

1. Il modello penalistico

1.1 La formula di *Hempel*

1.2 La teoria dei giochi

2. Il diritto punitivo

4. I modelli matematici

1. Il modello penalistico

L'assimilazione strutturale del processo amministrativo al processo civile e non a quello penale, dimostrata dall'art. 39, comma 1 CPA (*“Per quanto non disciplinato dal presente codice si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, in quanto compatibili o espressione di principi generali”*), è immanente, avendo entrambi ad oggetto controversie su rapporti giuridici e non l'accertamento di un reato.

L'assimilazione concettuale, dimostrata dall'assoggettamento del giudizio amministrativo al principio civilistico 'più probabile che non', trova fondamento su un altro piano:

1) il diritto amministrativo è un ordinamento che, come quello civile, utilizza categorie convenzionali (potere e provvedimento) che mediano tra il fatto e la norma, perché la legge amministrativa è formata da regole sociali, mentre nel diritto penale (reato) la corrispondenza tra fatto e norma è immediata, perché la legge penale è formata da regole scientifiche;

2) gli effetti dell'applicazione della norma da parte del giudice amministrativo sono analoghi a quelli derivanti dall'applicazione della norma da parte del giudice civile, nel senso che possono investire beni patrimoniali o personali, privati e pubblici, ma non la libertà individuale, né la sicurezza della comunità.

Dunque, nel processo amministrativo da un lato il fatto è marginale o comunque filtrato dall'atto, dall'altro i valori in gioco non sono tali da legare l'accertamento giurisdizionale al principio *b.a.r.d.*

Lo specchio di questa differenza è nell'art. 111 Cost., secondo cui:

“La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge.

Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata.

Nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico; disponga del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa; abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa

e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore; sia assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo.

Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore.

La legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita.

Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati.

Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge. Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra.

Contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione”.

I commi 3, 4 e 5 si applicano solo al processo penale.

Dunque, ancorché il concetto di verità non gli sia estraneo, il modello ordinario del processo amministrativo è profondamente diverso da quello penalistico¹.

Una conferma di questa distanza si ha da una recente decisione della Corte costituzionale sul rapporto tra giudizio amministrativo e giudizio CEDU, con cui è stata dichiarata infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 106 del codice del processo amministrativo e degli artt. 395 e 396 del codice di procedura civile, nella parte in cui non prevedono un diverso caso di revocazione della sentenza quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, par. 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo².

Su identica questione, relativa al rapporto giudizio penale e giudizio CEDU, la Corte aveva dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione dell'art. 117, comma 1 Cost. in relazione all'art. 46, par. 1 giudizio amministrativo e giudizio CEDU, l'art. 630 c.p.p. nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario per conformarsi a una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo³.

¹ Cap. XXXIII, § 1.2 e 1.3.

² Corte cost., n. 123 del 2017.

³ Corte cost., n. 113 del 2011.

Escludendo l'ampliamento dei casi di revocazione civile ed amministrativa, come invece era stato fatto per i casi di revisione penale, la Corte costituzionale ha evidenziato le differenze tra le due situazioni:

- a) nei processi civili e amministrativi non è in gioco la libertà personale;
- b) nelle materie diverse da quella penale, dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, non emerge, allo stato, l'esistenza di un obbligo generale di adottare la misura ripristinatoria della riapertura del processo;
- c) la decisione di prevedere la riapertura del processo è rimessa agli Stati contraenti i quali, peraltro, sono incoraggiati a provvedere in tal senso, pur con la dovuta attenzione per i vari e confliggenti interessi in gioco (fra cui la certezza dei rapporti giuridici e l'affidamento dei consociati);
- d) allo stato non esiste, in seno alla Convenzione, una larga maggioranza di Stati membri che abbia optato per la scelta della riapertura dei processi (civili o amministrativi).

Tuttavia, nell'ordinamento amministrativo si fanno strada materie, come il diritto punitivo e la prevenzione antimafia, che contemplano fattispecie prossime a quelle penalistiche, per le quali il processo si configura in termini più garantistici, anche per la spinta della giurisprudenza sovranazionale.

Questo fenomeno crea un duplice disagio: oggettivo e soggettivo, per quanto attiene alla capacità di adattamento rispettivamente delle forme processuali amministrative e dei magistrati amministrativi. Sorge, allora, la necessità di definire sistematicamente queste fattispecie e il regime processuale che devono seguire.

Ancor prima, però, occorre individuare i concetti di teoria generale che vengono in rilievo nell'operazione di implementazione dei principi penalistici nel corpo del giudizio amministrativo.

1.1 *La formula di Hempel*

Nelle materie indicate il procedimento con cui la pubblica amministrazione accerta il fatto è quasi sempre fondato sulla prova indiretta, per la natura dell'illecito e per i limiti che l'istruttoria amministrativa ha rispetto all'indagine penale.

Nell'esame del provvedimento che ricostruisce il fatto al giudice amministrativo si pone l'alternativa tra il modello unitario o molecolare – che postula una valutazione sintetica e globale degli elementi sintomatici dell'illecito adottati dall'Autorità, non senza peraltro averne preventivamente saggiato la valenza – e il modello pluralistico o atomistico, che propugna la disarticolazione delle sequenze argomentative sulla prova, sottoponendo a valutazione analitica ogni elemento principale o accessorio, per verificarne l'idoneità e l'efficienza dimostrativa.

Sullo sfondo del problema il noto enunciato secondo cui *quae singula non probant, simul unita probant*, la cui validità, pur universalmente accettata, è messa in crisi dall'ovvia – si direbbe algebrica – considerazione per cui la somma di debolezze gnoseologiche non può dare una conoscenza rafforzata.

In sede di teoria generale del processo è accreditata la concezione dialettica della verità, il cui fondamento muove dalla consapevolezza del carattere relativo delle conoscenze che si possono acquisire in sede di ricostruzione storica, e la cui convenienza epistemologica è il riflesso dei rischi connessi all'adozione di procedure dimostrative strutturate secondo lo schema, proprio delle verità formali, affermazione/negazione.

Tale approccio ha orientato l'elaborazione delle conoscenze giudiziarie verso il modello dell'inferenza abduttiva (argomentazione che mira a ricostruire la causa dagli effetti), con implicita rinuncia al raggiungimento di conclusioni qualificate dalla necessità (atteso che l'abduzione, quand'anche faccia applicazione di leggi universali, non consente – per il limite connaturato al pensare a ritroso – di affermare che l'unica causa possibile dell'evento *y* è sempre e soltanto *x*, tanto più considerando che il fatto oggetto dell'accertamento giudiziario ha natura complessa, sicché nella sua descrizione occorre dare spiegazione di una pluralità di effetti).

Il principio del contraddittorio non è più considerato solo come limite e controllo dell'attività dell'inquirente o del giudice, ma si eleva a forma logica del procedimento conoscitivo e, in definitiva, a garanzia dell'affidabilità dei suoi esiti. Le migliori elaborazioni – accolte dalla Corte di Cassazione⁴ – tendono a trasferire nel processo il metodo di ricerca scientifica elaborato da Popper di conferma/confutazione dell'ipotesi.

Nel descrivere l'argomentazione giudiziaria che si fonda sulla logica popperiana è utile ricordare la formula di Hempel⁵ $p(\mathbf{h}\mathbf{k}) = \mathbf{r}$, dove la probabilità (**p**) dell'ipotesi (**h**) è proporzionale al grado di informazione coerente (**k**), introdotta nel processo attraverso l'acquisizione dei mezzi di prova, ed al crescere di **k** aumenta il grado di resistenza (**r**) alla falsificazione dell'ipotesi.

L'ipotesi (la ricostruzione dei dati noti in chiave esplicativa del fatto, secondo la proposizione: «se nella realtà fosse accaduto l'evento *x* ciò sarebbe spiegazione degli elementi posseduti») deve essere verificata in virtù:

- 1) dei requisiti di logica generale;
- 2) del suo grado di elevata preferibilità rispetto ad ipotesi antagoniste;
- 3) dell'assenza di elementi che la contraddicano.

⁴ Cass. pen. sez. un., n. 30328 del 2002, *Franzese*.

⁵ C.G HEMPEL, *philosophy of natural science*, 1967.

Ne consegue che non occorre pervenire ad un'affermazione di mitica certezza sull'accaduto, ma piuttosto occorre verificare che la narrazione degli eventi conosciuti sia:

- capace di spiegare gli eventi medesimi;
- convalidata dagli elementi acquisiti, dotata di semplicità, non contraddetta da altri dati posseduti;
- prevalente su ipotesi alternative.

Un decisivo corollario di questa impostazione risiede nella convenienza gnoseologica che la parte interessata concorra a prospettare ipotesi alternative a quelle formulate da chi ne ha il potere: l'ipotesi alternativa, se è conforme a realtà, è conosciuta solamente dal protagonista, ed è coerente con il modello dialettico della verità che sia lo stesso ad allegarla. La scelta che è riservata all'accusato negli ordinamenti moderni, riconoscendogli il diritto al silenzio, non può dirsi allora neutra, ma può essere sottoposta al libero convincimento dell'autorità decidente.

Assumendo il compito di sistemare codesto apparato concettuale alla luce delle categorie del procedimento e del processo amministrativo e giurisdizionale una premessa è doverosa, essendo contestato che al processo (e, *a fortiori*, al procedimento) amministrativo possano applicarsi le categorie del giudizio penale.

Pur non potendosi predicare la totale equiparazione della cognizione giurisdizionale amministrativa al giudizio penale neppure nelle materie dove i due domini si avvicinano, la struttura logica del giudizio di fatto non muta: le acquisizioni del pensiero scientifico in tema di ricostruzione di accadimenti fisici non tollerano aprioristici limiti di applicazione. Si tratta, infatti, di leggi che governano i processi di conoscenza e sovrintendono le strette categorie del diritto.

Se, indubbiamente, la concezione generale della prova è più largamente sperimentata nel sistema penale (in ragione della sua natura eminentemente fenomenica), essa non può (e non deve) essere diversa ogni qualvolta se ne ripresenti l'oggetto e la funzione. Il diritto del fatto resta tale. Possono essere diversi gli *standard* probatori (riducibili alle due categorie "*oltre ogni ragionevole dubbio*" e "*più probabile che no*"), e di ciò se ne deve tener conto (fermo restando che il più comprende il meno), non la struttura logica del ragionamento probatorio.

Ciò posto, quando la prova ha essenzialmente natura indiziaria – occorre muovere dalla revisione del modo di intendere la partizione tra prova diretta e prova indiziaria, affermandosi che ciò che determina l'attendibilità del convincimento sul fatto ignoto (l'intesa illecita) non è la categoria in cui la prova può essere collocata, ma è il contenuto ed il fondamento della regola di inferenza che il giudice deve esibire a garanzia della sua argomentazione e che, pertanto, la prova indiretta ben può presentare attitudine dimostrativa pari, se non superiore, a quella diretta, quando faccia applicazione di una regola fondata su criteri universalmente accettati.

