di cui all'art. 2 del nuovo codice amplia i poteri valutativi e la discrezionalità della p.a., in chiave di funzionalizzazione verso il miglior risultato possibile; il principio del risultato e quello della fiducia sono avvinti inestricabilmente: la gara è funzionale a portare a compimento l'intervento pubblico nel modo più rispondente agli interessi della collettività nel pieno rispetto delle regole che governano il ciclo di vita dell'intervento medesimo ⁽⁶⁴⁾.

Detto principio può essere declinato in termini che pongano l'accento sull'esigenza di privilegiare l'effettivo e tempestivo conseguimento degli obiettivi dell'azione pubblica, prendendo in considerazione i fattori sostanziali dell'attività amministrativa,

⁽⁶³⁾ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Invaldità e risultato amministrativo*, in M. IMMORDINO - A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2003, 80: «Ciò non di meno, l'atto resta valido e non può essere annullato. Semmai potrà essere revocato *ex nunc* a fronte di una successiva valutazione di sopravvenuti interessi pubblici che ne rendano necessaria l'eliminazione».

⁽⁶⁴⁾ Cons. Stato, sez. V, 27/02/2024, n. 1924, in www.dejure.it.

escludendo che la stessa sia vanificata, in tutti quei casi in cui non si rinvenivano obiettive ragioni che ostino al suo espletamento ⁽⁶⁵⁾.

Il principio del risultato, come rilevato di recente ⁽⁶⁶⁾ ha origini europee e, se è vero che nella giurisprudenza e nei primi commenti il principio del risultato era già un principio immanente nell'ordinamento giuridico, è altrettanto vero che ciò che è nuovo e rilevante non è soltanto la codificazione del principio, ma la sua precisa declinazione da parte della disposizione di legge.

In chiave critica parte della dottrina afferma che si sta realizzando il pericolo di un troppo drastico uso della logica del risultato, tale da appiattire il sindacato giurisdizionale sulle scelte fatte dall'amministrazione ⁽⁶⁷⁾. Inoltre, secondo tale orientamento, si pone il problema di "chi sia deputato a individuare la "nor-

⁽⁶⁵⁾ Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, 15/01/2024, n. 377, in *www.dejure.it*. Di recente anche T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 04/06/2024, n. 2096 ha ritenuto che il principio del risultato: «[...] implica che il risultato che l'amministrazione deve perseguire debba essere 'virtuoso', risultando tale quello che possa portare a diminuire i costi di un servizio assicurando allo stesso tempo l'accrescimento della qualità e della produttività. Se è vero che, nell'impostazione del nuovo Codice dei contratti pubblici l'amministrazione è chiamata a compiere la scelta più 'virtuosa', assicurando il 'miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza', non può ritenersi che tale "miglior rapporto" sia stato raggiunto nella gara in oggetto, ove la stazione appaltante, addivenendo alla propria decisione di aggiudicare l'appalto in favore della società controinteressata, ha disatteso, irragionevolmente, ogni potenziale verifica in ordine ai presidi di qualità ed efficienza del servizio integrato che quest'ultima è chiamata a svolgere, finendo per tradire la funzionalizzazione verso il miglior soddisfacimento dell'interesse pubblico cui essa deve tendere», *www.giustiziamministrativa.it*.

⁽⁶⁶⁾ Cfr. A. SANDULLI, *Il principio del risultato quale criterio interpretativo e applicativo*, in *Dir. pubbl.*, 2/2024, 350. Sul punto, G. SORICELLI, *I contratti pubblici nella prospettiva del risultato*, Milano, 2025, 328 attentamente rileva che: «Ciò sta a significare che la declinazione del principio del risultato non è neutra e impone vincoli all'interprete, limitando la sua libertà d'azione. Il legame stretto con il buon andamento, il rispetto della legalità e della concorrenza, e il condizionamento della discrezionalità sono elementi fondamentali». Si parla, a riguardo, del risultato come un principio che orienta la scelta del mezzo proporzionato all'obiettivo «adempiendo a una funzione nomogenetica, di condizionamento interno della disciplina positiva».

⁽⁶⁷⁾ Sul punto si veda G. TROPEA, *Un nuovo super-principio?*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2/2025, 464 ss. secondo il quale: «La mia sensazione è, al contrario, che la logica che viene fuori dalla giurisprudenza richiamata possa rappresentare la punta di un iceberg di un cambiamento epocale, che conduce pericolosamente la logica del risultato anche fuori dall'area dei contratti pubblici, ove è espressamente codificata».

ma causale”: da una parte un’amministrazione che sempre più in questo settore appare digitalizzata (cfr. art. 30 d.lgs. n. 36/2023), dall’altra una decisione giurisdizionale che finisce per reggersi sul “retto intuito” (più o meno accentuatamente demiurgico) del singolo giudice ⁽⁶⁸⁾.

Il suddetto orientamento, in effetti, anticipa — in chiave critica — principi di diritto espressi dalla giurisprudenza anche di recente la quale ha affermato che il principio del risultato si configura quale “stella polare” nella conduzione delle gare pubbliche. Pertanto, sia le stazioni appaltanti in sede procedimentale sia il giudice amministrativo sul piano processuale devono assicurare la prevalenza degli aspetti sostanziali a quelli meramente formali ⁽⁶⁹⁾.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. G. TROPEA, *op. cit.*, 464 ss. secondo il quale: «Ma a pare che sia legge che amministrazione non debbano regredire a questa giurisprudenza valutativa. Se così invece sarà, il passaggio finale sarà rappresentato dallo spostarsi dei criteri di decisione giudiziaria al di sopra della legge, secondo la seguente scansione: prima dalla legge al diritto, poi dal diritto ai valori. La teoria dei valori finisce per cancellare il problema delle lacune; inoltre, l’evento non viene più commisurato da una fattispecie, ma “misurato” dal valore. La crisi della fattispecie è anche crisi del “caso”; come posizione logica e rapporto tra evento e fattispecie; nasce al suo posto la “casistica”, il repertorio, ovvero la “statistica” di decisioni su vicende concrete e particolari».

⁽⁶⁹⁾ Cfr. T.A.R., Lombardia, Milano, n. 2642/2025 secondo cui: «[...] nelle procedure evidenziali regolate dall’attuale Codice dei contratti pubblici, come la presente, il principio del risultato si configura quale “stella polare” per le stazioni appaltanti nella conduzione delle procedure e fondamentali nel garantire gare d’appalto efficienti, efficaci e orientate al conseguimento dell’interesse pubblico, invitando così tanto le stazioni appaltanti nella relative procedure quanto il G.A. nei contenziosi relativi a dare prevalenza agli aspetti sostanziali rispetto a quelli dell’osservanza di formalismi eccessivi (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 15 novembre 2023, n. 9812, che richiama Cons. Stato, sez. V, 20 luglio 2023, n. 7111; 27 ottobre 2022, n. 9249, 4 ottobre 2022, n. 8481 2 marzo 2022, n. 1486 e 20 aprile 2020, n. 2486)». Anche Cons. Stato, sez. IV, n. 6495/2025 sembra aver ampliato la portata applicativa del principio del risultato il quale — secondo tale orientamento — obbliga gli enti a valutare le soluzioni alternative offerte dai concorrenti e la loro idoneità a garantire l’obiettivo perseguito, oltre i confini dell’equivalenza. Con riferimento al principio del risultato, legalità e procedimenti amministrativi algoritmici sia consentito altresì rinviare a N.M. D’ALESSANDRO, *op. cit.*, 189 secondo cui: «Ne deriva come il principio del risultato — nei procedimenti amministrativi algoritmici — sembra avere una centralità assoluta, ancora maggiore rispetto ai procedimenti tradizionali, in quanto consente all’amministrazione di conoscerne il contenuto (e, ovviamente, il suo raggiungimento) sin dall’inizio del procedimento sconfinando il perimetro della legalità il cui accertamento verrà rimesso — eventualmente e solo in un momento successivo — al sindacato del giudice amministrativo. Principio del risultato e legalità dell’azione amministrativa viaggia-

Il problema che qui si pone, invece, sembra essere parzialmente differente.

Non si tratta, infatti, di limitarsi a inquadrare la portata applicativa del principio del risultato nelle procedure ad evidenza pubblica ⁽⁷⁰⁾, ma si tratta di capire il “peso” che il giudice amministrativo dà a tale principio ⁽⁷¹⁾ e, soprattutto, che ruolo ha il principio del risultato in chiave ermeneutica ⁽⁷²⁾.

no, dunque, su due binari paralleli laddove il primo può essere raggiunto nell'immediato, mentre la valutazione del provvedimento entro i confini della legalità è un accertamento meramente eventuale, successivo e indipendente. Di conseguenza, l'amministrazione ben potrebbe raggiungere il risultato indipendentemente dall'accertamento della validità del provvedimento amministrativo e ciò a maggior ragione, come si è cercato di dimostrare, nei procedimenti amministrativi algoritmici»; E. PICOZZA, *Politica, diritto amministrativo and Artificial Intelligence*, in *Giur. it.*, 7/2019, 1761 ss.

⁽⁷⁰⁾ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 4 marzo 2025, n. 1857 laddove è stato applicato il principio del risultato al fine di conservare la procedura di gara anche quando: «[...] le offerte dei partecipanti alle gare pubbliche, laddove non contengano esplicitamente elementi di difformità, idonei a tradursi in una inammissibile controproposta, devono interpretarsi come conformi al capitolato, in virtù della regola ermeneutica di conservazione degli effetti, di cui all'art. 1367 c.c., ed in ossequio al principio del risultato e del *favor participationis*».

⁽⁷¹⁾ In senso critico cfr. G. CORSO, *Lo stato del processo amministrativo*, in *Eur. e Dir. Priv.*, 4/2024, 519 ss. secondo il quale: «Il d.lgs. n. 36/2023 indica tra i principi che debbono reggere la contrattazione pubblica il principio del risultato: principio che «concorre ad integrare il paradigma normativo del provvedimento e dunque ad ampliare il perimetro del sindacato giurisdizionale piuttosto che diminuirlo», facendo «transitare nell'area della legittimità, e quindi della giustiziabilità, opzioni e scelte che sinora si pensava attenessero al merito e fossero come tali insindacabili» (Cons. St. 26-3-2024, n. 2866). Si tratta, a mio avviso, di una forzatura perché giudicare l'amministrazione in base ai risultati della sua azione è una valutazione più politica che giudiziaria: ma è comunque una forzatura significativa di una tendenza alla espansione del sindacato giurisdizionale che contrasta l'opinione di chi ritiene il giudice amministrativo troppo timido nei riguardi dell'autorità amministrativa».

⁽⁷²⁾ Come evidenziato attentamente da C.E. GALLO, *Per una lettura attuativa dei principi del Codice dei contratti pubblici*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 4/2023, 767 ss.: «Il ruolo dei principi generali e il loro significato è stato riconosciuto dalla letteratura che ha già avuto modo di occuparsi della materia ed è sottolineato dalla stessa relazione illustrativa. La relazione ricorda che la funzione dei principi è di esprimere i valori e i criteri di valutazione immanenti all'ordine giuridico, sottolinea che ogni Codice ha una tendenza a costituire un sistema normativo compiuto, nel quale appunto i principi consentono di comprendere il disegno armonico, organico e unitario sotteso al Codice stesso rispetto alla frammentarietà delle sue parti. Contemporaneamente, i principi assolvono la funzione di completezza dell'ordinamento giuridico e di garanzia della tutela degli interessi, che altrimenti non troverebbero adeguata sistemazione nelle singole disposizioni. È ben

In altri termini, alla luce della giurisprudenza richiamata nonché della disciplina di cui all'art. 4 del Codice secondo cui le disposizioni del d.lgs. 36/2023 si applicano e si interpretano secondo i principi, è lecito domandarsi se il principio del risultato possa diventare criterio interpretativo al pari dei criteri già analizzati (es. letterale, logico, teleologico, sistematico, storico etc.) o, addirittura, possa considerarsi in una posizione di supremazia.

Per cercare di rispondere al predetto quesito occorre, secondo chi scrive, rapportare il principio del risultato alla nozione di “volontà” quale parametro generale nell'interpretazione della legge e del provvedimento amministrativo.

Si è accennato nel paragrafo precedente che la “volontà” equivale a “intenzione”, a finalità dell'amministrazione, al momento antecedente rispetto alla manifestazione dell'amministrazione verso l'esterno sino al raggiungimento di un obiettivo (predeterminato) che potrebbe (*rectius*, dovrebbe) coincidere con la nozione di “risultato”. Quindi, dalla stessa volontà che coincide con l'obiettivo dell'amministrazione, emergono poi all'esterno nella legge e nel provvedimento amministrativo elementi, principi, istituti i quali, a loro volta, si ricollegano direttamente alla volontà. Il giudice amministrativo (ad esempio dalla motivazione del provvedimento), deve compiere operazione ermeneutica al fine di vagliarne la legittimità ⁽⁷³⁾ con la volontà espressa a monte dalla p.a.

noto che i principi, secondo un'autorevole sistematica, possono svolgere quattro funzioni: una funzione interpretativa, e cioè volta a consentire di comprendere il significato delle singole disposizioni, una funzione integrativa, e cioè volta a completare le possibili lacune dell'ordinamento, una funzione direttiva, finalizzata a individuare l'obiettivo della disciplina, una funzione limitativa, consistente nell'esclusione della possibilità di interpretare le norme in modo contrastante con i principi stessi». Cfr. altresì il contributo di G. NAPOLITANO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2023, 287.

⁽⁷³⁾ Secondo S. PERONGINI, *La disciplina legislativa della valutazione comparativa discrezionale e il relativo sindacato giurisdizionale*, in *Dir. Amm.*, n. 4/2024, 955 ss.: «La peculiarità della vicenda risiede nella interferenza del principio del risultato proprio sulla disciplina della scelta comparativa. Il risultato amministrativo diventa un parametro di verifica della legittimità dell'azione amministrativa concretamente posta in essere. Nell'ipotesi in esame la morfologia del giudizio discrezionale rimane invariata. Si è pur sempre in presenza di una comparazione fra i vari interessi (quelli rilevanti nel caso di specie),

Pertanto, se la volontà è così intesa in chiave “dinamica” ed è presente già nella fase “predeterminata” ove la stessa amministrazione si pone gli obiettivi da raggiungere, essa è ricollegabile al raggiungimento del “risultato” come inquadrato dalla dottrina e dalla giurisprudenza, ossia come il raggiungimento dello scopo cui la pubblica amministrazione si è prefissata ⁽⁷⁴⁾.

Volontà e risultato sono dunque collegate da un filo conduttore che è il procedimento amministrativo costituito da tutti i suoi elementi. Volontà e risultato coincidono sempre, tranne nel caso in cui, ad esempio, la gara vada deserta oppure vi sono cause di risoluzione e recesso nella fase esecutiva ⁽⁷⁵⁾ (es: inadempimento di un operatore economico) oppure ancora quando il provvedimento di aggiudicazione risulti illegittimo e venga annullato in autotutela o dal giudice amministrativo e la p.a. sarà, quindi, costretta ad indire una nuova gara per raggiungere il risultato prefissato.

ma qualora la comparazione produca una pluralità di opzioni fra quelle astrattamente possibili, la scelta fra di loro è imposta dall'esigenza di assicurare il conseguimento del risultato. In definitiva, l'esercizio del potere in esame presenta la stessa struttura morfologica della discrezionalità, ma è caratterizzato dall'esistenza di un parametro normativo che indirizza la scelta verso una delle diverse opzioni possibili. Non si è in presenza del fenomeno generale di disciplina della valutazione discrezionale comparativa, ma di un fenomeno diverso. La disciplina che impone il conseguimento del risultato interviene a valle, vale a dire dopo che l'amministrazione ha effettuato la comparazione, e ne indirizza la scelta fra le diverse opzioni derivate all'esito della comparazione. Il principio del risultato non disciplina la valutazione discrezionale comparativa, ma disciplina la scelta che interviene all'esito della comparazione. Il sindacato del giudice amministrativo sul risultato, nell'accezione sopra accolta, si esplica da tempo nelle forme dell'eccesso di potere, soprattutto per sviamento, ogni qual volta l'amministrazione persegua un fine diverso da quello conferitole dalla norma attributiva del potere in parola. La qualificazione del risultato come principio giuridico di rango legislativo produce l'effetto di consentire un sindacato giurisdizionale per violazione di legge».

⁽⁷⁴⁾ Si pensi a titolo meramente esemplificativo in una procedura di gara volta all'acquisizione di dispositivi medici. L'amministrazione, in tal caso, ha espresso a monte la propria volontà di acquisire i predetti dispositivi e, all'esito della procedura di gara con il provvedimento di aggiudicazione e, soprattutto, nella fase esecutiva (con la stipula dei contratti) essa raggiunge il risultato.

⁽⁷⁵⁾ Cfr. A. DI GIOVANNI, *L'esecuzione nei contratti di appalto di servizi e forniture*, in *I contratti di appalto pubblico*, C. FRANCHINI (a cura di), Torino, 2010; Si veda altresì A. DI GIOVANNI, *I servizi di interesse generale tra poteri di autorganizzazione e concessione di servizi*, Torino, 2018, 1 ss.

Il legame tra volontà e risultato è tale per cui il giudice amministrativo, nello svolgimento dell'attività ermeneutica, è tenuto ad applicare il principio del risultato proprio perché esso è diretta manifestazione della volontà dell'amministrazione. In altri termini, il giudice amministrativo in chiave interpretativa non può prescindere dal principio del risultato, in quanto è diretta applicazione della volontà espressa a monte dalla stessa pubblica amministrazione.

Una secondo ordine di ragione si rinviene proprio nel disposto di cui all'art. 4 del Codice, secondo cui tutte le disposizioni si interpretano in base al principio del risultato ⁽⁷⁶⁾. Tale previsione è categorica e, a ben vedere, non richiama neppure gli altri criteri interpretativi previsti nell'ordinamento. Inoltre, anche la stessa rubrica dell'art. 4 è denominata "Criterio interpretativo e applicativo", denotando la volontà del legislatore di attribuire al principio del risultato valore di criterio interpretativo.

⁽⁷⁶⁾ Secondo M.R. SPASIANO, *La codificazione dei principi del Codice dei contratti pubblici e, in particolare, del risultato, alla prova del correttivo*, in www.federalismi.it, 10/2025, 208: «Tale prospettiva sembra delineare una sorta di gerarchia all'interno della gamma dei principi del Codice, con l'attribuzione di una prevalenza o, forse sarebbe meglio dire, con il riconoscimento di una differenziata funzione a quegli stessi principi: i primi a carattere ampiamente orientante e nomofilattico, gli altri non altrettanto ovvero nei soli limiti consentiti dall'applicazione dei primi (su questi profili si tornerà ampiamente nel successivo paragrafo 8). In altri termini, il principio del risultato, il principio della fiducia reciproca tra le parti e il principio dell'accesso al mercato hanno portata di carattere generale, vere e proprie chiavi di lettura ermeneutica dell'intera disciplina dei contratti pubblici. Condizionano l'impianto codicistico in tutti i suoi contesti applicativi, ogni qual volta siano individuabili spazi di esercizio di discrezionalità» il quale attentamente richiama il contributo di S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, in *Scritti in onore di F. Salvia*, Napoli, 2023, 410 ss. «Il risultato tecnicamente non è un principio. Il risultato, nella sua dimensione ontologica, non è un principio. Non siamo di fronte a un interesse (quello del risultato) che costituisce il fondamento di un diritto (...). I principi giuridici si distinguono dalle regole. Le regole sono norme idonee a guidare il comportamento umano. Invece, i principi presentano una fattispecie generica e inclusiva e una statuizione nella quale viene indicato l'obiettivo da perseguire. La loro applicazione non è diretta. La loro applicazione implica la deduzione da essi, sulla scorta di un'attività ermeneutica, di una regola da applicare al caso concreto. Applicare un principio non significa risolvere un caso, sussumere un caso in una fattispecie astratta, bensì formulare una regola sulla scorta della quale risolvere il caso sottoposto all'interprete».

Pertanto, il principio del risultato sembra “evolversi” da mero criterio “orientativo” ⁽⁷⁷⁾ — cui il giudice poteva (mera facoltà) ancorarsi nello svolgimento dell’attività interpretativa — a vero e proprio criterio interpretativo. Secondo l’orientamento di chi scrive, infatti, la disposizione di cui all’art. 4 del Codice è chiara e non sembra lasciare spazio a differenti interpretazioni: il giudice amministrativo deve interpretare le disposizioni del Codice secondo — tra gli altri — il principio del risultato. Quest’ultimo, dunque, diventa imprescindibile per il giudice amministrativo, il quale non può far altro che sindacare la legittimità/illegittimità del provvedimento applicando detto principio.

Tuttavia, se il giudice è vincolato nello svolgere l’attività interpretativa secondo un’interpretazione letterale nonché restrittiva dell’art. 1 del codice, potrebbe emergere il problema con riguardo alla trasformazione del principio del risultato da “principio” a “diritto” al risultato.

Ciò comporta, inevitabilmente, dei rischi.

Il primo è che, trattandosi di uno spazio riservato alla discrezionalità dell’amministrazione, il giudice amministrativo — nell’esercizio della propria attività interpretativa — sconfini

(77) Cfr. Cons. Stato, sez. IV, n. 6495/2025 secondo cui: «[...] il risultato può essere adottato dal giudice quale criterio orientativo anche per i casi in cui debba essere risolto il dubbio sulla sorte di procedure ad evidenza pubblica non rette dal d.lgs. n. 36/2023 (Cons. Stato, sez. V, 27 febbraio 2024, n. 1924; sez. VI, 4 giugno 2024, n. 4996; sez. II, 9 maggio 2025, n. 3959). L’amministrazione, secondo questo nuovo paradigma, deve tendere al miglior risultato possibile per il raggiungimento dell’interesse pubblico perseguito tramite la procedura ad evidenza pubblica, trattandosi “di un principio considerato quale valore dominante del pubblico interesse da perseguire (...) e che esclude che l’azione amministrativa sia vanificata ove non si possano ravvisare effettive ragioni che ostino al raggiungimento dell’obiettivo finale (...)” (Cons. Stato, sez. V, 27 febbraio 2024, n. 1924). Il dettato legislativo secondo cui il principio del risultato “costituisce criterio prioritario per l’esercizio del potere discrezionale” va letto, dunque, nell’ottica di un recupero e di una valorizzazione dello spazio di discrezionalità dell’amministrazione (e, pertanto, della dimensione del “merito” amministrativo). Questo nuovo paradigma deve essere considerato anche dal giudice amministrativo, in quanto esso rappresenta il criterio interpretativo a cui ricorrere per risolvere (anche) i casi di contrasto tra il “dato formale” del pedissequo rispetto del bando e il “dato sostanziale” della idoneità delle partecipazioni dell’operatore economico, ovviamente senza mai porre tale criterio in chiave antagonista rispetto al principio di legalità».

il proprio sindacato non limitandosi a vagliare la mera legittimità del provvedimento ma andando a valutare anche il merito amministrativo, violando, così, il principio di separazione dei poteri ⁽⁷⁸⁾

(78) Sul principio della divisione dei poteri cfr.: S. CASSESE, *Il rapporto tra politica e amministrazione e la disciplina della dirigenza*, in *Lavoro nelle p.a.*, 2/2003, 231 secondo il quale: «[...] Inoltre, la separazione tra politica e amministrazione è stata introdotta nel 1993 per rafforzare l'imparzialità, per assicurare che le decisioni amministrative non possano essere influenzate dalla politicità indotta dalla presenza, al vertice dell'amministrazione, di una persona proveniente dal corpo politico. Quanto all'ultimo punto, è necessario che la cessazione del rapporto di lavoro tra il dirigente e l'amministrazione avvenga con atto espresso (provvedimento o atto negoziale che sia), affinché sia possibile ricorrere al giudice avverso tale atto. Altrimenti vengono violati diritti, tutelati anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo e dalla Corte di Giustizia delle Comunità europee del Lussemburgo, quali il diritto al giudice, alla motivazione del provvedimento, alla difesa, etc. Come possono essere esercitati questi diritti se non vi è la possibilità di impugnare un atto?»; sia consentito rinviare a N.M. D'ALESSANDRO - G. SORICELLI, *Le autorità amministrative indipendenti e la nuova crisi del principio della divisione dei poteri*, in *Gazz. Amm.*, n. 3/2018, 29 ss. secondo cui: «[...] Infatti, la separazione dei poteri così intesa era già entrata in crisi non soltanto — in base a quanto evidenziato in passato dalla dottrina — in virtù delle funzioni attribuite al potere esecutivo in luogo di quello legislativo con l'avvento della Costituzione e, in particolare, con riferimento alla possibilità per il Governo di emanare decreti legislativi e decreti legge. Successivamente, il proliferarsi sin dagli anni '70 delle autorità amministrative indipendenti con la relativa attribuzione delle funzioni di regolazione ha fatto sì che le stesse sostituissero il potere esecutivo ed il potere legislativo al fine di curare i cd. interessi sensibili, costituzionalmente garantiti». Continuano gli autori: «Probabilmente, il principio in esame si è applicato solo con riferimento alla mera divisione degli organi preposti a svolgere specifiche funzioni; di converso, ad avviso di chi scrive, il principio di separazione dei poteri con riferimento alla separazione ed attribuzione delle funzioni attribuite ai singoli organi non è mai concretamente avvenuta»; sia altresì consentito rinviare a N.M. D'ALESSANDRO, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione: spunti di riflessione e criticità alla luce delle modifiche al codice dei contratti pubblici*, in *Nuove Autonomie*, n. 1/2018; G. BALLADORE PALLIERI, *Appunti sulla divisione dei poteri nella vigente Costituzione italiana*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* 1952, 815; F. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1965, I, p. 17; F. MODUGNO, *Poteri (divisione dei)*, in *Nss. D.I.*, XIII, 1966; F. MODUGNO, *I principi generali dell'ordinamento*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1990, XIII; C. ROSSANO, *La divisione dei poteri nell'attuale struttura dello Stato di diritto e sociale*, in *Studi in memoria di D. Petitti*, III, Milano, 1973, 1293 ss. secondo il quale: «[...] Di conseguenza esisteva una reale contrapposizione tra le due forze politiche in ordine sia all'attribuzione che all'esercizio del potere politico, la quale trovava la sua espressione giuridica nella costruzione del potere legislativo e di quello esecutivo come due poteri a sé stanti, cioè contrapposti». Continua l'Autore: «È quindi chiaro che tale contrapposizione in detto sistema aveva la sua ragion d'essere sul piano di una distinzione giuridica nell'elemento obiettivo della differenza di contenuto nei poteri del Monarca e del Parlamento, il quale a sua volta poteva individuarsi esclusivamente in base ad elementi materiali, cioè in relazione all'ambito materiale entro

(c.d. eccesso di potere giurisdizionale) ⁽⁷⁹⁾. Pertanto, se da un lato tale principio costituisce un parametro cui poter sindacare la legittimità dell'atto amministrativo, dall'altro lato esso può indurre (anche involontariamente) il giudice amministrativo ad esercitare le proprie funzioni sostituendosi al volere amministrativo ⁽⁸⁰⁾.

al quale erano circoscritte le rispettive funzioni»; G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri*, Milano, 2001; U. ALLEGRETTI, *Stato di diritto e divisione dei poteri nell'era dei conflitti asimmetrici*, in *Diritto pubblico*, 1/2005, 85 ss.; G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIV, Milano, 1985, 670 ss.; G. SORICELLI, *Il difficile rapporto tra politica e amministrazione nella Costituzione "vivente"*, in *Studium Iuris*, 2025, 57 ss.; E. DE MARCO, *Democrazia maggioritaria e principio della divisione dei poteri: spunti per una problematica "rilettura" del principio in un mutato scenario istituzionale*, in AA.VV., *Alle frontiere del diritto costituzionale: scritti in onore Di Valerio Onida*, Milano, 2011, 701 ss.; B. ACKERMAN, *La nuova separazione dei poteri: presidenzialismo e sistemi democratici*, Roma, 2003, 1 ss.; V. FANTI, *Politica e amministrazione tra storia e attualità: a proposito della figura del dirigente pubblico*, in *Dir. e Proc. Amm.*, n. 5/2011, 817 ss.

⁽⁷⁹⁾ Sull'eccesso di potere giurisdizionale cfr.: *ex multis*, C. BENETAZZO, *Eccesso di potere giurisdizionale e dialogo fra Corti*, Torino, 2024, 1 ss.; F. CARNELUTTI, *Eccesso di potere*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1924, 33; A. CASSATELLA, *L'eccesso di potere giurisdizionale e la sua rilevanza nel sistema di giustizia amministrativa*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2/2018, 635 ss.; G. GRECO, *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice amministrativo*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2/2023, 269 ss.; R. DE NICTOLIS, *L'eccesso di potere giurisdizionale (tra ricorso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione e ricorso per violazione di legge)*, in *www.sipotra.it*, 2017; V. FANTI, *Eccesso di potere giurisdizionale e principio di proporzionalità amministrativa*, in *Dir. e Proc. Amm.*, 4/2018, 871 ss.; L. GIANI, *L'accertamento del fatto da parte del giudice amministrativo tra valutazioni tecniche ed eccesso di potere giurisdizionale*, in *Scritti in onore di Ernesto Sticchi Damiani*, I, 2018, 405 ss.; A. LAMORGESE, *Eccesso di potere giurisdizionale e sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *www.federalismi.it*, 1/2018; M.R. SPASIANO, *Il conflitto giurisdizionale fra interessi pubblici nel prisma del sindacato dell'eccesso di potere*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2/2020, 209 ss.; A. TRAVI, *L'eccesso di potere fra diritto amministrativo e tutela giurisdizionale*, in *Analisi dell'evoluzione recente della figura dell'eccesso di potere nel diritto amministrativo italiano. Scritti dedicati a Maurizio Converso*, Milano, 2016, 609 ss.; D. VAIANO, *Sindacato di legittimità e "sostituzione" della pubblica amministrazione*, in *www.giustamm.it*, 2012.

⁽⁸⁰⁾ Secondo E. GUARNIERI, *Il principio del risultato nei contratti pubblici: alcune possibili applicazioni, tra continuità e innovazioni*, in *Dir. Amm.*, 4/2023, 829 ss.: «Più che fisiologica, quasi doverosa, sarebbe quindi ed anzitutto l'esigenza di valutare, oltre quanto si è già detto, come il principio di risultato possa incidere sul sindacato esercitato in seno alla giurisdizione amministrativa. Muovendo dal presupposto giuridico secondo cui il principio del risultato "costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto" (art. 1, comma 4, d.lgs. 36/2023), una parte della dottrina ha già peraltro soddisfatto quella esigenza, avvertendo che il giudice ammi-

Il secondo rischio può riguardare la circostanza che il “diritto” al risultato travalichi i limiti della legalità ⁽⁸¹⁾, nonostante la chiara previsione di cui all’art. 1 secondo cui: «Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell’affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità [...]». Su questo aspetto la giurisprudenza ha già parzialmente esercitato il potere giurisdizionale in tale senso, andando a giudicare un provvedimento come legittimo purché adottato formalmente in modo errato (prevalenza della forma sulla sostanza).

Il problema che potrebbe emergere, invece, riguarda il caso in cui il giudice amministrativo ritenga legittimo un provvedimento amministrativo in contrasto con una disposizione del Codice ⁽⁸²⁾.

nistrativo “dovrà muoversi secondo una linea di equilibrio”: per un verso, dovrà adeguare il sindacato di legittimità dei provvedimenti alla luce del principio del risultato e dunque dovrà confermarne “la validità quando possa dirsi che il risultato nei termini predetti abbia correttamente ispirato la scelta amministrativa”; per altro verso, dovrà comunque adempiere alla sua funzione “senza incrinare la portata del principio di effettività della tutela giurisdizionale”»; l’Autore cita altresì il contributo di F. CINTIOLI, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2023.

⁽⁸¹⁾ Cfr. M.R. SPASIANO, *La codificazione dei principi del Codice dei contratti pubblici e, in particolare, del risultato, alla prova del correttivo*, in www.federalismi.it, 10/2025, 212 secondo il quale: «Orbene, alla luce di queste riflessioni deve ammettersi che se il “risultato” si colloca nell’orbita della norma attributiva del potere e del conseguente procedimento amministrativo, quel risultato è la ragione stessa della legittimazione anche costituzionale della disposizione attributiva del potere amministrativo, sia alla luce del principio di buon andamento di cui al 97 Cost., che di quello di sussidiarietà di cui all’articolo 118 Cost. Per queste ragioni il risultato si colloca dentro il principio di legalità, anzi lo connota, gli attribuisce un significato precipuo, coerente con l’esigenza di effettività della tutela degli interessi solo in vista della quale trova legittimazione l’esercizio di un potere pubblico».

⁽⁸²⁾ Secondo A. SANDULLI, *Imparzialità e buona andamento tra principio del risultato e rapporto politica-amministrazione*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 4/2024, 1139 ss.: «La declinazione del principio del risultato ai sensi dell’art. 1 del d.lgs. n. 36/2023 fissa alcune coordinate che consentono di intendere tale principio quale risultato-legittimità. Dunque, il risultato di cui all’art. 1 non è il “risultato a tutti i costi”, il “risultato purchessia”, ma è il risultato che si ottiene a seguito di una operazione amministrativa contemplata dalla norma attributiva del potere. Dal primo comma dell’art. 1, si ricavano le seguenti coordinate: 1) il risultato riguarda sia l’affidamento del contratto sia la sua esecuzione (ciò è ribadito anche nel secondo comma), con la conseguenza dell’unitarietà (e non duplicità) del diritto

Anche se la giurisprudenza, sul punto, pare al momento abbastanza categorica ⁽⁸³⁾: si pensi, a titolo meramente esemplificativo, alla fattispecie in cui un operatore economico non venga escluso dalla stazione appaltante nonostante lo stesso sia carente di un requisito di ordine speciale previsto dalla *lex specialis* di gara e, conseguentemente, il giudice amministrativo, applicando il “diritto” al risultato, valuta legittimo il provvedimento di aggiudicazione, in quanto quell’operatore è l’unico — da un punto di vista soggettivo e oggettivo — a poter offrire il prodotto richiesto dall’amministrazione.