È oramai accreditato nel pensiero processualistico che la struttura del ragionamento giudiziario non muti a seconda della natura diretta o indiretta della prova, e sia sempre aderente allo schema dell'abduzione, in cui l'elemento noto (premessa minore o *factum probans*) viene analizzato secondo una regola (o premessa maggiore) induttivamente ricavata e fornisce un risultato (o conclusione o *factum probandum*) di tipo ipotetico.

Nel processo, infatti, raramente operano leggi scientifiche e, comunque, il loro impiego è limitato a singoli passaggi, sicché sia nella prova rappresentativa sia in quella critica il problema che si pone è di colmare il carattere relativo della regola.

Nell'ambito dei procedimenti amministrativi, dove vengono in gioco essenzialmente leggi socio-economiche, se non massime di esperienza, il criterio guida per prestare il consenso all'ipotesi ricostruttiva formulata dall'Autorità amministrativa è quello della c.d. congruenza narrativa, in virtù del quale l'ipotesi sorretta da plurimi indizi concordanti può essere fatta propria nella decisione giudiziale quando sia l'unica a dare un senso accettabile alla storia che si propone per la ricostruzione dell'illecito.

In siffatti procedimenti l'inferenza abduzione costituisce, dunque, un modello insostituibile. Tale modello si congegnava attraverso gruppi di sub-inferenze collegate; ogni gruppo affronta un determinato fatto oggetto di prova.

La singola inferenza possiede la descritta struttura sillogistica, essendo diretta ad estrapolare da un elemento noto una conoscenza sul fatto (illecito) ignoto. Il tasso di equivocità del risultato (dipendente dal meccanismo a ritroso con cui si procede all'accertamento del fatto e dal carattere relativo della regola impiegata) viene colmato attraverso una duplice operazione, interna ed esterna. La *corroboration*, che consiste nell'acquisire informazioni coerenti con quella utilizzata nell'inferenza, e la *cumulative redundancy*, che consiste nella verifica di ipotesi alternative.

La prima operazione fornisce un riscontro alla conclusione, la seconda ne aumenta la probabilità logica grazie alla falsificazione di interpretazioni divergenti del complesso di elementi acquisiti.

Sulla base di ciascuna inferenza viene organizzata una sequenza argomentativa generale, in cui i vari indizi si comportano come elementi del modello globale di ricostruzione del fatto e vengono interpretati sulla base di un'ipotesi esplicativa: $e1 + e2 + en - reg1 + reg2 + regn = ris^6$ (le imprese hanno posto in essere un'intesa anticoncorrenziale).

L'ipotesi potrà dirsi confermata quando *ris* sia idoneo a produrre $e1 + e2 + en$.

L'ipotesi potrà dirsi vera quando (evenienza rara) *ris* sia l'unica in grado di giustificare $e1 + e2 + en$, ovvero sia nettamente preferibile rispetto ad ogni ipotesi alternativa astrattamente esistente.

⁶ I simboli stanno, rispettivamente, per elemento di prova, regola di valutazione, risultato probatorio.

Ci troviamo, dunque, di fronte ad una doppia verifica: di conferma deduttiva (assumendo il risultato quale antecedente e leggendo *ex post* la sua efficienza causale rispetto all'evento) e di conferma probabilistica.

Solo a patto di riconoscervi l'applicazione di tale modello può intendersi la qualificazione della prova indiziaria operata dalla tradizionale giurisprudenza, secondo cui il procedimento di valutazione degli indizi si articola in due distinti momenti.

Il primo è diretto ad accertare il maggiore o il minore livello di gravità e di precisione degli indizi, ciascuno considerato isolatamente, tenendo presente che tale livello è direttamente proporzionale alla forza di necessità logica con la quale gli elementi indizianti conducono al fatto da dimostrare ed è inversamente proporzionale alla molteplicità di accadimenti che se ne possono desumere secondo le regole di esperienza.

Il secondo momento del giudizio indiziario è costituito dall'esame globale e unitario tendente a dissolverne la relativa ambiguità, posto che nella valutazione complessiva ciascun indizio (notoriamente) si somma e, di più, si integra con gli altri, talché il limite della valenza di ognuno risulta superato e l'incidenza positiva probatoria viene esaltata nella composizione unitaria, sicché l'insieme può assumere il pregnante e univoco significato dimostrativo, per il quale può affermarsi conseguita la prova logica del fatto che giova ricordare non costituisce uno strumento meno qualificato rispetto alla prova diretta (o storica) quando sia conseguita con il rigore metodologica che giustifica e sostanzia il principio del libero convincimento del giudice.

Le linee dei paradigmi valutativi della prova indiziaria sono state ribadite dalle Sezioni Unite, secondo cui il metodo di lettura unitaria e complessiva dell'intero compendio probatorio non si esaurisce in una mera sommatoria degli indizi e non può, perciò, prescindere dalla operazione propedeutica che consiste nel valutare ogni prova indiziaria singolarmente, ciascuna nella propria valenza qualitativa e nel grado di precisione e gravità, per poi valorizzarla, ove ne ricorrano i presupposti, in una prospettiva globale e unitaria, tendente a porne in luce i collegamenti e la confluenza in un medesimo contesto dimostrativo⁷.

Appare chiaro, dunque, come l'alternativa tra la concezione molecolare e quella atomistica sia un falso problema.

1.2 *La teoria dei giochi*

La teoria dei giochi studia le situazioni in cui vi sono interazioni tra due o più soggetti, tali per cui le decisioni di un soggetto possano influire sui risultati conseguibili da parte di un rivale, e ne ricerca le

⁷ Cass. pen. sez. un., n 33748 del 205, *Mannino*.

soluzioni competitive e cooperative tramite modelli matematici. Rappresenta un'evoluzione della teoria della formazione delle decisioni, sviluppatasi negli anni Cinquanta con lo scopo di comprendere le griglie razionali attraverso cui gli esseri umani prendono le loro decisioni.

Si intuisce da ciò quali sono le assunzioni di base della teoria, ossia che i giocatori siano:

- razionali, ovvero che abbiano preferenze coerenti sull'insieme degli impatti finali potenziali, e che ciascuno cerchi di determinare, per quanto in suo potere, l'esito che maggiormente preferisce
- intelligenti, ovvero che siano in grado di rappresentare e analizzare le situazioni che hanno di fronte, che possano formulare ipotesi ed effettuare deduzioni e previsioni sul comportamento proprio e altrui.

La teoria dei giochi può avere due ruoli diversi.

Il primo è quello di interpretare la realtà, ossia spiegare come sia possibile che, nelle situazioni di conflitto, i soggetti coinvolti adottino certe strategie e certe tattiche. Il secondo è quello di determinare quali situazioni di equilibrio possano o meno verificarsi come risultato dell'interazione tra due soggetti.

In ogni caso, i concetti di soluzione che sono utilizzati nella teoria dei giochi intendono descrivere quelle strategie che i giocatori, individualmente o congiuntamente, dovrebbero seguire come conseguenza delle ipotesi di razionalità individuate. Se poi, nella realtà, i giocatori si discostano da quanto previsto dalla teoria, occorre indubbiamente interrogarsi se ciò accada perché il modello non catturi tutti gli aspetti rilevanti di una situazione, oppure perché siano i giocatori a comportarsi in modo non razionale.

I giochi si distinguono in cooperativi e non cooperativi.

Un gioco si può definire cooperativo quando esiste una comunanza di interessi tra i giocatori, che perseguono un fine comune e possono associarsi, in un'ottica di efficienza, al fine di migliorare il risultato atteso⁸.

Nell'ambito dei giochi cooperativi si possono avere due tipologie: i *TU* e *NTU*, acronimi di *transferable utility* e *non transferable utility*, secondo che esista un mezzo, denaro o altro, per il trasferimento dell'utilità.

La suddivisione della vincita derivante dalla partecipazione al gioco avviene in relazione al ruolo svolto da ciascun giocatore, secondo la sua strategia ed gli accordi (per i giochi *TU* vanno aggiunti i

⁸ Il concetto di unione di singoli interessi individuali in una coalizione o alleanza è espresso dalla definizione di gioco essenziale, dove il valore v di una generica coalizione G è misurato da una funzione detta funzione caratteristica. Indicato con $R = I$ l'insieme degli n giocatori, possono esistere arbitrari sottoinsiemi $G \subseteq R$ che rappresentano una coalizione tali per cui G appaia agli effetti del gioco come un unico giocatore. La funzione caratteristica è proprio definita sull'insieme delle parti di R , ossia sull'insieme di tutti i sottoinsiemi $G \subseteq R$ ed associa ad ogni coalizione un numero: $V(G) = v$. Un gioco essenziale è intrinsecamente di natura cooperativa quando tutte le possibili coalizioni costituibili tra gli n giocatori "vedono" che esiste un valore del gioco $V(R)$ che domina la semplice unione dei pagamenti conseguibili dalle singole alleanze $V(R)$. In R tutti i giocatori interagiscono e dalle reciproche relazioni traggono il mutuo vantaggio $V(R)$.

trasferimenti ottenuti durante il gioco).

Nei giochi non cooperativi, detti anche competitivi, i giocatori non possono per definizione stipulare accordi vincolanti, indipendentemente dai loro obiettivi. A questa categoria risponde la soluzione data da John Nash.

Il criterio di comportamento razionale adottato nei giochi non cooperativi è di carattere individuale ed è chiamato strategia del massimo. Una definizione siffatta caratterizza il comportamento di un individuo “intelligente ottimista”, in quanto si prefigge l’obiettivo ottimistico di prendere sempre la decisione che consegue il massimo guadagno possibile.

Qualora nel gioco esista una strategia che presenti il massimo guadagno per tutti i giocatori si parla di punto di equilibrio. Un punto di equilibrio in un gioco in cui si attua la strategia del massimo consente che tutti i giocatori conseguano il massimo guadagno individuale e collettivo a prescindere dalle scelte degli avversari. Il punto di equilibrio di Nash esprime in un certo senso un comportamento socialmente utile, dal momento che tutti i giocatori ottengono un pagamento che presenta la convergenza degli interessi.

Tuttavia, non è detto che l’equilibrio di Nash rappresenti la soluzione in assoluto più efficiente. Infatti, se è vero che in un equilibrio di Nash il singolo giocatore non può aumentare il proprio guadagno modificando solo la propria strategia, non è affatto detto che un gruppo di giocatori o, al limite, tutti, non possano aumentare il proprio guadagno allontanandosi congiuntamente dall’equilibrio. È noto infatti che l’equilibrio di Nash può non essere un ottimo paretiano e quindi possono esistere altre combinazioni di strategie che conducono a migliorare il guadagno di alcuni senza ridurre il guadagno di nessuno, o addirittura, come accade nel caso del dilemma del prigioniero, ad aumentare il guadagno di tutti.

Per comprendere l’utilità della teoria dei giochi nel diritto amministrativo, in particolare nel diritto pubblico dell’economia, occorre considerare che i più importanti problemi di cui si occupa la regolazione e la tutela del mercato originano dall’alterazione delle regole della concorrenza, che possono derivare da accordi illeciti (intese *antitrust*, infiltrazioni mafiose): ossia situazioni in cui il gioco competitivo viene modificato da fenomeni cooperativi vietati dall’ordinamento.

Un gioco viene definito simmetrico quando i due giocatori, in condizioni analoghe, hanno lo stesso guadagno.

Si tratta di una classificazione trasversale, nel senso che i giochi simmetrici possono appartenere sia alla categoria dei giochi cooperativi, sia a quella dei giochi non cooperativi (è il caso, ad esempio, del “dilemma del prigioniero”, un gioco a informazione completa, a somma non nulla e non cooperativo). Essi si distinguono, poi, in quantitativi e qualitativi. Nei giochi quantitativi è l’importo assoluto dei guadagni che conta, mentre nei giochi qualitativi è solo il loro valore relativo.

Di seguito saranno illustrati alcuni esempi di giochi simmetrici, che più spesso possono venire in rilievo nell'analisi giuridica⁹.

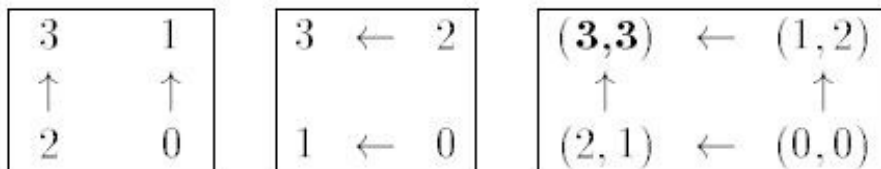
Il primo esempio di gioco simmetrico è chiamato “*il matrimonio perfetto*” (CC > NC > CN > NN), poiché all'aumentare della cooperazione è maggiore la soddisfazione dei due giocatori.

- La cooperazione di entrambi i coniugi (CC) è la situazione migliore.
- La seconda miglior situazione è che l'altro coniuge cooperi e io no (NC)
- La terza soluzione è di cooperare con un coniuge che non coopera (CN).
- La situazione peggiore è che entrambi non cooperino (NN)

Assegnando dei valori convenzionali agli impatti (fCC = 3, fNC = 2, fCN = 1 e fNN = 0), si ottiene la seguente tabella del gioco.

	2 coopera	2 non coopera
1 coopera	3, 3	1, 2
1 non coopera	2, 1	0, 0

Applicando la metodologia per la ricerca degli equilibri di Nash ricaviamo che in questo gioco esiste un punto di equilibrio.



L'equilibrio di Nash corrisponde alla mutua cooperazione, unica strategia non dominata per entrambi.

Il secondo esempio di gioco simmetrico è la “*caccia al cervo*” (CC > NC > NN > CN).

⁹ Esempi tratti da: R. CORDONE, *Teoria dei giochi: i giochi simmetrici*, tesi di Laurea Specialistica in Scienze e Tecnologia dell'Informazione all'Università degli Studi di Milano, Facoltà di Scienze Matematiche, Fisiche e Naturali, A/A 2008-2009. Nelle figure di testo:

C = coopera

NC = non coopera

1 = giocatore 1

2 = giocatore 2

In grassetto l'equilibrio di Nash.

Il nome deriva da un passo di J.J Rousseau tratto dal *Discorso sull'origine delle disuguaglianze tra gli uomini*. L'idea di Rousseau è che le società umane siano un'evoluzione delle temporanee alleanze rese necessarie dalla caccia a grandi animali.

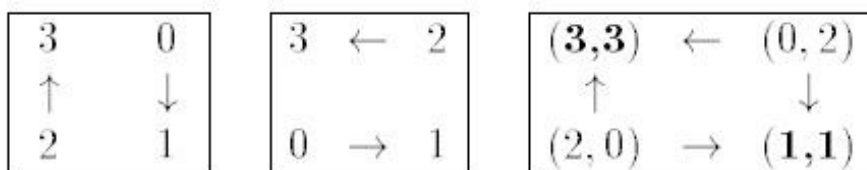
L'idea di fondo è che, per cacciare un grosso animale (il cervo), è necessario essere almeno in due ed è richiesta la cooperazione di entrambi i giocatori; tuttavia, mentre si sta cacciando un cervo può capitare di vedere una lepre, la cui cattura, essendo un animale più piccolo, può essere condotta da un solo uomo. Il cacciatore viene così tentato di lasciare la caccia al cervo (più complessa) per quella alla lepre (più semplice): infatti, un cervo è meglio di una lepre, ma una lepre è meglio di niente. La tentazione è rafforzata dal considerare che anche l'altro cacciatore potrebbe abbandonare la caccia al cervo se vedesse la lepre.

- La situazione migliore è la cooperazione (CC) di entrambi, perché consente di prendere il cervo.
- Se io non cooperassi, sarebbe meglio che l'altro continuasse a cooperare (NC), perché se non prendessi la lepre potrei tornare a cacciare il cervo
- Se il secondo cacciatore non cooperasse, sarebbe meglio che anch'io non cooperassi, perché così anche io avrei la possibilità di prendere una lepre (NN)
- Se il secondo cacciatore non cooperasse la cosa peggiore che potrei fare sarebbe di continuare a cooperare, perché certamente non prenderei né il cervo, né la lepre (CN).

Assegnando dei valori convenzionali agli impatti ($f_{CC} = 3$, $f_{NC} = 2$, $f_{CN} = 0$ e $f_{NN} = 1$), si ottiene la seguente tabella del gioco.

	2 coopera	2 non coopera
1 coopera	3, 3	0, 2
1 non coopera	2, 0	1, 1

Applicando la metodologia per la ricerca degli equilibri di Nash ricaviamo che in questo gioco esistono due punti di equilibrio.



Ci sono dunque due possibilità simmetriche. La mutua cooperazione è un comportamento desiderabile perché corrisponde a guadagni più alti per entrambi, ma la mutua non cooperazione è anch'essa un equilibrio ed è meno rischiosa, perché obbedisce al criterio del caso pessimo. Quindi sia la mutua cooperazione che la mutua non cooperazione sono comportamenti razionali, e si sceglierà l'una o l'altra strategia in base ad altri fattori, come il livello di fiducia verso l'altro giocatore.

Il terzo tipo di gioco simmetrico è la “*corsa del coniglio*”¹⁰ ($NC > CC > CN > NN$), conosciuto anche con il nome di “falchi e colombe”.

Il gioco si basa sulla sfida tra due giovani, in cui ognuno guida un'auto a tutta velocità verso un precipizio e quello che salta fuori per primo è un “coniglio” e perde.

Un esempio di questo gioco nella vita reale si trova nelle sfide, siano esse militari, politiche o economiche. In queste sfide uno dei due contendenti gioca il tutto per tutto nella speranza che l'altro ceda, rischiando il comune disastro¹¹.

- Il ragionamento di ciascun giocatore si può dunque riassumere nel seguente modo:
- La situazione migliore è che io non cooperi e l'altro giocatore sì (NC), perché così io vinco e lui è un coniglio.
- Se io coopero, sarebbe meglio che anche lui cooperasse (CC), perché così faremmo entrambi la figura del coniglio.
- Se lui non coopera, è meglio che io cooperi (CN), perché eviterei di cadere nel precipizio.
- L'ipotesi peggiore è che entrambi non cooperiamo (NN), perché sarebbe la mutua distruzione.

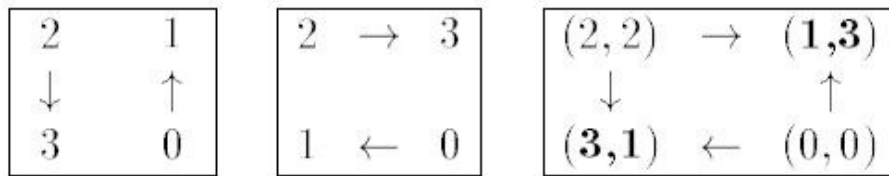
Assegnando dei valori convenzionali agli impatti ($f_{CC} = 2$, $f_{NC} = 3$, $f_{CN} = 1$ e $f_{NN} = 0$), si ottiene la seguente tabella del gioco.

	2 coopera	2 non coopera
1 coopera	2, 2	1, 3
1 non coopera	3, 1	0, 0

Applicando la metodologia per la ricerca degli equilibri di Nash ricaviamo che anche in questo gioco esistono due punti di equilibrio.

¹⁰ Il nome deriva dal film con James Dean “*Gioventù Bruciata*”.

¹¹ Esempi storici sono: la crisi di Cuba, la corsa agli armamenti, lo spiegamento dei missili SS-20 in Europa, la guerra del Golfo.



Nonostante esistano ben due equilibri di Nash, non esiste una strategia razionale per il gioco, nel senso che gli equilibri di Nash portano a soluzioni che sono razionali solo per un giocatore, mentre la simmetria del gioco vuole che una soluzione sia razionale per entrambi. Questo è un gioco in cui non si vince (e sembrerebbe anche logico), anche se la mutua collaborazione sembrerebbe la soluzione meno irrazionale.

Il gioco determinato da $NC > CC > NN > CN$ si chiama *“dilemma del prigioniero”* ed è, probabilmente, l’esempio più conosciuto.

Il dilemma si basa sulla seguente storia: due ladri, sospettati anche di un efferato delitto, vengono arrestati e imprigionati in due celle separate. Il giudice ha prove sufficienti per dimostrare che i due sono colpevoli del reato minore, ma per provare il reato maggiore ha bisogno della confessione.

Il giudice offre quindi ai due ladri, mantenuti rigorosamente isolati, l’immunità a chi accettasse di testimoniare contro l’altro (in tal caso la pena di quest’ultimo aumenterebbe e la propria verrebbe ridotta). Ogni giocatore vuole minimizzare il tempo da trascorrere in carcere e può scegliere tra due azioni: confessare oppure non confessare, senza sapere che cosa stia scegliendo l’altro. Viene inoltre spiegato che:

- a) se solo uno dei due confessa, chi ha confessato evita la pena; l’altro, invece, viene condannato a 7 anni di reclusione.
- b) se entrambi confessano, vengono condannati a 5 anni.
- c) se nessuno dei due confessa, entrambi vengono condannati a 1 anno.