Nel caso di specie, quindi, il “diritto” al risultato sconfinerebbe i limiti della legalità ⁽⁸⁴⁾.

to dei contratti pubblici, per cui sia la vicenda pubblicistica (dell’evidenza pubblica) sia quella privatistica (dell’esecuzione) sono rette dal principio del risultato; 2) il risultato si esplica nella massima tempestività e nel miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo (e ciò rappresenta un po’ la scoperta dell’acqua calda): questo vuol dire che tempo, denaro, benefici per la comunità sono fattori prioritari; 3) il risultato deve conformarsi ai principi di legalità, trasparenza e concorrenza, per cui si tratta di un principio che non è libero, ma è condizionato al rispetto di altri principi (in particolare, alla cd. legalità di risultato). Il secondo comma dell’art. 1 fornisce una lettura di concorrenza e trasparenza strumentale al risultato, per cui 4) essi non sono fini, ma costituiscono i mezzi per conseguire il miglior risultato possibile. Ai sensi del terzo comma, 5) il risultato attua, in seno ai contratti pubblici, il buon andamento, assieme alle tre E, con la conseguenza per la quale il risultato è, nel Codice dei contratti pubblici, la forma di esplicazione del principio costituzionale di buon andamento; 6) il risultato è perseguito nell’interesse della comunità e, quindi, è legato alla nozione di Stato-comunità; 7) il risultato è orientato al raggiungimento degli obiettivi dell’Unione europea, seguendo perciò un approccio sostanzialistico e antiformalistico, tipico del diritto UE. Per il quarto comma, 8) la discrezionalità va esercitata sulla base del criterio prioritario di risultato, che è quindi lo standard sulla base del quale ponderare gli interessi in gioco; 9) il criterio prioritario del risultato è anche fondamentale per individuare la regola del caso concreto, 10) nonché per valutare la responsabilità del personale e distribuire gli incentivi previsti dalla contrattazione collettiva».

⁽⁸³⁾ Cfr. ancora di recente Cons. Stato, n. 6495/2025. Cfr.: altresì Cons. Stato, n. 7396/2025 ove è stato precisato che: «[...] a norma del nuovo codice dei contratti pubblici, il perseguimento di tale principio non può mai andare a discapito del rispetto del principio di legalità, declinabile in specie nel vincolo di necessaria osservanza della *lex specialis* di gara e di conformità del sistema offerto con le prescrizioni capitolari». Nonostante ciò, è stato dichiarato illegittimo il provvedimento con il quale la p.a. ha escluso un operatore economico da una gara di appalto di forniture anche nel caso in cui il prodotto offerto — seppure difforme formalmente dalla *lex specialis* di gara (capitolato) — sia sostanzialmente conforme rispetto a quello richiesto dalla stessa legge di gara.

⁽⁸⁴⁾ Sulle possibili “tensioni” fra principio di legalità e risultato, si veda F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir., Agg.*, VI, Milano, 2002, 100.

7. Conclusioni e nuove prospettive.

Sulla base di quanto in precedenza rilevato, si può ritenere che la precisa collocazione del principio del risultato all'interno dell'art. 1 del Codice nonché il contenuto dell'art. 4 del Codice (le disposizioni si interpretano secondo il principio del risultato) sembrano propendere nel senso che il principio citato sia ormai diventato un vero e proprio criterio interpretativo (e non meramente "orientativo", come più volte sostenuto in passato dalla giurisprudenza richiamata in precedenza) per il giudice amministrativo.

Ad avviso di chi scrive, dunque, il principio del risultato (il "diritto" al risultato) necessita di essere applicato quale criterio interpretativo al pari degli altri criteri in precedenza analizzati per le due ragioni suesposte.

Anzitutto, lo stesso principio, nel vagliare la legittimità del provvedimento, deve essere rapportato al concetto di "volontà", la quale si manifesta in chiave "dinamica" tramite una molteplicità di aspetti ovvero come "intenzione" (finalità della p.a.) e riguarda, dunque, il parametro generale e principale nello svolgimento dell'attività di interpretazione della legge e del provvedimento amministrativo: volontà e risultato sono collegate da un profondo legame e devono, quindi, essere valutate congiuntamente.

Inoltre, la fondatezza di quanto poc'anzi evidenziato deriva pure dallo specifico contenuto dell'art. 4 del Codice, il quale prevede espressamente che le disposizioni dello stesso Codice si applicano e si interpretano (anche) secondo il principio del risultato.

Certamente, in questo momento storico, il compito del giudice amministrativo è davvero arduo ⁽⁸⁵⁾, in quanto è chiamato

⁽⁸⁵⁾ Sul punto si veda il contributo di F. POLITI, *Studi sull'interpretazione giuridica*, Torino, 2019, 49 secondo il quale: «Nella riflessione relativa la ruolo che il giudice è chiamato a svolgere nell'epoca attuale (e dunque con riguardo alla funzione dell'interpretazione giudiziaria oggi), è stato posto l'accento sulle dinamiche della contemporanea società, dinamiche che esprimono un universo giuridico "disomogeneo" e "molteplice" (e per questo profondamente instabile), in quanto caratterizzato dalla presenza di "valori" potenzialmente in contrasto».

ad applicare il principio del risultato (ormai “diritto al risultato”) quale criterio interpretativo al pari degli altri previsti nell’ordinamento.

I sopraindicati rischi, relativi allo svolgimento dell’attività interpretativa, concernono sia uno sconfinamento nel merito da parte del giudice amministrativo il quale (anche facilmente) potrebbe violare il principio della divisione dei poteri commettendo un eccesso di potere giurisdizionale, sia la possibilità di andare oltre i limiti della legalità⁸⁶ (non solo formale ma anche sostanziale).

L’operazione compiuta dal legislatore nel Codice — nonostante da più parti sia stato evidenziato come il principio del risultato fosse già un principio immanente nel nostro ordinamento — fa sì che si possa ragionevolmente parlare di “nuove prospettive” riguardo ai criteri di interpretazione e, in generale, con riferimento all’attività giurisdizionale del giudice amministrativo quantomeno nell’ambito di applicazione del Codice.

Potrebbe, infatti, venire meno l’interpretazione letterale intesa come primario criterio di interpretazione della legge e del provvedimento amministrativo ai sensi dell’art. 12 delle Preleggi al codice civile, per lasciare spazio al principio (diritto) del risultato in base a quanto disposto dall’art. 4 del Codice. Si potrebbe, quindi, profilare anche un problema di contrasto tra fonti del diritto⁽⁸⁷⁾: da un lato l’art. 12 della Preleggi al Codice civile, dall’altro lato l’art. 4 d.lgs. n. 36/2023.

⁽⁸⁶⁾ Cfr. le perplessità sollevate da A. GIUSTI, *Al centro del risultato: l’affidamento dei servizi globali nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Dir. Amm.*, 2/2024, 557 ss. secondo la quale: «Lavorare con il principio del risultato non è dunque operazione semplice; né tantomeno lo è utilizzare lo strumentario del codice in vista di esso. Leggendo l’articolo 1, anche attraverso la relazione illustrativa, traspare però un timore inverso, di un abuso dell’elasticità e dell’indeterminatezza offerta dal principio, quale via non solo per la deregolamentazione dell’attività contrattuale delle amministrazioni (alla quale farebbero comunque da argine le direttive) ma anche per la perdita delle garanzie ormai connaturate all’esercizio del potere discrezionale, a partire dal principio di legalità, passando per la trasparenza, il buon andamento e i criteri che ne sono derivazione (efficienza, efficacia ed economicità)».

⁽⁸⁷⁾ G. D’ALESSANDRO, S. ZORZETTO, *Percorsi in tema di fonti del diritto*, Torino, 2017, 1 ss.

Sul punto, infatti, si sono già evidenziate in precedenza le differenze sostanziali tra l'attività interpretativa del negozio giuridico rispetto all'attività interpretativa della legge e del provvedimento da parte del giudice amministrativo ⁽⁸⁸⁾.

Infine, appare lecito domandarsi se l'applicazione del principio del risultato — quale nuovo criterio interpretativo — sia limitata al Codice oppure possa essere estesa anche ad altri settori dell'ordinamento.

La risposta a detto quesito appare assai delicata e problematica, poiché, in assenza di una espressa previsione normativa così come accaduto di recente con il Codice, risulta difficile immaginare che il principio del risultato si elevi “automaticamente” a nuovo criterio interpretativo della legge e del provvedimento amministrativo in via generale nonostante il richiamo ai principi di cui all'art. 1 l. n. 241/1990: infatti, il principio del risultato (ai sensi dell'art. 1, c. 3, del Codice) «[...] costituisce attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità».

Inoltre, le peculiarità di alcuni settori previsti dall'ordinamento (es: procedimento espropriativo) non appaiono in grado di far sì che lo stesso trovi adeguata collocazione in detti settori e ciò proprio in ragione delle caratteristiche suesposte insite nel principio del risultato.

Invece, in altri settori, come il Testo Unico della Energie Rinnovabili, in cui gli interessi vengono considerati di “interesse pubblico prevalente” ⁽⁸⁹⁾, anche in assenza di una espressa previ-

⁽⁸⁸⁾ SANTI ROMANO, *L'interpretazione delle leggi di diritto pubblico*, in *Scritti Minori*, Milano, 1950, 93 ss.

⁽⁸⁹⁾ T.U. n. 291/2025, Art. 3 “Interesse pubblico prevalente”: «In sede di ponderazione degli interessi, nei singoli casi e salvo giudizio negativo di compatibilità ambientale o prove evidenti che tali progetti abbiano effetti negativi significativi sull'ambiente, sulla tutela della biodiversità, sul paesaggio, sul patrimonio culturale e sul settore agricolo, con particolare riferimento alla valorizzazione delle tradizioni agroalimentari locali, anche tenendo conto di quanto previsto ai sensi dell'articolo 20 del decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 199, gli interventi di cui all'articolo 1, comma 1, sono considerati di interesse pubblico prevalente ai sensi dell'articolo 16-septies della direttiva (UE) 2018/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018».

sione normativa, nella ponderazione di interessi in gioco (salvo il giudizio negativo di compatibilità ambientale o prove evidenti che tali progetti abbiano effetti negativi significativi sull'ambiente), potrebbe applicarsi il principio del risultato inteso come raggiungimento dell'obiettivo (predeterminato) dall'amministrazione per la costruzione e l'esercizio degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili, per gli interventi di modifica, potenziamento, rifacimento totale o parziale degli stessi impianti, nonché per le opere connesse e le infrastrutture indispensabili alla costruzione e all'esercizio dei medesimi impianti.

ABSTRACT: Il presente lavoro concerne l'analisi dei criteri di interpretazione della legge e del provvedimento amministrativo. Dopo un inquadramento di tipo ricostruttivo riguardo ai principali orientamenti della dottrina e della giurisprudenza sui criteri di interpretazione in generale, il lavoro si incentra essenzialmente su due aspetti. Il primo, di carattere generale, con riferimento alla nozione di "volontà" rispetto al principio del risultato; il secondo, si incentra sull'analisi del principio del risultato nel d.lgs. 36/2023 e di come, tale principio, sembra essere diventato un vero e proprio criterio interpretativo quantomeno nel settore del codice dei contratti pubblici.

ABSTRACT: *This work concerns the analysis of the criteria for interpreting laws and administrative provisions. After a reconstructive overview regarding the main orientations of doctrine and jurisprudence on criteria for interpretation in general, the work essentially focuses on two aspects. The first, of a general nature, refers to the notion of 'will' in relation to the principle of outcome; the second centers on the analysis of the principle of outcome in Legislative Decree 36/2023 and how this principle seems to have become a true interpretative criterion, at least in the field of the public contracts code.*

dialoghi con la giurisprudenza

Corte di Cassazione, Sez. VI pen., sentenza 9 luglio 2025,
n. 25200

Pres. E. Aprile, Rel. F. D'Arcangelo

L'interpretazione dell'art. 578-bis c.p.p., in senso conforme all'art. 7 CEDU e all'art. 1 Prot. 1 CEDU, impone di escludere l'efficacia retroattiva in malam partem del mutamento giurisprudenziale intervenuto con riferimento alla natura della confisca per equivalente, ove la stessa non ecceda il valore del vantaggio economico che l'autore ha tratto dal reato (1).

(1) La confisca per equivalente senza condanna: un “convenzionale” argine ad una norma “non convenzionale”.

SOMMARIO: 1. Premessa — 1.1. La vicenda giudiziaria. — 2. L'“eccezionale” storia dell'art. 578-bis c.p.p.: un'efficientistica dilatazione oltre le garanzie fondamentali. — 3. La creativa de-punitivizzazione della confisca per equivalente ad opera delle Sezioni Unite Massini. — 4. Le “ri-cadute” dei nuovi principi sull'istituto della confisca senza condanna. — 4.1. Il limite dell'*overruling* sfavorevole: un quadro su una parete lesionata.

1. Premessa.

La sentenza in commento disvela i primi effetti dei nuovi principi di diritto che il Supremo Consesso ha affermato con la rivoluzionaria sentenza n. 13783/2025 che, con un solo colpo, ha soppiantato tre fondamentali pilastri su cui si ergeva la complessa materia della confisca penale.

Le Sezioni Unite — chiamate a pronunciarsi sullo specifico tema delle modalità e dei limiti con cui, in caso di concorso di persone nel reato, possa essere confiscato per equivalente il profitto

delittuoso in capo a ciascun correo — hanno dovuto affrontare alcune questioni preliminari, approdando ad uno scardinamento di assunti ormai consolidati.

Per mezzo di una diversa modulazione del concetto di “nesso di pertinenzialità” è stata, infatti, tracciata una nuova linea di demarcazione tra i due istituti della confisca diretta e della confisca per equivalente, con ricadute significative sui connotati sia della confisca del denaro sia della confisca “di valore”.

In particolare, la prima assume natura diretta soltanto in presenza della prova della derivazione causale del bene rispetto al reato, in assenza della quale la confisca si ritiene che debba qualificarsi come “per equivalente”. La confisca per equivalente, invece, viene definita un mero surrogato della confisca diretta, della quale condivide, quindi, la medesima natura ripristinatoria.

Le Sezioni Unite, quindi, per giungere al risultato della esclusione di ogni forma di solidarietà passiva nell’applicazione della confisca per equivalente nell’ipotesi di concorso di persone nel reato, hanno sradicato due consolidati indirizzi giurisprudenziali: quello che qualificava sempre come diretta la confisca avente ad oggetto somme di denaro — stante la sua fungibilità — e quello che attribuiva alla confisca per equivalente natura punitiva.

La pronuncia in esame mostra le implicazioni di tale ardita operazione concettuale su quel terreno — già di per sé contaminato — rappresentato dall’applicazione dell’art. 578-*bis* c.p.p.

1.1. La vicenda giudiziaria.

La vicenda prende le mosse da una condanna per una serie di reati di corruzione per atti contrari ai doveri d’ufficio, per i quali il Tribunale di Roma aveva disposto nei confronti dell’imputato una duplice confisca: la confisca, ai sensi dell’art. 322-*ter*, comma 1, c.p., di una somma di denaro in contanti rinvenuta nella cassaforte dell’uomo e ritenuta prezzo dei reati di corruzione accertati e la confisca, ai sensi dell’art. 240-*bis* c.p., di una somma, rinvenuta nella sua disponibilità, in quanto ritenuta sproporzionata rispetto al reddito dell’uomo e di provenienza non giustificata.

In seguito, la Corte d'appello di Roma, rilevata l'avvenuta prescrizione dei reati, aveva revocato le pene e confermato le due confische, in applicazione della disciplina di cui all'art. 578-*bis* c.p.p.

Con il ricorso in Cassazione la difesa lamentava l'erronea applicazione dell'art. 578-*bis* c.p.p., in violazione del principio di irretroattività della legge penale sfavorevole di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., poiché i reati per i quali era stata disposta la misura ablativa erano stati commessi nel 2013, e, dunque, anteriormente all'entrata in vigore dell'art. 578-*bis* c.p.p. che, avendo natura sostanziale, non può applicarsi retroattivamente.

2. L'“eccezionale” storia dell'art. 578-*bis* c.p.p.: un'efficientistica dilatazione oltre le garanzie fondamentali.

La decisione si inserisce nell'ambito di quella caotica e irrefrenabile produzione giurisprudenziale che, all'indomani dell'entrata in vigore del c.d. istituto della “confisca senza condanna”, ha iniziato ad allargarne le maglie con un impulso ablativo tale da oscurare le esigenze di tutela dei diritti fondamentali ⁽¹⁾.

La norma — che ammette la possibilità di mantenere l'effetto ablativo di talune forme di confisca anche nell'ipotesi di avvenuta prescrizione del reato — segna il recepimento normativo di un fenomeno giurisprudenziale volto a privilegiare, ad ogni costo, il risultato ablatorio. L'indirizzo si è insinuato nel sistema attraverso le fessure interpretative lasciate aperte da quelle disposizioni che, ai fini dell'applicazione della misura ablativa, non richiedono espressamente la pronuncia di una “sentenza di condanna” ⁽²⁾.

⁽¹⁾ Ripercorre la storia esegetica dell'istituto L. BARON, *La confisca con “condanna sostanziale”: verso un nuovo “principio generale” in materia ablatoria*, in *Cass. pen.*, 2020, n. 12, 4799 ss.

⁽²⁾ Le prime pronunce da cui ha preso avvio un prudente svincolamento della misura ablatoria da un giudicato formale di condanna si collocano nell'arco temporale racchiuso tra le due sentenze: *Cass. pen.*, Sez. Un., 25 marzo 1993, n. 5, in *Cass. pen.*, 1993, 967 e *Cass. pen.*, Sez. Un., 10 luglio 2008, n. 38834, in *Guida dir.*, 2008, 44, 74 s., con nota di A. NATALINI, *La lunga parentesi sui poteri del giudice sembra un velato monito al Legislatore*.

Alla confisca di cui all'art. 240, comma 2, n. 2, c.p., infatti, è normativamente riconosciuta la possibilità di operare anche in assenza di un giudicato formale di condanna e ciò in ragione della qualificazione dell'istituto in termini di misura di sicurezza, finalizzata alla sottrazione di beni intrinsecamente pericolosi per i quali, a monte, il legislatore ha compiuto una valutazione di pericolosità.

Sul presupposto che la confisca senza condanna non costituisce un'*aberratio* in sé la dottrina — sfruttando la formula “aperta” di cui all'art. 240, comma 2, n.1. c.p. («è sempre ordinata la confisca», senza nessun riferimento alla «condanna») — ne ha ricavato la compatibilità anche rispetto alla confisca obbligatoria del prezzo del reato che, quindi, potrebbe disporsi anche in caso di estinzione del reato ⁽³⁾.

Un simile approdo ermeneutico è stato respinto dalle Sezioni Unite, le quali, resistendo alle spinte di segno efficientista orientate ad ampliare senza misura l'area delle ablazioni patrimoniali, hanno, in un primo momento, negato la confiscabilità del *pretium sceleris* in mancanza di una sentenza di condanna irrevocabile ⁽⁴⁾. Il Supremo Consesso ha così manifestato, in una prima fase, adesione alla posizione espressa dalla Corte di Strasburgo nei casi Sud Fondi e Varvara ⁽⁵⁾, valorizzando il rispetto del principio di

⁽³⁾ In questo senso, cfr. A. DE MARSICO, *Diritto processuale penale*, Napoli, 1966, 42; G. GUARNIERI, *Confisca (Diritto penale)*, in *Nov.mo Dig. pen.*, IV, Torino, 1959, 42; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, III, Torino, 1950, 391.

⁽⁴⁾ Cass. pen., Sez. Un., 25 marzo 1993, n. 5, in *Cass. pen.*, 1993, 967. In dottrina v. A. ALESSANDRI, voce *Confisca nel diritto penale*, in *Dig. d. pen.*, III, Torino, 1989, 47; cfr. anche Sez. Un., 10 luglio 2008, n. 38834, cit.

⁽⁵⁾ Cass. pen., Sez. Un., 10 luglio 2008, n. 38834, cit., che, tuttavia, contengono al loro interno il seme della svolta. Le Sezioni Unite De Maio, infatti, pur confermando il principio secondo cui «l'estinzione del reato preclude la confisca delle cose che ne costituiscono il prezzo, prevista come obbligatoria dall'art. 240, comma 2, n. 1, c.p.», nella parte conclusiva del loro ragionamento introducono una serie di osservazioni che sembrano incrinare sia la plausibilità processuale, sia l'opportunità politico-criminale di tale soluzione. Sul piano processuale le Sezioni Unite hanno riconosciuto come la disciplina processuale dell'art. 129 c.p.p. fosse stata interessata da alcune modifiche normative che avevano finito per attribuire al giudice ampi poteri di accertamento, anche nel caso di estinzione del reato, sicché «rispetto all'obbligo dell'immediata declaratoria di estinzione

legalità e, quindi, il requisito formale della “condanna” in relazione a tutte le misure ablatorie che lo presuppongono ⁽⁶⁾.

Ben presto la giurisprudenza ha aggirato l’ostacolo attraverso un abile cambio di prospettiva: la condanna, pur rimanendo un presupposto indefettibile della confisca, viene intesa come accertamento “sostanziale” di responsabilità, non più coincidente con l’esistenza di un “formale” giudicato di condanna ⁽⁷⁾.

Un atteggiamento condiviso anche dalla Corte costituzionale che ha ben presto affermato che «nel nostro ordinamento, l’accertamento ben può essere contenuto in una sentenza penale di proscioglimento dovuto a prescrizione del reato, la quale, pur non avendo condannato l’imputato, abbia comunque adeguatamente motivato in ordine alla responsabilità personale di chi è soggetto alla misura ablativa, sia esso l’autore del fatto, ovvero il terzo in mala fede acquirente del bene». Secondo la Corte costituzionale, infatti, «nell’ordinamento giuridico italiano la sentenza che accerta la prescrizione del reato non denuncia alcuna incompatibilità logica o giuridica con un pieno accertamento di responsabilità». Non risulterebbe, dunque, di per sé «escluso che il proscioglimento per prescrizione possa accompagnarsi alla più ampia motivazione sulla responsabilità, ai soli fini della confisca del bene lottizzato»; motivazione che non costituirebbe una facoltà del giudice, «ma un obbligo dal cui assolvimento dipende la legalità della confisca» ⁽⁸⁾.

del reato, la circostanza che il giudice possa procedere ad accertamenti non può affatto considerarsi in linea di principio “anomala”. Sul piano politico-criminale, la Suprema Corte esamina alcune ipotesi ablatorie disseminate nella legislazione speciale, soffermandosi in particolare sia sulla materia della lottizzazione abusiva, sia sulla disciplina della confisca prevista per i delitti di contrabbando, evidenziando come in questi settori l’indirizzo largamente dominante sia quello di ritenere applicabile la misura ablatoria anche in assenza di condanna formale, salvo il caso di assoluzione per insussistenza del fatto.

⁽⁶⁾ Nello stesso senso, cfr. A. PULVIRENTI, *Il difficile connubio dell’art. 578-bis c.p.p. con la “sentenza Giem” della Corte europea tra arretramenti ermeneutici e ipotesi d’innalzamento del livello (interno) di tutela*, in *Arch. pen. online*, 2019, n. 2, 7.

⁽⁷⁾ Cass. pen., Sez. II, 5 ottobre 2011, n. 39756, in *C.E.D. Cass.*, n. 251194, che segna l’inizio di una nuova, meno prudente, fase interpretativa del principio.

⁽⁸⁾ Corte cost., 14 gennaio 2015, n. 49. Tra i molti commenti alla sentenza, cfr. D.

Le Sezioni Unite, quindi, rifugiandosi dietro l'apparente rispetto dei principi di legalità e presunzione di non colpevolezza, hanno ceduto alla moderna pulsione ablatoria, affermando che il giudice, nel dichiarare l'estinzione del reato per intervenuta prescrizione, può disporre la confisca (obbligatoria) del prezzo e del profitto «sempre che si tratti di confisca diretta e vi sia stata una precedente pronuncia di condanna, rispetto alla quale il giudizio di merito permanga inalterato quanto alla sussistenza del reato, alla responsabilità dell'imputato ed alla qualificazione del bene da confiscare come profitto o prezzo del reato» ⁽⁹⁾.

Il Supremo Consesso prudentemente permette l'ingresso nel panorama ablatorio senza condanna della sola confisca obbligatoria e diretta del prezzo o del profitto del reato che, integrando una semplice misura di sicurezza, non preclude «una evocazione del concetto di condanna in senso sostanziale». Le Sezioni Unite Lucci, tengono, quindi, ragionevolmente ben salda la distinzione di tale forma di confisca da quella per equivalente, la quale, per converso, non si è ritenuta applicabile in costanza di una declaratoria di estinzione del reato per prescrizione in ragione della sua «natura eminentemente afflittiva».

Di un accertamento meramente “sostanziale” della responsabilità si è ben presto accontentato anche il Giudice di Strasburgo che, discostandosi dai citati precedenti e verosimilmente sollecitato dalla pronuncia della Corte costituzionale italiana, è nuo-

TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione alla CEDU*, in *Quaderni costituzionali*, 2015; A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno. A prima lettura di Corte cost. n. 49 del 2015*, in *Dir. pen. cont.*, 2 aprile 2015; V. MANES, *La “confisca senza condanna” al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in *Cass. pen.*, 2015, n. 6, 2204 s.

⁽⁹⁾ Cass. pen., Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 31617, in *Cass. pen.*, 2016, 1362 s., con nota di F. LUMINO, *La confisca del prezzo o del profitto del reato nel caso di intervenuta prescrizione*, 1384 s.; in *Arch. pen. online*, 2015, n. 2 con nota di G. CIVELLO, *Le Sezioni unite “Lucci” sulla confisca del prezzo e del profitto di reato prescritto: l'inedito istituto della “condanna in senso sostanziale”*; in *Cass. pen.*, 2016, n. 2, con nota di S. TREGLIA, *Brevi osservazioni su un istituto ancora alle prese con una inversa logica triadica ferma all'«antitesi»: la confisca “senza condanna”*; in *Dir. pen. cont.*, 30 luglio 2015.

vamente intervenuto in materia, nel caso *G.I.E.M. Srl*, rilevando come «sia necessario guardare oltre le apparenze e il linguaggio adoperato e concentrarsi sulla realtà della situazione» e come, pertanto, «la Corte sia legittimata a guardare oltre il dispositivo del provvedimento, e tenere conto della sostanza, essendo la motivazione una parte integrante della sentenza» ⁽¹⁰⁾. In forza di ciò, la Corte — riflettendo sull'importanza del mantenimento dello Stato di diritto e della fiducia dei cittadini nel sistema giudiziario in forza del quale sussiste la necessità di prevenire l'impunità che deriverebbe da una situazione in cui, per l'effetto combinato di reati complessi e di termini di prescrizione relativamente brevi, gli autori di taluni reati si sottraggono sistematicamente all'azione penale — è giunto alla conclusione della compatibilità con l'art. 7 CEDU dell'applicazione di una particolare ipotesi di confisca, quale quella urbanistica, anche in assenza di una formale affermazione di responsabilità, purché l'accertamento condotto dai giudici presenti tutti i requisiti sostanziali di una sentenza di condanna.

La confisca fondata sulla “condanna sostanziale”, affrancata-si dal vincolo formale della natura delle singole figure ablatorie¹¹, è venuta a imporsi come regola di sistema, con l'effetto di alterare

⁽¹⁰⁾ Corte EDU, Grande Camera, 28 giugno 2018, ricorsi riuniti 1828/06-34163/07-19029/11 (*G.I.E.M. Srl e altri c. Italia*); per un commento si veda A. GALLUCCIO, *Confisca senza condanna, principio di colpevolezza, partecipazione dell'ente al processo: l'attesa sentenza della Corte EDU, Grande Camera, in materia urbanistica*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, n. 7, 221 s. nonché M.M. SCOLETTA, *Lo statuto normativo della confisca edilizia nel prisma delle garanzie convenzionali*, in *Riv. giur. edil.*, 2019, n. 1, 47 s.

⁽¹¹⁾ Sul poliedrico panorama ablatorio, composto da modelli diversificati, eterogenei tra loro per struttura e finalità cfr. A. MACCHIA, *Le diverse forme di confisca: personaggi (ancora) in cerca d'autore*, in *Cass. pen.*, 2016, n. 7/8, 2719; S. FURFARO, *La compatibilità delle varie forme di confisca con i principi garantistici di rango costituzionale e con lo statuto delle garanzie europee*, in AA.VV., *La giustizia patrimoniale penale*, a cura di A. BARGI - A. CISTERNA, I, Milano, 2011, 255; O. MAZZA, *La confisca per equivalente tra reati tributari e responsabilità dell'ente (in margine al caso Unicredit)*, in *Dir. pen. cont.*, 23 gennaio 2012; A. ALESSANDRI, *Criminalità economica e confisca del profitto*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci* a cura di E. DOLCINI - C.E. PALIERO, III, Milano, 2006, 2107.G. CIVIELLO, *La confisca nell'attuale spirito dei tempi: tra punizione e prevenzione*, in *Arch. pen. online*, 2019, 2; Per una disamina di ampio respiro sull'evoluzione dell'istituto v. F. VERGINE, *Confisca*, in *Dig. d. pen.*, IX Agg., 2016, 179 s.

profondamente il rapporto, complesso e problematico, tra misure di confisca e istituti estintivi del reato ⁽¹²⁾.

Il via libera alla incontrollata estensione del nuovo principio è giunto poi dal legislatore che, amplificando la portata della regola pretoria, ha reso il giudicato formale di condanna un requisito meramente eventuale persino in relazione alla confisca c.d. “estesa” che, in quanto sorretta dalla presunzione di illiceità dell’accumulo patrimoniale, prescinde da qualsiasi nesso di pertinenzialità con il reato e finisce, così, per assumere un’innegabile connotazione anche afflittiva ⁽¹³⁾.

L’oscura disposizione di cui all’art. 578-*bis* c.p.p. si rendeva, tuttavia, perfettamente chiara nella parte in cui — richiamando unicamente “la confisca in casi particolari prevista dal primo comma dell’art. 240-*bis* c.p.», nonché quella prevista da “altre disposizioni di legge” — rivelava l’intento del legislatore di circoscrivere l’operatività del principio alla sola confisca “diretta”.

La formulazione della norma non presentava, dunque, alcuna apertura interpretativa che potesse consentire l’applicazione, in assenza di condanna formale, della c.d. confisca di valore, esclusa dal gioco in virtù della sua incontrovertibile natura essenzialmente punitiva, discendente dall’indifferenza che il reo sia privato dello stesso bene ottenuto dal reato o di altro privo di qualsiasi collegamento con esso.

Purtuttavia, l’art. 578-*bis* c.p.p. è stato successivamente modificato dall’art. 1 comma 4, lett. f), della L. 9 gennaio 2019 n. 3, «Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici» che ha dilatato il perimetro dell’art. 578-*bis* c.p.p. sino ad includervi la confisca di cui all’art. 322-*ter* c.p.

⁽¹²⁾ Sulla emersione di una sorta di “principio generale” nella materia ablatoria v. L. BARON, *La confisca con “condanna sostanziale”: verso un nuovo “principio generale” in materia ablatoria*, cit.

⁽¹³⁾ L. BARON, *Il ruolo della confisca nel contrasto alla c.d. criminalità del profitto: uno sguardo d’insieme*, in *Dir. pen. contemp.*, 2018, n. 1, 42.

L'interpolazione è stata immediatamente interpretata come espressione della volontà del legislatore di emancipare dalla condanna formale anche la confisca per equivalente. Secondo la dottrina tale inclusione nella norma discenderebbe dal fatto che il legislatore, rispetto a tale misura ablativa, ha ommesso di operare una distinzione tra confisca diretta e di valore, a differenza di quanto avvenuto per la confisca "allargata" ⁽¹⁴⁾.

Una lettura che evidentemente non indaga sulla ragione che avrebbe spinto il legislatore a svincolare la confisca di valore rispetto alla misura di cui all'art. 322-ter c.p.p. e non anche per quella di cui all'art. 240-bis c.p.

A fare il passo più lungo della gamba è stata nuovamente la giurisprudenza che, dalla mancata distinzione tra confisca diretta e confisca per equivalente operata in relazione all'art. 322-ter c.p.p., ha preteso di ricavare una regola generale, ritenuta applicabile altresì alla confisca allargata, nonostante il chiaro riferimento normativo alla sola confisca diretta ⁽¹⁵⁾.

L'indiscriminata estensione del nuovo principio ha compromesso in modo irreversibile il delicato equilibrio tra le esigenze di effettività ablatoria e quelle di salvaguardia delle garanzie fondamentali — prima fra tutte la presunzione di non colpevolezza — che fino a quel momento la giurisprudenza aveva cercato di preservare tenendo ben distinta la confisca-misura di sicurezza dalla confisca-pena ⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁴⁾ Così anche R. TUZZI, *L'art. 578-bis c.p.p.: tra vecchi orientamenti pretori e nuove formulazioni codicistiche*, in *Discrimen*, 12 marzo 2019, 10.

⁽¹⁵⁾ V. Sez. Un., 25 ottobre 2018, n. 6141, in *Giur. pen.*, online, 8 febbraio 2019 (in particolare par. 19.1). Per il giudice della nomofilachia la riferibilità dell'art. 578-bis c.p.p., e della teorica della "confisca con condanna sostanziale", anche alla confisca c.d. per equivalente sarebbe confermata proprio dalla specifica interpolazione "per aggiunta" con cui è stato introdotto il riferimento all'art. 322-ter c.p.: «è la stessa aggiunta posteriore [...] a rafforzare una lettura della disposizione inclusiva anche dei provvedimenti ablatori aventi portata lato sensu sanzionatoria, come indubbiamente è la confisca per equivalente e come è la confisca urbanistica, avente natura, per consolidata esegesi di questa Corte, di "sanzione amministrativa"».

⁽¹⁶⁾ Cfr. V. MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, n. 5, 290.

Nel tentativo di legittimare l'opzione legislativa, la giurisprudenza ricorre a un artificioso collante volto a tenere insieme le due tipologie di confisca, così da assicurare ad entrambe la sopravvivenza anche in assenza di un giudicato di condanna. La Suprema Corte giunge, infatti, ad affermare che il riconoscimento del carattere sanzionatorio della confisca per equivalente non ne determinerebbe l'attrazione nell'area della pena in senso stretto, valorizzandone, piuttosto, la funzione ripristinatoria e «la direzione verso il riallineamento degli squilibri patrimoniali generati da comportamenti illeciti».

In altri termini, la confisca per equivalente riesce ad accedere, sotto copertura, nel ben circoscritto territorio dell'art. 578-*bis* c.p.p., indossando la maschera di “misura di sicurezza”.

Superata la distinzione tra le due forme di confisca, l'esegesi giurisprudenziale ha perso qualsiasi freno inibitorio connesso alla necessità di salvaguardare il principio di legalità e di presunzione di innocenza, finendo per riconoscere al richiamo contenuto nell'art. 578-*bis* c.p.p. alla confisca “prevista da altre disposizioni di legge” «una valenza di carattere generale, capace di comprendere... anche le confische disposte da fonti normative poste al di fuori del codice penale» ⁽¹⁷⁾.

Anche senza adottare una particolare lente critica si può scorgere il tentativo, piuttosto grossolano, della giurisprudenza di massimizzare ad ogni costo la reazione ablatoria, cedendo ad una chiara pulsione efficientista che l'ha indotta ad abbattere anche quelle «piattaforme lessicali che apparivano concettualmente cristalline» ⁽¹⁸⁾, come il concetto di “condanna” e quello di “prescrizione del reato” ⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁷⁾ Cass. pen., Sez. Un., 30 gennaio 2020, n. 13539, *Perroni*, in *Cass. pen.*, 2020, 4041, con nota di L. CAPRIELLO, *Confisca urbanistica e prescrizione del reato presupposto: le sezioni unite chiariscono la portata applicativa del principio (ri)affermando da corte edu, G.i.e.m. c. Italia.*; E. ZUFFADA, *La corte europea giudica compatibile con la convenzione con la confisca del profitto del reato anche in assenza di condanna*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, n. 1, 380 s.