Il ragionamento di ciascun giocatore si può riassumere nel seguente modo:

Prigioniero 1	Non Confessa	Confessa
Prigioniero 2		
Non Confessa	(1,1)	(0,7)
Confessa	(7,0)	(5,5)

- La situazione migliore è che io parli e l’altro no (NC), in questo modo non subisco la condanna

- La seconda migliore ipotesi è che nessuno di noi parli (CC), perché così entrambi saremmo condannati a una pena lieve
- Se l'altro giocatore decide di parlare è meglio che anche io parli (NN), perché così verremmo entrambi condannati a una pena minore
- La peggiore delle ipotesi è che solo l'altro parli (CN), perché in questo modo solo io sarei condannato alla massima pena.

Applicando la metodologia per la ricerca della equilibri di Nash ricaviamo che in questo gioco esiste un solo punto di equilibrio che corrisponde alla mutua non cooperazione, unica strategia non dominata.

Benché la soluzione sia necessaria, ad essa si accompagna un dilemma. Infatti, da un lato la non cooperazione è la sola possibilità razionale in quanto non dominata, dall'altro però la cooperazione è più desiderabile.

A favore della cooperazione sembra andare il seguente ragionamento: essendo il gioco totalmente simmetrico, il comportamento razionale deve essere o CC o NN, ed il primo è preferibile al secondo. L'errore sta nel supporre che sia CC che NN siano possibilità razionali, mentre il problema della teoria dei giochi sta appunto nel determinare quali siano tali possibilità, e poi scegliere fra loro. Il dilemma formalizza quindi un conflitto fra razionalità e interesse, che sembra essere tipico di molte situazioni concrete.

In ambito economico, è una situazione simile a quella di due o più imprese che tentano di aumentare la propria quota di mercato attraverso una riduzione dei prezzi. In assenza di un accordo vincolante, ogni impresa riduce i prezzi di vendita per aumentare la propria quota di mercato a scapito dell'altra. Così facendo, entrambe le imprese riducono i prezzi senza aumentare la propria quota di mercato e ciò potrebbe peggiorare la situazione economica di entrambe le imprese.

Gli psicologi sostengono che spesso la crisi di una coppia si basi su meccanismi psicologici descrivibili secondo il modello del dilemma del prigioniero; l'uomo si dà delle regole di convivenza civile nella convinzione che queste migliorino le condizioni della collettività, e quindi di tutti, ma chi le viola ne ha spesso un vantaggio immediato¹².

Un altro famoso gioco è denominato la "*battaglia dei sessi*" ($NC > CN > NN > CC$). Si caratterizza per il fatto che la cooperazione dell'altro giocatore non è necessariamente vantaggiosa. La descrizione del gioco è la seguente: due innamorati hanno deciso di trascorrere la serata insieme. Prima che la batteria del cellulare di lui si scaricasse, i due stavano discutendo, in quanto lui cercava di convincere lei ad andare a vedere la partita di calcio, lei invece cercava di portarlo a un balletto classico.

¹² R. LUCCHETTI, *Giochi, teoria dei*, in *Enciclopedia della Scienza e della Tecnica*, Treccani, 2007.

Entrambi, comunque, preferiscono uscire insieme, poiché la solitudine renderebbe poco interessante anche lo spettacolo più gradito. Il ragionamento di ciascun giocatore è il seguente:

- La cosa migliore è andare entrambi dove voglio io (NC);
- La seconda alternativa, in ordine di preferenza, è andare entrambi dove vuole l'altro, per stare insieme (CN);
- Se però non ci dovessimo incontrare, sarebbe meglio che ciascuno andasse dove vuole andare (NN);
- Se non ci dovessimo incontrare, la cosa peggiore sarebbe andare ciascuno dove vuole l'altro (CC).

Assegnando dei valori convenzionali ai possibili stati di cooperazione e non cooperazione (CC = 0 NC = 3 CN = 2 NN = 1), si ottiene la seguente tabella del gioco.

	2 coopera	2 non coopera
1 coopera	0, 0	2, 3
1 non coopera	3, 2	1, 1

Applicando la metodologia per la ricerca degli equilibri di Nash, ricaviamo che in questo gioco esistono due punti di equilibrio, che si collocano nei punti CC e NN.

A differenza del dilemma del prigioniero, qui non esiste una soluzione che entrambi sceglierebbero potendosi parlare, perché i due giocatori hanno visioni diverse. Possiamo, tuttavia, osservare che sia NC che CN sono risultati ragionevoli per entrambi.

2. Il diritto punitivo

La prima delle materie in cui esistono fattispecie para-penalistiche è una branca speciale del diritto sanzionatorio, collocata a metà strada tra l'art. 23 e l'art. 25 Cost., definita 'diritto punitivo'.

Ne fanno parte le figure di illecito che, pur avendo nell'ordinamento nazionale natura amministrativa, presentano gli elementi individuati dalla Corte EDU sin dal caso Engel come indicativi della materia penale ai fini dell'applicabilità dell'art. 6 (equo processo) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo¹³.

¹³ Sentenza 8.6.1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, § 82-83, in cui sono stati elaborati tre criteri alternativi:

- 1) classificazione giuridica dell'ordinamento interno;
- 2) natura dell'illecito;
- 3) severità della sanzione in cui l'interessato rischia di incorrere.

Facendo applicazione del test *Engel*, nei casi *Menarini*¹⁴ e *Grande Stevens*¹⁵ la Corte europea ha ritenuto che le sanzioni delle Autorità indipendenti di vigilanza sul mercato, benché erogate a seguito di un procedimento amministrativo, hanno natura penale.

Le pronunce *Menarini* e *Grande Stevens* hanno ad oggetto le sanzioni irrogate rispettivamente da AGCM e CONSOB. La prima pronuncia ricostruisce il tema e si sofferma sulle garanzie processuali, la seconda si incentra sulle garanzie procedurali.

La sentenza *Menarini* riguarda il caso di un'impresa che era stata ritenuta da AGCM responsabile di un illecito concorrenziale e condannata al pagamento di una sanzione pecuniaria di sei milioni di euro; i ricorsi al Tar Lazio e al Consiglio di Stato erano stati respinti. L'impresa si era quindi rivolta alla Corte di Strasburgo lamentando che, per i limiti della giurisdizione di legittimità, il giudice amministrativo italiano non poteva essere considerato un 'tribunale' ai sensi dell'art. 6 della CEDU, con conseguente violazione delle garanzie del giusto processo.

I giudici di Strasburgo hanno innanzitutto ritenuto non decisiva, per escludere l'applicazione dell'art. 6 CEDU, la qualificazione formalmente amministrativa delle sanzioni. Inoltre, essi hanno respinto gli argomenti del Governo italiano che pretendeva di affermare la natura amministrativa (e non penale) dei poteri sanzionatori dell'AGCM, in ragione della prevalenza, in essi, della finalità di tutela del mercato su quella in senso stretto punitiva: da un lato, la Corte dei diritti dell'uomo ha rilevato che la sanzione inflitta aveva soprattutto un carattere punitivo e special-preventivo, dato che mirava, in primo luogo, a impedire la reiterazione di un comportamento illecito da parte dell'impresa sanzionata; per altro verso, ha sottolineato che la qualificazione penalistica di una sanzione amministrativa ben può coesistere con la preordinazione della stessa a tutelare un interesse pubblico, visto che anche nelle sanzioni tradizionalmente considerate penali negli ordinamenti dei singoli Stati è ravvisabile pure un intento di protezione di interessi generali, in un'ottica preventiva.

Il primo criterio rappresenta il punto di partenza: se l'ordinamento interno classifica l'illecito come penale, non è necessario compiere ulteriori approfondimenti. Diversamente, l'interprete dovrà andare oltre la classificazione nazionale e valutare gli aspetti sostanziali della procedura.

Nell'applicare il secondo criterio, che è ritenuto il più importante (*Jussila Finland* [GC], § 38), si possono prendere in considerazione i seguenti fattori:

- se la norma interna rilevante è diretta soltanto ad uno specifico gruppo o categoria oppure se ha carattere vincolante *erga omnes* (*Bendenoun v. France*, § 47);
- se il procedimento è stato istruito da una pubblica autorità, cui sono attribuiti per legge poteri autoritativi (*Benham v. the United Kingdom*, § 56);
- se la norma giuridica di riferimento ha funzione repressiva o deterrente (*Öztürk v. Germany*, § 53; *Bendenoun v. France*, § 47);
- se l'irrogazione della sanzione dipende dall'accertamento della responsabilità (*Benham v. the United Kingdom*, § 56);
- la classificazione dei procedimenti analoghi negli altri Stati membri del Consiglio d'Europa (*Öztürk v. Germany*, § 53).

Il terzo criterio va apprezzato in relazione al massimo edittale della sanzione prevista dalle norme interne rilevanti e applicabili al caso concreto (*Campbell and Fell v. the United Kingdom*, § 72; *Demicoli v. Malta*, § 34).

¹⁴ Corte EDU, sentenza 27.09.2011, *A. Menarini Diagnostics Srl C. Italia*.

¹⁵ Corte EDU, sentenza 4 Marzo 2014, *Grande Stevens E Altri C. Italia*.

Posta l'applicabilità dell'art. 6, la Corte ritiene che la scelta di conferire ad autorità amministrative il compito di perseguire e sanzionare degli illeciti non sia incompatibile, purché sia assicurata al soggetto interessato la possibilità di impugnare ogni decisione adottata nei suoi confronti davanti a un giudice che offra le garanzie di cui all'articolo 6. Quando l'autorità amministrativa competente a decidere non soddisfa le condizioni richieste dall'articolo 6, è necessario che la decisione sanzionatoria possa essere rivista a posteriori da un organo giudiziario dotato di piena giurisdizione, ossia del potere di giudicare tutte le questioni di fatto e diritto rilevanti per la controversia e di riformare in ogni modo, sia in fatto che in diritto, la decisione stessa.

In relazione al caso specifico sottoposto al suo vaglio, la Corte è giunta alla conclusione che in linea generale il sistema del sindacato giurisdizionale sul provvedimento dell'AGCM risponde a tali requisiti, in quanto il giudice amministrativo italiano non ha competenza limitata a un controllo estrinseco di legittimità, ma può verificare se l'autorità ha fatto un uso appropriato dei suoi poteri, esaminando l'adeguatezza e la proporzionalità del provvedimento, controllando le valutazioni di ordine tecnico poste alla base di esso e anche verificando l'adeguatezza della sanzione inflitta rispetto all'infrazione, con la possibilità di modificare la sanzione se necessario.

Nella sentenza Grande Stevens la Corte offre importanti indicazioni sulle misure che possono rendere il procedimento amministrativo volto all'irrogazione delle sanzioni penali conforme ai requisiti dell'equo processo.

La pronuncia riguarda un procedimento della CONSOB relativo a una ipotesi di manipolazione del mercato ai sensi dell'articolo 187-ter del TUF e concluso con l'irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie e interdittive nei confronti dei soggetti coinvolti (società e persone fisiche). La Corte di Strasburgo ha risolto agevolmente, in base al test Engel, la questione a monte della configurabilità di una 'accusa in materia penale' ai sensi dell'art. 6 della CEDU. Da un lato, infatti, il divieto di manipolazioni del mercato mira a tutelare interessi generali della società quali l'integrità dei mercati finanziari e la fiducia del pubblico nella sicurezza delle transazioni, e persegue uno scopo preventivo e repressivo; dall'altro, per l'inosservanza del divieto sono previste sanzioni che possono raggiungere un massimo edittale elevato e incidono negativamente sull'onorabilità dei soggetti coinvolti. Nel merito, la compatibilità con l'art. 6 della CEDU del procedimento sanzionatorio relativo alla manipolazione del mercato viene esaminata dalla Corte con riferimento ai seguenti profili: l'attuazione del contraddittorio; l'indipendenza e imparzialità dell'organo giudicante; la possibilità di ricorso a un giudice dotato di piena giurisdizione.

L'esame complessivo del sistema di irrogazione delle sanzioni per manipolazioni del mercato porta la Corte a concludere che, sebbene il procedimento CONSOB non soddisfi le esigenze di equità e imparzialità oggettiva sancite dall'art. 6 della CEDU, i soggetti interessati hanno beneficiato del

successivo controllo da parte di un organo indipendente e imparziale dotato di piena giurisdizione; costituisce tuttavia violazione dell'art. 6, paragrafo 1, il fatto che il giudice dell'impugnazione non abbia tenuto un'udienza pubblica. Peraltro, due dei giudici della Corte hanno espresso un'opinione in parte dissenziente dalla maggioranza ravvisando la violazione dell'articolo 6 CEDU, più che nel dato formale della mancata celebrazione di una udienza pubblica presso la Corte d'appello, nel fatto – definito “scioccante” – che la Corte d'appello abbia deciso senza procedere a un esame in contraddittorio dei testimoni sui fatti in causa e senza sentire i ricorrenti, ma basandosi sugli elementi esclusivamente documentali contenuti nel fascicolo della CONSOB.

La sentenza Grande Stevens è importante anche per un altro motivo: essa afferma l'applicabilità del *ne bis in idem* in caso di doppio giudizio, penale ed amministrativo.

Con riferimento all'art. 7 CEDU (principio di legalità materiale) la giurisprudenza della Corte europea fornisce elementi altrettanto significativi per il riconoscimento di una categoria speciale di illecito amministrativo, adottando una nozione sostanziale di pena calibrata su criteri analoghi (se non più ampi) di quelli elaborati con riguardo all'art. 6¹⁶.

La Corte costituzionale ha avallato questo indirizzo, ritenendolo coerente con l'art. 25, comma 2 Cost., che si estende al di là della materia penale¹⁷.

Ultimo tassello è la giurisprudenza sovranazionale sul *ne bis in idem*, previsto tanto dalla CEDU (art. 4, del protocollo n. 7), quanto dalla Carta UE dei diritti fondamentali (art. 50).

La Corte EDU ha costantemente ritenuto l'applicabilità di tale principio in caso di duplicazione dei procedimenti per fatti di analogo contenuto, ancorché diversamente qualificati nell'ordinamento

¹⁶ Sentenze 20 gennaio 2009, *Sud Fondi s.r.l. e altri c. Italia*; 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*; 28 giugno 2018 *G.I.E.M c. Italia*. Tutte in materia di confisca urbanistica, pacificamente classificata in Italia tra le sanzioni amministrative.

¹⁷ Corte cost. n. 196 del 2010: «Una preoccupazione analoga – e cioè quella di evitare che singole scelte compiute da taluni degli Stati aderenti alla CEDU, nell'escludere che un determinato illecito ovvero una determinata sanzione o misura restrittiva appartengano all'ambito penale, possano determinare un surrettizio aggiramento delle garanzie individuali che gli artt. 6 e 7 riservano alla materia penale – è, del resto, alla base dell'indirizzo interpretativo che ha portato la Corte di Strasburgo all'elaborazione di propri criteri, in aggiunta a quello della qualificazione giuridico-formale attribuita nel diritto nazionale, al fine di stabilire la natura penale o meno di un illecito e della relativa sanzione.

In particolare, la Corte europea ha attribuito alternativamente rilievo, a tal fine, o alla natura stessa dell'illecito – da determinare, a propria volta, sulla base di due sottocriteri, costituiti dall'ambito di applicazione della norma che lo preveda e dallo scopo della sanzione – ovvero alla gravità, o meglio al grado di severità, della sanzione irrogata.

Dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, formatasi in particolare sull'interpretazione degli artt. 6 e 7 della CEDU, si ricava, pertanto, il principio secondo il quale tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto.

Principio questo, del resto, desumibile dall'art. 25, secondo comma, Cost., il quale – data l'ampiezza della sua formulazione («Nessuno può essere punito...») – può essere interpretato nel senso che ogni intervento sanzionatorio, il quale non abbia prevalentemente la funzione di prevenzione criminale (e quindi non sia riconducibile – in senso stretto – a vere e proprie misure di sicurezza), è applicabile soltanto se la legge che lo prevede risulti già vigente al momento della commissione del fatto sanzionato.

D'altronde, questa Corte non solo ha affermato che, per le misure sanzionatorie diverse dalle pene in senso stretto, sussiste «l'esigenza della prefissione ex lege di rigorosi criteri di esercizio del potere relativo all'applicazione (o alla non applicazione) di esse» (sentenza n. 447 del 1988), ma anche precisato come la necessità «che sia la legge a configurare, con sufficienza adeguata alla fattispecie, i fatti da punire» risulti pur sempre «ricavabile anche per le sanzioni amministrative dall'art. 25, secondo comma, della Costituzione» (sentenza n. 78 del 1967)».

interno e puniti con sanzione penale e amministrativa, di recente temperando – ma in realtà ribadendo – l’affermazione nella sua massima composizione¹⁸.

Ciò sul presupposto che la natura formalmente amministrativa della violazione non sia di ostacolo alla classificazione del relativo giudizio come penale, in base ai criteri Engel.

Anche la Corte di giustizia UE, pur su posizioni più restrittive, ha affermato nella massima composizione che il *ne bis in idem* è applicabile in caso di doppio giudizio eterogeneo – penale e amministrativo – per il medesimo fatto¹⁹.

La questione si è posta soprattutto per gli illeciti tributari e per le violazioni finanziarie, ma può ipotizzarsi per molteplici fattispecie che siano sanzionate sia sul piano amministrativo, che su quello penale.

¹⁸ CEDU Grande Camera 15 novembre 2016, *A. e B. contro Norvegia*: «L’articolo 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU deve essere interpretato come divieto di una nuova incriminazione o di un nuovo processo per un illecito nella misura in cui questi siano determinati da fatti identici o da fatti che erano sostanzialmente gli stessi (*idem factum*). Al fine di escludere la violazione del *ne bis in idem* occorre verificare se i due procedimenti – quello amministrativo e quello penale – abbiano «un nesso sufficientemente stretto in sostanza e tempo». In altre parole, si deve dimostrare che sono stati combinati in un modo integrato, tale da formare un insieme coerente. Ciò implica non solo che gli obiettivi perseguiti e i mezzi utilizzati per addivenire a tale risultato debbano essere complementari in sostanza e presentare un nesso temporale, ma anche che le eventuali conseguenze derivanti dalla regolamentazione giuridica della condotta in esame debbano essere proporzionate e prevedibili dalla persona giudicata».

¹⁹ CdG Grande Sezione 20 marzo 2018 C-524/15: «L’articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea deve essere interpretato nel senso che esso non osta a una normativa nazionale in forza della quale è possibile avviare procedimenti penali a carico di una persona per omesso versamento dell’imposta sul valore aggiunto dovuta entro i termini di legge, qualora a tale persona sia già stata inflitta, per i medesimi fatti, una sanzione amministrativa definitiva di natura penale ai sensi del citato articolo 50, purché siffatta normativa - volta a un obiettivo di interesse generale tale da giustificare un simile cumulo di procedimenti e di sanzioni, vale a dire la lotta ai reati in materia di imposta sul valore aggiunto, fermo restando che detti procedimenti e dette sanzioni devono avere scopi complementari - contenga norme che garantiscano una coordinazione che limiti a quanto strettamente necessario l’onere supplementare che risulta, per gli interessati, da un cumulo di procedimenti, e preveda norme che consentano di garantire che la severità del complesso delle sanzioni imposte sia limitata a quanto strettamente necessario rispetto alla gravità del reato di cui si tratti. Spetta al giudice nazionale accertare, tenuto conto del complesso delle circostanze del procedimento principale, che l’onere risultante concretamente per l’interessato dall’applicazione della normativa nazionale in discussione nel procedimento principale e dal cumulo dei procedimenti e delle sanzioni che la medesima autorizza non sia eccessivo rispetto alla gravità del reato commesso».

Menci

CdG Grande Sezione 20 marzo 2018 C-596/16 e C-597/16: «L’articolo 14, paragrafo 1, della direttiva 2003/6/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 gennaio 2003, relativa all’abuso di informazioni privilegiate e alla manipolazione del mercato (abusi di mercato), letto alla luce dell’articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, va interpretato nel senso che esso non osta a una normativa nazionale in forza della quale un procedimento inteso all’irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale non può essere proseguito a seguito di una sentenza penale definitiva di assoluzione che ha statuito che i fatti che possono costituire una violazione della normativa sugli abusi di informazioni privilegiate, sulla base dei quali era stato parimenti avviato tale procedimento, non erano provati».

CdG Grande Sezione 20 marzo 2018 C-537/16: «L’articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea dev’essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale, che consente di celebrare un procedimento riguardante una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale nei confronti di una persona per condotte illecite che integrano una manipolazione del mercato, per le quali è già stata pronunciata una condanna penale definitiva a suo carico, nei limiti in cui tale condanna, tenuto conto del danno causato alla società dal reato commesso, sia idonea a reprimere tale reato in maniera efficace, proporzionata e dissuasiva. Il principio del *ne bis in idem* garantito dall’articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea conferisce ai soggetti dell’ordinamento un diritto direttamente applicabile nell’ambito di una controversia come quella oggetto del procedimento principale».

Il regime giuridico dell'illecito punitivo è più garantista di quello tipico dell'illecito amministrativo, imperniandosi sui principi di cui agli articoli 6 e 7 CEDU e sui relativi corollari:

- legalità;
- irretroattività;
- divieto di analogia;
- equo processo.

L'aspetto rilevante nella presente sede è l'ultimo, poiché implica l'introduzione delle garanzie processuali penali nel procedimento amministrativo (ovvero nel giudizio amministrativo avverso la sanzione).