⁽¹⁸⁾ L. BARON, *La confisca con “condanna sostanziale”: verso un nuovo “principio generale” in materia ablatoria*, cit., 4817.

⁽¹⁹⁾ Parla di istituzionalizzazione «di un “parassitismo processuale” del diritto penale patrimoniale in grado di sterilizzare la portata delle regole sostanziali in tema di prescrizione» F. NICOLICCHIA, *Dalla confisca “senza condanna” alla confisca “senza tem-*

Un'operazione che non ha consentito, in ogni caso, di adombrare il nitido contrasto dell'interpretazione volta a legittimare l'applicazione di una sanzione penale (la confisca per equivalente) in assenza di un giudicato formale di condanna con la presunzione di non colpevolezza, sancita a livello costituzionale (art. 27, comma 2, Cost.) e convenzionale (art. 6, par. 2, CEDU). Lo stesso Giudice di Strasburgo, nella controversa sentenza G.I.E.M. e altri c. Italia nella quale ha dichiarato compatibile con l'art. 7 della Convenzione l'applicazione di una confisca-pena (quale è quella urbanistica) sulla base di un accertamento sostanziale di colpevolezza, ne ha, tuttavia, ribadito l'incompatibilità con la garanzia della presunzione di innocenza²⁰.

La medesima impronta di un approccio esegetico fedele — più che ai dettami costituzionali e convenzionali — ad una ben precisa tendenza politico-criminale ⁽²¹⁾ si coglie nella soluzione interpretativa adottata dalla Corte rispetto al problema della possibile applicazione retroattiva dell'art. 578-bis c.p.p.

In particolare, le Sezioni Unite sono state chiamate a dirimere il contrasto tra quell'orientamento giurisprudenziale che attribuiva alla norma natura processuale, con conseguente assoggettabilità della stessa al principio *tempus regit actum* ⁽²²⁾ e quello opposto per il quale la norma, consentendo l'irrogazione di una «pena» (la confisca c.d. per equivalente) avrebbe natura sostanziale e,

po": rilievi critici dalla prospettiva processuale, in *Arch. pen.*, 2020, n. 3, 14; sottolinea la difficile conciliabilità del nuovo assetto con l'istituto della prescrizione anche A. MAUGERI, *La riforma della confisca (d.lgs. 202/2016). Lo statuto della confisca allargata ex art. 240-bis c.p.: spada di Damocle sine die sottratta alla prescrizione (dalla l. 161/2017 al d.lgs. n. 21/2018)*, in *Arch. pen.*, Speciale riforme, 2018, 266; v. anche G. CHERCHI, *Confisca, prescrizione e art. 129 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2023, n. 3, 850 s.

⁽²⁰⁾ Corte EDU, Grande Camera, 28 giugno 2018, cit.

⁽²¹⁾ Sulla tendenza giurisprudenziale a ricavare dalla disposizione una norma capace di massimizzare la reazione ablativa V. MANES, *L'ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimine sine confiscatione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, 1259 s.

⁽²²⁾ Cass. pen., Sez. III, 29 novembre 2019, n. 8785, Palmieri, in *ilpenalista.it*, 20 aprile 2020; Cass. pen., Sez. VI, 9 gennaio 2020, n. 14041, Malvaso, in *Cass. pen.* 2021, 237; Cass. pen., Sez. II, 2 aprile 2021, n. 19645, Consentino, in *Cass. pen.*, 2021, 3992.

conseguentemente, non potrebbe avere efficacia retroattiva ⁽²³⁾.

Il Supremo Consesso ha sancito che l'art. 578-*bis* c.p.p., con riguardo alla confisca per equivalente e alle forme di confisca che presentino comunque una componente sanzionatoria, ha natura anche sostanziale e, pertanto, è inapplicabile in relazione ai fatti posti in essere prima della sua entrata in vigore ⁽²⁴⁾.

Viene suggellato il carattere “preminentemente sanzionatorio” della confisca di valore attraverso il ricorso ai c.d. *Engel criteria* ⁽²⁵⁾, la chiave esegetica più corretta per riconoscere una norma come sostanzialmente penale: la confisca per equivalente, quale «forma di prelievo pubblico a compensazione di prelievi illeciti», non può che assumere un carattere preminentemente sanzionatorio in quanto aggredisce beni che, pur nella disponibilità, anche per interposta persona, dell'autore del reato, sono individuati, senza alcun nesso di pertinenzialità col fatto criminoso, in base alla loro corrispondenza con i benefici che il responsabile ha ottenuto o, in determinati casi, fatto indebitamente ottenere ad altri dalla commissione dell'illecito. In conclusione, «siccome gli istituti che rientrano nella nozione di sanzione penale devono essere governati necessariamente dagli statuti di garanzia, è la funzione sanzionatoria della confisca per equivalente che assorbe

⁽²³⁾ Cass. pen., Sez. III, 18 marzo 2021, n. 20793, Rotondi, in *Guida dir.*, 2021, 28; Cass. pen., Sez. III, 7 settembre 2021, n. 39157, Sacrati, in CED, n. 282374.; Cass. pen., Sez. III, 21 gennaio 2022, n. 7882, Viscovo, in CED, n. 282836.

⁽²⁴⁾ Cass. pen., Sez. Un., 31 gennaio 2023, n. 4145, in *Dir. pen. proc.*, 2023, n. 6, 777 s.

⁽²⁵⁾ Tali criteri consistono nella: qualificazione giuridica offerta dall'ordinamento interno; effettiva natura della sanzione; grado di severità dalla stessa veicolato. Essi sono tra di loro alternativi, sicché è sufficiente che la sanzione sia formalmente penale, abbia finalità preventiva o retributiva, ovvero sia particolarmente severa, per sancirne la refluenza nella materia penale. Vennero fissati con l'arresto giurisprudenziale della Corte EDU, Grande Camera, 8 giugno 1976, ricorsi riuniti 2100-5101-5102/71 e 5354-5370/72 (*Engel e altri c. Paesi Bassi*), di cui si veda, in particolare il § 82: il caso concerneva la comminazione di una sanzione formalmente a carattere disciplinare militare che si cumulava a sanzioni penali comminate per la medesima condotta. Per un approfondimento si rinvia ad A. BERNARDI, *Sub art. 7*, in AA.VV., *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. BARTOLE - B. CONFORTI - G. RAIMONDI, Padova, 2001, 271 s.

quella ripristinatoria e le eventuali altre concorrenti funzioni non penali, cui la confisca di valore si atteggi, e non viceversa» (26).

L'art. 578-bis c.p.p. consentirebbe, dunque, in caso di estinzione del reato per amnistia o per prescrizione, al giudice di appello o alla Corte di cassazione di disporre la confisca diretta del prezzo o del profitto del reato, previo accertamento della responsabilità dell'imputato, anche per reati commessi anteriormente all'entrata in vigore di questa disposizione, ma non già di disporre la confisca per equivalente, stante la propria natura sanzionatoria (27).

Una conclusione che, paradossalmente, disvela proprio nella sua parte garantista la propria contraddittorietà con il sistema. La Corte riconosce l'irretroattività della norma sul presupposto che la pena di cui all'art. 322-ter c.p.p. richiama a sé i principi di cui agli artt. 25 Cost. e 7 CEDU ma, al contempo, riconosce la possibilità di applicare la stessa in assenza di condanna, in contrasto con gli artt. 27 Cost. e 6 CEDU (28). L'organo nomofilattico si impegna a fornire un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata di una norma che, in ogni caso, resta ontologicamente incompatibile con la Costituzione e, di riflesso, con la CEDU.

Una illogicità che si rende ancor più manifesta nella parte in cui la Corte separa due garanzie che, condividendo la medesima ratio, non possono che camminare insieme: sarebbe, infatti, incoerente esigere, da una parte, una base legale accessibile e prevedibile e permettere, dall'altra, una punizione quando la persona interessata non è stata condannata (29).

(26) Cass. pen., Sez. Un., 31 gennaio 2023, n. 4145, cit.

(27) Condivide l'approdo cui sono giunte le Sezioni Unite anche F. MUCCIARELLI, *La controversa natura della confisca per equivalente tra efficienza e garanzie*, in *Giur. it.*, 2023, 1154.

(28) Secondo S. BOLIS, *La silenziosa espansione della confisca per equivalente senza condanna: le Sezioni Unite non considerano la presunzione d'innocenza in relazione all'art. 578-bis c.p.p.*, in *Sist. pen.*, 2024, n. 2, 87, la Suprema Corte è incorsa in una vera e propria "amnesia", consistita «nell'aver selettivamente raccolto nel fascio di tutele convenzionali riconosciute solo quelle delineate dall'art. 7 CEDU in tema di riserva penale e non anche quelle derivate dall'art. 6 CEDU nel suo *volet pénal*, con ciò giustificando l'applicazione della confisca per equivalente pur in assenza di una sentenza formale di condanna».

(29) Osservazione contenuta nella sentenza della Corte EDU, Sez. II, 29 ottobre 2013,

Una reale attenzione alla “sostanza” delle cose — la stessa che avrebbe legittimato la concessione della cittadinanza a questo aberrante istituto — avrebbe, altresì, dovuto indurre la Corte ad escluderne l'applicazione quantomeno rispetto alla confisca per equivalente che, ove entra in conflitto con l'art. 27 Cost. (6 CEDU), inevitabilmente stride con il complementare principio di cui all'art. 7 CEDU.

La pronuncia in analisi prende le mosse da una sintesi della storia, sin qui ripercorsa, dell'istituto della “confisca senza condanna”, dalla sua origine esegetica sino alla — allarmante e incontrollata — dilatazione giurisprudenziale della disposizione che lo ha normativizzato.

Un inquadramento rivelatosi imprescindibile per la Corte, chiamata a tracciare un nuovo percorso nel labirintico art. 578-*bis* c.p.p. alla luce delle nuove linee guida fornite dalle Sezioni Unite Massini.

3. La creativa “de-punitivizzazione” della confisca per equivalente ad opera delle Sezioni Unite Massini.

Le Sezioni Unite hanno rielaborato i rapporti concettuali tra confisca diretta e confisca per equivalente partendo da una nuova perimetrazione del “nesso di pertinenzialità tra reato e profitto”.

Il nesso di derivazione casuale della *res* dal reato deve essere necessariamente provato affinché possa disporsi la misura di sicurezza della confisca “diretta” del prezzo e del profitto, il cui presupposto applicativo si identifica(va) nella pericolosità della cosa in quanto derivante dal reato ⁽³⁰⁾.

ric. n. 17475/09 (Varvara c. Italia), § 71. Di rilievo la posizione dissenziente di chi, proprio in seno a quel collegio giudicante, ha eccepito che «la dichiarazione «sostanziale» di responsabilità è un assegno in bianco che consente ai giudici nazionali di agire come desiderano (...). Il punto fondamentale è che il giudice non deve far pesare sulle persone in questione le carenze di una politica penale irrazionale dello Stato, e in particolare di una politica che induce «l'effetto combinato di reati complessi e di termini di prescrizione relativamente brevi» (...)» Più in generale, la nozione di dichiarazione «sostanziale» di responsabilità è di per sé contraria ai valori della certezza del diritto e della prevedibilità, poiché la persona o l'ente interessata/o non può realmente prevedere se i suoi beni saranno confiscati.

⁽³⁰⁾ Cfr. Cass. pen., Sez. VI, 19 marzo 1986, n. 9903, Tedeschi. Critiche rispetto a

La nozione di profitto del reato ha, tuttavia, conosciuto una espansione tale da identificarsi con il concetto indeterminato di “vantaggio economico” conseguito per mezzo del reato che, quindi, si mostra indifferente al bene in sé, che potrebbe anche non essere immediatamente derivante dal reato ⁽³¹⁾.

Pur restando imprescindibile la prova del nesso di derivazione del vantaggio dal reato l'organo nomofilattico ritiene sufficiente, ai fini dell'ablazione diretta, la dimostrazione che i beni da confiscare siano stati effettivamente conseguiti attraverso l'impiego del prezzo o del profitto del reato.

L'ablazione diretta assume un volto diverso da quello tradizionale — legato alla pericolosità della *res* — e si caratterizza per sua finalità di «ripristino volta a rendere l'illecito penale improduttivo e ad eliminare “in ogni caso” dalla sfera patrimoniale del reo il vantaggio che questi abbia conseguito dal reato e che

questa qualificazione sono state mosse dalla dottrina: cfr., in particolare, A. ALESSANDRI, voce *Confisca nel diritto penale*, in *Dig. pen.*, III, Torino, 1989, 44; nonché A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001, 514 s.; F. MUCCIARELLI, *Profili generali*, in EPIDENDIO-VARRASO (a cura di), *Codice delle confische*, Milano, 2018, 105; C. VISCONTI, *Dalla “vecchia” alle “nuove” confische penali: recenti tendenze di un istituto tornato alla ribalta*, in *Studium iuris*, 2002, 965.

⁽³¹⁾ La Corte aderisce a quell'orientamento secondo cui il nesso di pertinenzialità che connota la confisca diretta non viene meno a seguito di impiego o trasformazione del profitto del reato e da cui è conseguita una estensione della nozione di profitto: cfr. Cass. pen., Sez. Un., 25 ottobre 2007, n. 10208, Miragliotta, in *Dir. pen. proc.*, 2008, pp. 1295 s., con nota di R. LOTTINI, *La nozione di profitto e la confisca per equivalente ex art. 322 ter c.p.*; in *Foro it.*, 2009, II, 225 con nota di E. NICOSIA, *Recenti problemi interpretativi in tema di beni confiscabili*. Cfr. anche E. NICOSIA, *La confisca, le confische. Funzioni politico-criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivo-applicativi*, Torino, 2012, 145; Cass. pen. Sez. III, 6 ottobre 2015, n. 3535, commentata da F. VERGINE, *La suprema corte ribadisce la natura sussidiaria della confisca per equivalente*, in *Ilpenalista*, 11 marzo 2016. Un'impostazione criticata in dottrina: cfr. F. MUCCIARELLI - C.E. PALIERO, *Le Sezioni Unite e il profitto confiscabile: forzature semantiche e distorsioni ermeneutiche*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2015, n. 4, 246 s.; A. PERINI, *La progressiva estensione del concetto di profitto del reato quale oggetto della confisca per equivalente*, in *Nuovi modelli di intervento penale: sequestro e confisca per equivalente*, in P. RESCIGNO - R. WEIGMANN - A. GAITO - F. MODUGNO (a cura di), *Dottrina e attualità giuridiche nel diritto civile, commerciale, penale e pubblico*, Torino, 2010, 910 s.; V. MONGILLO, *Confisca (per equivalente) e risparmi di spesa: dall'incerto statuto alla violazione dei principi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 716 s.

l'ordinamento ritiene non possa essere trattenuto in ragione della sua causa illecita»⁽³²⁾.

In altri termini, finché il “filo rosso” che lega il bene al reato può essere riavvolto senza soluzione di continuità giungendo con certezza (processuale) alla sua origine criminosa, per quanto quel bene sia diverso da quello direttamente derivante dal reato si potrà dire che ad essere appreso è proprio il vantaggio patrimoniale direttamente derivante dal reato, e pertanto la confisca può e deve qualificarsi come “diretta”⁽³³⁾.

Il nesso di pertinenzialità al reato, quindi, perde in via definitiva la sua connotazione qualitativa e assume una valenza meramente quantitativa, tale da attirare a sé anche beni di “provenienza indiretta” dal reato, purché di valore identico a quello del vantaggio economico illecito. Ciò che resta dirimente è la possibilità di ricostruire tutti i passaggi con cui il bene originario ha subito successive trasformazioni.

Sulla base di tali considerazioni la Corte afferma che la confisca per equivalente interverrebbe laddove non sia possibile ripercorrere le trasformazioni subite dal profitto scaturito direttamente dal reato, operando, quindi, nell'ipotesi in cui non vi sia più alcuna traccia del bene originariamente conseguito.

La confisca per equivalente agisce, così, su beni neppure indirettamente riconducibili al reato — i quali, oggi, verrebbero comunque attratti nella rete della confisca “diretta” — e, quindi, di certa origine lecita, aventi lo stesso valore del bene che la misura ablativa avrebbe dovuto teoricamente colpire.

Tuttavia, poiché nella nuova ottica efficientista ad essere veramente rilevante ai fini ablativi non è tanto il bene fisico direttamente proveniente dal reato (né la sua pericolosità), ma il vantaggio patrimoniale che da esso discende, si ritiene che la funzione

⁽³²⁾ Cass. pen., Sez. Un., 26 settembre 2024, n. 13783, in *Sist. pen.*, 15 aprile 2025, (par. 7.3 del considerato in diritto).

⁽³³⁾ S. FINOCCHIARO, *L'attesa sentenza delle Sezioni Unite sul sequestro e la confisca nel concorso di persone nel reato: una (ri)pristinatoria della confisca “per equivalente” e di (ri)qualificazione della confisca del denaro*, in *Sist. pen.*, 2025, n. 4, 138.

svolta dalla confisca diretta di quel vantaggio sia identica a quella svolta dalla confisca per equivalente del medesimo vantaggio ⁽³⁴⁾.

In altre parole, la nuova declinazione del “nesso di pertinenzialità” — che si relazionerebbe con il dato quantitativo del “vantaggio economico” e non con quello qualitativo del “bene” derivante dal reato — scardinerebbe la ferma convinzione della natura essenzialmente punitiva della confisca per equivalente, che traeva fondamento proprio dalla “evaporazione” del nesso di pertinenzialità fra reato e bene e dall’impossibilità di configurare la pericolosità della cosa ⁽³⁵⁾.

La confisca per equivalente viene definita un mero surrogato della confisca diretta, che al pari di quest’ultima ha natura afflit-

⁽³⁴⁾ In questo senso le Sezioni unite riconoscono che la confisca di valore non è che un “surrogato” della confisca diretta, come già evidenziato, tra gli altri, da M. SCOLETTA, *La confisca di denaro quale prezzo o profitto del reato è sempre “diretta” (ancorché il denaro abbia origine lecita). Esiste un limite azionabile alla interpretazione giudiziaria della legge penale*, in *Sist. pen.*, 23 novembre 2021; cfr. anche R. BARTOLI, *Ripensare le confische*, in *La legislazione penale*, 2023, 8, che ha affermato: «la confisca per equivalente salta la corrispondenza in termini qualitativi, ma non quantitativi»; Per una completa disamina del controverso istituto della confisca per equivalente v. F. VERGINE, *Il «contrasto» all’illegalità economica. Confisca e sequestro per equivalente*, Padova, 2012.

⁽³⁵⁾ Sulla natura punitiva della confisca per equivalente v. Sez. Un., 26 giugno 2015, Lucci, n. 31617; Corte cost., 2 aprile 2009 n. 97; Corte cost., 20.11.2009 n. 301; Corte cost., 7 aprile 2017, n. 68; Corte cost., 5 dicembre 2018, n. 223; Corte cost., 10 maggio 2019 n. 112; Cass., Sez. Un., 5 marzo 2014, n. 10561, Gubert; Cass., 16 ottobre 2018, n. 46973, in Cass. pen. 2018; Cass., 19 febbraio 2020, n.16103; Cass., 26 maggio 2010, n. 29724; Cass., 28 febbraio 2012, n. 11768, in *Riv. pen.*, 2012, n. 7-8, 754; Cass., 23 ottobre 2013, n. 45951; Cass. 4 luglio 2013, n. 36927. Tale conclusione secondo A.M. MAUGERI, *La nuova direttiva 2024/1260 per il recupero e la confisca dei beni: un complessivo sforzo di armonizzazione per la lotta al crimine organizzato e all’infiltrazione criminale nell’economia*, in *Sist. pen.*, 30 dicembre 2024, 23, troverebbe riscontro anche a livello legislativo, avendo la riforma Cartabia previsto l’esecuzione della confisca per equivalente con le modalità della pena pecuniaria (consentendone la conversione nel lavoro di pubblica utilità sostitutivo e nella detenzione domiciliare sostitutiva): secondo l’art. 86, comma 1-bis, disp. att. c.p.p., «qualora sia stata disposta una confisca per equivalente di beni non sottoposti a sequestro o, comunque, non specificamente individuati nel provvedimento che dispone la confisca, l’esecuzione si svolge con le modalità previste per l’esecuzione delle pene pecuniarie, ferma la possibilità per il pubblico ministero di dare esecuzione al provvedimento su beni individuati successivamente al provvedimento di confisca». Una simile disciplina rappresenta una chiara presa di posizione del legislatore a favore della natura punitiva di tale forma di confisca, perché le sanzioni sostitutive sono compatibili solo con una simile natura, finendo per far prevalere legislativamente quest’interpretazione consolidata nella prassi giurisprudenziale.

tiva, ma non anche punitiva, mirando alla “mera eliminazione dal patrimonio del reo di un bene che non sarebbe stato acquisito se non fosse stato commesso il reato”. In quanto misura di sicurezza la confisca per equivalente svolgerebbe la funzione di “bonificare” il patrimonio dell’agente, eliminando l’arricchimento illecito e, quindi, di riportare la sua sfera giuridico-patrimoniale alla consistenza precedente al delitto ⁽³⁶⁾.

Una ricostruzione che trascura la circostanza per la quale la confisca per equivalente opera solo ove non vi sia più alcuna traccia di quell’arricchimento illecito, con la conseguenza che la sfera patrimoniale non viene ricondotta alla situazione antecedente al delitto, ma depauperata di un bene lecito di valore analogo a quel profitto non più rintracciabile. Non può, dunque, parlarsi propriamente di ripristino, bensì di una sottrazione punitiva volta a colpire il reo che abbia prodotto un profitto illecito e che — materialmente non sussistente nel suo patrimonio — potrebbe essere stato occultato o disperso.

Non a caso, la confisca per equivalente è prevista solo in ipotesi eccezionali, ossia per reati caratterizzati da particolare gravità, rilevante impatto economico e alto rischio di occultamento dei profitti. Proprio questo aspetto — magistralmente trascurato dalle Sezioni Unite — costituisce il principale indizio della sua natura punitiva: se l’intento del legislatore fosse stato quello di introdurre un surrogato della confisca diretta — volto a «realizzare un meccanismo di chiusura e sussidiario del sistema» — non avrebbe avuto motivo di limitarla a un catalogo di fattispecie, ma ne avrebbe previsto la generale operatività, subordinata all’impossibilità di apprendere i beni direttamente derivanti dal reato.

Le Sezioni Unite tentano di avvalorare la propria conclusione attraverso varie argomentazioni che, tuttavia, non sono in grado di coprirne il contrasto con il dato normativo — ossia con la volontà del legislatore di rafforzare l’efficacia repressiva di de-

⁽³⁶⁾ Cass. pen., Sez. Un., 26 settembre 2024, n. 13783, cit. (par. 9.2 del considerato in diritto).

terminati reati — che dovrebbe costituire il punto di partenza di qualsiasi operazione ermeneutica: l'organo nomofilattico, invece, percorrendo la strada al contrario, sembra partire da un prefissato risultato interpretativo, che cerca di far rientrare nei confini normativi del sistema.

Le Sezioni Unite, dopo aver “mascherato” la vera natura della confisca per equivalente, affrontano l'altro grande dilemma che affligge la materia ablativa patrimoniale: la natura della confisca di denaro.

Non sembra casuale che solo dopo aver privato la confisca per equivalente del bagaglio di garanzie proprio della sanzione penale la giurisprudenza abbia maturato l'idea di mutare impostazione rispetto al controverso orientamento divenuto dominante in giurisprudenza, secondo cui la confisca che abbia ad oggetto somme di denaro debba considerarsi sempre di natura diretta ⁽³⁷⁾.

Il Supremo Consesso giunge alla apprezzabile conclusione per cui «la confisca di somme di denaro ha natura diretta soltanto in presenza della prova della derivazione causale del bene rispetto al reato, non potendosi far discendere detta qualifica dalla mera natura del bene».

Secondo la Corte la fungibilità del denaro è una caratteristica anodina rispetto alla prova che la cosa derivi dal reato: prova senz'altro resa complessa in ragione della possibile confusione con altre somme di denaro, ma non sempre impossibile. Non è

⁽³⁷⁾ Cass. pen., Sez. Un., 5 marzo 2014, n. 10561, in *Dir. pen. cont.*, 12 marzo 2014, con nota di T. TRINCHERA, *La sentenza delle Sezioni Unite in tema di confisca di beni societari e reati fiscali*, nonché con commento di G. TODARO, *Il sequestro preventivo, funzionale alla confisca per equivalente, di beni di una persona giuridica: il rebus dei reati tributari*, in *Cass. pen.*, 2014, n. 9, 2826.; Cass. pen., Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 31617, in *Dir. pen. cont.*, 30 luglio 2015. Si veda anche G. CIVIELLO, *Le Sezioni Unite “Lucci” sulla confisca del prezzo e del profitto di reato prescritto: l'inedito istituto della “condanna in senso sostanziale”*, in *Arch. pen.*, 2015, n. 2, nonché F. LUMINO, *La confisca del prezzo o del profitto del reato nel caso di intervenuta prescrizione*, in *Cass. pen.*, 2016, n. 4, 1384. Cass. pen., Sez. Un., 27 maggio 2021, n. 42415, Coppola, con nota, tra gli altri, di M. SCOLETTA, *La confisca del denaro*, cit. Cfr. anche nota di F. COLAIANNI-D. COLOMBO, *Quando i soldi sono infetti. Una nuova pronuncia delle Sezioni Unite ribadisce che la confisca del denaro rinvenuto nel patrimonio del reo è sempre “diretta”*, in *Sist. pen.* 8 luglio 2022.

pertanto consentito, poiché nessuna norma di legge lo permette, sorvolare sul presupposto indefettibile della confisca diretta, ossia il nesso di pertinenzialità con il reato.

Il nesso di pertinenzialità al reato, spersonalizzato e ridotto a mero misuratore del *quantum* dell'illecito arricchimento nelle premesse della sentenza, torna ad essere valorizzato per superare l'assunto, espresso da ultimo nella sentenza Coppola del 2021, per il quale è «in ogni caso del tutto indifferente l'identità fisica dei beni numerari oggetto di ablazione, cioè la loro corrispondenza materiale a quelli illecitamente conseguiti, tenuto conto delle peculiarità ontologiche e normative del bene-denaro, diverso rispetto a qualsiasi altro tipo di utilità» ⁽³⁸⁾.

Invero, l'innovativa impostazione secondo cui confisca diretta e confisca di valore hanno la medesima natura e funzione e sono espressione della «necessità di ribadire, da una parte, che il reato “non paga” e, dall'altra, che l'accrescimento derivante da condotte penalmente rilevanti è sempre privo di legittima giustificazione» ⁽³⁹⁾ sembra validare più che smentire la soluzione consolidatasi in tema di confisca del denaro.

L'approdo della sentenza Massini — per cui «il denaro che costituisce il profitto o il prezzo derivante dal reato si tramuterebbe [...] in un tutto indistinto, confiscabile sempre, senza nessun riferimento alla “storia” del bene che si sottrae, alla sua causale specifica, al rapporto con il reato» — è, in definitiva, condivisibile, poiché è certamente vero che la fungibilità del denaro non impedisce di ricostruirne l'origine e di rintracciarne il legame eziologico. Ciò nondimeno, tale conclusione stride fortemente con le premesse argomentative da cui la decisione prende le mosse.

D'altra parte, secondo la Corte, il nuovo orientamento in tema di confisca per equivalente si sarebbe reso necessario per evitare

⁽³⁸⁾ Cass. pen., Sez. Un., 27 maggio 2021, n. 42415, cit.

⁽³⁹⁾ Sul punto cfr. T. TRINCERA, *Confiscare senza punire*, Torino, 2020, 427 s.; E. NICOSIA, *La confisca, le confische*, cit., 145 e S. FINOCCHIARO, *Confisca di prevenzione e civil forfeiture. Alla ricerca di un modello sostenibile di confisca senza condanna*, Milano, 2022, 362 s.

l'inaccettabile conseguenza che la natura della confisca — e con essa lo statuto garantistico applicabile — dipendesse unicamente dalla forma assunta. Tale impostazione finirebbe per affidare la qualificazione giuridica della misura a una circostanza del tutto accidentale, quale l'impossibilità di rinvenire il bene costituente prezzo o profitto del reato, evenienza che potrebbe persino dipendere dalla volontà del reo ⁽⁴⁰⁾.

Il Supremo Consesso non si avvede, tuttavia, che il nuovo approccio produce una stortura ancora più evidente: diviene dipendente da una circostanza meramente accidentale — che potrebbe essere anche la volontà del reo — la stessa possibilità di disporre la confisca che, ove il denaro sia stato occultato o disperso, non potrà essere applicata in relazione a quelle fattispecie che non ne contemplano la forma “per equivalente” ⁽⁴¹⁾.

Un cambiamento di rotta, in materia di confisca per equivalente, che non appare giustificato neppure da esigenze ermeneutiche legate alla risoluzione dello specifico quesito rimesso alle Sezioni Unite, relativo all'applicazione della confisca in caso di reato concorsuale. Senza entrare nel dettaglio dell'argomentazione sviluppata dalla sentenza, è sufficiente osservare come sia stata la stessa Corte a verificare la tenuta della conclusione anche nell'ottica della confisca-pena, prospettiva che, anzi, sarebbe risultata persino più coerente.

Appare dunque evidente che il mutamento di quel granitico assetto teorico sia frutto di una scelta discrezionale della Corte,

⁽⁴⁰⁾ S. FINOCCHIARO, *L'attesa sentenza delle Sezioni Unite sul sequestro e la confisca nel concorso di persone nel reato: una (ripristinatoria) della confisca “per equivalente” e di (ri)qualificazione della confisca del denaro*, cit., 140.

⁽⁴¹⁾ S. FINOCCHIARO, *L'attesa sentenza delle Sezioni Unite sul sequestro e la confisca nel concorso di persone nel reato: una (ripristinatoria) della confisca “per equivalente” e di (ri)qualificazione della confisca del denaro*, cit., 151, che sottolinea come «rimangono per così dire “scoperte” molte ipotesi delittuose non assistite da norme speciali che contemplino la confisca per equivalente: si pensi ad esempio alle truffe il cui profitto consista nel denaro (fuori dai casi richiamati dall'art. 640-*quater*) o ai reati fallimentari, in particolare nei casi di distrazione patrimoniale di somme dai conti correnti societari; o anche, con riferimento al prezzo del reato, ai casi di omicidio o altro delitto violento in cui l'esecutore materiale sia stato remunerato con denaro, successivamente occultato o disperso».

animata da finalità pratiche più che dall'intento di riordinare il confusionario sistema ablativo.

4. Le “ri-cadute” dei nuovi principi sull’istituto della confisca senza condanna.

Il mutamento giurisprudenziale non ha portato ordine neppure nello scomparto ablativo di cui all'art. 578-*bis* c.p.p.

L'artefatta apposizione della etichetta di misura di sicurezza alla confisca per equivalente, infatti, ha di fatto eliminato l'ultimo argine che, seppur marginalmente, limitava la portata dirompente del principio della confisca senza condanna: un principio già di per sé privo di un solido ancoraggio legislativo, in quanto frutto di stratificazioni giurisprudenziali che hanno finito per offuscare il dato normativo originario.

La sentenza Massini ha, così, aperto anche la strada della retroattiva applicazione dell'art. 578-*bis* c.p.p. in relazione alla confisca per equivalente, eliminando, seppur formalmente, ciò che la rendeva in radice incompatibile con il precetto normativo.

È quanto ha osservato la Corte Suprema nella sentenza in commento, dopo aver disposto il rinvio del giudizio dinanzi alla Corte d'Appello affinché verifichi la corretta qualificazione dell'ablazione disposta sulla somma di denaro confiscata alla luce del mutato criterio discrezionale tra confisca diretta e per equivalente delineato dalle Sezioni Unite.

L'organo nomofilattico afferma che «il superamento, pur non integrale, dell'affermazione del carattere sanzionatorio della confisca per equivalente, operato dalle Sezioni Unite Massini, schiude, infatti, la prospettiva dell'applicazione retroattiva anche di tale forma di ablazione» (par. 3.9 del considerato in diritto).

Tale esito, tuttavia, viene escluso nel caso di specie: anche nell'ipotesi in cui il giudice del rinvio dovesse ritenere insussistente il nesso di derivazione causale tra reato e denaro — con conseguente qualificazione della misura come confisca per equivalente — si ritiene debba trovare applicazione l'orientamento giurisprudenziale precedente, che negava l'applicazione retroatti-

va dell'art. 578-*bis* c.p.p. alla confisca per equivalente.

La Corte per affermare questo principio ha dovuto fare ricorso alla giurisprudenza sovranazionale ed in particolare all'interpretazione dell'art. 7 CEDU e dell'art. 1 Prot. 1 CEDU, non offrendo il sistema interno alcun supporto normativo.

La tutela del diritto dell'imputato alla prevedibilità del diritto giurisprudenziale in ambito penale, infatti, non è garantita dalla disciplina della successione di leggi penali nel tempo.

Come ha chiarito il Giudice delle Leggi, nella sentenza n. 230 del 2012, la disciplina della successione di leggi non può essere estesa ai mutamenti giurisprudenziali; in virtù dei principi di riserva di legge in materia penale e di separazione dei poteri, nell'ordinamento italiano l'abrogazione delle norme penali, al pari della loro creazione, può discendere solo da un atto di volontà del legislatore ⁽⁴²⁾.

Neppure la giurisprudenza di legittimità è giunta a soluzioni pienamente soddisfacenti in materia di *overruling* sfavorevole. Gli effetti pregiudizievoli per l'imputato, infatti, sono stati solo in parte attenuati mediante il ricorso all'art. 5 c.p., così come interpretato alla luce dei principi affermati dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 364 del 1988 ⁽⁴³⁾.

In forza di questa interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 5 c.p. la Corte di legittimità ha rilevato che costituisce causa di esclusione della colpevolezza il mutamento di giurisprudenza in *malam partem*, nel caso in cui l'imputato, al momento del fatto, poteva fare affidamento su una regola stabilizzata, enunciata dalle Sezioni Unite, che escludeva la rilevanza penale

⁽⁴²⁾ Corte cost., 8 ottobre 2012, n. 230, Frigo, in *Dir. pen. cont.*, 15 ottobre 2012; cfr. commento di V. NAPOLEONI, *Mutamento di giurisprudenza in bonam partem e revoca del giudicato di condanna: altolà della Consulta a prospettive avanguardistiche di (supposto) adeguamento ai dicta della Corte di Strasburgo*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, n. 3-4, 164 s.