Nella categoria dell'illecito punitivo rientra anche l'illecito disciplinare dei pubblici dipendenti²⁰

L'applicabilità dell'art. 6 CEDU ai procedimenti disciplinari è stata costantemente affermata dalla Corte europea²¹, ancorché sulla base di un'argomentazione diversa dalle fattispecie di illeciti punitivi equiparate ad accuse penali. Ad avviso della Corte, infatti, le sanzioni disciplinari non hanno natura penale e il procedimento con cui sono irrogate rientra – a prescindere dalla natura giuridica che ha nell'ordinamento nazionale – nella nozione di “causa civile”, cui si applica solo il par. 1 dell'art. 6.

Tale affermazione, peraltro, non va intesa in senso assoluto, poiché è ben possibile che determinate ipotesi di responsabilità disciplinare ricadano nella materia penale. A tal fine occorre valutare la natura della sanzione e/o la sua gravità. In tal senso la sanzione massima (destituzione/licenziamento), irrogata con provvedimento amministrativo (o, per i magistrati ordinari, giurisdizionale), ricade nell'ambito dell'art. 6, siccome irrogata al termine di un procedimento autoritativo ed estremamente afflittiva.

In senso contrario si osserva come in alcuni precedenti la Corte abbia escluso che la sanzione espulsiva sia penale²², poiché:

- tutela interessi settoriali di una formazione sociale ristretta (ente pubblico);

²⁰ Cons. Stato - commissione speciale, parere 21 aprile 2017, n. 916/2017: «Questo Consiglio di Stato osserva che anche il corretto esercizio del diritto punitivo, nel cui ambito rientra a pieno titolo il potere disciplinare, corrisponde ad un valore di rango costituzionale, anche per gli effetti che esso comporta sulla dignità del lavoratore e quale persona. [...] È poi da aggiungere, prendendo spunto anche dalle osservazioni svolte in precedenza, che non è possibile equiparare tout court il procedimento disciplinare al procedimento amministrativo, regolato dalla legge n. 241 del 1990, per invocare, a giustificazione della dequotazione dei vizi formali del procedimento disciplinate, il più generale principio di dequotazione di cui all'art. 21-octies, comma secondo, della citata l. n. 241 del 1990. Osta ad un simile parallelismo, per un verso, la considerazione che il procedimento disciplinare costituisce lo strumento non già per l'esercizio di un potere amministrativo in generale, bensì del potere disciplinare, che è una species del genus potere punitivo, ed è pertanto circondato da una serie di inderogabili esigenze di tutela della dignità e della libertà del dipendente e, per altro verso, la constatazione che quella previsione riguarda i soli provvedimenti a contenuto vincolato e non può pertanto essere estesa analogicamente ad un provvedimento, a tipico contenuto discrezionale, come quello irrogativo della sanzione disciplinare (anche a tacer del fatto che ciò darebbe luogo ad un'inammissibile analogia in malam partem, da escludere, dal punto di vista sistematico, proprio in ragione della natura punitiva/sanzionatoria del provvedimento disciplinare)».

²¹ Dalla sentenza 10 febbraio 1982, *Albert and Le Compte c. Belgium*, fino a quella 5 aprile 2016, *Helmut Blum c. Austria*.

²² Corte EDU 13 settembre 2007, *Moulet v. France*; 7 settembre 2007 *Sukit v. Turkey*.

- non assume (almeno direttamente) funzione deterrente e repressiva, ma inibitoria, a tutela sia degli utenti del servizio, sia del prestigio dell'ente di appartenenza;

- la sua gravità afflittiva non esce dalla sfera amministrativa.

Fanno eccezione le sanzioni che incidono sulla libertà personale (è proprio il caso Engel, che riguardava la sanzione disciplinare irrogata ad un militare).

In realtà è difficilmente sostenibile che la rimozione dal pubblico impiego non abbia efficacia afflittiva analoga a quella penale (comportando effetti collaterali quali il discredito sociale e l'impossibilità di costituire un qualsiasi rapporto di servizio con la pubblica amministrazione) e un impatto sulla comunità generale, attesi i principi costituzionali sottesi al pubblico impiego (artt. 97 e 98 Cost.), vieppiù se la sanzione riguardi un magistrato, il quale esercita un potere dello Stato.

Comunque, la questione dell'applicabilità ai procedimenti disciplinari anche dei par. 2 e 3 dell'art. 6 CEDU è scarsamente rilevante poiché nei procedimenti "civili" di natura punitiva le garanzie generali dell'equo processo assorbono quelle specifiche dei procedimenti "penali".

Tanto premesso, occorre verificare quali siano le conseguenze derivanti dall'applicabilità dell'art. 6 CEDU.

4. I modelli matematici

L'incertezza del processo, teoricamente superata nell'ordinamento penale dal principio *b.a.r.d.*²³, è pienamente avvertita nella giustizia amministrativa.

La questione è spesso trattata nelle due sedi istituzionalmente deputate ad occuparsene: le Sezioni consultive (che, tra l'altro, forniscono risposte ai quesiti sull'interpretazione delle leggi posti dal Governo) e l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

Nei pareri delle prime si trova addirittura scritto: «Alla luce di quanto precede, il quesito sottoposto appare emblematico di un modo di essere dell'ermeneutica giuridica contemporanea, che produce l'esatto contrario dello storico postulato di certezza del diritto. Un modo d'essere ascrivibile al c.d. metodo umanistico, ossia alla tesi che il diritto – in quanto scienza sociale – si sottragga ai metodi di studio propri delle scienze esatte e sia caratterizzato da ampi margini di opinabilità. Nel caso in esame, gli interpreti sono spaccati a metà e l'aspetto paradossale – ma tipico dei conflitti tra giuristi – è che gli argomenti sono inversamente simmetrici: i due orientamenti utilizzano gli stessi dati testuali, sistematici, teleologici, ma intendendoli in modo opposto. In siffatte situazioni l'intervento consultivo (ma analogo discorso potrebbe farsi per le pronunce delle Sezioni unite della Corte di cassazione)

²³ In concreto riversata sulla capacità dell'interprete di realizzarlo.

rischia di essere dirimente più per l'autorevolezza – o la formale autorità – del parere che per la possibilità di accreditare come oggettivamente superiore una delle tesi»²⁴.

Nelle sentenze della seconda si trova scritto: «in un quadro di incertezza normativa, ben può il Consiglio di Stato – in sede Plenaria – modulare la portata temporale della propria sentenza, facendone decorrere gli effetti solo per il futuro»²⁵.

Un processo incerto è lento, inaffidabile, pericoloso: l'incertezza è parente stretta dell'errore.

Un passo in avanti è stabilizzare la giurisprudenza, fattore decisivo secondo la Corte EDU per il rispetto del principio di legalità, sotto il profilo della prevedibilità (del significato) dei precetti normativi, dunque delle decisioni giudiziarie.

Ma ciò non basta, poiché la stabilità delle decisioni, se artificiale, non è garanzia di giustizia e neppure di certezza, perché in un sistema dove il precedente non è vincolante, argomentazioni migliori potranno (e dovranno) prevalere, creando nuova instabilità.

Persino all'interno dello stesso caso il principio di diritto non è vincolante: l'art. 99, comma 4 CPA deve essere inteso nel senso di rimettere all'Adunanza plenaria la sola opzione fra l'integrale definizione della controversia e l'enunciazione di un principio di diritto, mentre non è predicabile (per ragioni sia testuali, che sistematiche) l'ulteriore distinzione in principi di diritto di carattere astratto e principi maggiormente attinenti alle peculiarità del caso concreto. Con la conseguenza che ai principi di diritto enunciati ai sensi di detta norma non può essere riconosciuta l'autorità della cosa giudicata, poiché l'attività di contestualizzazione e di sussunzione dei medesimi in relazione al caso concreto spetta alla sezione cui è rimessa la decisione del ricorso²⁶.

L'idea, forse antica, ma mai realmente sperimentata, è di utilizzare nel processo modelli matematici²⁷.

Ciò non solo nelle tipologie processuali oggetto del presente capitolo, che si presentano più vicine al giudizio penale, ma in anche quelle classiche del diritto amministrativo.

Emblematica al riguardo una recente pronuncia proprio dell'Adunanza Plenaria, volta a dirimere il contrasto giurisprudenziale sugli effetti, ai sensi dell'art. 76, comma 11, del d.P.R. n. 207/2010, della cessione di un ramo d'azienda sul possesso della qualificazione per gli appalti pubblici²⁸.

Sul punto si contrapponevano due orientamenti: per la tesi formalistica, la cessione del ramo aziendale determinava automaticamente la perdita della qualificazione ad esso riferita; per la tesi sostanzialistica la perdita non era automatica, dipendendo dalla consistenza dei beni aziendali ceduti.

²⁴ Cons. Stato, sez. I, parere n. 296/2015, nonché preavviso per l'Adunanza Generale n. 275/2016.

²⁵ Cons. Stato, Ad. Pl., n. 13 del 2017.

²⁶ Cons. Stato, Ad. Pl., n. 2 del 2018.

²⁷ Cfr. DIRITTO E SCIENZA S.R.L. *L'interpretazione della legge con modelli matematici*, convegno in Bari, 6 ottobre 2017; nonché LUIGI VIOLA, *L'interpretazione della legge con modelli matematici*, II edizione, DirittoAvanzato, Milano, 2018.

²⁸ Cons. Stato, Ad. Pl., n. 3 del 2017.

La Plenaria ha preferito questa tesi: «l'art. 76, comma 11, del D.P.R. n. 207/2010 deve essere interpretato nel senso che la cessione del ramo d'azienda non comporta automaticamente la perdita della qualificazione, occorrendo procedere a una valutazione in concreto dell'atto di cessione, da condursi sulla base degli scopi perseguiti dalle parti e dell'oggetto del trasferimento».

Per motivare la soluzione il massimo Collegio anticipa che «procederà dunque ad analizzare la fattispecie sulla base dei tre metodi comunemente impiegati nell'ermeneutica giuridica:

- letterale (*sub* 3.1);
- logico-sistematico (*sub* 3.2);
- teleologico (*sub* 3.3)».

In tutte e tre le parti indicate vi è ampio ricorso a modelli matematici (l'enfasi nelle citazioni contenuta nel testo delle note che seguono individua i singoli passaggi).

In primo luogo nell'esegesi testuale²⁹.

²⁹ «3.1 Punto di partenza dell'indagine non può che essere la disposizione interessata, che conviene esaminare con riferimento anche alle disposizioni immediatamente precedenti. Stabilisce l'art. 76 D.P.R. n. 207/2010, commi 9-11:

“9. In caso di fusione o di altra operazione che comporti il trasferimento di azienda o di un suo ramo, il nuovo soggetto può avvalersi per la qualificazione dei requisiti posseduti dalle imprese che ad esso hanno dato origine. Nel caso di affitto di azienda l'affittuario può avvalersi dei requisiti posseduti dall'impresa locatrice se il contratto di affitto abbia durata non inferiore a tre anni.