⁽⁴³⁾ In questa pronuncia la Corte cost. ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 5 cod. pen. nella parte in cui non esclude dall'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale l'ignoranza inevitabile e ha attribuito rilevanza scusante al «gravemente caotico [...] atteggiamento interpretativo degli organi giudiziari».

della condotta e non vi erano segnali, concreti e specifici, che inducessero a prevedere che, in futuro, le Sezioni Unite avrebbero attribuito rilievo a quella condotta, rivedendo il precedente orientamento in senso peggiorativo ⁽⁴⁴⁾.

Un indirizzo che, tuttavia, non può evidentemente trovare applicazione se l'*overruling* riguarda l'applicabilità della confisca «che, pur postulando la commissione di un reato, integro in tutti i suoi elementi costitutivi (e, dunque, anche della colpevolezza dell'agente), non richiede la verifica dell'elemento soggettivo dell'imputato con riferimento all'ablazione» (par. 3.11 del considerato in diritto).

La Suprema Corte, allora, per alleviare i “sintomi” di incostituzionalità dell'art. 578-*bis* c.p.p., acuiti dalla sentenza Massini, ne ha offerto un'interpretazione conforme all'art. 7 CEDU e all'art. 1 Prot. 1 CEDU.

La giurisprudenza della Corte di Strasburgo costantemente ribadisce che la nozione di «diritto» («*law*»), utilizzata nell'art. 7 CEDU, deve considerarsi comprensiva tanto del diritto di produzione legislativa che del diritto di formazione giurisprudenziale ⁽⁴⁵⁾.

L'art. 7 della Convenzione EDU non vieta, infatti, il graduale chiarimento delle norme penali attraverso un'interpretazione giudiziale, svolta caso per caso, a condizione che il suo sviluppo sia coerente con l'essenza del reato e possa ragionevolmente essere previsto.

La giurisprudenza della Corte di Strasburgo, in plurime sentenze, ha, dunque, ritenuto violato l'art. 7 CEDU da provvedimenti di condanna che sono stati pronunciati sulla base di interpretazioni «ragionevolmente imprevedibili» alla luce degli stessi precedenti giurisprudenziali e quando il ricorrente non avrebbe

⁽⁴⁴⁾ Cass. pen., Sez. VI, 26 marzo 2024, n. 28594, Boenzi, in *Sist. pen.*, 17 settembre 2024, con nota di F. PALAZZO - R. BARTOLI, *Mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli, colpevolezza ed irretroattività. A proposito di una sentenza “storica”*.

⁽⁴⁵⁾ Tra le altre Corte EDU, Grande Camera, 17 settembre 2009, *Scoppola contro Italia*, n. 10249, in *Cass. pen.*, 2010, n. 2, 832 s. con nota di G. ICHINO, “L'affaire *Scoppola c. Italia*” e l'obbligo dell'Italia di conformarsi alla decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo.

potuto rappresentarsi l'illiceità della propria azione neanche ricorrendo all'ausilio di un legale ⁽⁴⁶⁾.

La giurisprudenza sovranazionale, tuttavia, si spinge oltre quella interna, tutelando non solo la prevedibilità dell'interpretazione giurisprudenziale relativa agli elementi costitutivi del reato, ma anche quella che attiene alla pena applicabile ⁽⁴⁷⁾.

Parimenti, con riferimento alla protezione del diritto di proprietà, la giurisprudenza della Corte Edu ha rilevato che perché una misura limitativa o privativa della proprietà, come la confisca, sia convenzionalmente legittima e conforme all'art. 1 Prot. 1 CEDU, occorre che vi sia un'adeguata «base legale»: tale base legale comprende tanto il diritto di origine legislativa quanto quello giurisprudenziale, che deve esprimere regole «accessibili» e «precise», che consentano al singolo di prevedere le conseguenze del proprio comportamento ⁽⁴⁸⁾.

Sulla base di questi principi la Corte ha affermato che «l'interpretazione dell'art. 578-*bis* cod. proc. pen., in senso conforme all'art. 7 CEDU e all'art. 1 Prot. 1 CEDU, impone di escludere l'efficacia retroattiva in *malam partem* del mutamento giurisprudenziale intervenuto con riferimento alla natura della confisca per equivalente».

Il superamento del pregresso consolidato assetto giurisprudenziale era, infatti, obiettivamente imprevedibile quando i reati di corruzione sono stati commessi (e, dunque, nel 2013), in ragione delle numerose pronunce della Corte di cassazione, anche a Sezioni Unite, e della Corte costituzionale, che in quell'epoca hanno affermato la natura «eminentemente sanzionatoria» della confisca per equivalente.

⁽⁴⁶⁾ Corte EDU, 7 ottobre 2017, *Navalnyy c. Russia*, in *Dir. pen. cont.*, 16 gennaio 2018, con nota di S. BERNARDI, *Una nuova pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di imprevedibilità della condanna penale: il caso Navalnyy c. Russia*.

⁽⁴⁷⁾ Corte EDU, Grande Camera, 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*, n. 42750, in *Cass. pen.*, 2014, n. 2, 683 s. con nota di E. PROFITI, *La sentenza "Del Rio Prada" e il principio di legalità convenzionale: la rilevanza dell'overruling giurisprudenziale sfavorevole in materia di benefici penitenziari*; Corte EDU, 22 giugno 2000, Sez. II, n. 32492, in *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, 2007, n. 3, 219.

⁽⁴⁸⁾ Corte EDU, Grande Camera, 28 giugno 2018, *G.I.E.M. Srl e altri c. Italia*, cit.

4.1. Il limite dell'overruling sfavorevole: un quadro su una parete lesionata.

La decisione annotata rappresenta senz'altro un contrappeso garantista contro le criticità dell'art. 578-bis c.p.p., poiché offre un "convenzionale" rimedio volto a tutelare la prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie per l'imputato.

La pur condivisibile soluzione, tuttavia, costituisce un'ulteriore manifestazione della consolidata tendenza della Corte «a elaborare principi tesi a soddisfare le esigenze del caso concreto di volta in volta scrutinato, ignorando le possibili, deleterie implicazioni di soluzioni che, benché perfettamente adatte a una specifica vicenda, appaiono antinomiche se riferite al sistema complessivamente inteso» ⁽⁴⁹⁾.

Non appare coerente, infatti, una elaborazione che assuma il parametro convenzionale come strumento di sanatoria di una norma che si pone in radicale contrasto con la CEDU.

Il Giudice di Strasburgo, anche nella recente pronuncia *Episcopo e Bassani c. Italia*, ha ribadito l'incompatibilità dell'art. 578-bis c.p.p. con l'art. 6 CEDU. In tale occasione, la Corte ha ricordato che la presunzione di innocenza ha una duplice valenza: da un lato, in chiave processuale, impone il rispetto di garanzie quali l'onere della prova, i limiti alle presunzioni legali, il divieto di autoincriminazione, la pubblicità preliminare e il divieto di dichiarazioni anticipate di colpevolezza da parte delle autorità; dall'altro, in prospettiva sostanziale, essa protegge l'individuo assolto da un'accusa penale o nei cui confronti il procedimento si sia definitivamente interrotto (per archiviazione o estinzione del reato), affinché non sia trattato come colpevole del fatto originariamente contestato ⁽⁵⁰⁾.

Alla luce di tali coordinate, la Corte ha ritenuto violato l'art. 6, comma 2, CEDU, osservando che non è compatibile con la

⁽⁴⁹⁾ F. COLAIANNI - D. COLOMBO, *Quando i soldi sono infetti*, cit., 14-15.

⁽⁵⁰⁾ Corte EDU, Sez. I, 19 dicembre 2024, *Episcopo e Bassani c. Italia*, n. 47284 e 84604/17, in *Osservatorio misure di prevenzione*, 15 febbraio 2025.

presunzione d'innocenza, nel suo significato sostanziale, l'applicazione di una confisca fondata su una dichiarazione di responsabilità penale relativa a un reato prescritto, per il quale l'imputato, a seguito della declaratoria di estinzione, è andato esente da pena.

La stessa Corte ha poi precisato che la confisca diretta non costituisce una pena, avendo natura ripristinatoria: essa mira a espungere dal circuito economico beni di provenienza illecita, non è commisurata alla gravità del reato e non può essere convertita in una misura privativa della libertà personale. Si tratta, in altre parole, di una misura «più paragonabile alla restituzione di un arricchimento ingiustificato ai sensi del diritto civile, che a una multa ai sensi del diritto penale» ⁽⁵¹⁾.

Per tale ragione, può essere applicata anche in assenza di condanna senza incorrere nella violazione dell'art. 7 CEDU.

Diverso è invece il discorso per la confisca per equivalente, che — in assenza di un collegamento diretto tra reato e beni — impone all'imputato un sacrificio patrimoniale commisurato al profitto e rivela, dunque, carattere punitivo ⁽⁵²⁾.

Ne consegue che, nel caso *Episcopo e Bassani*, la Corte ha escluso la violazione dell'art. 7 CEDU solo perché oggetto del giudizio era una confisca diretta, misura ripristinatoria non soggetta al divieto di retroattività. La confisca di valore, invece, resta qualificata come pena che, in quanto tale, raccoglie il fascio di tutele convenzionali delineate dall'art. 7 CEDU.

La Corte nazionale, quindi, utilizza l'art. 7 CEDU come baluardo contro la retroattività di un orientamento giurisprudenziale che viola, non solo l'art. 6 CEDU, ma — nella parte in cui «schioda la prospettiva dell'applicazione retroattiva» dell'art. 578-bis c.p.p. anche in relazione alla confisca per equivalente — lo stesso art. 7 CEDU che la pronuncia asserisce di salvaguardare.

Il Giudice di legittimità cade in una contraddizione evidente, con la quale tenta di celare le tensioni convenzionali dell'art.

⁽⁵¹⁾ Corte EDU, Sez. I, 19 dicembre 2024, *Episcopo e Bassani c. Italia*, cit., § 74.

⁽⁵²⁾ Corte EDU, Sez. I, 19 dicembre 2024, *Episcopo e Bassani c. Italia*, cit., § 27.

578-*bis* c.p.p.: uno “strumentale” rivestimento interpretativo che, come un quadro su una parete lesionata, lascia intatta la frattura strutturale del sistema.

GIORGIA MARGARITO

ABSTRACT: La Suprema Corte, con la pronuncia in commento, affronta i riflessi dei rivoluzionari principi affermati dalle Sezioni Unite *Massini* sull'istituto di cui all'art. 578-*bis* c.p.p.: un istituto dall'origine pretoria che ha conosciuto una stravagante storia esegetica, ripercorrendo la quale ci si avvede di come “la confisca senza condanna” operi nel sistema come un principio del tutto svincolato dal testo normativo originario, ormai offuscato dalle innumerevoli ed efficientistiche interpretazioni giurisprudenziali che lo hanno interessato. L'ultima stratificazione ermeneutica della norma scaturisce dal recente disconoscimento, operato dalle Sezioni Unite, della natura punitiva della confisca per equivalente, che ha abbattuto l'unico limite in grado di contenere la dirompenza ablativa dell'art. 578-*bis* c.p.p., finora non applicabile retroattivamente in relazione alla confisca di valore. Con la pronuncia annotata l'organo nomofilattico sancisce questa ulteriore apertura applicativa dell'art. 578-*bis* ma, consapevole delle sue preoccupanti ripercussioni sulle garanzie fondamentali, ne argina gli effetti attraverso un'interpretazione della norma conforme agli artt. 7 CEDU e 1. Prot. 1 CEDU. Un esito che, animato da finalità correttive, finisce per accentuare le aporie del sistema.

ABSTRACT: *The Supreme Court addresses the implications of the revolutionary principles established by the Massini Joint Sections on the institution governed by Article 578-bis of the Italian Code of Criminal Procedure: an institution of praetorian origin that has undergone a peculiar exegetical evolution. Tracing its development reveals how “confiscation without conviction” operates within the system as a principle entirely detached from its original normative foundation, now obscured by countless and efficiency-driven judicial interpretations. The latest hermeneutical layer stems from the recent rejection, by the Joint Sections, of the punitive nature traditionally ascribed to confisca per equivalente (value-based confiscation), which has dismantled the only constraint capable of containing the expansive reach of Article 578-bis —previously inapplicable retroactively to value-based confiscation. In the decision annotated the Supreme Court affirms this further broadening of Article 578-bis's scope but, aware of its troubling repercussions for fundamental guarantees, seeks to contain its effects through an interpretation consistent with Articles 7 ECHR and Protocol No. 1. An outcome that, though driven by corrective intent, ultimately deepens the system's underlying contradictions.*

Maestri universitari e loro attuale irrilevanza

di ANGELO DONDI

Se ne parla e se ne scrive anche, ma come una questione risaputa e in fondo immodificabile. Il tema della perdita di autorevolezza tocca l'università come manifestazione di un fenomeno più ampio della società contemporanea, tutte le società (si veda Claire Legros, *Aux racines de la liberté académique, fragile pilier des démocraties*, in *Le Monde* del 5 luglio 2025), ma la nostra in particolare. Questa circostanza da noi assume, infatti, aspetti di perniciosità forse altrove non altrettanto drammatici in prospettiva futura. E, per connessioni basilari con altri aspetti della vita civile, concerne in maniera del tutto speciale l'università.

La nostra università è indubbiamente cambiata nel tempo. Non poteva che essere così, per ineluttabili esigenze di estensione del cosiddetto diritto allo studio e per adeguarsi alla maggiore diffusione della cultura universitaria in altri paesi, ma soprattutto per rendere effettivo il coinvolgimento del contesto educativo fra le garanzie di uguaglianza della nostra Costituzione. La questione concerne il modo di realizzazione di tale cambiamento e, specie nell'ultimo trentennio, la sua assunzione di caratteristiche del tutto particolari.

È un fatto che in questo periodo si sono andati perdendo molti riferimenti basilari del nostro statuto di interazione sociale e dei nostri canoni democratici. Sono mutati, se non venuti meno, valori una volta irrinunciabili. Ciò è accaduto specialmente per il possesso di conoscenze strutturate in una cultura superiore o comunque di alto livello come presupposto per l'assunzione di ruoli di rilievo nella società.

Le implicazioni di un valore come questo sono state molteplici e con fondamento basicamente democratico. In effetti, l'acquisizione della qualificazione culturale era intesa fondarsi sullo studio che, per l'"alto livello", significava la frequentazione proficua dell'università, pressoché esclusivamente università statale. E non pare trascurabile l'aspetto di promozione sociale connesso alla circostanza dell'essere ciò inteso come per tutti.

Quella garanzia progressivamente estesasi era ciò che oggi chiameremmo l'effettività di un ascensore sociale. Era... in effetti, le cose sono cambiate e stanno cambiando in una direzione opposta e complessivamente contraddistinta da un valore onnicomprensivo, quello del denaro e del potere da esso derivante. Tale mutazione ha segnato in Italia il contesto delle interazioni umane e sociali inevitabilmente intervenendo anche sul punto in questione e realizzando uno sconvolgimento devastante dei valori concernenti l'università.

In termini di funzionalità si potrebbe dire che, nell'accezione sopraindicata, l'università non serve più; non come strumento di qualificazione e di preparazione scientifico-professionale, non come effettiva occasione di promozione sociale. E ciò in quanto nella percezione prevalente a essa viene ormai attribuito un ruolo residuale, di mero passaggio formale o al più solo inevitabilmente necessario per l'accesso ad alcune professioni tipiche. Ma nella nostra "società signorile di massa" – per citare il fondamentale studio di Ricolfi – è molto basso il livello di considerazione della funzione dell'università e di chi svolge al suo interno funzione di docenza e ricerca.

Connessa al più vasto fenomeno della progressiva perdita del senso di autorità da vari decenni presente nelle culture occidentali, da noi questa circostanza ha invero particolarmente interessato l'immagine del professore universitario. Recondito o no, si tratta di un sostanziale rifiuto della magistralità come l'aspetto essenziale di tale funzione. Del resto, è facile intendere che la figura del professore appare antitetica al prevalente disvalore della cultura in una società sempre meno solidale e interessata invece a valo-

rizzare il denaro e la sua rapida acquisizione, al punto di mitizzare e sostenere anche politicamente le figure, i comportamenti e le estetiche triviali di *nouveau riche* o *tycoon*.

Ma riguardo all'università italiana e ai suoi professori o maestri occorre anche aggiungere altro. Come si è detto, l'università è cambiata e doveva cambiare. Tuttavia, questa trasformazione si è realizzata più che altro nel segno di una moltiplicazione e spezzettamento degli insegnamenti, attraverso una spesso bizzarra creazione di nuovi dipartimenti proposti ai cittadini, in funzione di pubblico di consumatori, come prodotti prontamente utili, solo tecnici, pratici e facilmente acquisibili. Immediate specializzazioni "settorialissime" si sono sostituite, in altri termini, alla funzione di preparazione prima istituzionale e poi progressivamente specializzante propria dell'università. Una non-risposta ai problemi della complessità che oltretutto si è combinata con un altro aspetto devastante della mutazione della nostra università: la burocratizzazione del ruolo docente. Al professore viene essenzialmente richiesto di svolgere un certo numero di ore e documentarle con meticolosa diligenza. Quasi conseguentemente, molto meno rilevante e al limite trascurabile risulta l'attività di ricerca scientifica e l'elaborazione personale o con una propria "scuola" (espressione e nozione ormai in disuso e riguardo alla quale v. Cassese, *Varcare le frontiere*, 2024, p. 84 ss.) di nuove prospettive di evoluzione nel contesto culturale di competenza.

Ciò detto – e posto che molte altre questioni connesse sarebbero da affrontare – l'allarme appare giustificato. Certo, a meno che come dire non importi: non importi lo svuotamento del ruolo dell'università (soprattutto di quella statale in favore di una fittizia attribuzione di superiorità e maggiore efficienza alle università private), non importi che da ciò derivi in concreto una drastica riduzione della mobilità sociale, non importi che vada perdendosi da noi, accanto alla svalutazione della funzione del professore-maestro se non combinata con attività molto remunerative o *glamour*, la fascinazione delle nuove generazioni per la dignità dell'attività di ricerca. Ma soprattutto e fondamentalmente non

importi lo standard di civiltà del nostro Paese, come ovunque necessariamente attestato dalla qualità delle università; ovvero, dalla qualità dei propri professori-maestri e dalla considerazione condivisa nei loro confronti.

A cent'anni dalla sua celebrazione (16-24 marzo 1926): il processo Matteotti a Chieti tra diritto, storia e società

di VERA FANTI - ROBERTO MARTINO

In data 17 settembre 2024 l'Università degli Studi "G. d'Annunzio" di Chieti-Pescara, nella persona del Magnifico Rettore Prof. Liborio Stuppia, e il Tribunale di Chieti, nella persona del Presidente, Dott. Guido Campi, hanno sottoscritto una convenzione per la realizzazione in comune di attività di ricerca e terza missione per le celebrazioni del Centenario dal processo Matteotti a Chieti e della figura e dell'attività del Parlamentare. Per quanto riguarda l'Università, la direzione della ricerca e delle attività è stata affidata ai sottoscritti, Vera Fanti e Roberto Martino.

La Convenzione, che scadrà nel marzo 2026, cerca di perseguire un duplice obiettivo. In primo luogo, svolgere ricerche archivistiche e studi volti ad operare una ricognizione delle carte e dei documenti del primo 'processo Matteotti', celebrato presso la Corte di Assise di Chieti nell'anno 1926, con inizio il 16 marzo e termine il 24 marzo dello stesso anno, con la lettura della sentenza emessa dal Presidente della Corte di Assise, avv. Giuseppe Danza. In secondo luogo, collocare l'avvenimento nella dimensione giuridica, nonché storica e sociologica italiana e, nello specifico, abruzzese.

Affinché tali obiettivi potessero essere conseguiti, si è inteso articolare il progetto di ricerca su sei assi di attività tra loro intrecciate e volte a restituire una perfetta interazione tra Università, ricerca scientifica e territorio, con l'obiettivo di rafforzare e divulgare le attività di Terza Missione. Ogni attività si è dunque

inserita all'interno di un progetto più ampio, volto a promuovere l'osmosi necessaria e di amalgama tra la comunità sociale e la comunità accademica che, in tale occasione, ha inteso organizzare le sue attività portando fuori dai laboratori universitari l'attività di ricerca scientifica e di studio, per far conoscere sempre più, in ottica di Terza Missione, il valore e la ricchezza del sapere condiviso con la cittadinanza. Si è trattato di assumersi un impegno a promuovere non solo la conoscenza e la coscienza storica, sociale e giuridica degli avvenimenti facenti capo al 'Processo Matteotti', ma, attraverso tale occasione, a rendere consapevoli la cittadinanza e, soprattutto, le nuove generazioni del valore della coscienza storica, giuridica e sociale, seppur appartenenti ad un passato non recente.

In particolare, le attività di progetto – che sono ancora in itinere e si concluderanno proprio in occasione del centenario del processo – sono state articolate secondo le seguenti direttrici.

1) Studio e ricerca della documentazione archivistica relativa al Processo Matteotti. Tale attività è stata condotta attingendo alla documentazione conservata presso gli Archivi di Stato, le Fondazioni, gli Istituti di settore, le biblioteche, ecc. Di notevole valore è stata la documentazione conservata presso l'Archivio di Stato di Chieti, oggi digitalizzata grazie ad un progetto nazionale. Il 'Carteggio Matteotti', conservato presso tale sede, ha permesso di attingere ad informazioni più strettamente legate ai giorni del dibattimento, alle udienze, all'accusa, agli interventi degli avvocati della difesa e poi della sentenza. Notevoli sono state le 'informazioni eterogenee' che hanno permesso, da un lato, di ricostruire la risposta sociale della cittadinanza, le sue reazioni, sia di dissenso, sia di accomodamento ad un processo che era stato annunciato quale "Processo farsa", o, come ebbe a scrivere l'avvocato di parte civile della vedova Matteotti, P. Galliano Magno, "il processo burla", e, dall'altro lato, di comprendere il perché della scelta di una provincia abruzzese – quale era Chieti – per istruire lì il processo Matteotti.

2) Allestimento di una mostra permanente presso gli spazi del Tribunale di Chieti dove, il 24 marzo 1926, venne emessa la sen-

tenza. È in fase di allestimento presso il Tribunale di Chieti una Mostra permanente la cui inaugurazione è prevista per il giorno 27 Marzo 2026. La mostra si articola su quattro percorsi tematici distinti; ogni percorso tematico interessa uno spazio specifico del Palazzo di Giustizia. Ogni percorso della mostra è costituito da pannelli sui quali si è deciso di riportare tutte le informazioni attinenti all'argomento scelto, accompagnato da immagini ritenute significative in relazione al tema trattato. All'inizio di ogni percorso, in un pannello verrà inserito un rimando digitale (QR Code) che conterrà una serie di informazioni aggiuntive: immagini, dettagli, ecc.; si tratta di un'espansione digitale per meglio descrivere alcuni riferimenti storici, sociali, giuridici. Di seguito i percorsi tematici. A) *Percorso storico*. Tale percorso muove dalla figura umana, politica e storica di Giacomo Matteotti per ricostruire tutta la vicenda relativa al suo assassinio fino ad arrivare al processo romano del 1947 con le definitive condanne delle figure coinvolte. B) *Percorso biografico*. Tale percorso fornisce informazioni sulle figure più significative coinvolte nella vicenda processuale e non solo, e così sugli imputati del processo, gli avvocati dell'accusa e della difesa, la vedova Matteotti e le sue reazioni, ecc. C) *Percorso del processo a Chieti*. Tale percorso riguarda le giornate cruciali del processo svoltosi a Chieti, ovvero, le giornate dal 16 marzo al 24 marzo, giorno della sentenza ed i suoi protagonisti. D) *Percorso sociale/locale*. Sui pannelli saranno sintetizzati i passaggi inerenti gli aspetti dell'organizzazione e gestione del controllo sociale e del piano sicurezza; l'organizzazione degli apparati logistici; la stampa locale nazionale ed internazionale. Tali 'aspetti' vennero presi in considerazione settimane antecedenti il 16 marzo, determinando una nuova mappatura sociale, spaziale, militare, economica della città chietina.

3) Divulgazione dei risultati della ricerca presso gli istituti scolastici del territorio. Sono stati programmati incontri con le classi quinte degli istituti superiori – alcuni dei quali si sono già tenuti – diretti a condividere con la popolazione studentesca, in ottica di dibattito civico, un confronto sui temi della democrazia,

del giusto processo, della libertà di espressione, nonché di difesa di principi costituzionali inderogabili.

4) Rappresentazione teatrale del processo Matteotti presso l'Auditorium dell'Università d'Annunzio. Per il giorno 26 marzo 2026 è in programma un evento scritto ed interpretato dall'attore Alessandro Blasioli sul Processo Matteotti. L'evento sarà rivolto agli studenti delle Scuole superiori e dell'Università e alla cittadinanza tutta.

5) Rappresentazione teatrale presso il Palazzo di Giustizia di Chieti; inaugurazione della Mostra permanente; convegno finale. Il giorno 27 Marzo 2026, presso il Palazzo di Giustizia di Chieti, sarà inaugurata la Mostra permanente, che è attualmente in fase di allestimento. Seguirà, nella stessa mattina, una riproposizione dell'evento teatrale scritto ed interpretato dall'attore Alessandro Blasioli sempre sul Processo Matteotti. Tale spettacolo verrà presentato nell'«Aula Matteotti» del Tribunale. Nel pomeriggio si terrà il convegno a conclusione delle attività per la Celebrazione del Centenario del Processo Matteotti a Chieti.

Alle attività di studio e ricerca e di divulgazione dei risultati hanno dato un considerevole contributo la dott.ssa Iolanda Romualdi e il dott. Lorenzo Morelli, vincitori di due borse di ricerca finanziate dall'Università d'Annunzio.

Di seguito si pubblicano due saggi di cui sono autori che riportano alcuni dei risultati dell'attività di ricerca.

Il processo Matteotti: Chieti fra tante?

di LORENZO MORELLI

«A Chieti, in quella circostanza di tempo,
la Giustizia venne oscenamente stuprata...»
(Mauro Del Giudice, *Cronistoria del processo Matteotti*, 1947)

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Partito, Stato e potere locale: il rapporto tra centro e periferia. — 3. Fascismo e potere locale in Abruzzo. — 4. Le ragioni di Chieti e dell'Abruzzo. — 5. Aspettative soddisfatte.

1. Premessa.

Il riconoscimento delle differenze locali all'interno dell'esperienza fascista non autorizza un'emancipazione della storia politica locale rispetto alla vicenda nazionale del Ventennio. Non esiste, cioè, alcuna storia locale del fascismo che possa dirsi autonoma rispetto a quella italiana. Allo stesso tempo, tuttavia, per dar conto del fascismo "di periferia" e dei suoi tratti diacritici, è mandatorio considerare attentamente l'identità e la storia locali nelle quali la vicenda littoria si inserisce, a fortiori poiché ciò è avvenuto nel Paese dei Campanili. La storiografia prevalente ha saputo evitare il pericolo di una frammentazione interpretativa del fascismo in tanti "fascismi provinciali", riconoscendo però unanimemente che il notevole sforzo del regime per imporsi sull'autonomia locale, sia politica che istituzionale, è stato recepito in modo articolato dalla periferia stessa. Periferia intesa, come ha scritto Yves Lacoste, quale allegoria spaziale e politica ⁽¹⁾.

Alla luce di questa disomogeneità locale e delle conseguenti

(1) Cfr. Y. LACOSTE, *Geografia del sottosviluppo*, Milano, 1980.

diverse relazioni tra il potere governativo e le periferie, si può provare a dar conto della scelta del foro di Chieti per lo svolgimento del processo Matteotti, nel 1926. Scelta che, per l'elevata posta in gioco, non fu certamente casuale. Come altrove, anche in Abruzzo il fascismo ebbe proprie specificità. La sua ascesa al potere, in particolare, fu facilitata — come vedremo — da un notabilato a dir poco corvivo a condiscendere al partito di Mussolini.

2. Partito, Stato e potere locale: il rapporto tra centro e periferia.

In Abruzzo, il fascismo fu particolarmente legato alla personalità dei suoi più eminenti gerarchi, al punto che, secondo Enzo Fimiani: «forse in nessun'altra fascia del Mezzogiorno il peso dei personalismi, degli interessi individuali, delle tensioni interpersonali, delle rivalità private [...] fu tanto continua e preponderante come in Abruzzo lungo tutto il corso del ventennio [...] un Giacomo Acerbo, nel suo controllo dell'antica terra Vestina e poi del pescarese (per non dire della sua occhiuta vigilanza su ogni foglia che si muovesse nell'ambito dell'intero fascismo abruzzese), un Vincenzo Savini per il teramano, un Adelchi Serena a L'Aquila, un Alessandro Salvi a Sulmona, un Raffaele Paolucci nella zona lancianese, un Guido Cristini nell'area tra Chieti e la Maiella, furono tutti [...] uomini comunque legati al *particolare* del proprio potere, alle ipoteche da poter conservare entro sfere di influenza localistiche, al mantenimento di precise gerarchie sociali ed economiche [...] per accrescere assai più la pura dimensione quantitativa del fascismo in Abruzzo che non il suo radicamento nella società» (2).

Il rapporto tra centro e periferia, nel caso del fascismo, fu controverso e problematico, oltretutto, come detto, eterogeneo nel suo atteggiarsi. Obiettivo mai nascosto del progetto littorio era quello di risolvere il secolare problema nazionale della incomu-

(2) Cfr. E. FIMIANI, *I notabili, i fascisti: il potere*, in AA.VV., *La costruzione del regime*, a cura di R. Giannantonio, Lanciano, 2006.

nicabilità fra centro e periferia e di risolverlo dall'alto, d'imperio, integrando autoritariamente la società locale nelle politiche centrali dello Stato. Appena al principio del ventennio, fu attraverso gli strumenti di diritto amministrativo ereditati dallo Stato liberale che Mussolini diede la stura a questa missione, professata nel discorso per il terzo anniversario della marcia su Roma al verbo di: «tutto nello Stato, niente al di fuori dello Stato, nulla contro lo Stato».

Nel 1923 furono sciolti 561 consigli comunali (281 l'anno precedente) facendo ricorso all'istituto del commissario straordinario, figura-chiave attraverso la quale il nuovo regime, attraverso gli strumenti della burocrazia tradizionale, affermò inizialmente la propria capacità di controllo delle istituzioni locali (3). Peraltro, le nomine dei commissari straordinari, individuati sia nei ranghi ministeriali che di partito, furono costantemente gravate da condizionamenti d'ogni sorta e le mediazioni attraverso cui si pervenne ad esse (con notabili dei vecchi ceti liberali, con branche della pubblica amministrazione) mostrano bene l'estemporaneità e la frammentarietà sintomatiche di un governo della periferia tutt'altro che agevole.

La riforma podestarile, di qualche anno successiva, fu mirata proprio a colpire l'esistenza di un'autonomia locale che, potenzialmente, potesse rivolgersi contro lo Stato. La nomina del podestà per decreto regio, che colpiva evidentemente il concetto di autodeterminazione democratica, attuava «il sistema della nomina dall'alto, in considerazione che il Comune è un organo del grande meccanismo statale, in armonia del quale deve esplicare le sue funzioni» (4).

Come messo in luce da autorevole (seppur non unanime) storiografia, la roboante professione totalitaria del «tutto nello Stato» non giunse mai a pieno e perfetto compimento, nonostante gli ingenti sforzi di propaganda ideologica e di centralizzazione

(3) Cfr. L. PONZIANI, *Il fascismo dei prefetti. Amministrazione e politica nell'Italia meridionale. 1922-1926*, Catanzaro, 1995.

(4) G. CASTAGNETTI, *Il Podestà e la Consulta municipale*, Napoli, 1928, 30.

politica e amministrativa ⁽⁵⁾. Ciò non soltanto, com'è noto, per la compresenza dei due poteri autonomi rappresentati dalla Chiesa e dalla Monarchia, ma anche per una presa sulla società civile che, soprattutto in periferia e lontano dai grandi centri, non culminò mai nella realizzazione definitiva di una società di *homines novi*, né nella identificazione perfetta tra partito, Stato e società civile, pur al netto delle mortificazioni inflitte a quest'ultima. Più che a Roma e nelle città maggiori, la frustrazione di questa pulsione monistico-totalitaria — che esitò in una morsa statuale liberticida eppure imperfetta — fu visibile nella dimensione politico-istituzionale e civile della periferia. Fu soprattutto in provincia che le dinamiche del potere svelarono una micro conflittualità alimentata dalla commistione tra attori e feudi diversi: il partito, gli apparati dello Stato e il notabilato locale. Prendendo a prestito l'efficace sintesi di Paul Corner, possiamo affermare che: «Il fascismo fallì nell'imporre in modo efficace, attraente e soprattutto “nazionalizzatore” un suo progetto alle periferie, e che questo fallimento ebbe effetti pesanti sugli obiettivi ultimi del regime. [...] le caratteristiche del paese, le leggi dei localismi e i metodi del compromesso politico, combinati fra loro, sconfissero l'originario impulso centralizzatore del regime. La tanto proclamata “rinascita nazionale” fascista dell'Italia s'incepì di fronte alle porte medievali delle cento città italiane, allorché le tradizioni e gli interessi locali si confrontarono con il movimento nazionale, portatore di novità, ma anche di minaccia» ⁽⁶⁾.

⁽⁵⁾ Discordanti sono le conclusioni cui è giunta la storiografia in merito alla possibile inclusione del fascismo tra i totalitarismi. Esistono autorevoli pareri opposti, con varie posizioni intermedie. Le opinioni contrarie, come quella, celebre, di Hannah Arendt, derivano spesso dal paragone con stalinismo e nazionalsocialismo. Per Robert Aron il fascismo è un totalitarismo attenuato e neppure Renzo De Felice sembra convinto di una perfetta identità tra l'esperienza fascista e il modello di Stato totalitario. Di diverso avviso, invece, studiosi come Abbott Gleason, Maurice Duverger e Dante L. Germino (*The Italian Fascist Party in Power. A study on Totalitarian Rule*, 1959). Per Emilio Gentile, infine, è possibile definire vie nazionali allo Stato totalitario e, pertanto, è possibile parlare di un totalitarismo fascista (*La via italiana al totalitarismo*, 1995).

⁽⁶⁾ P. CORNER, *Italia fascista. Politica e opinione popolare sotto la dittatura*, Roma, 2015, 19.

Accanto ai conflitti interni al partito, tra il partito e le istituzioni locali (come il podestà) e statali (come il prefetto), sovente un ruolo da co-protagonista fu appannaggio del notabilato locale di provenienza liberale e dell'antica aristocrazia. Se da un lato, come ha scritto sempre Corner nel capitolo *Battaglie in provincia: problemi dentro il partito*, le élites locali «potevano guardare con scherno agli uomini nuovi che frequentavano i loro caffè, i loro teatri e i loro ristoranti», esse «non potevano affatto ignorare la minaccia: mantennero quindi un atteggiamento ambiguo nei confronti del regime, incerte se contrastarlo oppure aderirvi. [...] Tuttavia, gran parte delle difficoltà che il fascismo locale si trovò ad affrontare dopo il 1925 non aveva molto a che fare con il rapporto fra Il vecchio e il nuovo, essendo piuttosto il frutto di problemi interni [...] l'accentramento delle autorità attuato dal fascismo andò incontro alla resistenza dei leader locali. [...] Spesso, però, erano gli stessi uomini nuovi che non andavano d'accordo fra loro e davano vita a gruppi rivali che si attaccavano tra loro con lo stesso accanimento in precedenza riservato agli avversari socialisti» (7).