10. Nel caso di cessione del complesso aziendale o del suo ramo, il soggetto richiedente l'attestazione presenta alla SOA perizia giurata redatta da un soggetto nominato dal tribunale competente per territorio.

11. Ai fini dell'attestazione di un nuovo soggetto, nell'ipotesi in cui lo stesso utilizzi l'istituto della cessione del complesso aziendale o di un suo ramo, le SOA accertano quali requisiti di cui all'articolo 79 sono trasferiti al cessionario con l'atto di cessione. Nel caso in cui l'impresa cedente ricorra alla cessione del complesso aziendale o di un suo ramo, la stessa può richiedere alla SOA una nuova attestazione, riferita ai requisiti oggetto di trasferimento, esclusivamente sulla base dei requisiti acquisiti successivamente alla cessione del complesso aziendale o del suo ramo”.

Il comma 9 disciplina le operazioni che comportino il trasferimento dell'azienda o di un suo ramo, fissando la regola secondo cui il nuovo soggetto può utilizzare i requisiti di qualificazione dei soggetti da cui ha preso vita (“...imprese che ad esso hanno dato origine”). In tal caso il passaggio dei requisiti in capo all'acquirente è un corollario, oltre che del trasferimento d'azienda, della successione soggettiva. Invece, nell'ipotesi di affitto d'azienda (almeno) triennale, la *ratio* di tale effetto è nella continuità della gestione aziendale.

Già da qui si comprende come la portata dell'effetto traslativo dei beni aziendali non deve essere enfatizzata, giacché questo non è condizione né necessaria (affitto d'azienda), né sufficiente (fusione societaria o altra operazione di successione tra enti), della trasmissione dei requisiti di qualificazione.

Il comma 10 disciplina la sola ipotesi di cessione dell'intera azienda, o di un suo ramo, “pura” (non derivante cioè da modifiche della compagine societaria), ponendo a capo del soggetto che richiede l'attestazione a seguito del trasferimento (quindi, chiaramente, il cessionario) un onere probatorio qualificato.

Il comma 11, al primo periodo, disciplina il rilascio dell'attestazione al nuovo soggetto che intenda avvalersi dei requisiti di qualificazione in caso di cessione dell'azienda o di un suo ramo, stabilendo che compete alla SOA accertare quali requisiti sono trasferiti al cessionario con l'atto di cessione, ciò significando che non vi è alcun automatismo in proposito. Se l'automatismo è escluso dalla parte del cessionario, non può non esserlo da quella del cedente, poiché lo schema negoziale fondato sul principio del consenso traslativo postula la reciprocità degli effetti, per cui se chi acquista non riceve, chi cede non dà.

La portata soggettiva degli effetti traslativi è regolata da un **sillogismo**: premessa minore è il contratto traslativo, premessa maggiore è la biunivocità dell'effetto traslativo; conclusione necessaria è il prodursi contemporaneo dell'effetto di acquisto e di quello di perdita. Nei casi in cui un contratto traslativo non produce *ipso iure* l'acquisto del diritto in capo all'avente causa (perché, evidentemente, occorre un elemento aggiuntivo), non può produrre *ipso iure* la sua perdita in capo al dante causa. È logicamente impossibile dissociare i due effetti, e quando questo avviene è perché, in realtà, l'effetto traslativo non opera secondo la configurazione tipica; nella fattispecie in esame, infatti, l'efficacia traslativa tipica riguarda l'azienda, non le qualificazioni, poiché non necessariamente le parti hanno inteso disporre contestualmente al trasferimento aziendale il trasferimento dei requisiti di qualificazione ed in ogni caso, appunto, l'effetto traslativo dei requisiti è condizionarlo ad ulteriori elementi estranei alla volontà delle parti.

Poi nell'interpretazione sistematica³⁰.

Il comma 11, al secondo periodo, disciplina la stessa ipotesi dal lato inverso, prevedendo che il cedente possa domandare una nuova attestazione esclusivamente sulla base dei requisiti acquisiti successivamente alla cessione. La tesi formalistica gioca molto su tale disposizione, ritenendo che essa dimostri come la cessione aziendale comporti la perdita della qualificazione. In verità si omette di considerare che la richiesta di nuova attestazione si riferisce ai “requisiti oggetto di trasferimento”, quindi presuppone – e non già implica – che tali requisiti siano stati trasferiti. Effetto che non si produce automaticamente, altrimenti non sarebbe stato precisato, men che meno con la formula “oggetto di”, la quale sottintende che l'effetto è disposto dal negozio e non dalla legge. In definitiva, la disposizione non stabilisce (neppure implicitamente) la perdita delle qualificazioni come effetto della cessione aziendale, ma prevede l'ipotesi in cui tale perdita si sia verificata. Trattandosi dell'argomento principale della tesi formalistica, il Collegio ritiene di utilizzare una dimostrazione che consente di superare ogni incertezza, legata più che alla formulazione testuale (invero chiara), alla incompletezza della disposizione: l'assunto secondo cui la disposizione sottintende l'automatismo cade in una fallacia dell'argomentazione, nota come **affermazione del conseguente**.

Un esempio di codesta fallacia è la proposizione: “Se sono a Venezia, allora sono in Veneto. Sono in Veneto, perciò sono a Venezia”. Si critica questa fallacia mostrando come l'implicazione permette la conclusione solo se è una doppia implicazione, cioè se p e q si equivalgono, laddove “sono in Veneto” non necessariamente equivale a “sono a Venezia”; (esempio di equivalenza: “Se sono a Roma (p), allora sono nella capitale d'Italia (q). Sono nella capitale d'Italia (q), perciò sono a Roma (p)”). Solo così affermando p si può derivare q. In simboli [(p <-> q) ^q] -> p.

Ebbene, nel caso in esame la tesi formalistica legge la proposizione come se dicesse: “Se vi è una cessione di ramo d'azienda e sono trasferiti i requisiti di qualificazione, allora l'impresa cedente può chiedere una nuova attestazione. Se l'impresa cedente può chiedere una nuova attestazione, allora la cessione di ramo d'azienda determina la perdita dei requisiti di qualificazione”: appunto l'affermazione del conseguente.

La facoltà prevista dall'art. 76, comma 11, secondo periodo per l'impresa cedente di chiedere una nuova attestazione SOA per i requisiti oggetto di trasferimento non può essere trasformata nella previsione della automatica decadenza all'atto della cessione, tanto più che essa non sarebbe sufficiente ad evitare il venir meno della qualificazione durante la gara, atteso che la richiesta di nuova attestazione può avvenire “esclusivamente sulla base dei requisiti acquisiti successivamente alla cessione del complesso aziendale o del suo ramo”.

Ne discende che non automaticamente in caso di trasferimento del ramo d'azienda sono trasferiti anche i requisiti di cui all'art. 79, comma 1 del DPR n. 207/2010. In particolare, è ben possibile che la cessione di parti dell'azienda, ancorché qualificate come ramo aziendale, si riferisca a porzioni prive di autonomia funzionale nel contesto dell'impresa e comunque non significative, quindi non sia tale da generare la perdita in capo al cedente (e il correlato acquisto in capo al cessionario) dei requisiti di qualificazione.

Se non sono trasferiti i requisiti di qualificazione, non possono esserlo le qualificazioni che ad essi si riferiscono».

³⁰ «3.2 Il dato testuale è confermato da quello logico-sistematico.

Stabilisce l'art. 1376 c.c. (*genus* dei contratti traslativi): “Nei contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata, la costituzione o il trasferimento di un diritto reale ovvero il trasferimento di un altro diritto, la proprietà o il diritto si trasmettono e si acquistano per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato”.

La tesi formalistica riposa su un enunciato che, sebbene non esplicitato, costituisce il fondamento dell'intero ragionamento volto a ravvisare nella stipulazione del contratto di cessione la pietra tombale sulla qualificazione per il cedente: il consenso al trasferimento del ramo d'azienda implica il trasferimento – e dunque la perdita – della qualificazione.

È lo stesso appellante che richiama i passaggi decisivi in proposito delle citate pronunce: «Vero è che possono esistere situazioni di fatto in cui, ceduto un ramo d'azienda, la cedente mantenga comunque requisiti sostanziali tali da sorreggere ancora la qualificazione inerente al compendio ceduto, indipendentemente da ulteriori acquisizioni. E in questo senso può essere corretto il dubbio se, occorrendo, non sia possibile dare dell'art. 76 un'interpretazione non strettamente letterale, tale da consentire la nuova attestazione anche allo stato dei requisiti, cioè a prescindere da acquisizioni successive alla cessione. Quella che è invece insostenibile è l'interpretazione inversa, e cioè che si possano dare cessioni di rami d'azienda senza perdita di diritto dell'attestazione relativa. E ciò perché un'interpretazione di questo segno sarebbe in contrasto con l'impianto di fondo della normativa vigente alla strenua del quale la qualificazione non è autocertificata dalla parte interessata, ma “viene rilasciata al termine di un procedimento istruttorio diretto ad accertare il possesso dei requisiti previsti dalla legge in capo al solo soggetto giuridico che l'ha richiesta”.».

In definitiva, ancorché si ammette che l'impresa cedente possa mantenere i requisiti sostanziali, si nega che possa conservare la correlata qualificazione, la quale sarebbe persa *ipso iure* all'atto del trasferimento aziendale.

L'assunto è doppiamente infondato.

In primo luogo perché viola il **principio logico di identità**.

Infatti, i requisiti di qualificazione contemplati dall'art. 79, comma 1 del DPR n. 207/2010 dipendono dalle risorse aziendali, ma non coincidono con esse. Ciò per il semplice motivo che un conto è un bene patrimoniale (qual è, in definitiva, l'azienda: Cass. sez. un., n. 5087/14), altro sono i requisiti di qualificazione. Quand'anche si volesse ritenere che le categorie del diritto commerciale siano recepite passivamente dal diritto amministrativo che le richiami, resta che

Infine nell'analisi funzionale³¹.

nella fattispecie in esame non vi è ad esse alcun richiamo, atteso che la citata disposizione del regolamento sui contratti pubblici individua come requisiti speciali di qualificazione i seguenti:

- a) adeguata capacità economica e finanziaria;
- b) adeguata idoneità tecnica e organizzativa;
- c) adeguata dotazione di attrezzature tecniche;
- d) adeguato organico medio annuo.

Pur trattandosi di elementi afferenti all'organizzazione produttiva dell'impresa (capitale e lavoro), essi sono dotati di autonomia concettuale, che i commi successivi dell'art. 79 articolano con riferimento a una pluralità di indici per ciascuna voce.

Ne discende che il consenso traslativo avente ad oggetto un ramo d'azienda non può automaticamente estendersi alle qualificazioni, né vi è alcuna norma che tanto disponga.