Più di altro, è nota alla storiografia la frequente conflittualità dovuta alla diarchia tra il Prefetto (carica istituzionale) e il federale (carica partitica), sorta a partire dal 1926. Alla fine degli anni Venti, può dirsi che questa fosse in via di risoluzione, in gran parte a spese del PNF e a favore dei Prefetti. Mussolini, che cercò in ogni modo di porvi rimedio, chiarì in più occasioni, come nella circolare del 5 gennaio 1927, che il prefetto «è la più alta autorità dello Stato nella provincia. Egli è il rappresentante diretto del potere esecutivo centrale. Tutti i cittadini, ed in primo luogo quelli che hanno il grande privilegio ed il massimo onore di militare nel fascismo, devono rispetto ed obbedienza al più alto rappresentante politico del regime fascista e devono subordinatamente collaborare con lui, per rendergli più facile il compito» (8). Sul rapporto tra partito e Stato, due anni più tardi, egli ebbe

(7) *Ivi*, in particolare il capitolo 5 *Battaglie in provincia: problemi dentro il partito*.

(8) B. MUSSOLINI, *Ai prefetti*, in *Il Popolo d'Italia*, 6 gennaio 1924, n. 5, XIV.

modo di ribadire il ruolo decisivo, ma subordinato, del primo nei confronti del secondo. In un discorso del 1929, infatti, definendo i confini del ruolo del partito, Mussolini chiarì che esso rappresentava: «l'organizzazione capillare del regime. La sua importanza è fondamentale. Essa arriva dovunque. Più che cercare un'autorità, esso esercita un apostolato e con la sola presenza della sua massa inquadrata esso rappresenta l'elemento definito, caratterizzato, controllato, in mezzo al popolo. È il partito con la massa dei suoi gregari che dà all'autorità dello stato il consenso volontario e l'apporto incalcolabile di una fede» ⁽⁹⁾. Emilio Gentile riporta che, nonostante questi sforzi, in una relazione del 1930 in possesso della segreteria e della direzione del PNF si ribadisce l'esistenza di «un problema insoluto, il dualismo che si riscontra in ogni provincia fra Prefetto e Federale. Avviene quasi dappertutto che il primo viva a rimorchio del secondo e viceversa. S'impone dunque un dovuto equilibrio — non sempre facile a raggiungere — e non è un problema di disposizioni formali, di discorsi, di circolari, ma bensì un problema di conoscenza di situazione provinciale che va risolto non in sede di grandi rapporti, né di adunate, ma nel contatto quotidiano del centro con la periferia» ⁽¹⁰⁾.

Questa tensione tra il partito, l'amministrazione statale periferica e la società civile fu spesso sfruttata da Mussolini ponendosi come mediatore e ago della bilancia nella lotta per il potere, attraverso intercessioni, nomine e altre ricompense riconducibili all'antico *divide et impera*. Durante tutta la vita del regime, il suo governo dovette tenere nella debita considerazione l'esistenza di un potere locale certamente prono ma volentieri bizzoso nelle sue varie componenti, troppo neghittoso per ribellarsi al governo e ai suoi *desiderata* ma ben disponibile all'adulterio. Si può pertanto affermare che: «La forza dei fascismi locali e le pretese dei loro leader furono una costante fonte di preoccupazione per Mussolini lungo tutti gli anni Venti, per cui, sebbene idolatrato dalle masse

⁽⁹⁾ P. CORNER, *op. cit.*, 87.

⁽¹⁰⁾ E. GENTILE, *La via italiana al totalitarismo. Il partito e lo Stato nel regime fascista*, Roma, 1995, 418.

squadriste, non poteva mai essere del tutto sicuro della lealtà dei suoi luogotenenti» ⁽¹¹⁾.

Come messo in luce da Corner, le liti potevano riguardare, a esempio, il «modo in cui si dovesse collaborare con le élites tradizionali» o «la necessità di fare appello a Roma affinché agisse contro di esse [...] le azioni da intraprendere contro i massoni o contro il clero locale. I contrasti personali giocavano, come abbiamo detto, un ruolo assai importante, dato che le ambizioni erano cresciute enormemente durante la conquista del potere. [...] il movimento divenne lo strumento attraverso cui continuarono a essere combattute rivalità già esistenti, spesso di antica data: contese ataviche tra famiglie, tra gruppi professionali persino tra i quartieri cittadini si riprodussero sotto l'egida del Fascismo, sia pure presentata come lotta su quale gruppo potesse affermare meglio degli altri di essere l'autentico rappresentante del Movimento» ⁽¹²⁾. Una periferia che, quindi, richiedeva riguardi, cautele e una continua mediazione da parte del potere centrale. Mussolini, ben conscio del problema, sapeva di dovere molto al fascismo “di periferia” e ai vituperati ras, giunti ad avversare pericolosamente la “normalizzazione” e la “legalizzazione” del regime successiva alla presa del potere. Com'è noto, infatti, il fascismo fu “municipalistico” da principio, con i suoi affiliati locali presi soprattutto dallo spodestare sindaci, consiglieri e membri di organismi pubblici attraverso la violenza, piuttosto che impegnati nella teoresi e nella prassi della sbandierata rinascita nazionale. Le bizze della periferia e i suoi impulsi centrifughi, dunque, possono ben collocarsi in linea di filiazione diretta con i localismi preunitari del Paese dei Campanili, ma in egual misura furono coerenti con la sostanza e la forma del primo fascismo.

⁽¹¹⁾ P. CORNER, *op. cit.*, 49. Per la verità, già nel 1921 egli aveva ben chiaro il problema, tanto che in un articolo del settembre 1921 paventò il rischio che il fascismo, anziché essere: «un moto superbo di unità nazionale in questa povera Italia assassinata da mille campanilismi virgola si sfalda nel regionalismo che fa da sé; il regionalismo si disintegra nel provincialismo e questo precipiterà nel comunalismo di Portolongone, che si proclamerà asse della storia mondiale», *ivi*, 51.

⁽¹²⁾ *Ivi*, 105-106.

3. Fascismo e potere locale in Abruzzo.

Rispetto ad altre periferie, in Abruzzo il fascismo stabilì un rapporto “strettissimo” con la classe dirigente liberale. Pertanto, mentre vi fu indubbiamente una certa quota di “beghismo” all’interno delle federazioni e tra federazioni e apparati statali, il rapporto con il notabilato locale appare meno conflittuale che altrove. Quest’ultimo, ha spiegato Raffaele Colapietra «intese il fascismo come uno strumento di mantenimento dello status quo, delle proprie posizioni e dei propri poteri. Lo stesso fascismo, d’altro canto, si servì delle reti locali preesistenti l’avvento del fascismo nella regione come cinghia di trasmissione tra potere centrale e humus locale. Nella città di Chieti, per esempio, il notabilato aveva guidato il fascismo al potere e cogestì l’azione politica con i rappresentanti fascisti: prima dello scioglimento del Consiglio Provinciale, nel 1926, i liberali detenevano il governo della provincia mentre i fascisti reggevano la città. La commistione tra fascismo e notabilato locale era stata teorizzata e applicata come *modus operandi* da Acerbo stesso [...]» ⁽¹³⁾.

Luigi Ponziani non si discosta dalle medesime conclusioni, affermando che «Elemento decisivo [...] per l’affermazione del Fascismo è l’atteggiamento di aperto consenso della classe dirigente liberale della Regione. Non si tratta di una colleganza momentanea e di pura facciata, dal momento che si assistette ad un crescendo di simpatia e di adesione, strumentale ma sostanzialmente convinta, al movimento fascista inteso come antidoto al pericolo socialista e come rinfrancatore e rigeneratore delle vecchie classi dirigenti. Tale processo si sostanziò definitivamente del corso del 1922 attraverso un diffuso fenomeno di trasformismo politico...» ⁽¹⁴⁾. Lo studioso teramano individua in questo aspetto, cioè nella precoce e incruenta traslocazione del notabilato liberale nel fascismo, una cifra significativa dell’ascesa fasci-

⁽¹³⁾ R. COLAPIETRA, *Pescara 1860-1960*, Pescara, 1980, 320.

⁽¹⁴⁾ L. PONZIANI, *Notabili, combattenti e nazionalisti. L’Abruzzo verso il fascismo*, Milano, 1988, 202.

sta al potere, in Abruzzo: «la sostanziale caratteristica notabile assunta quasi subito da personaggi quali Acerbo, Sardi, Paolucci e la loro contiguità culturale e politica con i maggiori esponenti della classe dirigente prefascista resero possibile poi una immediata identificazione tra fascismo e forze liberali, in nome prima della lotta al socialismo, e poi di una volontà normalizzatrice nella quale avevano rilievo la comune matrice patriottica e dannunziana e il tradizionalismo retorico abruzzese punto [...] Lo sviluppo del fascismo fino alla marcia su Roma e l'atteggiamento filofascista assunto fin dall'estate del 1922 dal vecchio liberalismo costituiscono un ulteriore elemento di differenziazione fra gli avvenimenti abruzzesi e quelli di gran parte delle regioni meridionali. Mentre infatti per queste ultime lo studio delle origini del fascismo deve essere inteso come capacità di descrizione dei fenomeni di assestamento ed estensione del consenso a partire dall'ottobre 1922 fino alla promulgazione delle leggi eccezionali, per l'Abruzzo tale processo può dirsi virtualmente concluso già dalla marcia su Roma. [...] Dunque, l'Abruzzo viene a costituire un versante privilegiato da cui osservare i processi sociali, politici e culturali che [...] anticipano, con movenze proprie, l'analogo dislocarsi del vecchio liberalismo meridionale nell'ambito del nuovo regime» (15).

Secondo una dinamica riconoscibile anche in altre periferie del Meridione ma particolarmente incisiva proprio in Abruzzo, fu piuttosto la preesistente nomenclatura liberale, con le sue gerarchie e la sua sfera d'influenza a «dislocarsi entro il fascismo», «mantenendo ben saldo il perno intorno al quale ruotava il proprio potere: il controllo e la distribuzione delle risorse, pur limitato, delle amministrazioni locali» (16). La storiografia locale appare concorde su questo aspetto. Ce ne offre una piena conferma anche Enzo Fimiani, secondo il quale «l'edificio di potere co-

(15) ID., *Abruzzo in camicia nera, fascisti di provincia alla prova del regime*, Tera-
mo, 2022, 237 - 238.

(16) ID., *Il fascismo dei prefetti, amministrazione e politica nell'Italia meridionale*,
cit., 14.

struito dal regime ha assunto in Abruzzo, ben più che altrove nel mezzogiorno, soprattutto i contorni di un grande *ralliement* delle classi dirigenti locali, le quali (ben lungi dal vedere intaccati in termini decisivi i loro privilegi tradizionali, le griglie di autorità, i meccanismi di controllo della società, in poche parole le gerarchie sociali consolidate nel tempo lungo della storia abruzzese), si servirono a proprio vantaggio, nella prassi delle vicende tra le due guerre, del nuovo ordine politico, in un modo o nell'altro riuscendo a dislocarsi al suo interno piuttosto che venire da esso battute in breccia, canovaccio che invece le pretese rivoluzionarie del regime avrebbero sulla carta dovuto determinare e gli eventi seguire [...] questa sorta di *ralliement* sembra davvero, allo stato attuale della ricerca, la cifra più evidente dell'esperienza dittatoriale nella specifica periferia italiana di cui si sta trattando» (17). Non si può, dunque, non concordare circa il ruolo fondamentale giocato, soprattutto in Abruzzo «dai notabili locali, dai possidenti terrieri, dal mondo delle professioni alto-borghesi nei contesti urbani [...] e ancora dagli amministratori di stampo ottocentesco e per così dire pre moderno, dai vecchi esponenti, infine, di un universo liberale e conservatore profondamente penetrato fin nelle pieghe della tradizionale società abruzzese» cooptati dal regime allo «scopo di condurre a pieno compimento gli accordi di potere tra i ceti dirigenti del luogo e il fascismo, fino a far loro assumere, sebbene in assenza di reale autonomia, anche incarichi di non secondaria importanza» (18).

Appare emblematica, sul punto, la vicenda del Consiglio Provinciale di Chieti, cui si è fatto cenno testé attraverso la riflessione di Raffaele Colapietra. Ebbene, questo non fu mai ufficialmente sciolto fino al 1926, anno della sua soppressione nazionale come ente a carattere elettivo. Fu il futuro sindaco di Chieti, Francesco Giustino Troilo, in qualità di fiduciario provinciale del PNF a diramare nell'agosto 1923 una circolare nella quale si rivolgeva

(17) Cfr. E. FIMIANI, *I notabili, i fascisti: il potere*, cit.

(18) *Ibidem*.

«Cortese invito» a «esaminare scrupolosamente e dignitosamente la propria posizione di eletto nei confronti del rispettivo corpo elettorale e determinare, con volontaria e confacente decisione il risanamento di quelle incompatibilità eventualmente derivanti dalle nuove situazioni sociali e spirituali d'ambiente» ⁽¹⁹⁾. Questo imbellettato appello altro non era che una ferma richiesta di dimissioni nei confronti di alcuni consiglieri provinciali meno disponibili — come l'avvocato Spatocco e l'onorevole Caporali — così da consentire al compiacente prefetto Giuseppe Regard il pacifico traghettamento della compagine provinciale liberale nei nuovi ranghi fascisti.

4. Le ragioni di Chieti e dell'Abruzzo.

È ragionevole ritenere, allora, che all'indomani della decisione di trasferire il processo per l'omicidio Matteotti da Roma altrove, per presunte ragioni di ordine pubblico, questa precoce condiscendenza del notabilato locale nei confronti dei ranghi fascisti sia stata considerata tra gli elementi a favore di Chieti. La scelta del capoluogo teatino fu necessariamente ben ponderata e, con buona probabilità, compiuta all'interno di un novero ristretto di opzioni. Essa rispose alla ricerca di un identikit preciso e, alla fine, si rivelò efficace e funzionale alle esigenze del regime. Infatti, a seguito dell'indignazione e della levata di scudi, sia nazionale che internazionale, di fronte all'omicidio Matteotti, Mussolini aveva la necessità di trasferire il processo in una provincia sicura e politicamente più tranquilla rispetto all'aria pirica della Capitale, oltretutto agevole sotto il profilo logistico e della gestione dell'ordine pubblico. Chieti apparve opportuna, contemporaneamente vicina e remota rispetto a Roma: piuttosto comoda sotto il profilo geografico e logistico ma spiritualmente distante dai palazzi del potere e dalla fibrillazione politico-culturale degli ambienti capitolini. La città fu valutata come un foro giudiziario adeguato allo scopo di svolgere, indisturbati, un "processo farsa" per chiudere

⁽¹⁹⁾ L. PONZIANI, *Abruzzo in camicia nera*, cit., 138 - 139.

definitivamente una pagina pericolosa per il fascismo stesso. Si consideri, poiché neppure questo poté passare inosservato, che in Abruzzi e Molise il fascismo si era visto riconoscere il maggior consenso nazionale (85,9%) alle elezioni politiche del 1924.

A questi elementi, già indicativi per il governo, di una certa prontà dell'Abruzzo al governo fascista, devono aggiungersi anche considerazioni qualitative di stampo propagandistico. Per esempio, il giornalista Camillo Renato Baccalà, uno dei più prolifici propagandisti del fascismo abruzzese, si dichiarò convinto che la disciplina e la gerarchia richieste dal nuovo corso fascista assestassero inclinazioni già proprie degli abitanti dell'Abruzzo. Un'identità, quella abruzzese, che secondo Baccalà era fortemente legata all'idea di patria e al patriottismo: «l'Abruzzo non nega la patria non perché sia convinto della necessità di essa ma perché ama la sua stessa terra». Ne consegue, allora, che la medesima terra sia avversa naturalmente all'internazionalismo connaturato al socialismo, nelle sue varie declinazioni. Sempre secondo Baccalà «il popolo abruzzese vuol progredire ma senza scosse violente inefficaci» ⁽²⁰⁾, con ciò volendo intendere almeno due cose: da un lato la presunta idiosincrasia tra il carattere abruzzese e il massimalismo socialista, dall'altro la constatazione di un passaggio di consegne "relativamente" incruento — al netto dello squadristo, che anche in Abruzzo colpì duramente — tra la classe dirigente liberale e quella fascista.

Fu così che l'Abruzzo, poco aduso al proscenio della storia, incontrò il destino postumo del martire per eccellenza del fascismo. Non si può escludere che, nella scelta di un luogo che fosse soprattutto idiosincrasico al clamore, abbiano pesato anche la tradizione letteraria e lo stereotipo di una terra mitizzata come remota e impervia già dalla letteratura volgare (Guinizzelli e Boccaccio) e dai racconti di viaggiatori stranieri. Remota, senza, però, essere lontana da Roma e con, alle spalle, l'identità di una terra di

⁽²⁰⁾ L. PONZIANI, *Notabili combattenti e nazionalisti: l'Abruzzo verso il fascismo*, cit., 191.

passaggio e di mezzo, aperta al transito dei forestieri: nel medio-evo Firenze e Napoli erano collegate dalla “via degli Abruzzi”.

Già raggiunto dalla ferrovia litoranea adriatica agli albori dell’unità nazionale, alla fine del diciannovesimo secolo l’Abruzzo era collegato sui binari da Pescara sia con Roma che con Napoli, in entrambi i casi via Sulmona. A questa decisiva infrastruttura ferrata tra Roma e l’Adriatico, si affiancava la strada Tiburtina Valeria, antica di duemila anni. Eppure, nonostante la comodità dei nuovi collegamenti e i primi approcci alla modernità, all’inizio del ventesimo secolo questa rimaneva a suo modo una terra remota, proprio come nei dettami dell’antico *tòpos* letterario. Remota e periferica soprattutto, e per larghi tratti, rispetto alla nascente società di massa, al suo furore ideologico, alle sue istanze di «magnifiche sorti e progressive».

Una terra di emigrazione: si calcola che tra il 1876 e il 1925 il numero di cittadini emigrati appartenenti all’Abruzzo e al Molise sia stato intorno al milione e mezzo, con il punto di massima nel periodo compreso tra il 1900 – 1918, quando 509151 persone partirono, prevalentemente in direzione delle Americhe (417.113 contro 80.368 unità che scelsero di restare in Europa) ⁽²¹⁾. Una terra scarsamente popolata, caratterizzata perlopiù da piccoli e piccolissimi centri, spesso distanti tra loro, non troppo diversi nella realtà dalla celebre rappresentazione che ne diede Silone nel 1933 con *Fontamara*.

Sotto il profilo dell’istruzione, confrontato con le altre regioni italiane, appena un decennio prima rispetto alla vicenda di Matteotti, l’Abruzzo appariva in condizioni di inferiorità: nel 1911 il tasso di analfabetismo regionale maschile era pari al 69,2%, mentre quello femminile raggiungeva il 78,8%. L’istruzione elementare era penalizzata dalla scarsa frequenza della popolazione scolastica e da un tasso di evasione dell’obbligo di frequenza particolarmente elevato, a causa della conformazione regionale -

(21) Cfr. C. FELICE - A. PEPE - L. PONZIANI, *Storia dell’Abruzzo. Il Novecento*, Roma-Bari, 1999, 12-28; AA.VV., *Abruzzo nel Novecento*, Pescara, 1984.

prevalentemente montuosa e priva di adeguati collegamenti interni - e della concezione diffusa dell'inutilità della scuola rispetto ai più redditizi lavori agro-pastorali ⁽²²⁾.

In questo contesto regionale, pur con il rango di capoluogo di provincia, la città di Chieti era piuttosto rappresentativa di una certa apatia politica e culturale, caratterizzata, come ha scritto Marcello Benegiamo: «da uno scarso spirito imprenditoriale ed economico, da un clima politico e sociale privo di fermenti innovativi, di fattori di cambiamento e trasformazione» ⁽²³⁾ Luigi Ponziani non si discosta da questa valutazione e considera lo «scarso spirito imprenditoriale della borghesia chietina negli anni Venti» come «una connotazione legata a sua volta a fattori di tipo psicologico e comportamentale difficili da ricostruire per la loro stessa natura oltre che per la scarsa documentazione a disposizione» ⁽²⁴⁾.

Sia beninteso che queste considerazioni potrebbero ben attagliarsi anche agli altri capoluoghi di provincia dell'Abruzzo dell'epoca. Prova ne è che, almeno inizialmente, negli ambienti governativi si fosse pensato a L'Aquila invece che a Chieti. Furono le pressioni del prefetto teatino Damiano Cotallasso e del segretario provinciale, il farinacciano Tommaso Bottari, a convincere Mussolini dell'adeguatezza del capoluogo teatino. Una dinamica campanilista ben rappresentativa delle ambizioni della città, giustificate soprattutto dalla presenza di una provincia industriosa. Chieti, peraltro più popolosa di L'Aquila «aspirava a diventare la più importante città d'Abruzzo, potendo vantare a livello provinciale una solida struttura industriale ed una efficiente rete viaria. La classe politica ed imprenditoriale, imperniata soprattutto sul

(22) Cfr. G. CIVES, *La lotta contro l'analfabetismo in Abruzzo: dalle scuole ambulanti per pastori all'Ente "Le scuole per i contadini"*, in *Abruzzo: rivista dell'Istituto di studi abruzzesi*, a. 5, 1967, 2, 280-283; M.A. D'ARCANGELI, *La formazione scolastica in Abruzzo 1861 - 1991. Un profilo statistico*, Pescara, 2002, 31-50.

(23) M. BENEGIAMO, *A scelta del Duce: il processo Matteotti a Chieti: 16 -24 marzo 1926*, L'Aquila, 2006, 19.

(24) L. PONZIANI, *Le riforme amministrative del 1926/27. Politica e territorio in Abruzzo*, in *Abruzzo contemporaneo*, 1999, 8-9.

dinamismo economico della città di Pescara e degli altri maggiori centri dell'omonima valle, sosteneva con vigore tale ruolo, contrastando la concorrenza di Teramo e soprattutto de L'Aquila. [...] L'unica nota negativa di questo piano era la città di Chieti, all'epoca caratterizzata da uno scarso spirito imprenditoriale ed economico, da un clima politico e sociale privo di fermenti innovativi, di fattori di cambiamento e trasformazione. [...] Al dinamismo di ampie zone della Provincia si contrapponeva l'immobilismo della città, un fattore che poteva risultare decisivo per convincere il duce alla scelta di farvi celebrare il processo» (25).

5. Aspettative soddisfatte.

Di una certa accidia culturale e politica dell'ambiente teatino diede conto Alberto Maria Perbellini, il giornalista inviato per *Il Resto del Carlino* a seguire il processo Matteotti. Egli condensò questi tratti di Chieti, che gli appariva quasi costitutivamente filogovernativa — anche per via di un'economia largamente dipendente dalla presenza di enti pubblici — nella poco lusinghiera (e contestata) definizione di «città della camomilla». In un articolo del 13 marzo 1926, Perbellini riportò come segue le proprie impressioni: «la nobile città di Chieti non sembra alla vigilia di un grande evento giudiziario [...] ma piuttosto dà l'impressione di un tranquillo capoluogo, tutto dedito a risolvere nelle forme regolari i propri affari d'ordinaria amministrazione [...] nessuna commozione popolare, niente discussioni accalorate, neanche un manifesto» [...] «Chieti non ha industrie né grandi commerci e manca pertanto di masse facili all'irrequietezza: la città è invece un centro amministrativo, militare e scolastico di primo ordine, popolato di funzionari, di ufficiali e di studenti, vale a dire di un ceto consapevole che sente pienamente le sue responsabilità». [...] «I chietini sono perfettamente compresi della necessità che nessun clamore, nessuna attitudine appassionata vengano a turbare la serena atmosfera del processo e sono diventati fin d'ora i

(25) M. BENEGLIAMO, *op. cit.*, 18-19.

primi e più fervidi collaboratori dell'autorità». [...] «La tranquillità è bene ripeterlo, si mantiene e si manterrà assoluta, cosicché il processo potrà svolgersi in un'atmosfera regolare, pacifica [...]. Gli ordini di Roma sono del resto assolutamente precisi: nessuna manifestazione di nessun genere [...] si può dire che la parola d'ordine sarà scrupolosamente osservata».

Le cose andarono effettivamente così, anche per l'allestimento, da parte del questore Grazzini, di un piano di sicurezza imponente e scrupoloso durante tutto lo svolgimento del processo, che ebbe luogo dal 16 al 24 marzo 1926. Come si legge nell'ordinanza a sua firma del 7 marzo 1926, compito dei «vari servizi è quello di assicurare che il processo stesso [...] si svolga in un ambiente sereno d'imparzialità e di giustizia conformemente alle intenzioni superiormente manifestate» avendo cura di proteggere il capoluogo sia da «gruppi di facinorosi, esaltati e squilibrati» che «possano accedere nella città di Chieti, durante la fase del processo allo scopo di turbare l'ordine pubblico e la serenità della Giustizia, credendo di agevolare così la posizione dei giudicabili» che dall'azione estemporanea di «un individuo qualsiasi, esaltato o suggestionato, cittadino o forestiero, il quale possa isolatamente con atto risoluto eludere ogni vigilanza» ⁽²⁶⁾. La maggiore preoccupazione di Mussolini e, dunque, del questore, era senza dubbio legata alle possibili intemperanze degli stessi fascisti, e all'arrivo a Chieti di frange estremiste riconducibili allo squadristo. Queste, eccitate dalla presenza del loro campione Farinacci, nelle vesti di avvocato difensore dell'imputato Augusto Dumini, avrebbero potuto turbare la quiete pubblica, precipitando un processo destinato, nelle intenzioni, a passare in sordina, in un nuovo scandalo. Contro questo rischio nefasto, anche il ministro dell'Interno Luigi Federzoni si era raccomandato a chiare lettere in un telegramma inviato il 14 marzo al questore di Chieti: «com'è noto, sedici andante avrà inizio processo Matteotti corte d'assise di Chieti. È fermo intendimento Governo che processo abbia luogo massimo ordine e più assoluta serenità. Supreme gerarchie partito

(26) M. BENEGIAMO, *op. cit.*, 23-24.

nazionale fascista hanno già impartito ordini severi per interdire concentramenti fascisti a Chieti in tale circostanza e per osservanza rigorosa disciplina. Signoria Vostra vorrà analogamente preve opportune intese con esponenti locali del partito, dare categoriche disposizioni organi dipendenti ed adottare necessarie misure vigilanza e prevenzione al fine di impedire, in modo assoluto, che, gruppi o squadre fasciste o elementi isolati sospetti, si dirigano detta città per la circostanza, facendo, ove occorre, anche necessarie segnalazioni quelle autorità ogni eventuale movimento» (27).

Farinacci stesso aveva garantito personalmente a Mussolini di adoperarsi per evitare una politicizzazione del processo. Con una nota del 5 marzo 1926, trasmessa dall'Agenzia Stefani, egli si era rivolto duramente al segretario federale di Chieti, Bottari, intimandogli di tenere a bada esaltati e simpatizzanti, al fine di non vanificare la scelta di Chieti finalizzata allo svolgimento di un processo spedito e silenzioso: «Mi giunge notizia che per il giorno del mio arrivo a Chieti si sta preparando un concentramento di fascisti. Mi affretto a dichiarare che come segretario generale del partito non potrei ciò tollerare quella occasione. E' intendimento del governo e quindi è intendimento del partito che il processo Matteotti si svolga a Chieti nella massima disciplina e tranquillità. Abbiamo notizia che giornalisti esteri e giornalisti avversari assisteranno al dibattimento, quindi nulla bisogna fare che possa dare pretesto a costoro di non poter esercitare liberamente il loro mandato, poiché i giornali hanno piena facoltà di pubblicare integrale resoconto del dibattimento. Oggi stesso do ordine categorico a tutte le federazioni perché nessun fascista di altra provincia si rechi a Chieti durante il processo. Le federazioni sono invitate di attenersi scrupolosamente all'ordine» (28).

L'ordine pubblico non fu effettivamente turbato e Chieti si dimostrò una scelta indovinata. Fu soltanto qualche eccesso della stampa locale a infastidire, e non poco, Mussolini. In particolare,

(27) *Ivi*, 63.

(28) *Ivi*, 62.

l'attenzione dedicata da *Il Nuovo Abruzzo* all'arrivo di Farinacci a Chieti, accolto quasi messianicamente come il capo del fascismo ⁽²⁹⁾. Così il 22 marzo 1926 egli se ne lamentò duramente in una lettera a Farinacci: «constato che *nessuna* delle tue promesse è stata mantenuta perché il processo [...] è diventato politico. Giudico tutto ciò severissimamente e il disagio è molto diffuso nel partito. Il linguaggio del foglio fascista è semplicemente *indegno e grottesco*» ⁽³⁰⁾.

Farinacci, però, rispedì al mittente le accuse e, replicando a Mussolini, si difese così: «Io ho mantenuto fede agli impegni assunti a Roma e mi meraviglia il fatto che tu dica che nessuna mia promessa è stata mantenuta. [...] Il processo è diventato politico? Ma questo lo si sapeva da tempo; altrimenti non sarei a Chieti. Ma però è politico perché riguarda le opposizioni, almeno che ai “disagiati” non dia fastidio: A – che il processo finisca come prevedemmo noi; B – che le risultanze del dibattimento non sono quelle per un anno strombazzate dalla stampa avversarie; C – che Matteotti fu da vivo un gran porco [...]. Il linguaggio del fascio di

(29) I Fasci di combattimento della Provincia di Chieti ebbero come primo organo un periodico, *Il Fascio*, dato alle stampe dal 1923, dapprima a Francavilla Al Mare, quindi a Chieti e cessato nel 1924. A partire da quella esperienza, si costituì la redazione de *Il Nuovo Abruzzo*, che dal 12 luglio 1925 uscì come settimanale del partito nazionale fascista per la provincia di Chieti e venne diretto in un primo tempo da Raffaele Fimiani, a cui succedette un anno dopo da Tommaso Bottari, segretario federale del partito; questa carica, anche in seguito, andò abbinata alla direzione dell'organo, salvo che nell'ultimo periodo, quando ad Alberto Nucci (direttore nell'Aprile '30 e federale nel '34) subentrò Italo Testa, dal marzo '42 alla cessazione del foglio nel maggio 1943.

(30) M. BENEGLIAMO, *op. cit.*, 61. L'articolo cui allude Mussolini fu effettivamente scomodo al punto che, stando a quanto riportato in una nota riservata inviata dal prefetto di Chieti il 24 marzo 1926 al ministro Federzoni: «il corrispondente de *L'Avanti* che assiste a Chieti al processo Matteotti ha diretto in una corrispondenza fuori sacco alla direzione del giornale di Milano una copia del giornale *Il Nuovo Abruzzo* del 21 corrente segnando con una matita rossa uno stelloncino in prima pagina, quinta colonna ed una poesia latina in terza pagina in onore dell'onorevole Farinacci. Tale corrispondenza, che allego, è stata opportunamente intercettata dal direttore provinciale delle poste per evitare che essa avesse dato all'avanti lo spazio per commenti malevoli». *Ivi*, 82. Il corrispondente de *L'Avanti*, Oscar Del Re, fu oggetto di un controllo particolarmente asfissiante da parte delle forze di polizia, venendo trattenuto e identificato in Questura il giorno stesso del suo arrivo in città, prima di essere rilasciato.

Chieti è precedente al mio arrivo. In questi giorni nessun fascista si è mosso e nessuno ha intenzione di organizzare manifestazioni di giubilo agli imputati se verranno assolti»⁽³¹⁾. Questa risposta dal tono particolarmente assertivo, che ben si addiceva al ras di Cremona, non contribuì a ridurre un attrito con Mussolini piuttosto risalente, acuito dal *placet* di Farinacci alle violenze squadriste compiute nell'ottobre 1925 a Firenze, assolutamente contrarie alla "normalizzazione" del fascismo perseguita dal Duce. Così, il 30 marzo 1926, Farinacci fu costretto alle dimissioni da Segretario del PNF — sostituito da Augusto Turati — conservando il proprio posto di Deputato del Regno⁽³²⁾. Turati, prima di essere elevato alla segreteria, era stato un leader di secondo piano, e la sua nomina è probabilmente da attribuire all'assenza di contiguità con il fascismo provinciale, che avrebbe potuto così contrastare e riportare alla disciplina.

Questo piccolo incidente legato alla pubblicazione de *Il Nuovo Abruzzo*, peraltro rimasto isolato, ci racconta di una base che, persino in una provincia così tranquilla, faticava in qualche elemento ribellista a distaccarsi dalle nostalgie dello squadristo e del mito di Farinacci, complicando il processo di normalizzazione seguito alla trasformazione del movimento in partito (nel congresso di Roma del novembre 1921) e all'ottobre 1922⁽³³⁾. Farinacci, dal canto suo, non mancò di compiacere i suoi ammiratori

⁽³¹⁾ *Ivi*, 62.

⁽³²⁾ In realtà, prima delle incomprensioni legate al processo Matteotti a Chieti, «L'evento che causò la sconfitta di Farinacci furono i sanguinosi fatti di Firenze dell'ottobre 1925 in cui alcuni squadristi organizzarono un pogrom contro gli antifascisti cittadini che provocò a morti e feriti. il Duce colse l'opportunità di attaccare Farinacci accusato di seguire una linea di partito che mostrava di appoggiare azioni di questo genere. Su ordine di Mussolini il Gran Consiglio del Fascismo decise così di smantellare Finalmente lo squadristo. il Duce costrinse Farinacci e Ingoiare il rospo affibbiandogli il compito di annunciare che le squadre dovevano essere sciolte che indossare la camicia nera mettendo in bella mostra il santo manganello era possibile soltanto durante le manifestazioni pubbliche, e solo se il partito lo avesse autorizzato». P. CORNER, *op. cit.*, 72.

⁽³³⁾ Per migliaia di fascisti, Farinacci rappresentò durante il Ventennio «il fascismo vero, nella sua essenza brutale, senza le illusioni o i camuffamenti della normalizzazione, della legalizzazione, della liberalizzazione e di altre consimili trappole». Cfr. U. ALFASSIO - GRIMALDI - G. BOZZETTI, *Farinacci, il più fascista*, Milano, 1972, 99.

teatini e abruzzesi attraverso la più classica delle *captatio benevolentiae* quando, durante l'arringa processuale, ebbe a invocare per sé la «brutale sincerità [...] costume del carattere abruzzese del quale ho l'orgoglio di aver conservato lo spirito intatto» (34). Nella pubblicistica rimanente, i giorni che precedettero il processo furono raccontati attraverso abbondante retorica filogovernativa priva di qualsiasi vitalità, tesa a ribadire il desiderio del governo di non politicizzare il processo. All'inizio del 1925, la stampa locale nella provincia di Chieti era ridotta a pochi fogli, tutti pressoché allineati. Abbiamo già citato *Il nuovo Abruzzo*, l'organo ufficiale della federazione provinciale del partito fascista, a cui si accompagnavano altri settimanali filofascisti come *La Provincia*, *La Gazzetta degli Abruzzi* e *L'Indipendente*. Nell'edizione del 31 gennaio del 1926 del quotidiano diretto da Bottari, si legge che «la notizia del processo Matteotti a Chieti non giunge inattesa. L'esito non può che essere la condanna ultima e definitiva delle opposizioni [...]» e si garantisce che, com'era gradito al governo: «a Chieti il processo potrà svolgersi in un ambiente di calma perfettissima, se non di indifferenza» (35). Indifferenza che, alla vigilia del processo, anche l'inviato speciale de *Il Popolo d'Italia*, Enrico Rocca, riconosceva alla popolazione chietina come qualità indispensabile.

L'Indipendente, nel prefigurare i giorni del processo teatino, indulgeva addirittura nel lirismo, assegnando a Chieti il posto che nella storia spetta alla «candida giustizia»: «La città nostra, bella nelle sue linee, maestosa nel suo stile, incantevole nei suoi superbi panorami, gentile nella sua ospitalità, refrattaria al sovversivismo, italiana, fortemente italiana, registrerà una pagina che i nemici di dentro e fuori [...] mai avrebbero voluto leggere a conclusione della loro irreducibile ostilità contro il fascismo e il duce [...] Chieti avrà il suo posticino nella storia, un posticino che la raffigurerà come candida "giustizia", che tutto dona e fa traboccare la bilan-

(34) Egli infatti era nato a Isernia, che fino al 1963 fu ricompresa nella regione amministrativa «Abruzzi e Molise».

(35) M. BENEGIAMO, *op. cit.*, 20-21.

cia laddove il diritto vuole» ⁽³⁶⁾. Infine, ancora a titolo di esempio, riportiamo *La Gazzetta degli Abruzzi* che, come gli altri fogli, con un emblematico articolo dal titolo *Silentium*, faceva professione di omertà a nome del popolo teatino, promettendo quel silenzio tranquillo che era nelle aspettative del Governo: «la buona fama del popolo teatino ha assicurato e assicura che il giudizio non sarà turbato da manifestazioni inopportune [...]. Il popolo teatino, giudice dei giudici, rimarrà in silenzio come estraneo alla fase estrema del dramma, e si imporrà il silenzio, e nel silenzio raccoglierà lo spirito educato alla vita onesta. Consapevole del dovere, tacerà, e tacendo [...] potrà osservare e meditare quello che la storia, eco della tomba, e vindice del dolore umano, segnerà nelle pagine eterne per ammaestramento delle genti future» ⁽³⁷⁾.

Cento anni dopo, noi «genti future» ci auguriamo di essere davvero stati «ammaestrati». Contro le «parole lusingatrici della Circe liberticida» ⁽³⁸⁾. Contro quel torpore della coscienza civile nel quale sprofondarono non soltanto Chieti e l'Abruzzo.

ABSTRACT: Il 21 dicembre 1925, su richiesta della Procura Generale della Corte di Appello di Roma, la prima sezione penale della Corte di Cassazione trasferì il processo Matteotti da Roma a Chieti per “*gravi motivi di sicurezza pubblica*”. Il lavoro dell’integerrimo dott. Del Giudice fu vanificato dalla prontità dei magistrati chietini nei confronti del regime fascista. Giuseppe Francesco Danza, Presidente del collegio giudicante e Alberto Salucci, Procuratore capo dell’accusa, non furono però gli unici protagonisti del “processo farsa”. Assieme a loro, agli imputati e ai giurati, al processo prese parte la città di Chieti. Inevitabile, allora, domandarsi anzitutto le ragioni di questa scelta eccentrica compiuta da Mussolini. Necessario, per ragioni storico-politiche, riflettere sul ruolo avuto all’interno del processo da Chieti, dalla sua classe politica, la sua burocrazia e la sua società civile di inizio secolo. L’epiteto di “Città-camomilla” vergato sulle pagine de *Il Resto del Carlino* da Alberto Maria Perbellini, giunto a Chieti per il processo, non può bastare a dar conto né delle ragioni di questa scelta, né tantomeno della postura di una città intera. Chieti fu scelta come quintessenza della sua prontità a Roma oppure la ragione risiede nella necessità di allontanare il processo dalla capitale, ma Chieti era una provincia equi-

⁽³⁶⁾ *Ibidem*.

⁽³⁷⁾ *Ibidem*.

⁽³⁸⁾ La metafora è di L. Einaudi. Cfr. L. EINAUDI, *Maior et sanior pars* (1945), ora in *Il buongoverno*, Roma-Bari, 2012.

valente ad altre? Ci si prefigge di ricercare i lineamenti essenziali dell'affiliazione della città di Chieti al governo fascista emersa durante il processo e, più in generale, della sua presunta postura filogovernativa come periferia rispetto al potere centrale. In che misura, questa postura filogovernativa di Chieti è dipesa dalla tradizione politica locale e in che misura, invece, hanno avuto rilievo altri elementi, tra i quali per esempio, la dipendenza economica della provincia rispetto alla spesa pubblica governativa e al potere centrale?

ABSTRACT: *On December 21, 1925, at the request of the General Prosecutor's Office of the Court of Appeal of Rome, the First Criminal Section of the Corte di Cassazione transferred the Matteotti trial from Rome to Chieti due to "public safety concerns". The investigation carried out by Dr. Del Giudice was unsurprisingly undermined by his colleagues based in Chieti, who showed the utmost complacency toward the fascist regime. However, President Francesco Danza and Chief Prosecutor Alberto Salucci were not the only characters accountable for what soon appeared to be a fake trial. Along with them and the other participants in the trial, there was the town of Chieti. It is mandatory, then, to search for the historical and political reasons that lied behind Mussolini's choice and to find out what role was actually played by Chieti, its political class, its bureaucracy and its civil society. Alberto Maria Perbellini, a journalist working for the newspaper *Il Resto del Carlino* during the trial, wrote that Chieti looked like "the city of chamomile". Although such a comment helps us in getting a general idea, we believe that the choice of Chieti has still to be fully understood. Did the town represent the quintessence of political complacency to Rome or was it equivalent to others, on this matter? Was this choice due, then, mainly to other reasons? The aim of this study is to explore what made Chieti appear as the most suitable destination of the Matteotti trial and to explore the actual extent of its alleged pro-government stance as a peripheral province prone to obey and to please the central power. To what extent did this pro-government stance depend on local political tradition? Did other factors – such as the province's economic dependence on government spending – play a role?*

Chieti e il processo ‘Matteotti’: la città che «tutto dona» e l’illusione di una «candida giustizia» (*). Anatomia dello spazio sociale, urbano e giuridico nei giorni del dibattimento

di IOLANDA ROMUALDI

*«I vostri Prefetti si mostrano a noi con la faccia
del fantoccio impotente;
ma i vostri agenti mostrano la faccia dei manutengoli
più spudorati.*

*Ora, badate! Il sillogismo si conclude.
La classe che detiene il privilegio politico,
la classe che detiene il privilegio economico,
la classe che ha con sé la magistratura,
la polizia, il Governo, l’esercito,
ritiene sia giunto il momento in cui essa,
per difendere il suo privilegio, esce dalla legalità
e si arma contro il proletariato.
Il Governo (come è dimostrato dai fatti accennati),
e, soprattutto, le sue autorità,
assistono impassibili e complici allo scempio della legge.
La giustizia privata funziona regolarmente,
sostituendosi alla giustizia pubblica,
ed è giustizia sommaria» ⁽¹⁾
(G. MATTEOTTI)*

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Il processo Matteotti: magmatica officina giuridica.
— 3. Chieti, perché! — 4. Chieti alla vigilia del processo. — 5. Spazi urbani mili-

(*) Per la lettura completa ed esaustiva dell’intervento giornalistico si rinvia il lettore alle pagine de *L’Indipendente* del 30 gennaio 1926, da cui è preso il riferimento.

(1) Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, Legislatura XXV, prima sessione, *Discussioni*, tornata del 31 gennaio 1921, 7164 ss.

tarizzati per un «processo ordinario» in una «piccola e gentile città». «Non porgere soverchio ascolto alla difesa!». Le antinomie dietro i timori del Regime! — 6. Il processo ‘non comunicato’. — 7. Conclusioni.

1. Premessa.

Il 16 marzo 1926 si apriva a Chieti, presso la sede del Palazzo di Giustizia, il processo Matteotti; il luogo scelto per istruire il dibattimento era stato deciso sul finire dei convulsi mesi del 1925. Chieti, piccola città della provincia abruzzese, con la sua cittadinanza, nei mesi che seguirono tale comunicazione si vide coinvolta, seppur indirettamente, in un’attività convulsa di adeguamento e rilettura delle pratiche ordinarie proprie di una piccola realtà provinciale — nonché dei suoi spazi, sia essi urbani, sia sociali — nell’ottica di conformazione ad una serie di richieste, esigenze e istanze la cui matrice primaria era da individuarsi nelle volontà del Duce per quello che atteneva «l’incidente Matteotti».

Le richieste del Regime nascevano, infatti, per essere funzionali ad una serie di necessità riconducibili alcune — sintetizzando — all’urgenza da parte del potere centrale di restituire un’immagine del Governo e della persona stessa di Mussolini le meno possibili coinvolte nell’evento, l’altra, si conformava al bisogno di adottare misure necessarie affinché il processo chietino arrivasse all’opinione pubblica come evento di poco interesse, anonimo, scevro da ombre che avrebbero potuto continuare a gravare sull’operato futuro del Governo. Tale strategia aveva lo scopo di soffocare polemiche che poco sarebbero state funzionali ad un giovane Governo in ascesa, mettendo così a tacere le opposizioni e le possibili provocazioni che sarebbero sopraggiunte all’indomani del verdetto, sommandosi alle già numerose prese di posizione in difesa del deputato socialista.

Questo paradigma comunicativo e di gestione delle fasi logistiche del processo proiettò sulla città abruzzese una serie di responsabilità e aspettative di natura eterogenea e non solo di ordine pragmatico, e non sempre di facile bilanciamento, soprattutto quando si pretese da essa, metaforicamente, di vestire un

nuovo abito per restituirsi al tempo storico quale città «tomba del processo Matteotti». In realtà, sebbene fosse anche questa l'ambizione del Regime, Chieti non divenne «la tomba del processo Matteotti», bensì la cassa di risonanza per una vicenda a cui la storia nel tempo avrebbe provveduto a rispondere.

2. Il processo Matteotti: magmatica officina giuridica.

La letteratura saggistica e le fonti secondarie sulle vicende relative al cosiddetto 'processo Matteotti' ritengo possano essere ricomprese entro la definizione di magmatica officina giuridica, certamente attiva, ampia, e ben supportata da argomentazioni congrue e di notevole spessore scientifico, benché la stessa, proprio per la sua natura di nutrito interesse interdisciplinare, resti sempre aperta a nuovi orizzonti di indagine e ricerca.

Tuttavia, non può essere taciuto che a questa evidenza si affianchi – ma soprattutto si intersechi – un'ampia e nobile letteratura costituita da studi eterogenei che agganciano, appunto, all'indagine di matrice giuridica e di diritto, aspetti di profilo storico e storiografico indispensabili, incoraggiando, involontariamente, un disegno non scritto, ma necessario, di apertura verso verità scientifiche tra loro in confronto continuo, che restituiscono alchimie di conoscenze dialoganti.

È innegabile, e non evitabile, che alla vicenda Matteotti si siano, nel tempo, ancorate riflessioni che abbiano condotto lo studioso, a buona ragione, ad esplorare confini ed orizzonti inaspettati, sempre più vasti e, solo in apparenza, separati o separabili tra loro.

Adottare la scelta di disancorare a priori da uno sfondo storico, politico e sociale, per esempio, le riflessioni scientifiche sull'argomento di matrice giuridica, di diritto e processuale credo non si possa affermare sia stata una prassi adottata da studiosi di settore; qualsiasi possa considerarsi la personale inclinazione scientifica o lo scopo ultimo del proprio contributo alla ricerca.

La verità di questa breve considerazione — seppur in tale sede non ampiamente argomentata — credo possa essere in parte

spiegata in questi termini: le vicende sottese alla dimensione più giuridica del processo Matteotti per i temi che convoglia e polarizza non possono ritenersi quasi mai di interesse esclusivo dello studioso di diritto, ma ritengo che a questo e al suo irrinunciabile apporto lo stesso studioso, saggiamente, abbia sentito il bisogno naturale di avvicinare ed indagare, contestualmente, amalgamandoli tra loro, sostegni di più ampio respiro rispetto alla riflessione primaria, nonostante questa, per l'appunto, si profilasse d'ispirazione giuridica; in tal senso, basti pensare al processo di fascistizzazione della magistratura, o al rapporto tra magistratura e cariche prefettizie tra le due guerre, nonché alle ricadute sociali di tali dinamiche.

Ancora oggi, per suggerire un esempio, nonostante i numerosi contributi della letteratura secondaria, restano divisive le riflessioni intorno al movente dell'omicidio stesso dell'on. Matteotti, o al movente esclusivo del rapimento; in tale senso, il «movente affaristico» è ampiamente argomentato e sostenuto da uno dei più autorevoli studiosi della vicenda, Mauro Canali ⁽²⁾, mentre altri studi affiancano linee di lettura a supporto di un contesto politico e partitico quale *humus* primario. Riflessioni che convogliano una serie di ipotesi, benché non tutte sullo stesso piano, e suggeriscono di affermare a ragione che «la tesi, al contrario, è che sia proprio l'indecidibilità delle ipotesi a fare del delitto Matteotti un *affaire*: anche se più o meno fondate, più o meno verosimili» ⁽³⁾.

Innegabile, dunque, uno scambio che ha fluttuato nel tempo, restituendo un'osmosi intellettuale intrisa di verità giuridiche così come di evidenze storiche e contributi di matrice sociologica.

Ad ormai un secolo dagli avvenimenti, il panorama scientifico, sia esso presente attraverso il contributo bibliografico, convegnistico, o frutto delle molteplici iniziative, permette di asserire che il processo Matteotti, con le dinamiche che lo hanno contrad-

(2) Per approfondimenti sull'argomento, si rinvia il lettore alle dettagliate e ampiamente argomentate pagine del volume aggiornato di M. CANALI, *Il delitto Matteotti*, Bologna, 2024.

(3) F. FIORE, *L'Affaire Matteotti. Storia di un delitto*, Bari, 2024, 79.

distinto, rappresenti un *unicum*, un punto di partenza dal quale si è iniziati ad osservare la contemporaneità storica e giuridica in maniera più critica, un paradigma di studio e indagine, dunque, benché articolato, controverso, divisivo, certamente ancora oggi prodigo di spunti meditativi, di informazioni, nonché di considerazioni che permettono di orientare sguardi più consapevoli circa le vicende contemporanee.

Inevitabile, a tal proposito, porsi domande intorno l'attualità del pensiero matteottiano, la possibile contestualizzazione delle sue idee in relazione alla contemporaneità, e, dunque, quanto oggi possa dirsi attuale tale figura con il suo indiretto mandato di pedagogia giuridica, storica e sociale.

Poste tali riflessioni senza nessuna pretesa di esaustività di un sapere in merito ai profili di indagine sull'argomento, ritengo, però, si possa ravvisare nel panorama di studi una più debole pregnanza di ricerca, per esempio, intorno agli aspetti che attengono alle motivazioni che spinsero ad individuare in Chieti la città più conforme ad ospitare un processo di tale peculiarità per la vicenda, le vicissitudini, le figure coinvolte, e i numerosi punti interrogativi che, sia politicamente, sia umanamente ed eticamente, poneva.

Forse, la motivazione che si restituì all'indomani della fase istruttoria, ovvero «per gravi motivi di sicurezza pubblica» ⁽⁴⁾, potrebbe apparire oggi, come allora per alcuni, sommaria e riduttiva, e poco credibile considerata invece l'eco che la vicenda ebbe sia nell'immediato, sia lungo la parabola storica che è seguita negli anni, ma, soprattutto, per l'interesse che suscitò, da una parte, nel Regime al potere, dall'altra, nelle file dell'opposizione, fin oltreoceano.

Tuttavia, aggiungo che, ancora meno, forse, ci si sia interrogati circa la risposta sociale della comunità locale chietina e delle stesse istituzioni coinvolte a più livelli nei giorni preceden-

(4) Era, infatti, il 21 dicembre 1925, quando su richiesta della Procura Generale della Corte di Appello di Roma, la prima sezione penale della Cassazione trasferiva, accogliendo l'istanza, il processo da Roma a Chieti per «gravi motivi di sicurezza pubblica».

ti e successivi il dibattito; ovvero, in buona sostanza, come queste abbiano partecipato, preso parte attiva all'evento o, semplicemente, abbiano assunto un atteggiamento di rigetto a quanto voluto dal potere centrale, rinunciando forse ad una sorta di normalità cittadina, abdicando le proprie autonomie o abitudini ⁽⁵⁾.

Il processo, e con esso tutto ciò che comportò la fase della scelta di un luogo rassicurante e affidabile per il Regime, l'organizzazione della logistica, le conseguenze sul piano comunicativo e istituzionale — al di là di una manifesta approvazione o disapprovazione della cittadinanza locale — è da leggersi quale evento comunque dirompente, esterno ad un nucleo sociale con una propria struttura consolidata secondo logiche proprie. È inevitabile che, seppur ci fu un coinvolgimento attivo, volontario o indiretto dell'intera comunità, benché limitato, questo potrebbe aver contribuito a ridefinire traiettorie che, in assenza di tale evento, forse, avrebbero seguito altre parabole, evitando che nel tempo Chieti continuasse ad essere associata al «processo farsa» di Matteotti, o che la si apostrofasse, anche dopo il processo, con l'espressione di «città camomilla» ⁽⁶⁾, costringendo in parte la comunità altresì ad una silenziosa riabilitazione di natura storica e sociale.

Su tale aspetto, ha richiamato l'attenzione F. Parente quando si è interrogato, a buon diritto, circa le conseguenze che tale espressione ebbe su Chieti e cosa abbia comportato, per quella

⁽⁵⁾ Sebbene la biografia su questo tema più “locale” non possa essere paragonata per mole alla vastità che invece ha interessato la vicenda Matteotti nei suoi aspetti generali, in questa sede, non può essere taciuto uno dei contributi più puntuali e dettagliati sugli aspetti più circoscritti alla città chietina coinvolta nei giorni del processo. Resta punto di riferimento imprescindibile lo scritto di L. DI TIZIO, *La giustizia negata. Dietro le quinte del processo Matteotti*, Pescara, 2006. E ancora, i contributi di F. PARENTE, a cui si rinvia per approfondimenti e dettagli. Per citare i riferimenti più diretti: F. PARENTE, *Il processo Matteotti a Chieti: spirito pubblico e società civile attraverso la stampa*, in *Abruzzo Contemporaneo* 3, 1996, 79-109; *Tè danzanti e fiori rossi per il martire Giacomo Matteotti*, Pescara, 2006. Altro rimando bibliografico puntuale è l'opera di M. BENEGIAMO, *A scelta del Duce: il processo Matteotti a Chieti*, L'Aquila, 2006. Ai seguenti testi si sarà debitori per i numerosi suggerimenti che hanno restituito nella lettura.

⁽⁶⁾ Fu questa l'impressione che ebbe A.M. PERBELLINI, inviato de *Il Resto del Carlino*, quando, nel raggiungere Chieti alla vigilia del dibattito, nel marzo 1926, si trovò tra i primi giornalisti a tratteggiare un profilo di questa piccola città abruzzese.

città, l'essere etichettata come «la città camomilla». Nota bene Parente quanto sia importante ricollocare in maniera adeguata la rappresentazione del Perbellini, quanto sia determinante lo spirito critico, di indagine a largo spettro capace di restituire gli strumenti per operare le giuste e congrue letture; come scrive Parente: «Chieti 'città camomilla': realtà o stereotipo?».

L'espressione «va ricollocata nel contesto storico in cui fu elaborata, va interpretata criticamente per determinare a chi era destinata e a quale scopo, e per verificare se, effettivamente, nel capoluogo teatino, al tempo del processo, la società civile era concordemente indifferente alla farsa giudiziaria e favorevole al fascismo, e se lo spirito pubblico era assolutamente sereno» (7).

Domande legittime suggeriscono, dunque, di riflettere sulla peculiarità, i limiti e le caratteristiche del tempo entro cui è possibile circoscrivere l'evento-processo chietino, evitando di cadere nell'errore di attestarsi ai soli giorni del dibattimento del marzo 1926, e di riflettere su come potrebbe essere cambiata l'opinione generale verso questa città da parte delle istituzioni, e non solo, nei giorni successivi la sentenza quando calò il sipario su Chieti e su una giustizia di fatto non restituita, ma che si tentò di dissimulare.

3. Chieti, perché!

Dopo le prime fasi istruttorie condotte da figure giuridiche aliene da simpatie fasciste, quali il giudice M. Del Giudice, e dopo i processi romani, accadde che, «per gravi motivi di sicurezza pubblica», il processo doveva essere confinato in terra d'Abruzzo e tenersi, dunque, a Chieti.

Tra le pagine del settimanale *L'Indipendente* del 30 gennaio 1926, proprio sulla scia delle perplessità che tale notizia aveva suscitato, la firma giornalistica sintetizzò in questi termini le proprie personali impressioni intorno alla scelta di individuare in Chieti il più confacente spazio fisico, giuridico e politico dove, per l'appunto, spostare e svolgere il processo Matteotti e, infatti, scriverà:

(7) F. PARENTE, *Tè danzanti e fiori rossi per il martire Giacomo Matteotti*, cit., 39.

«Chieti avrà il suo posticino nella storia, un posticino che la raffigurerà come candida 'giustizia', che tutto dona e fa traboccare la bilancia laddove il diritto vuole».

Una sorta di candida e silenziosa innocenza confinata a poca distanza da Roma, che avrebbe fatto, probabilmente, da protezione — forse all'inizio — inconsapevolmente, ad un sistema che tentava di soffocare ogni clamore intorno al fatto criminoso, ed evitare che questo degenerasse in una questione di natura politica; esponendo la città, tra le varie evenienze, ad un rischio di pregiudizio storico.

Il cronista, infatti, sarcasticamente, non scrive «far pendere la bilancia», ma si spinge oltre, scrivendo: «far traboccare la bilancia», come a voler sottolineare che c'era la quasi certezza che sarebbe stata pronunciata una sentenza accomodante per gli imputati, grazie ad una giustizia accondiscendente nell'appropriarsi di evidenze discutibili, e che Chieti, e parte della sua compagine, sarebbe stata garante e assicurante, e avrebbe acconsentito, senza chiedere spiegazioni, a rendere concreta una pagina di diritto già pianificata molti mesi prima della sentenza chietina. Infatti, la scomparsa, le ore convulse all'indomani del rapimento, il ritrovamento del cadavere dell'on. Matteotti, e ciò che ne seguì nell'immediato, si concretizzano quali momenti cruciali e delicati per Mussolini, che vide vacillare la propria posizione.

Era, infatti, il 14 giugno 1924 quando «i ministri moderati (Orviglio, Federzoni, De Stefani e Gentile) misero a disposizione del capo del Governo i rispettivi portafogli»⁽⁸⁾, mentre il 22 luglio Mussolini scelse di dichiarare al Gran Consiglio che «il fascismo non si *faceva* processare, se non dalla storia»⁽⁹⁾, era, dunque, necessario adottare una linea difensiva immediata, e Mussolini valutò che l'attacco, in quel momento, fosse la migliore difesa.

Sulla linea da imprimere al processo, Mussolini voleva che questo non assumesse carattere di processo politico con il rischio

⁽⁸⁾ D. BRESCHI, *Mussolini e la città. Il fascismo tra anti urbanesimo e modernità*, Milano 2018, 214.

⁽⁹⁾ *Il Popolo d'Italia*, 23 luglio 1924.

che potesse impegnare in qualche modo il Regime o il partito, inoltre, doveva chiudersi nel giro di poco tempo e se ne doveva parlare per nulla, così da evitare che l'Italia tornasse a «matteotizzarsi» ⁽¹⁰⁾, come lui stesso dichiarò, dopo due anni dalla guarigione.

Diverse erano, invece, le idee di Farinacci, il quale, ottenuto il mandato di difendere il Dumini, era fermamente deciso ad imprimere al processo un carattere politico — come se fosse un processo agli oppositori del fascismo — e ottenere per gli imputati l'assoluzione piena ⁽¹¹⁾.

Come ricorda F. Parente, il capoluogo teatino e L'Aquila posero la propria candidatura per ospitare il processo. I due massimi dirigenti del fascismo scelsero Chieti per placarne il malcontento a seguito di alcune mancanze subite negli ultimi tempi. Anche se, sembrerebbe che fu proprio Farinacci ad avere l'ultima parola su Chieti ⁽¹²⁾. La scelta chietina favoriva i piani dell'avvocato perché

⁽¹⁰⁾ Si rinvia il lettore alle pagine ampiamente argomentate del volume di M. BREDÀ - S. CARETTI, *Il nemico di Mussolini. Giacomo Matteotti, storia di un eroe dimenticato*, Milano, 2004, 187.

⁽¹¹⁾ Cfr. R. DE FELICE, *Mussolini il fascista, II, L'organizzazione dello Stato totalitario*, 1925-1929, Torino, 1968, 172-3, inoltre, si rinvia al contributo attento di M.L. SALVATORI, *L'antifascista. Giacomo Matteotti, l'uomo del coraggio, cent'anni dopo (1924-2024)*, Roma, 2023.

⁽¹²⁾ Cfr. Le puntuali pagine di M. FRANZINELLI, *Matteotti e Mussolini. Vite parallele. Dal fascismo al delitto politico*, Milano, 2024, 937 ss. (Ed. Digitale AB). Franzinelli scrive: «A ufficializzare tale opzione è, il 27 gennaio, il quotidiano cremonese *«Il Regime Fascista»* (trasformazione in testata nazionale del quotidiano *«Cremona Nuova»* di Farinacci), con un corsivo nello stile ironico-minaccioso del direttore che preannuncia il ritiro delle parti civili: «Gli on. Gonzales e Modigliani sono rimasti già persuasi, nel leggere la sentenza della Sezione d'accusa, che l'esito non può essere che la condanna delle opposizioni». Si specifica che la documentazione archivistica inerente il processo Matteotti a Chieti, consultata per il seguente contributo, fa capo al patrimonio storico conservato presso l'Archivio di Stato di Chieti (di seguito ASCh.) - Carteggio Matteotti.

Nel Carteggio Matteotti, ASCh., nel fondo della Questura di Chieti, V versamento, b. 42, fasc. 13, è conservato un ritaglio di giornale con il seguente titolo: «Il processo Matteotti a Chieti ai primi di marzo» e, scritto a penna in alto: «Stampa (Torino), n. 21, del 24 gennaio 1926». Nello stralcio si legge che *Regime Fascista* avrebbe nel giorno successivo pubblicato la seguente notizia proveniente da Roma, ovvero: «Il processo Matteotti sta per essere fissato ai primi di marzo...». I contenuti dello stralcio sono gli stessi a cui il Franzinelli ha fatto riferimento. Non è chiaro però quale sia il giornale che riporta la

la città, governata col pugno di ferro dal federale Camillo Bottari, a lui fedelissimo, avrebbe potuto garantirgli una certa libertà di manovra e una serie di consensi facilitati, sebbene poi altri sarebbero stati i motivi della scelta.

Intanto, mancavano ancora dei mesi al maggio del 1927, ovvero al giorno dell'Ascensione, quando, alla Camera dei Deputati, il Duce avrebbe presentato un'analisi dettagliata intorno alla condizione italiana, muovendo un'aspra critica verso l'urbanesimo, specie quello industriale.

Erano quelli i mesi in cui Mussolini, definito l'anti-cittadino per le posizioni che avrebbe manifestato, iniziò a confidare in un fascismo delle province, demandando a quest'ultimo una fiducia che non vedeva ben riposta nella città, troppo sedotta da velleità e aspirazioni moderne.

Nel discorso dell'Ascensione, la lotta contro la città era direttamente proporzionale all'esaltazione delle province, e la provincia di Chieti — benché consistesse in una scelta di poco antecedente a quel maggio del 1927 — convogliava aspetti che, tra altri, potrebbero aver giustificato le motivazioni di preferenza, se non certamente esclusivi, senz'altro non trascurabili.

È possibile, dunque, che germi di quell'ideologia avessero assistito Mussolini nella scelta di considerare Chieti, piccola città di provincia appunto, la sede adatta per il processo; dopotutto, a Chieti si condensavano le caratteristiche proprie di un centro provinciale, dove un nuovo ceto medio urbano e servile si mostrava refrattario a velleità produttive e industriali, aspetti questi ben evidenti anche all'on. Giacomo Acerbo.

In Abruzzo, tra l'altro, i primi passi del fascismo al potere furono ben sintetizzati proprio da Giacomo Acerbo in un'intervista al giornalista Roberto Roberti, dove rimarcava proprio «il carattere legalitario del fascismo abruzzese e il carattere rassicurante dei suoi componenti» ⁽¹³⁾. Così, infatti, si esprimeva: «le organiz-

notizia, stando a ciò che è scritto a penna, dovrebbe ritenersi essere *La Stampa* di Torino del 24 Gennaio 1926.

⁽¹³⁾ L. PONZIANI, *L'Abruzzo in camicia nera. Fascisti di provincia alla prova del*

zazioni fasciste e dei combattenti sono costituiti in Abruzzo quasi completamente di giovani della media borghesia e dell'artigianato urbano tutti autentici lavoratori» (14), restituendo del fascismo abruzzese un quadro dai tratti moderati.

Uno connubio tra i vecchi dirigenti liberali con il nascente fascismo così profilato, «ridimensionando (ove localmente fossero presenti) le velleità innovatrici del fascismo abruzzese, costituiva il punto di arrivo della ricomposizione del blocco sociale-nazionale conservatore» (15).

Interessante la risposta di un passante data ad un giornalista che si trovava a Chieti per il processo e che decide di raccogliere opinioni sull'Abruzzo in generale, e su Chieti in particolare, quale luogo designato per il processo. La domanda del giornalista è eloquente: «Trova che si sia scelto bene per la discussione del processo Matteotti? È Chieti una città, politicamente parlando, una città calma?».

Il passante argomenta nel seguente modo: «Ottima scelta! Chieti è una città dove i partiti politici, specie quelli democratici e sovversivi hanno avuto sempre una parte poco notevole nella vita pubblica. Qui più che lotte politiche di idee, si sono avute sempre lotte personali specie contro una oligarchia della famiglia Mezzanotte» (16).

Ora, però, oltre quelle che potrebbero essere state le motivazioni esclusive di una scelta, a cento anni da quella sentenza, ci si interroga su quali furono le conseguenze, come si preparò Chieti ad accogliere il processo, e quali risposte restituì dinanzi all'irrompere di un evento così destabilizzante.

La scelta ricaduta su Chieti condensa in sé una serie di motivazioni e suggestioni frutto di dinamiche eterogenee; certo è che in terra d'Abruzzo si individuò la città capace di assorbire una serie rischi.

Regime (1919-1929), Teramo, 2022, 94-96, 94.

(14) PONZIANI, 94.

(15) PONZIANI, 96.

(16) ASCh., Carteggio Matteotti, Prefettura di Chieti - Gabinetto della Prefettura, III versamento, b. 35 bis, fasc. 13.

Lo spazio geografico, l'ambiente, il territorio, l'anatomia sociale, le istituzioni nella loro congiunzione con parte della giustizia, modellata sugli eventi, hanno contato forse più del processo in sé, sulla cui linea da seguire il Regime sarebbe stato chiaro sin da subito.

Chieti era in grado di fondere in sé elementi considerati ottimi per la buona gestione delle dinamiche logistiche e processuali; a Chieti sarebbe stato più semplice eludere quei rischi che in una città come Roma non erano controllabili. Roma restava una città certamente fedele, ma in quell'ambiente ogni notizia, ogni elemento di rumore e disturbo avrebbero richiesto una gestione più articolata e lo stesso giudizio avrebbe avuto un'eco spropositata rispetto a Chieti.

4. Chieti alla vigilia del processo.

La presa di potere da parte della compagine fascista avvenne a Chieti in maniera graduale e senza contorni rivoluzionari. Era il 30 luglio del 1925 quando veniva nominato segretario federale Tommaso Bottari per essere poi, nel 1926, nei Fasci provinciali; come scrive E. Fimiani: «il suo operato, dunque, segnò in termini indelebili l'organizzazione del partito nel chietino» ⁽¹⁷⁾.

L'organizzazione, continua Fimiani, era lo strumento attraverso cui il fascismo riusciva a tenere il controllo e la sorveglianza su molti degli aspetti della vita sociale, ma non solo; a questa era da affiancare anche l'azione di mobilitazione politica «alla quale periodicamente le popolazioni chietine [...] venivano sottoposte nelle svariate occasioni liturgiche della religione laica e totalitaria» ⁽¹⁸⁾.

In misura diversa, le province abruzzesi, e con queste anche Chieti e la sua popolazione, si conformavano, dunque, ad una vo-

⁽¹⁷⁾ E. FIMIANI, *Il fascismo in provincia. Organizzazione di partito, mobilitazione politica, controllo sociale, nell'Abruzzo chietino*, in *Filippo Mazzonis. Studi, testimonianze e ricordi*, a cura di F. BONINI - M.R. DE SIMONE - U. GENTILONI SILVERI, Torre del Greco, 2008, 377-398, 382.

⁽¹⁸⁾ Cfr. E. FIMIANI, *op. cit.*, 384 ss.

lontà — tra altre — che era quella di regolamentare, disciplinando, la vita quotidiana attraverso la partecipazione ad associazioni, gruppi, iniziative di vario genere. Si trattava di un nuovo modello di controllo sociale pragmatico e ideologico che faceva sì che la popolazione, lentamente, accogliesse nuove forme di ritualità, cerimonie, tradizioni, rileggendo e riconfigurando i preesistenti o accogliendone di nuovi, funzionali all'ideologia del Regime.

Affinché la partecipazione ai nuovi riti e alle nuove celebrazioni fosse fattiva, «il popolo di Chieti venne massicciamente inquadrato prima di tutto nel Pnf propriamente detto» ⁽¹⁹⁾, considerato anche che in quegli anni la Federazione chietina era in grado di fornire, come ricorda Fimiani, il quaranta per cento del totale degli aderenti abruzzesi iscritti al partito ⁽²⁰⁾.

Il 17 febbraio del 1926, il *Corriere d'Italia* informava, candidamente, che «la scelta di Chieti era stata felice» e che, in fondo, si trattava di «una piccola e gentile città che ha una popolazione seria ed educata la quale si asterrà da manifestazioni inopportune» ⁽²¹⁾.

Le uniche manifestazioni consentite sarebbero state quelle che facevano capo ad un calendario che lo stesso Regime aveva provveduto a rivisitare e a riscrivere anche in funzione del processo, come ebbe a scrivere A. M. Perbellini: «Nessuna commozione popolare, niente discussioni accalorate, neanche un manifesto»²².

Chieti, dunque, a pochi giorni di apertura dal processo, e prima che la stretta sui controlli e la vigilanza venisse predisposta nel dettaglio e messa in pratica, si preparava a prendere parte ad uno dei riti cittadini che erano stati autorizzati: il Veglionissimo di Quaresima, una cerimonia danzante ribattezzata «Veglione popolare del Carnevale», organizzata al Teatro Marrucino per la domenica del 21 febbraio del 1926.

Così, la firma giornalistica, Frak Bleu, ne *Il Nuovo Abruzzo*, dedicando una lunga e dettagliata descrizione dell'evento, resti-

⁽¹⁹⁾ FIMIANI, 385.

⁽²⁰⁾ FIMIANI, 385.

⁽²¹⁾ *Corriere d'Italia*, n. 41, del 17 Febbraio, 1926.

⁽²²⁾ A.M. PERBELLINI, *Il Resto del Carlino*, 1926.

tuisce un'immagine pittoresca della partecipazione cittadina, seppur aderente alla realtà, che porta, però, a riflettere sul reale spirito pubblico della cittadinanza in quel momento ⁽²³⁾; Chieti era sì città pacifica, ma, al tempo del delitto Matteotti, come ricorda F. Parente, l'opposizione non era certo acquietata o mite nei confronti del Regime.

L'evento, riservato alle famiglie borghesi e aristocratiche della città, «deliberatamente, lo si volle signorile, mondano, elegante, riservandolo alla migliore società, che infatti si sentì tutta umanamente invitata. [...] Al centro troneggiava una gondola veneziana, [...] entro la barca le signore, in bizzarro, elegante abito arlecchinesco, gli uomini in frak e gilet d'arlecchino, avevano preso posto alcuni fra i più bei nomi dell'aristocrazia cittadina: le signore Cottalasso, baronessa Tabassi e Sanità, Flauti, De Cesare. [...] L'entrata nel palco delle belle signore tricolori e dei rispettivi tricolori signori suscitò da parte del pubblico presente una immensa infinita acclamazione, fra gl'inni 'Giovinezza', 'Piave' e 'Marcia Reale'. [...] Di fronte al palco [...] si sporgeva [...] beata visione, il nido del cav. Lisi, il distinto commissario di P.S. e della sua gentile signora, un vero nido di vera paglia e vera erba [...]» ⁽²⁴⁾.

Alla serata in maschera, inoltre, erano presenti autorità istituzionali e militari, e tra questi, l'on. Troilo, il Prefetto comm. Cottalasso, il sindaco comm. Tabassi; autorità che ebbero nelle giornate del processo chietino certamente un rilievo non marginale, tanto che alcune di loro seguirono note di merito per il loro operato e per l'abnegazione mostrata proprio nei giorni del processo, quando, ligi ai comandi, predisposero in maniera meticolosa gli ordini impartiti da Roma.

⁽²³⁾ Dalla lettura dei quotidiani del tempo, di stampa successiva la scelta della città, o, come suggerisce F. PARENTE, dai documenti della Prefettura, ci si rende conto che gli stessi restituiscono uno scenario non certo idilliaco. Due sono le preoccupazioni più evidenti che coinvolgevano i ceti popolari e quelli impiegatizi: la disoccupazione e la carenza di alloggi. Sul punto si rinvia alle puntuali pagine di F. PARENTE, *Tè danzanti e fiori rossi per il martire Giacomo Matteotti*, cit., 42 ss.

⁽²⁴⁾ *Il Nuovo Abruzzo*, sez. *Gazzettino di cronache di vita mondana*, Febbraio 28, 1926, 3.

Nello stesso giorno, il fascio chietino aveva vissuto, secondo quanto riportato sempre da *Il Nuovo Abruzzo* — che non si sottrae ad un'enfasi di parte — una delle sue giornate memorabili, considerato che in quel giorno ci si era riuniti in una parata dinanzi al monumento dei Caduti per offrire somme in denaro raccolte al fine di finanziare la costruzione di un monumento a Bolzano in onore di Cesare Battisti.

Anche per quell'occasione, la partecipazione istituzionale e cittadina era stata consistente; tra questi aveva preso posto tutta la Commissione nominata dal Direttorio della Sezione Fascista, nelle persone del cav. ing. Roberto Taralli, dott. M. Barone Gerardo Sanità, (barone).

Un lungo corteo, a cui tutta la cittadinanza aveva preso parte, sfilava ben organizzato e disciplinato per le vie della città: le scuole chietine, il Convitto nazionale con in coda il Rettore, cav. Rossi, poi il Convitto Dante Alighieri, rappresentato dal Rettore Dell'Aquila, seguiva il Regio Liceo Ginnasio, fino ai «bambini dell'asilo». Poi, i gruppi borghesi e le maestranze, la mattina e nel pomeriggio «il fascio» con un corteo che si muoveva verso la Villa Comunale; in testa al fascio femminile sfilavano le signore Cottalasso e Ferraioli, e poi i funzionari della Prefettura al seguito del Prefetto, comm. Cottalasso.

Era questa l'immagine della città di Chieti alla vigilia del processo Matteotti e queste le maggiori autorità sul territorio chiamate a rendere il loro servizio in una piccola città di provincia, dove, verosimilmente, una parte di essa sarebbe stata scrupolosa nel non disattendere alle direttive impartite dal partito e fedele nell'accogliere i numerosi inviti da parte della mobilitazione politica, nonostante questi ridisegnassero confini e tradizioni preesistenti in nome di un nuovo ordine.

Su questo *humus*, dunque, non fu difficile per il Regime incuneare in quel territorio ambizioni e propositi di esclusivo interesse per l'assoluzione sociale, politica, storica del Duce e di ciò che questi rappresentava; ma, nonostante ci fosse già un ampio consenso a quanto delineato, e un consenso delle istituzioni sul

territorio, il Governo centrale chiese alla città di Chieti qualcosa in più, ovvero una stretta ancora più severa e perentoria su aspetti strettamente correlati al processo: dopotutto Chieti era stata definita, a torto o a ragione, «la città che tutto dona» finanche a restituire una «candida giustizia», sacrificando in parte se stessa.

Dal quel momento, dunque, nella città che «tutto dona» — espressione che rimanda ad una sorta di generosità e garanzia — si posero in essere tutta una serie di operazioni atte a predisporre il territorio affinché quest'ultimo facesse da corazza e scudo alle preoccupazioni di un Governo, certamente timoroso e spaventato, e non solo per gli esiti del processo — quelli si erano in parte già stabiliti a monte, o, comunque, potevano essere gestiti — quanto, per esempio, per la gestione di come l'evento potesse essere percepito all'esterno o come questo potesse essere restituito all'esterno dalla stampa, anche filo-governativa.

Dopo le ilarità dei giorni precedenti, dunque, il 22 febbraio 1926, Chieti accoglieva l'arrivo degli imputati, inaugurando, metaforicamente, l'ingresso nel clima del processo e la sua simbolica apertura.

Era il tardo pomeriggio quando i cinque imputati del processo Matteotti, provenienti dal Carcere Regina Coeli di Roma, trasportati e scordati dalla Stazione chietina con apposito autobus della Società Automobilistica 'Maiella', raggiungevano le prigionie site presso l'ex monastero di San Francesco di Paola, riconvertito nel XIX secolo, e in quel periodo adibito a carcere penale.

5. Spazi urbani militarizzati per un «processo ordinario» ⁽²⁵⁾ in una «piccola e gentile città» ⁽²⁶⁾ «Non porgere soverchio ascolto alla difesa!». Le antinomie dietro i timori del Regime!

Ora, azione riduttiva e, forse, non del tutto autentica, sarebbe circoscrivere il processo chietino e la fitta trama ideologica

⁽²⁵⁾ Affermazione del Direttore de *Il Popolo d'Italia* in ASCh., Carteggio Matteotti, Prefettura di Chieti, Gabinetto di Prefettura di Chieti, III versamento, b. 35 bis, fasc. 13.

⁽²⁶⁾ *Corriere d'Italia*, n. 41, del 17 Febbraio, 1926.

alle sole giornate del dibattimento, ovvero ricomprenderlo dentro quell'arco temporale il più contratto possibile, come voluto da Mussolini, che ebbe inizio il 16 marzo 1926 e si concluse con la lettura della sentenza il 24 marzo dello stesso mese.

Il processo chietino non è riconducibile alle sole giornate del dibattimento che videro coinvolti la Corte e gli imputati presso il Palazzo di Giustizia della città, e poi il verdetto; o meglio, il processo non è stato solo questo, ma lo stesso rappresenta la congiuntura di tanti elementi, che contribuiscono a porre in luce evidenze non trascurabili, scelte ed atteggiamenti che, se letti insieme, restituiscono una trama di fili che si intrecciano in maniera fitta e serrata.

Nei giorni del dibattimento, oltre che nei giorni che lo precedettero, la città di Chieti venne proiettata in una realtà ad essa estranea, inaspettata, inconsueta per una città di provincia, nonostante le premesse per un'attenta organizzazione e gestione dell'ordine e della sicurezza, con disposizioni impartite in maniera meticolosa soprattutto dal Ministero degli Interni a Prefettura e Questura e da Mussolini ⁽²⁷⁾ stesso, il quale non si limitò solo ad impartire le direttive, ma volle essere ancora più preciso sulla linea, e, in un appunto conservato presso l'Archivio di Stato di Chieti, specifica che era necessario: «negare la correttezza, negare la provocazione, ammettere: omicidio preterintenzionale, complicità corrispettiva, concausa, attenuanti» e poi, con scrittura rossa,

(27) Va ricordato che fu lo stesso Mussolini a dettare le direttive (Marzo 1926) e la linea da tenere durante i giorni del processo.

«1° – Il processo deve irrevocabilmente finire prima del 28 corrente mese.

2° – Bisogna evitare tutto ciò che può drammatizzare le udienze e richiamare positivamente l'attenzione del pubblico, nazionale e internazionale. Quindi niente clamorosi incidenti o sconvolgimenti d'indole politica, salvo che in sede di arringhe.

3° – Il processo non deve in alcun modo assumere carattere di processo politico che impegni in qualsiasi modo Regime e Partito. Esso impegna l'opposizione.

4° – Bisogna evitare che anche da parte degli imputati si tenti di cambiare carattere al processo – quindi niente camicia nera od altro.

5° – Il processo deve svolgersi tra l'indifferenza della nazione e si deve evitare che l'Italia torni a matteottizzarsi dopo due anni dalla guarigione» (Si veda la trascrizione in Lacchè, *Il Caso Matteotti. Giustizia senza verità*, Milano, 2019, cit., 87-88).

si legge: «Attenersi alla guida del Presidente, tenere duro, non porgere soverchio ascolto alla difesa» ⁽²⁸⁾.

La comunità chietina, nonostante il volontario o involontario coinvolgimento, si vide costretta ad una rilettura dei propri spazi cittadini, urbani e sociali; ad una riorganizzazione delle abitudini cittadine in funzione di una nuova organizzazione delle aree, nonché delle loro funzioni, ad una riscrittura che fece di Chieti un palcoscenico sul quale il mondo intero si apprestava a seguire quello che la storia avrebbe ereditato e trasmesso per lungo tempo come «processo farsa» o, come si esprime l'avv. P. Galliano Magno, «un processo burla».

In occasione, dunque, del processo Matteotti, il potere centrale, dialogando con le istituzioni sul territorio, diramò una serie di circolari, provvedimenti e indicazioni indirette, affinché lo stesso, considerata la levatura dell'evento e l'interesse sociale e politico — ben evidente al Regime, ma più volte sottaciuti all'esterno sia dal Regime stesso, sia dai suoi canali comunicativi, e sia dagli organi di stampa fascisti e filofascisti — potesse svolgersi in un clima di attento controllo e disciplina, perché nulla potesse restituire all'esterno motivi di discussione, di polemica o di qualche interesse generale.

Il processo, all'esterno, doveva essere comunicato come di scarso valore, poco rilevante e passare il più impossibile in sordina; tuttavia, le ordinanze trasmesse, ufficialmente, per assicurare e garantire l'ordine pubblico, in realtà, leggendone i contenuti ed intrecciando gli stessi, per esempio, con i passaggi cifrati di alcuni telegrammi presenti nel Carteggio Matteotti all'Archivio di Stato di Chieti ⁽²⁹⁾, tradiscono in parte gli assunti di base, e, rispetto a questi ultimi, sembra che di fatto gli intenti declinino poi

⁽²⁸⁾ ASCh., Carteggio Matteotti, Questura.

⁽²⁹⁾ La documentazione archivistica conservata presso l'ASCh., in merito al Carteggio Matteotti, conserva un numero non trascurabile di telegrammi la cui scrittura è cifrata. Alcuni di questi riportano, in parte, 'traduzioni' del ricevente. Non è questa la sede per un opportuno approfondimento; il breve accenno basti a restituire l'idea di quanto ampio fosse il progetto di controllo delle informazioni e la censura in quei giorni.

verso altro, ovvero verso il progetto di una sorta di militarizzazione urbana, forse non necessaria o giustificata per un processo che ci si era preoccupati di qualificare e restituire, per l'appunto, come di poco interesse.

La militarizzazione e lo stadio di assedio si traducono in numeri importanti, come si evince dalle griglie dell'Ordinanza: l'Ispettore G. Angelucci poteva disporre di cinque commissari e nove funzionari di P.S., oltre novanta agenti, 265 militari e 362 carabinieri, infine, 100 camicie nere di Milizia. A questo schema, si univa il controllo *ad personam* per coloro ritenuti pericolosi e la sorveglianza per le abitazioni di antifascisti chietini e milizia ordinaria locale.

Il Regime chiedeva un controllo attento degli spazi urbani, della movimentazione della popolazione, della viabilità cittadina e della censura degli organi di stampa, che, in qualche modo, avrebbero potuto non attenersi a disposizioni già impartite; indicativo di quanto fosse importante verificare i contenuti di telegrammi, informazioni giornalistiche, missive, sono i questioni del telegramma n. 5859.

Era la sera del 15 Marzo 1926 quando a Chieti arrivava da Roma il telegramma n. 5859, nel quale si disponeva — rispondendo ad una richiesta fatta da Chieti — che già dalla sera stessa del ricevimento del documento il cav. Ventura della Presidenza del Consiglio dei Ministri — che era stato inviato a Chieti «per mansioni speciali» ⁽³⁰⁾ — si sarebbe dovuto portare presso gli Uffici Stampa della Prefettura e «lì procedere esame telegrammi in partenza dando libero corso a tutti quelli sui quali non possono esserci dubbi di sorta. Stop. Tutti gli altri indistintamente verranno stradati su Roma dove funzionerà apposita commissione censura» ⁽³¹⁾.

⁽³⁰⁾ ASCh., Carteggio Matteotti, Prefettura di Chieti, Gabinetto Prefettura, VII versamento, b. 33, *fasc.* 407. Il Prefetto avanzò richiesta al Ministro dell'Interno affinché gli venisse conferito un riconoscimento per il lavoro svolto in maniera egregia e «per aver disimpegnato con speciale zelo e intelligenza il delicatissimo incarico affidatogli».

⁽³¹⁾ ASCh., Carteggio Matteotti, Gabinetto del Prefetto, VII versamento, b. 33, *fasc.* 407.

Nei giorni antecedenti il processo, e, precisamente, il 7 marzo del 1926, veniva, dunque, diramata dagli Uffici della Questura, a firma del questore Grazzini, il testo «dell'ordinanza per la esecuzione dei servizi di polizia e di ordine pubblico» ⁽³²⁾, le cui disposizioni articolate e, direi, chirurgiche, intersecandosi con provvedimenti che riguardavano la logistica delle comunicazioni telefoniche e la gestione della comunicazione telegrafica, nonché dei trasporti e della viabilità, restituivano lo scenario di una città, quella di Chieti, ampiamente militarizzata e sotto stretto e diretto controllo del potere centrale nelle sue varie declinazioni, sebbene all'esterno fosse stata comunicata, anche a mezzo stampa, e più volte ribadita, la poca rilevanza del processo, il disinteresse nazionale e la preoccupazione non riscontrata da parte di facinorosi e/o di avversari al Regime.

L'Ordinanza constava di cinque punti cardine che prevedevano nuove e più incisive disposizioni, oltre che il dettaglio organizzativo dei servizi di carattere permanente, predisposti presso il Palazzo di Giustizia di Chieti, le Carceri di San Francesco di Paola, la Stazione Ferroviaria, la Ferrovia elettrica di Chieti Scalo, e presso i principali nodi stradali costituiti dalle vie di accesso al capoluogo. A questi servizi, che erano considerati «ossatura di ogni doverosa previdenza», si affiancavano quindi altri necessari accorgimenti che coinvolgevano la gestione della traduzione giornaliera dei detenuti dalle Carceri di San Francesco al Palazzo di Giustizia, la polizia e la sorveglianza nella Sala della Corte e nelle adiacenze; queste ultime adempienze restavano sempre sotto la direzione e le disposizioni impartite dai magistrati agli interlocutori della P.S., era il Presidente a disporre gli ordini.

Nell'Ordinanza si accenna alla prima decade di aprile, dopo una ventina di sedute processuali, come tempo nel quale si sarebbe pronunciata la sentenza, considerato anche che la parte civile si era astenuta dall'inviare avvocati a propria difesa, e questo

⁽³²⁾ Per una lettura dettagliata ed esaustiva dei diversi passaggi, si rinvia il lettore al documento dell'*Ordinanza* del 16 marzo 1926 in ASCh., Carteggio Matteotti, Prefettura di Chieti, Gabinetto della Prefettura, VII versamento, b. 33, *fasc.* 407.

avrebbe contribuito a ridurre i tempi giuridici del dibattimento. In realtà, sappiamo che il processo si concluse molto prima, meno della metà delle sedute previste, e questo, probabilmente, perché, considerata la risonanza a livello internazionale dello stesso e l'effetto comunicativo degli eventi piuttosto roboante, si ritenne di imprimere un andamento più incalzante in modo da arrivare alla sentenza prima del previsto, confidando nella solerzia del Presidente Danza che, da quanto si legge sui quotidiani, non dissattese le richieste.

Sul ritmo incalzante del processo voluto dal Presidente il giornale *Il Popolo d'Italia* del 21 marzo 1926 scriveva: «Bene dunque ha operato il Presidente dell'Assise nell'imprimere alle sedute uno stile sollecito che si può senz'altro qualificare fascista».

Nella prima parte dell'Ordinanza, si legge che per il Palazzo di Giustizia era stata predisposta una sorveglianza piuttosto articolata, forse, il luogo maggiormente militarizzato, considerate tutte le operazioni di adeguamento logistico degli spazi della struttura in cui si ricavarono stanze per allestire nuovi uffici per le giornate del processo.

Nelle ore diurne e notturne la vigilanza esterna era stata affidata a 4 pattuglie di RR. CC. chiamate ad assicurare una vigilanza su ogni lato del Palazzo, in Piazza Vittorio E., lato Cavallerizza e Largo Ospedale; un manipolo in borghese avrebbe dovuto riferire di ogni evento sospetto o di emergenza al commissario di P.G., al quale era stata riservata una postazione di controllo proprio all'interno del Palazzo di Giustizia fatta allestire conformemente per le necessità di controllo e sorveglianza.

Il nuovo ufficio era chiamato a vigilare l'ingresso e gli spazi adiacenti con controllo delle piazze, con particolare attenzione al fatto che presso lo stesso Palazzo di Giustizia, in quel periodo, avevano la propria sede altri Uffici Giudiziari, quali i Tribunali, le RR. Preture e le Cancellerie che non consentivano una soluzione di continuità ai rispettivi lavori da compiersi nell'interesse della Giustizia e delle parti in causa.

L'Ufficio del Commissariato era stato dotato di un telefono diretto e sarebbe stato in continuo contatto con gli Uffici della Questura, alla quale doveva, per ogni giorno d'udienza, far pervenire una relazione succinta relativa a quanto accaduto in aula durante i dibattimenti e gli interrogatori.

I servizi di P.S. dovevano essere inoltre presenti anche nell'Aula della Corte stessa; era compito del magistrato della Corte di Assise, o, in sua assenza, del regio procuratore generale, comunicare con il vice commissario predisposto e a lui impartire ordini di P.S da predisporre nella Corte stessa.

A ridosso del Palazzo di Giustizia, la vigilanza si sarebbe intensificata, prevedendo un cordone di militi volontari che si sarebbe disposto lungo Piazza Vittorio Emanuele, appoggiando l'ala di destra al Campanile di San Giustino, e «l'ala di sinistra al Palazzo Mezzanotte che a mezzo del suo colonnato, opportunamente isolato, si presta ad assicurare il naturale accesso al Palazzo di Giustizia» di una serie di figure, quali: magistrati, giurati, avvocati del processo, giornalisti locali, corrispondenti nazionali ed internazionali. Coinvolta nell'anello di sicurezza che interessava il Palazzo di Giustizia era anche ricompresa un'attività commerciale che in quel momento era ubicata proprio sotto il Palazzo; si trattava di uno spazio ampio adibito a «magona della ditta Rapposselli», tale spazio doveva essere sottoposto a controllo diurno e notturno, ispezionato e controllato soprattutto alla chiusura dell'attività. Il Palazzo di Giustizia era anche lo spazio in cui erano conservati i corpi di reato, e, tra questi, l'automobile utilizzata per il sequestro; per questo motivo, lo stabile era maggiormente sotto sorveglianza, compresi i possibili passaggi nel sottosuolo come si legge nella documentazione archivistica, nel caso vi fossero stati cunicoli segreti. Al pubblico, che avrebbe assistito alle udienze, si sarebbe riservato altro ingresso aperto sulla piazza, attraverso la necessaria interruzione del cordone di militi; all'apertura del passaggio, un funzionario con due pattuglie di carabinieri avrebbe vigilato sull'ingresso alla struttura. Una preoccupazione maggiore poteva esserci per i giorni di martedì e di

sabato nei quali nella piazza antistante il Palazzo di Giustizia si tenevano dei mercati rionali di «tessuti e terraglie».

Un controllo molto articolato interessava anche le Carceri Giudiziarie di San Francesco destinate ai detenuti inquisiti nel processo. Queste erano alla diretta dipendenza del Re e di un Ispettore Generale che era stato inviato per l'occasione direttamente dalla Direzione Generale delle Carceri; un picchetto armato di quattro soldati avrebbe assicurato un controllo congruo alla permanenza.

Presso l'Istituto, si era provveduto a far installare una linea comunicativa attraverso filo diretto per eventuali comunicazioni urgenti. Dalle carceri, i detenuti avrebbero seguito un itinerario stabilito e il loro accesso al Palazzo di Giustizia avveniva attraverso un ingresso di loro esclusivo utilizzo; ad ogni traduzione, le vie cittadine erano presidiate da pattuglie con il fine di impedire che soggetti comuni o facinorosi potessero ostacolare il corteo: tale attività era stata affidata all'Arma del RR. CC.

Anche in questo caso, un imponente dispiego di uomini contribuiva a rendere militarizzata una piccola città in cui ci si apprestava ad ospitare un processo che, come più volte ribadito, non sembrava essere di alcun interesse né rilevanza!

Anche nei pressi dei «Bagni Pubblici» si sarebbe insediato un posto di polizia costituito da ben 20 uomini di RR. CC., e anche qui un telefono diretto con la Questura avrebbe facilitato interventi repressivi in caso di sommosse o altro.

Piuttosto articolata, come si legge nel IV punto dell'Ordinanza, era l'organizzazione della sicurezza presso la Stazione Ferroviaria di Chieti. Tale sito richiedeva un controllo pedissequo e attento, per questo era stato istituito per la circostanza un Ufficio di P.S. con a capo un commissario e due vice commissari.

L'Ufficio doveva assicurare controllo e vigilanza su tutti i treni in arrivo e partenza «in correlazione ad analoghi servizi di scorta a tutti i treni viaggiatori di passaggio per Chieti già pre-

disposti dal Ministero degli Interni»⁽³³⁾. Ciascun viaggiatore in arrivo e partenza era oggetto di osservazione attenta da parte di agenti in borghese, confusi tra i viaggiatori stessi; era, inoltre, previsto che i tram della Ferrovia Elettrica fossero scortati da uomini di RR. CC. in divisa sia alla partenza da Chieti Scalo, sia al ritorno da Piazza V. Emanuele.

Il Ministro Crispo Moncada in un telegramma del 13 marzo 1926, n. 5834, si raccomandava affinché le misure di sicurezza fossero ben osservate. Nel ricordare che il processo era sul punto di aprirsi, intimava che «nessuna squadra di nessun genere *doveva* recarsi in città. Raccomando rigorosa vigilanza, anche su elementi sovversivi, nonché sul personale ferroviario vagone letto, sospetto favorire introduzioni regno stampa sovversiva o contraria ordine nazionale. Avverto che ogni negligenza sarà severamente punita»⁽³⁴⁾.

Le disposizioni ricomprese nell'Ordinanza non tralasciavano nulla al caso considerato che si fece presente anche la necessità di sorvegliare il personale delle fabbriche nel chietino. Il timore principale risiedeva nel fatto che tra gli operai potessero nascondersi figure sovversive⁽³⁵⁾.

Oltre gli adeguamenti voluti dall'Ordinanza, che si aggiungevano ai normali controlli ordinari, doveva essere ben presidiato anche l'esterno della città; un anello di protezione, infatti, interessava tre zone specifiche presidiate sia di giorno che di notte da ben tre posti di guardia: Sant'Anna (cimitero), Tricalle (Villino Iezzi), Santa Maria della Galvona (Fornace Femminella); l'obiettivo era quello di impedire a facinorosi, sovversivi, esaltati provenienti da comuni limitrofi di accedere alla città e di turbare o sabotare l'ordine pubblico. Questo anello militarizzato avrebbe stretto la città di Chieti, e sarebbe stato indispensabile per sorvegliare, non solo azioni individuali, autorizzate solo previa verifica

⁽³³⁾ Cfr. testo dell'*Ordinanza*.

⁽³⁴⁾ Cfr. ASCh., Carteggio Matteotti.

⁽³⁵⁾ Sul punto, cfr. M. BENEGIAMO, *A scelta del Duce: il processo Matteotti a Chieti*, L'Aquila, 2006, 43 ss.

delle autorità predisposte, ma il cordone pragmatico di ispezione esprimeva anche una volontà di controllo di natura ideologica e comunicativa, con il fine di restituire all'opinione pubblica la percezione di un evento di poco conto, per l'appunto un processo anonimo e «di poco interesse».

Tuttavia, benché si potesse ritenere ben serrato e fitto l'organigramma degli uomini e i presidi agli spazi di interesse, nei giorni antecedenti l'emissione della sentenza, ci si rese conto di quanto fosse necessario intensificare e rafforzare ulteriormente l'anello di sicurezza intorno alla città, nonché presidiare in maniera più incisiva alcuni siti ritenuti più vulnerabili.

In tal senso, fu il questore Grazzini ad emanare un nuovo ordine di servizio con effetti da aversi nel giorno della sentenza stessa, informando che era necessario «impedire energicamente manifestazioni sia a favore sia contro gli imputati». Con il nuovo ordine si voleva intanto rinforzare il picchetto in servizio alle carceri di San Francesco con ben 50 uomini di truppa in aggiunta a quelli già dispiegati, mentre altri si sarebbero successivamente portati sul sito per il rientro dei detenuti stessi.

Nello stesso giorno, per le ore 13, ben un centinaio di uomini di truppa e 20 uomini di RR.CC. dovevano presidiare l'atrio del Palazzo Municipale, il Palazzo di Giustizia veniva invece monitorato con un rinforzo di 50 militari di truppa; la nuova linea poi prevedeva un ulteriore consolidamento importante di uomini presso la Villa Comunale e il Villino della Cooperativa Impiegati, sito, quest'ultimo, che ospitava R. Farinacci e altri avvocati presenti al processo.

Il controllo delle vie dell'intera città restava sotto la vigilanza del vice comm. cav. Lisi, al quale era stato dato incarico di ispezionare le zone cittadine «tenendo specialmente di mira gli individui sospetti in linea politica e procedendo al fermo di coloro che non *potevano* giustificare la loro presenza in città»; era stato stilato un elenco di tutti i vicoli chiusi della città e preso nota di tutte le famiglie o abitazioni che potevano destare sospetti per motivi politici, come il caso di Desiderio Adalgiso, per lui il que-

store chiedeva una vigilanza riservata nelle ore in cui Desiderio era casa.

I funzionari di P.S., già presenti negli spazi del Palazzo di Giustizia per la sorveglianza e il controllo dell'ingresso alla Corte di Giustizia, venivano informati con tale nuova disposizione: «non sia ammesso soverchio pubblico e non sia consentito l'ingresso nella Corte stessa di persone sospette o noti quali sovversivi o comunque ostili al Governo della nazione»; vi era dunque una sorta di selezione del pubblico che assisteva al processo che restava sempre numeroso e molto attento, seguito soprattutto, da quanto si legge dalle relazioni che venivano fatte per ogni seduta dal funzionario incaricato, dal pubblico femminile.

Le missioni di organizzazione e gestione dell'ordine pubblico e la sicurezza nei giorni del processo furono così attenti e meticolosi che il 1 aprile al Prefetto di Chieti perveniva, su volere del Ministro Moncada, un invito da rivolgersi a nome del Ministero dell'Interno, direzione generale di P.S., proprio al questore Grazzini, ai Funzionari di P.S. e alla Questura stessa «per l'operosità e lo zelo di cui hanno saputo dar prova nei complessi e delicati servizi attuati nel recente processo 'Matteotti'» ⁽³⁶⁾.

Ora, se davvero di Chieti si elogiarono la natura pacata e asseriva, fedele, rassicurante e se davvero questo elogio gridato dai giornali del Regime era autentico e non funzionale ad altri aspetti, perché la necessità di un dispiego tanto imponente di uomini che prestavano servizio nella P.S., di militari che furono convogliati a Chieti da diverse regioni italiane, di rinforzi, e ancora la lunga e dettagliata Ordinanza emessa esclusivamente in occasione del processo, a cui si aggiunge la meticolosa organizzazione di gestione della comunicazione tra Chieti e il Ministero degli Interni intorno a quanto accadeva durante le ore del dibattimento? Come si potrebbe giustificare il dispiego di una macchina organizzativa così articolata e ponderosa per i soli fini di ordine e sicurezza in una città dai profili piuttosto pacati, da come si era detto?

(36) ASCh., Carteggio Matteotti, Questura di Chieti, V versamento, b. 42, *fasc.* 19.

Di fatto, leggendo la documentazione archivistica chietina ci si trova al cospetto di un'ingegneria organizzativa — quella che coinvolse le forze umane messe a disposizione — che tradisce quanto si legge nelle colonne del *Corriere* o in altri quotidiani; sostanzialmente, Chieti doveva diventare la «tomba» del processo Matteotti, ma le evidenze storiche hanno restituito altre risposte.

6. Il processo “non comunicato”.

La città, piuttosto, contrariamente a ciò che ci si auspicava, ha fatto da cassa di risonanza ad un evento che si sarebbe voluto come tacito, irrilevante, da classificare come atto processuale anonimo, pur consapevoli, i più, che non sarebbe stata azione agile condurre un processo silenzioso con gli antefatti e, successivamente, i presupposti che iniziarono ad emergere appena dopo le ore convulse dalla scomparsa dell'on. G. Matteotti, e poi dal momento del ritrovamento del corpo.

Inaspettatamente, Chieti è arrivata ad assurgere a quasi paradigma antesignano di uno spazio materiale e immateriale, plasmato inaspettatamente per diventare testimone di un evento di levatura internazionale, diversamente da quanto alcuni quotidiani ebbero a scrivere o che parte della stessa opinione pubblica e stampa si proponeva di ammantare, seguendo chiare direttive.

Era direttamente il Ministero dell'Interno a chiedere di essere costantemente informato su quanto accadeva a Chieti; e, a poche ore dall'inizio del processo, il 15 marzo il Prefetto di Chieti, scrivendo al Gr. Uff. Dott. Gino Gasperini, Capo del Gabinetto di S.E. il Ministro dell'Interno, lo rassicurava sul fatto di aver preso tutti gli opportuni accordi affinché il Governo potesse essere «continuamente ed esattamente informato» dello svolgimento del processo Matteotti.

Sarebbe stata responsabilità dell'Ispettore Generale di P.S., comm. Angelucci, di permanenza al Palazzo di Giustizia, informare attraverso la comunicazione telefonica diretta delle varie fasi del dibattimento. Come ulteriore rassicurazione, il Prefetto scriveva: «il rappresentante dell'Agenzia Stefani diramerà a più

riprese, nel corso dell'udienza, opportuni comunicati, d'accordo con un funzionario di mia fiducia da me incaricato del delicato servizio. Ogni sera al termine dell'udienza invierò poi un telegramma riassuntivo ed in piego raccomandato la traduzione di quanto è stato raccolto dagli stenografi».

Il problema di ciò che usciva fuori dalle udienze preoccupava non poco il Governo e i giornalisti filo-fascisti. Illuminante una conversazione o 'Nota di Servizio' tra la sede torinese de *La Stampa* e, verosimilmente, l'inviato a Chieti: da Chieti si chiedeva di sopprimere le interruzioni del Dumini durante l'interrogatorio dell'imputato Poveromo «riflettenti la vendita del memoriale di Filippelli alla massoneria». Il corrispondente da Chieti rivela che tutti i giornalisti fascisti erano stati convocati per essere informati «di non mandare più di tre colonne di roba», così da screditare l'evento, confinando l'opinione pubblica ad una conoscenza non reale dei fatti, ma contratta attraverso una serie di strategie.

Significativo, a tal proposito, quanto scritto in un articolo apparso il 21 Marzo del 1926 e pubblicato sul *Popolo d'Italia* ⁽³⁷⁾ i cui contenuti e motivi sono smentiti, invece, da una realtà ben diversa, confermata dalla maniacale necessità di sorveglianza delle informazioni e del contenimento di qualsivoglia giudizio in merito al processo stesso e ai suoi protagonisti.

A poche ore dalla pronuncia della sentenza, si scriveva, infatti, che «il processo di Chieti non solo non ha emozionato la Nazione ma non l'ha nemmeno interessata»; un'interpretazione e una lettura evidentemente funzionali ad un solco tracciato a monte, considerate le evidenze che emergono appunto dalla lettura della documentazione archivistica relativa al processo.

La scelta di scrivere: «emozionato la nazione» non è casuale, ma il suo impiego tradisce a monte il presupposto per il quale la si sceglie, confermando involontariamente che fosse quello il timore maggiore, ovvero, 'emozionare' non solo con un coinvol-

⁽³⁷⁾ Il ritaglio giornalistico è presente in ASCh., Carteggio Matteotti, Questura di Chieti, V versamento, b. 42, fasc. 13.

gimento di sentimenti e partecipazione, ma con un coinvolgimento che avrebbe potuto comportare un'azione di schieramento e di giudizio di disvalore verso la persona del Duce, l'operato del Governo e le sue implicazioni, seppur emerse in quel momento solo in parte.

Come riferisce il cronista ⁽³⁸⁾, pare che «i fascisti» non avessero dimostrato alcun interesse per il dibattito, anzi, solo indifferenza, in quanto l'evento in sé non interessava «né al Partito né al Regime»; in realtà, il pubblico numeroso che assisteva alle udienze, sia locale, sia proveniente da fuori Abruzzo, esclusi giornalisti e testimoni, è sufficiente a fare crollare il castello di falsa informazione intrecciato intorno all'interesse per il processo da parte della cittadinanza.

L'obiettivo era quello di restituire del processo chietino un'immagine del tutto simile ad altri processi fascisti: ovvero processi che erano passati, come si legge, «tra la noia universale» o che si sarebbe voluto far passare sotto questa veste. L'assunto dell'articolo induce a pensare che a Chieti si fosse scelto di adottare precedenti linee già altrove sperimentate, sottovalutando, e non tanto inconsapevolmente, che l'assassinio dell'on. Matteotti intrecciava aspetti che sarebbe stato davvero difficile riuscire a soffocare, come accaduto, verosimilmente, in altri «processi fascisti».

Stupisce l'attenta cura con la quale il cronista si preoccupa di sottolineare come, dopotutto, alcuni quotidiani nemmeno si fossero preoccupati di scrivere delle righe sul processo stesso, ma, soprattutto, quel processo non era, o non doveva essere, di interesse per nessuno, «e se qualcuno poteva ritenerlo di interesse», continua, «questi erano solo gente di mediocre levatura intellettuale. [...] D'altra parte tutto fu già detto dal punto di vista politico ben prima del processo. A Chieti non si seppelliscono le

⁽³⁸⁾ In riferimento al passo giornalistico, alcune interpretazioni ritengono che, per stile e tono, il corsivo non firmato nel testo potrebbe essere attribuibile a Mussolini. Si veda a tal proposito *Matteotti e Mussolini. Vite parallele. Dal socialismo al delitto politico*, Milano, 2024.

opposizioni, perché le opposizioni sono già da quindici mesi nella tomba, e sono oramai non solo putrefatte, ma ridotte a polvere vile» (39).

Con tale chiusura, però, così facendo, il cronista tradisce ancora la sua posizione, confermando invece la linea che il potere centrale aveva in cuore di seguire, rivelando indirettamente i timori stessi del Regime e la parabola che nel processo chietino si voleva evidentemente evitare: ovvero che il processo si trasformasse in un processo politico con il rischio che in questa veste potesse essere recepito all'esterno dall'opinione pubblica.

Infatti, era proprio questo uno dei rischi che si voleva scongiurare — soprattutto da parte di Mussolini — e, in tal caso, l'azione di restituzione all'esterno di ciò che sarebbe accaduto in aula di Corte d'Assise e nella città di Chieti si configurava quale azione delicata che richiedeva attenta gestione di informazioni e condotte. Una presa di posizione, quella del cronista, certamente orientata a gettare discredito sull'evento, e indirettamente, sulla persona, minimizzando il tutto, e tentando di influenzare l'opinione pubblica sulla natura trascurabile ed influente del caso.

L'elemento di discredito e l'azione di minimizzare il processo facendo scolorire progressivamente la sua levatura e spostando l'attenzione sulla città, sulla generosità e accoglienza della terra abruzzese — anziché sull'evidenza dei fatti — si riscontra essere strategia comunicativa adottata ripetutamente nel contesto dell'evento chietino.

La presenza nel Carteggio Matteotti di una minuta con scritto «*Il Popolo d'Italia*» restituisce un motivo di riflessione. Era il cronista del detto giornale che riportava la risposta del suo Direttore ai «collegi e camerati della provincia di Chieti per aver fatto pervenire diversi inviti (al Direttore) dalle loro sezioni per il suo ipotetico soggiorno a Chieti durante il processo».

La risposta del direttore de *Il Popolo d'Italia* è severa, tagliente e perentoria, quasi animata da rabbia e, con toni irritati,

(39) ASCh., Carteggio Matteotti, Questura di Chieti, V versamento, b. 42, fasc. 13.

informa di non «aver mai pensato di recarsi a Chieti per seguire le vicende di un processo ordinario nel quale il partito fascista non c'entra e per il quale il 'Popolo d'Italia' si interessa semplicemente come giornale», e specifica che «per il servizio di cronaca abbiamo inviato il nostro diligente ed intelligente redattore Enrico Rocca» ⁽⁴⁰⁾.

Ora, sembra che dietro il pretesto del «servizio di cronaca» — in questa sede fatto passare quale dovere deontologico della redazione giornalistica — in realtà, si celi il proposito di scrivere lo stretto necessario, al massimo per dovere di cronaca, senza esitare troppo.

In questo modo, si sarebbe contribuito a restituire l'idea di un processo anonimo, di scarso interesse, soffocando polemiche che potevano insorgere se si fosse indugiato su qualche aspetto del processo o su chi, direttamente o indirettamente, vi era coinvolto.

A differenza di quello che alcuni quotidiani ebbero a scrivere nelle loro colonne per far passare tale processo come evento di disinteresse per la Nazione e che avrebbe destato poche curiosità, in realtà, suscita perplessità leggere sull'Ordinanza un assunto in evidente antitesi: «Compito principale delle autorità dirigenti i vari servizi è quello di assicurare che il processo stesso, *non privo di interesse e di una diffusa curiosità*, si svolga [...] conformemente alle intenzioni superiormente manifestate, le quali esigono che la massima disciplina sia da tutti osservata e mantenuta». Nel leggere questo stralcio, sembrerebbe che ci fosse invece piena consapevolezza della caratura del processo e della sua autorità in termini di comunicazione, interesse e attrattiva.

Questa necessità esplicitata nell'Ordinanza era riconducibile ad una serie di motivazioni, e tra queste non sembrava emergere il bisogno di cura da manifestarsi verso l'intero evento, come a proteggerlo da ulteriori attacchi ingiustificati provenienti dall'esterno. L'atteggiamento di attento controllo delle istituzioni, del loro

⁽⁴⁰⁾ ASCh., Carteggio Matteotti, Prefettura di Chieti, Gabinetto della Prefettura di Chieti, III versamento, b. 35 bis, *fasc.* 13.

operato e della stampa stessa era dovuto, tra le diverse letture che si potrebbero avanzare, al timore di ciò che del processo potesse essere recepito all'esterno, sia in Italia, ma ancor più all'estero, e delle conseguenze che questo avrebbe comportato. Non si dimentichi che per il processo Matteotti furono accreditati corrispondenti e giornalisti provenienti da diverse parti del mondo; in alcuni momenti cruciali delle udienze erano presenti in aula oltre sessanta cronisti. Testate giornalistiche francesi, inglesi, del nord Europa seguirono ogni fase del dibattimento, ma non solo, nei giorni del processo Chieti divenne il crocevia di arrivi e partenze di figure che avevano interessi politici e personali; non sempre direttamente legate alle vicende di Matteotti, come Cesare Forni, presente a Chieti per evidenti motivi che lo legavano a Dumini il quale, informato del suo arrivo, non esitò ad esprimere in una comunicazione viva preoccupazione per i propri familiari venuti a Chieti.

Per ciascun giornalista accreditato vi era una scheda dettagliata sulla qualifica, la città dove pubblicava, il giornale che rappresentava e poi, qualora fosse stato necessario, si potevano notare delle osservazioni o note a margine con indicazioni che potevano essere utili per eventuali atti di vigilanza o di segnalazione, come accaduto per il corrispondente Oscar Del Re dell'*Avvenire*.

Particolare attenzione era data ai contenuti che i corrispondenti di quotidiani nazionali ed internazionali avrebbero fatto uscire dalle mura della città chietina. Il controllo sull'informazione e la comunicazione, non solo giornalistica, doveva passare attraverso una fitta rete di controlli e censure, di letture preliminari prima di varcare i confini della città.

Indicativi sono, non solo le dettagliate cronache degli arrivi e delle partenze che interessavano cronisti e visitatori accreditati, ma anche le stesse linee telefoniche che erano state riviste e sottoposte ad una nuova ingegneria di trasmissione. Sorprende, in tal senso, la mole di telegrammi cifrati che pervengono a Chieti e che da Chieti vengono inviati, (alcuni dei quali, in parte, tradotti dal ricevente).

In un documento di interlocuzione tra il cav. Roveta, dell'Uff. Telefonico di Chieti, e il comandante Pession, del Gabinetto Poste

di Roma, il riferimento alla necessità di una «censura politica» è ben esplicito, con stupore per la severità e l'intransigenza che gli organi coinvolti avrebbero dovuto esercitare e su cui la vigilanza doveva essere severa ed intransigente. Nonostante la celerità del servizio di adeguamento e l'impiego di uomini nel coprire le richieste sopraggiunte, si leggono di perplessità importanti circa la moralità di alcune scelte.

È lo stesso cav. Roveta, infatti, a restare interdetto per la disposizione «di fare un impianto, con inclusione diretta sulla linea, una vera propria censura, con l'ordine di interrompere eventualmente le comunicazioni dei giornali. Ora per fare ciò, bisognerebbe che fosse destinato a tale servizio un funzionario che ben conosca le voci dei vari corrispondenti» ⁽⁴¹⁾.

Il problema non era solo di ordine morale, ma anche fattivo, perché questo tipo di impianto avrebbe richiesto l'impiego di una figura in grado di riconoscere le voci che di lì sarebbero transitate, così da interrompere o bloccare quelle conversazioni non opportune. Il comandante Pession, in merito alle attività di «censura politica», avverte di non avere competenza d'Ufficio; loro avrebbero dovuto solo garantire il buon andamento del servizio telefonico evitando che il nuovo impianto non fosse di disturbo alle comunicazioni, e che solo il Ministero dell'Interno si poteva occupare di questo aspetto, inviando funzionari sul territorio. In questo caso, il Prefetto avrebbe potuto dare giusta risposta, di fatto, si trattava di un centralino a 5 linee di comunicazione con il quale si rischiava di disturbare l'intero apparato comunicativo con risvolti pericolosi. Il 14 marzo, lo stesso Roveta contattava gli Uffici di San Valentino e si raccomandava sul fatto che di lì a poche ore sarebbero iniziati i servizi giornalistici e bisognava vigilare perché il Ministero dell'Interno controllava ogni passaggio; tale raccomandazione era stata già rivolta agli altri distretti e Uffici Telefonici sul territorio.

⁽⁴¹⁾ ASCh., Carteggio Matteotti, Prefettura di Chieti, Gabinetto della Prefettura di Chieti, III versamento, b. 35 bis, *fasc.* 13.

Il Secolo di Milano, titolando il suo articolo del 5 marzo 1926 «Alla vigilia del processo Matteotti» ⁽⁴²⁾, si preoccupava di sottolineare come da parte del Governo ci fosse stato un pieno interesse nel garantire che tutto il tempo dell'evento potesse svolgersi dentro un'organizzazione puntuale dei servizi che sarebbe stato opportuno garantire nei giorni del processo.

I nuovi impianti telefonici e telegrafici dovevano essere rapidi e sicuri così da garantire «agli inviati speciali dei principali giornali italiani ed esteri di svolgere ed assicurare i servizi per modo che il pubblico potesse essere compiutamente informato». Risulta, però, che dette linee, seppur ben funzionanti, come emerge dalla testimonianza di alcuni giornalisti, si siano rivelate poco efficaci per altri giornalisti che iniziano a nutrire dubbi sulla trasparenza delle comunicazioni e sul loro controllo pilotato.

Ci si stupiva, infatti, del fatto che alcuni colleghi nei giorni del processo riuscissero a comunicare con le proprie sedi giornalistiche senza alcun ostacolo alla comunicazione, mentre altri lamentavano delle difficoltà di trasmissione delle informazioni.

Il 17 marzo il corrispondente da Chieti per *La Stampa* si lamentava infatti con il suo interlocutore a Roma del fatto di non riuscire a farsi capire dallo stenografo, diversamente, il corrispondente della *Gazzetta del Popolo* riusciva a comunicare perfettamente senza deviare la comunicazione per Roma. Il giornalista rifletteva ironicamente sulla vicenda con il suo interlocutore e diceva: «Colpa di chi? Degli apparecchi telefonici di redazione? È un bel mistero... capisci?» ⁽⁴³⁾.

La censura nelle informazioni e nella comunicazione giornalistica non risparmiò neanche la frangia filofascista dei quotidiani locali, e accadde che proprio verso le loro scelte venne destinato un acceso e violento richiamo da parte di Mussolini.

Era il 21 marzo in tarda serata quando Chieti riceveva un te-

⁽⁴²⁾ Il ritaglio di giornale è conservato in ASCh., Carteggio Matteotti, Questura di Chieti, V versamento, b. 42, fasc. 22.

⁽⁴³⁾ ASCh., Carteggio Matteotti, Prefettura di Chieti, Gabinetto della Prefettura di Chieti, III versamento, b. 35 bis, fasc. 13.

legramma cifrato, sottoscritto da Mussolini e destinato al Prefetto affinché ne prendesse atto e intervenisse immediatamente sul territorio.

Il telegramma non è leggibile, un'alternanza di numeri e pochissime lettere ne impedisce la trascrizione. Nonostante ciò, nella stessa cartella che conserva il telegramma, sono presenti due carte che riportano lo stesso numero del telegramma e, verosimilmente, quella che dovrebbe essere la trascrizione del detto telegramma; che si tratti della trascrizione del telegramma sarebbe confermato, oltre che dai toni dei contenuti, anche dal fatto che alcune delle parole scritte nel telegramma cifrato sono le stesse che si possono leggere nei due fogli, ragione per cui si può confermare lo stretto nesso tra questi documenti il cui contenuto è di seguito riportato.

«N. 6429 ⁽⁴⁴⁾ Roma 21 Marzo 1926 - Voglia significare redattori locale foglio fascista che disapprovo e deploro nella maniera più energica tutto quanto essi hanno stampato concernente processo Chieti. Trattasi di pubblicazioni in gran parte antifasciste e molto spesso semplicemente grottesche. V.S. è autorizzata a dare integrale visione di questo mio severo giudizio ai locali scrittori foglio fascista. Ordino poi a V.S. = e dico ordino = di sequestrare foglio se farà commenti all'esito del processo qualunque esso sia. Dichiarazioni gerarchie partito su limiti e natura processo sono state esplicite e solenni e i fascisti dirigenti di Chieti hanno l'obbligo morale di attenersi strettamente. Gradirò notizie. Mussolini» ⁽⁴⁵⁾.

È evidente che Mussolini avesse ricevuto informazioni o avesse lui stesso letto i contenuti dei quotidiani ed era rimasto particolarmente colpito per come dei giornali fascisti avessero disatteso la linea da seguire in merito al 'processo comunicato'.

Nella nota da lui sottoscritta si rivolge in maniera energica ai

⁽⁴⁴⁾ ASCh., Carteggio Matteotti, Prefettura di Chieti, Gabinetto della Prefettura di Chieti - III versamento, b. 35 bis, *fasc.* 13.

⁽⁴⁵⁾ ASCh., Carteggio Matteotti, Prefettura di Chieti, Gabinetto della Prefettura di Chieti, VII versamento, b. 33, *fasc.* 407.

locali quotidiani chietini, nello specifico, al *Nuovo Abruzzo* ⁽⁴⁶⁾ (Anno II, n. 11 del 21 marzo 1926), disapprovando in maniera energica tutto ciò che era stato scritto sul processo Matteotti in quanto ritenute pubblicazioni antifasciste «e molto spesso semplicemente grottesche». Apostrofa il suo intervento come «severo giudizio ai locali scrittori foglio fascista», e seguita con tono fermo: «ordino e dico ordine di sequestrare foglio se farà commenti all'esito del processo qualunque esso sia».

Il passaggio al quale Mussolini alludeva poteva essere il seguente: «Crediamo opportuno risparmiarci la cronaca del processo, fermi ad attendere l'esito finale, che siamo sicuri, farà dei giurati di Chieti i vindici ultimi e supremi delle turpi opposizioni» ⁽⁴⁷⁾; verosimilmente, il diretto riferimento alle opposizioni e l'attesa del verdetto come se fosse oggetto di interesse del partito avevano preoccupato Roma.

Il Prefetto di Chieti, nel ricevere la comunicazione, già dal giorno successivo si adoperava nel rendere informate le figure coinvolte di quanto severamente esternato da Mussolini; ed è lo stesso Prefetto a rassicurare Roma in una sua relazione di quanto aveva ritenuto opportuno fare già dai giorni precedenti la consegna della nota n. 6429, dopo aver letto lui stesso alcuni articoli.

Infatti, rispondendo ed indirizzando la sua relazione all'on. Luigi Federzoni, scrive che, unitamente alla sua sintesi, inviava anche i numeri 8-9-10 e 11 del foglio locale fascista, *Il Nuovo Abruzzo*, il giornale imputato. Il n. 8 e il n. 10 erano quelli «che contenevano un trafiletto e alcune frasi evidentemente inopportune»; a detta del Prefetto, però, questi erano stati pubblicati prima del processo e, con molta probabilità, «localmente erano passati pressoché inosservati per la scarsa diffusione del giornale».

Che i contenuti di quei numeri non fossero in linea con le di-

⁽⁴⁶⁾ La copia cui qui si fa riferimento è conservata presso ASCh., Carteggio Matteotti, Prefettura di Chieti, Gabinetto della Prefettura di Chieti, III versamento, b. 35 bis, fasc. 13.

⁽⁴⁷⁾ ASCh., Carteggio Matteotti, Prefettura di Chieti, Gabinetto della Prefettura di Chieti, III versamento, b. 35 bis, fasc. 13.

rettive volute da Mussolini era stato evidente anche al Prefetto da subito e, per questo motivo, ammette di aver ritenuto opportuno informare anche il sottosegretario ai fasci, comm. Bottari, sottolineando allo stesso «l'inopportunità di quanto era stato stampato e la convenienza di disporre che il giornale tenesse una linea di condotta intonata all'opportunità del momento». Dopo gli interventi e il richiamo alla disciplina, il Prefetto ammette che «il giornale fu completamente intonato».

Il Prefetto informa di aver contattato il redattore e di averlo messo dinanzi alle proprie responsabilità, ma, nonostante ciò, lo stesso si era difeso dicendo che «le dichiarazioni e le frasi incriminate corrispondevano a commenti ed apprezzamenti contenuti in giornali fascisti — anche più importanti e diffusi — di altre province». Specifica che i numeri, prima della pubblicazione, erano passati già sotto un controllo degli organi centrali del partito i quali, non solo non avevano rilevato nessuna osservazione di rilievo, ma «avevano fatto sentire il loro compiacimento o assenso».

Nella relazione, nonostante questo incidente, il Prefetto rasserena di aver provveduto a ribadire la linea di condotta, e assicura che «occorrendo *avrebbe provveduto* con energia e con fermezza secondo gli ordini ricevuti», aggiunge che la condotta dei fascisti «è stata seria e intonata completamente alle necessità e opportunità politiche ed alle direttive del Governo», così come la manifestazione fatta in onore dell'arrivo di Farinacci, e chiude: «il processo si è svolto sin qui in un ambiente di serenità e pace, tanto che può essere giustificato il rilievo fatto di 'ambiente di quasi apatia'» e chiude dicendo che avrebbe continuato a spiegare «opera attiva e persuasiva» (48).

L'episodio appena circoscritto si intreccia con una vicenda accaduta nelle stesse ore in cui Mussolini inviava il suo telegram-

(48) I riferimenti alla lettera/relazione scritta dal Prefetto al Ministro L. Federzoni e il testo del telegramma n. 6429 sopra citati sono contenuti in ASCh., Carteggio Matteotti, Prefettura di Chieti, Gabinetto della Prefettura di Chieti - III versamento, b. 35 bis, fasc. 13.

ma. In merito a questo episodio, infatti, è possibile che il pretesto sia partito dal giornalista Oscar Del Re al quale venne sequestrata proprio una copia del *Nuovo Abruzzo* del 21 marzo (Anno II, N. 11). Ne abbiamo testimonianza da un documento 'riservatissimo' che il 24 marzo il Prefetto di Chieti invia al Ministero dell'Interno Direzione Generale di P.S. a Roma, informando del fatto che il Del Re avesse inviato in una corrispondenza 'fuori sacco' alla redazione di Milano dell'*Avanti* proprio copia del *Nuovo Abruzzo*, con le segnature rosse a cui ci si riferiva nella vicenda del telegramma n. 6429. Il Prefetto, infatti, riferisce che sulla copia era segnata «con matita rossa uno stelloncino in prima pagina quinta colonna ed una poesia latina in terza pagina in onore dell'on. Farinacci».

Il Del Re, da quello che si legge dal timbro postale sull'involucro che conteneva la copia del giornale, tenta di inviare il plico già il 20 marzo; questo fa pensare che avesse una copia in anticipo rispetto all'uscita del 21 marzo; Mussolini invia a Chieti il telegramma la sera del 21 Marzo avendo saputo evidentemente dei contenuti anche in merito alla vicenda accaduta al Del Re.

Come si legge nel documento 'riservatissimo' «tale corrispondenza, che allego, è stata opportunatamente intercettata dal direttorio Provinciale Poste per evitare che essa avesse dato all'*Avanti* lo spunto per commenti malevoli» ⁽⁴⁹⁾.

Il giornalista Oscar Del Re era figura nota a fascisti per la vicenda che nella città di L'Aquila aveva interessato l'avvocato Francesco Giacobbe, il quale si era suicidato dopo essere stato sequestrato, tra gennaio e febbraio del 1924, da uomini fascisti che lo avevano costretto a bere dell'olio di ricino. Dopo l'accaduto, era pervenuta a Roma una lettera scritta a macchina e senza firma, unita ad un articolo di giornale. Il Prefetto di L'Aquila, Sallicano, ben disposto verso i fascisti, scrivendo al Ministero fece sapere che ad inviare detta documentazione era stato proprio il Del Re o la di lui sorella, «allo scopo di far basse ed insussistenti insinua-

⁽⁴⁹⁾ ASCh., Carteggio Matteotti, Prefettura di Chieti, Gabinetto della Prefettura di Chieti - III versamento, b. 35 bis, fasc. 13.

zioni su questi fascisti» ⁽⁵⁰⁾.

I giornalisti presenti a Chieti erano numerosi, la linea editoriale eterogenea non permetteva al Regime di mantenere un controllo sulla voluminosa corrispondenza e, nonostante la vigilanza postale, erano ampiamente controllati ⁽⁵¹⁾.

I corrispondenti esteri, soprattutto quelli non filofascisti, presenti al processo, restavano interdetti su quanto accadeva nelle sedute di dibattimento. Il caso del corrispondente dell'*Umanità* di Parigi e la vicenda a lui accorsa restituiscono una fotografia nitida del reale clima processuale e del chiaro intento di allontanare responsabilità evidenti dal partito e dagli esecutori; si tratta di un documento che pur nella forma contratta dei contenuti, trattandosi di un telegramma, cristallizza una verità diretta e tagliente.

Il giornalista, Meunier Fernand, avendo assistito al dibattimento del 17 marzo — giorno nel quale iniziò il vero dibattimento come affermò lo stesso Presidente Danza — aveva deciso di informare la sua redazione con un telegramma che, però, venne prontamente intercettato. Non sappiamo se ne venne successivamente autorizzato l'invio, però, dello stesso, conosciamo i contenuti perché trascritti per opportuna conoscenza delle autorità.

Si era appena al secondo giorno di dibattimento quando il corrispondente dell'*Umanità* sintetizzava al suo giornale il processo, apostrofandolo con queste parole «Titolo: è proprio Matteotti che è stato rapito? Di bene in meglio!» ⁽⁵²⁾.

Il cronista ricordava che già in apertura del processo, durante il primo giorno del dibattimento e seguendo tutta la vicenda in aula, aveva avuto la sensazione che «non si *sapesse* più fra Duni e Matteotti chi dei due *avesse* ucciso l'altro»; al secondo giorno di dibattimento, il clima processuale si era fatto ancora più

⁽⁵⁰⁾ Cfr. R. CANOSA, *Storia dell'Abruzzo nel ventennio fascista*, Ortona, 2006, 67.

⁽⁵¹⁾ Sul punto, si rinvia alle dettagliate pagine di M. BENEGLIO, *A scelta del Duce: il processo Matteotti a Chieti*, L'Aquila, 2006, 89-94.

⁽⁵²⁾ I riferimenti che seguono relativi a questa circostanza fanno capo a documentazione presente in: ASCh., Carteggio Matteotti, Prefettura di Chieti, Gabinetto della Prefettura di Chieti, III versamento, b. 35 bis, fasc. 13.

surreale e, infatti, scrive: «Oggi non so più se sia Matteotti che è stato rapito».

Prosegue, e, con tono di incredulità a quanto aveva ascoltato in aula, riassume parte del processo: «Uscendo dalla sua casa il Matteotti ha commesso verso Dumini e compagni una vera provocazione ed è quindi il solo e vero responsabile della sua sorte», e aggiunge, incredulo: «Una discussione interminabile si inizia tra gli avvocati, il presidente e i testimoni per capire se è stato il 10 o il 9 giugno che il fatto è avvenuto. Questo miserabile pretesto è scelto con artificio della difesa per dimostrare che il dubbio e l'oscurità gravano sulla colpevolezza della banda Dumini. Ma il presidente segue volentieri gli avvocati su questo terreno dal quale il buon senso e l'onestà sono state bandite»⁽⁵³⁾: questo il punto di vista che riflette il reale andamento e tenore del processo all'on. Matteotti a Chieti. L'obiettività e la trasparenza delle riflessioni e delle impressioni del cronista contribuiscono a restituire una fotografia nitida del clima processuale e delle volontà e responsabilità che, da parte del Governo, si volevano attribuire al processo chietino.

7. Conclusioni.

La citazione in apertura al seguente contributo non rappresenta una nota di contrarietà o una considerazione di disapprovazione conseguente la lettura, ancora prima dei tempi previsti, della sentenza chietina emessa da parte del solerte giudice M. Giuseppe Danza, erto sullo scranno della Corte d'Assise di Chieti nel lontano 24 marzo del 1926, bensì sono le parole di condanna che l'on. G. Matteotti pronunciava durante la «mozione socialista contro ogni forma di violenza», avanzata in Parlamento durante la prima sessione, «discussioni», nella tornata del 31 gennaio del 1921. Qui, l'on. Matteotti condannava la complicità del Pnf con le massime autorità del Regno in provincia, figure quali, soprattutto, prefetti e questori.

⁽⁵³⁾ ASCh., Carteggio Matteotti, Prefettura di Chieti, Gabinetto della Prefettura di Chieti, III versamento, b. 35 *bis*, fasc.13.

La violenza, infatti, nelle sue camaleontiche forme, è sottesa, in ampia parte, non solo alle vicende personali attraversate dal Matteotti, uomo e figura politica, ma si annida in maniera incisiva nelle pieghe del contesto processuale; non solo quando ci si riferisce ai concitati momenti dell'aggressione fisica con le conseguenze che sono ben note, ma l'intero contesto processuale restituisce un magmatico ribollire di confinamenti del buonsenso, della morale, dell'equa giustizia, chiudendo con «lo scempio del diritto» di cui fu vittima l'on. Matteotti.

Il deputato socialista, nel suo acceso ed accorato proclama e nella lungimirante e chirurgica lettura della semiotica fascista nascente, cristallizzava quello che di lì a qualche anno riteneva si sarebbe configurata quale prassi normalizzata di «ortopedia sociale» — qui, prendo a prestito un'espressione foucaultiana — ma anche giuridica e politica ai danni di uno Stato che stava, secondo il vivo ed accorato sentire del Matteotti, lentamente abdicando ideali democratici ad un potere totalizzante.

Emerge limpida e chiara da tale posizione la formazione del Matteotti giurista, secondo il quale in ogni processo la corretta 'procedura' avrebbe garantito sempre un equo giudizio. Una corretta procedura che non ha caratterizzato, forse, nessuno degli appuntamenti giudiziari dei processi che hanno interessato la vicenda Matteotti, dove si è assistiti, invece, a ciò che Matteotti avrebbe definito appunto lo «scempio della legge». Un iter giuridico, quello che ha invece interessato il processo chietino, che si è profilato — fatta salva l'istruttoria romana condotta dal giudice Mauro Del Giudice — «una farsa giuridica» o, come ebbe a dire l'avvocato P. Galliano Magno, «una burla», legittimata nel suo compiersi da una serie di congiunzioni così profonde e dai risvolti tentacolari non facilmente contrastabili in quel momento, sia dalle opposizioni al Governo, sia da apparati non allineati al Regime.

Il 10 maggio del 1924, Matteotti inviava al suo maestro, Luigi Lucchini, nonché giurista e senatore, una lettera sul fascismo dal titolo: *Chi semina vento raccoglie tempesta*, testo che, lo stesso Lucchini, volle pubblicare sul *Rivista Penale*; questi i contenuti:

«La prepotenza e la violenza predicate e praticate dall'alto con la incosciente derisione di ogni principio di libertà, di giustizia, di legalità trovarono troppo facile favore e seguito in basso» ⁽⁵⁴⁾.

ABSTRACT: Il contributo intende riflettere sulla gestione del controllo sociale e della sorveglianza nei giorni del processo Matteotti a Chieti. Nello specifico, attraverso la lettura della documentazione archivistica ⁽⁵⁵⁾, il contributo intende analizzare quale sia stata la risposta della cittadinanza locale dinanzi ad un evento sociale dirompente, e come sia cambiato il contesto spaziale e la gestione della sicurezza sociale. Infine, attraverso l'analisi dei quotidiani del tempo, la ricerca indaga il rapporto tra stampa, comunicazione e opinione pubblica nei giorni del processo.

ABSTRACT: *This paper aims to reflect on the management of social control and surveillance during the 'Matteotti criminal trial' in Chieti. Specifically, through the analysis of archival documentation, the paper aims to analyze the local citizenry's response to a disruptive social event and how the spatial context and management of social security changed. Finally, through the analysis of contemporary newspapers, the research explores the relationship between the press, communication, and public opinion during the trial.*

⁽⁵⁴⁾ Cfr. M. FRANZINELLI, *Matteotti e Mussolini*, (versione digitale), testo a cui si è debitori per il riferimento citato.

⁽⁵⁵⁾ La documentazione archivistica inerente il processo Matteotti a Chieti, consultata per il seguente contributo, fa capo al patrimonio storico conservato presso l'Archivio di Stato di Chieti (nel testo ASCh.) - Carteggio Matteotti.

Regolamento Ammissione e Referaggio contributi.

1. PROPOSTA. I contributi proposti per la pubblicazione nella Rivista vengono inviati, in formato elettronico e/o cartaceo, dall'autore ad uno dei seguenti indirizzi (robertomartino@ilprocesso.eu; antoniobarone@ilprocesso.eu; redazione@ilprocesso.eu) e vengono sottoposti ad uno dei Direttori della Rivista.

2. NOMINA REFEREE. Uno dei Direttori (responsabile della procedura di referaggio) individua riservatamente un *referee*, esperto dell'area disciplinare a cui si riferisce il contributo, nell'ambito del comitato scientifico e di valutazione ovvero un *referee*, esperto dell'area disciplinare a cui si riferisce il contributo, esterno al comitato medesimo e agli altri organi della Rivista.

Su richiesta di almeno due direttori (responsabili della procedura di referaggio), è possibile individuare due referee (esterni agli organi della Rivista o nell'ambito del comitato scientifico e di valutazione) per la valutazione del contributo; anche in tal caso verranno seguite le regole di referaggio di cui al paragrafo 3, con il coinvolgimento di entrambi i Direttori responsabili della procedura di referaggio.

I nominativi dei *referees* esterni al Comitato di valutazione e agli altri organi della rivista verranno pubblicati nell'ultimo numero di ogni annualità della Rivista.

3. REFERAGGIO. Il valutatore individuato in maniera assolutamente riservata da uno dei Direttori esamina il contributo, trasmesso in forma anonima. Sarà accuratamente evitata, a cura della segreteria di redazione, l'identificabilità dello stesso, anche con la cancellatura di autocitazioni nel testo o in nota ed altri elementi atti ad identificare l'autore del contributo. Il valutatore compilerà un'apposita scheda anonima di valutazione, allegata al presente regolamento, che terrà conto delle seguenti caratteristiche del lavoro: originalità; metodologia, informazione, coerenza argomentativa. Le risultanze della valutazione saranno trasmesse dal valutatore al Direttore che gli ha

conferito l'incarico entro 15 gg. dalla ricezione del contributo. Per opere di particolare impegno il Direttore responsabile della procedura di referaggio potrà concedere una proroga di altri 15 gg. Inutilmente decorso il termine, il valutatore decade dall'incarico e il contributo verrà prontamente inviato ad altro valutatore, individuato nel rispetto delle modalità di cui al punto 2.

Il valutatore opera nel rispetto del codice etico della Rivista e dei doveri ivi indicati.

Il giudizio è espresso per iscritto in forma anonima e inoltrato, per via telematica o cartacea, dal valutatore al Direttore che gli ha conferito l'incarico.

Tutti i contributi pubblicati sulla Rivista saranno sottoposti alle procedure di revisione/valutazione di cui al presente regolamento, esclusi quelli indicati nell'art. 9, § 5 del regolamento ANVUR per la classificazione delle riviste per le aree non bibliometriche. Soltanto in casi eccezionali la Direzione può assumere direttamente la responsabilità della pubblicazione, segnalando la circostanza e le relative motivazioni in una nota nella prima pagina del contributo.

4. ESITO DEL REFERAGGIO.

La procedura può avere i seguenti esiti:

- Se la valutazione è favorevole per l'autore il contributo viene ammesso nella Rivista senza ulteriori formalità. - Se la valutazione ha esito negativo il contributo è rifiutato e si dà comunicazione all'autore, allegando la valutazione.

In caso di valutazione positiva, il valutatore può formulare commenti/suggerimenti che verranno trasmessi all'autore, in forma anonima, e quest'ultimo potrà o meno acquisirli a sua discrezione.

Le regole di cui al paragrafo 4 si applicano anche alle ipotesi di nomina di due *referee*, qualora entrambe le valutazioni espresse siano negative oppure positive. Qualora, invece, i giudizi dei due *referee* dovessero essere discordanti, è facoltà della direzione decidere sulla pubblicazione o meno del contributo, valutando la possibilità di sottoporre il contributo alla revisione di un terzo *referee* e procedendo alla pubblicazione in caso di valutazione positiva.

5. CONSERVAZIONE ATTI. Il materiale relativo alla procedura verrà conservato con la massima cura e riservatezza dalla segreteria di redazione, in formato cartaceo ed elettronico a disposizione dell'ANVUR o di altre Autorità di controllo.