Ciò è coerente con la previsione secondo cui le SOA accertano quali requisiti di cui all'articolo 79 sono trasferiti al cessionario con l'atto di cessione. Poiché il contratto è "*l'accordo tra due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale*", sicché il rapporto giuridico costituito non può che comprendere tutte le posizioni che sono oggetto del negozio (e ciò vale a maggior ragione per i negozi traslativi, in cui opera un meccanismo derivativo-costitutivo), se il cessionario può non acquistare taluni requisiti, il cedente può non perderli.

In secondo luogo la tesi formalistica postula che la qualificazione del negozio di cessione debba farsi sulla base della causa in astratto. Infatti, solo considerando esclusivamente la funzione socio-economica del modello negoziale adottato può pervenirsi all'affermazione che il trasferimento d'azienda implichi il trasferimento – e dunque la perdita in capo al cedente – dei requisiti di qualificazione, ancorché, in concreto, il negozio non persegua siffatto scopo.

La teoria della causa in astratto, già da tempo abbandonata dalla dottrina maggioritaria, è stata superata anche in giurisprudenza, in favore della teoria della causa in concreto, quale sintesi degli interessi reali delle parti.

Data la notorietà del tema, il Collegio non ritiene di trattarsi in argomento.

Merita, invece, di essere precisato come, in verità, la dicotomia causa astratta/concreta, riducendo la nozione di causa, rispettivamente, al tipo normativo o allo specifico contratto, incappa in una **doppia fallacia di argomentazione**:

- *definizione troppo stretta*: la definizione esclude elementi che dovrebbero essere inclusi. Per combattere la fallacia di definizione troppo stretta – che è una fallacia deduttiva – occorre confrontare il termine definito con l'ambito di definizione, mostrando che esso dovrebbe essere ampliato;

- *causa complessa*: l'effetto è causato da un numero di eventi maggiore di quelli presentati nell'argomento. Per evidenziare la fallacia di causa complessa – che è una fallacia causale – occorre individuare tutte le cause che, complessivamente, contribuiscono all'effetto.

Poiché il rapporto contrattuale si produce secondo lo schema fatto-norma-effetto, dove il fatto è dato dal singolo contratto e la norma dalla disposizione di legge che lo contempla, la causa, quale elemento del contratto, non può che riferirsi all'uno come all'altro.

Il contratto sarà tipico, allorquando la causa concreta (ossia la causa del singolo contratto) sarà riconducibile a quella astratta (ossia la causa del tipo contrattuale), operando il procedimento logico di sussunzione del fatto nella norma. Altrimenti sarà atipico. Ma, anche in tal ultima ipotesi, in base al metodo tipologico, costantemente seguito dalla Corte di cassazione, esisterà pur sempre una causa tipica (o una pluralità di cause tipiche) che fungeranno da paradigma nella definizione del contratto atipico.

In definitiva, entrambe le nozioni di causa hanno ragion d'essere, poiché esse, a ben guardare, si riferiscono ad entità diverse: il tipo legale ovvero il contratto storicamente stipulato.

Volendo pervenire a una nozione unitaria deve guardarsi all'art. 1321 c.c., in cui la causa è nella particella "*per*" ("*il contratto è l'accordo per costituire ... un rapporto giuridico patrimoniale*"), essendo ciò che giustifica la produzione degli effetti giuridici per atto di autonomia privata, ossia, in sostanza, la legge di copertura del contratto e, più precisamente, del meccanismo di causalità giuridica che lega l'accordo al rapporto cui dà vita.

Ciò premesso, si intuisce come tale legge appartenga alla realtà sociale ed economica, e il legislatore si limiti a codificarla nell'ordine giuridico. Ne discende che l'autorizzazione alla produzione di effetti giuridici e il tipo di effetti prodotti dipendono dalla valutazione degli scopi concretamente (cioè nella realtà) perseguiti dalle parti, ancorché ancorata in larga misura a parametri preventivamente definiti dall'ordinamento.

Allora, è fuori luogo sostenere che la cessione dei beni aziendali comporti di per sé il trasferimento delle qualificazioni, occorrendo considerare quale sia l'interesse pratico sotteso all'operazione e il suo effettivo contenuto e se l'eventuale interesse pratico possa realizzarsi senza il concorso di elementi esterni al contratto, come nel caso gli adempimenti ulteriori di competenza SOA».

³¹ «3.3 Milita nel senso indicato anche l'analisi del profilo funzionale dell'istituto.

Il principio secondo cui le qualificazioni richieste dal bando debbono essere possedute dai concorrenti non solo al momento della scadenza del termine per la presentazione delle offerte, ma anche in ogni successiva fase del procedimento di evidenza pubblica e per tutta la durata dell'appalto, senza soluzione di continuità (Cons. Stato, Ad. plen., 20 luglio 2015, n. 8) costituisce al tempo stesso fondamento e limite degli oneri posti all'impresa partecipante a una gara di appalto in materia di documentazione del perdurante possesso dei requisiti di qualificazione.

Ha osservato la Plenaria nel citato precedente che *«Invero, per esigenze di trasparenza e di certezza del diritto, che non collidono col pur rilevante principio del favor participationis, la verifica del possesso, da parte del soggetto concorrente (ancor prima che aggiudicatario), dei requisiti di partecipazione alla gara deve ritenersi immanente all'intero procedimento di evidenza pubblica, a prescindere dalla indicazione, da parte del legislatore, di specifiche fasi espressamente dedicate alla verifica stessa, quali quelle di cui all'art. 11, comma 8 ed all'art. 48 del D. Lgs. n. 163/2006. Proprio perché la verifica può avvenire in tutti i momenti della procedura (a tutela dell'interesse costante dell'Amministrazione ad interloquire con operatori in via permanente affidabili, capaci e qualificati), allora in qualsiasi momento della stessa deve ritenersi richiesto il costante possesso dei detti requisiti di ammissione; tanto, vale la pena di sottolineare, non in virtù di un astratto e vacuo formalismo procedimentale, quanto piuttosto a garanzia della permanenza della serietà e della volontà dell'impresa di presentare un'offerta credibile e dunque della sicurezza per la stazione appaltante dell'instaurazione di un rapporto con un soggetto, che, dalla candidatura in sede di gara fino alla stipula del contratto e poi ancora fino all'adempimento dell'obbligazione contrattuale, sia provvisto di tutti i requisiti di ordine generale e tecnico-economico-professionale necessari per contrattare con la P.A. ».*

Se la normativa intende garantire l'effettivo possesso dei requisiti di qualificazione, non può contraddittoriamente fissare una presunzione di perdita dei requisiti in virtù della cessione di un ramo d'azienda.

La perdita automatica delle qualificazioni disegnerebbe, infatti, una presunzione assoluta, che, non soltanto non è esplicitata dalla legge, ma si porrebbe in conflitto con la giurisprudenza costituzionale in materia, la quale in numerose circostanze ha affermato il principio generale secondo cui *«le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'id quod plerumque accidit. In particolare, l'irragionevolezza della presunzione assoluta si coglie tutte le volte in cui sia agevole formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa»* (Corte costituzionale, sentenze n. 139 del 1982, n. 333 del 1991, n. 41 del 1999, n. 225 del 2008, n. 139 e 265 del 2010, n. 231 e 164 del 2011, n. 172 del 2012, etc.).

In questa giurisprudenza spicca – e sono significative proprio al fine di superare il convincimento che la tesi dell'automatismo sia giustificata dalla tutela dell'interesse pubblico – il gruppo di pronunce che hanno progressivamente cancellato persino le presunzioni di adeguatezza della custodia cautelare in carcere aggiunte dal legislatore a quella originaria, prevista in relazione al reato di cui all'art. 416-bis del codice penale:

È stata così dichiarato costituzionalmente illegittimo l'articolo 275, comma 3, secondo e terzo periodo, c.p.p., nella parte in cui prevede che sia obbligatoriamente applicata la custodia cautelare in carcere quando sussistono esigenze cautelari e gravi indizi di colpevolezza in ordine:

- ai delitti di cui agli articoli 600-bis, comma 1, 609-bis e 609-quater del codice penale;
- al delitto di cui all'articolo 575 del codice penale;
- al delitto di cui all'articolo all'art. 74 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309;
- al delitto di cui all'articolo 416 c.p., realizzato allo scopo di commettere i delitti previsti dagli articoli 473 e 474 del codice penale;
- ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-bis del codice penale ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo;
- al delitto di cui all'articolo 630 del codice penale;
- al delitto di cui all'articolo 609-octies del codice penale;
- al delitto di cui agli artt. 110 e 416-bis del codice penale.

In tutte le pronunce la Corte ha osservato che la presunzione di adeguatezza ha ragion d'essere solo in relazione al delitto di associazione di tipo mafioso, che presenta quelle caratteristiche fenomeniche (accreditate su base generale da leggi socio-criminali o massime d'esperienza) tali da far ritenere la misura carceraria unico strumento idoneo a recidere i rapporti dell'indiziato con l'ambiente criminale di appartenenza e a neutralizzarne la pericolosità.

Ancor più evidente, muovendo dal campo del diritto penale alla fattispecie in esame, è che dunque le presunzioni assolute debbano avere un fondamento empirico, il che esclude che esse possano legarsi esclusivamente a regole astratte quale l'art. 1376 c.c.: se si prescinde dall'analisi del fatto concreto viene meno la connessione tra il fatto tipico (la cessione del ramo d'azienda) e l'effetto giuridico (la perdita delle qualificazioni), perché manca o è insufficiente la regola che a tale connessione provvede, ossia la regola di inferenza. Tale regola (legge scientifica, legge statistica, massima di esperienza) è quella che attiva l'**operatore logico** (o nesso di implicazione) e giustifica razionalmente il passaggio dalla premessa minore alla conclusione.

Se il divieto di presunzioni assolute è stato affermato in settori dove le politiche di sicurezza trovano massima giustificazione, sarebbe incomprensibile che non operasse in materia di appalti pubblici. L'elevato tasso di infiltrazione criminale e di corruzione che caratterizza questo settore non può condurre a semplificazioni concettuali, che finirebbero per danneggiare la libertà di impresa e la stessa concorrenza nel mercato, senza neppure giovare al contrasto della delinquenza economica.

L'analisi del dato funzionale non può prescindere da un cenno ai profili di diritto UE, atteso che la tesi formalistica o della discontinuità si pone in tensione con il principio di proporzionalità, con il diritto della concorrenza e con le libertà economiche garantite dal Trattato sul funzionamento UE. La regola secondo cui ogni trasferimento aziendale, ancorché

Anche sul secondo complementare principio di diritto enunciato («In ipotesi di cessione di un ramo d'azienda, l'accertamento positivo effettuato dalla SOA, su richiesta o in sede di verifica periodica, in ordine al mantenimento dei requisiti di qualificazione da parte dell'impresa cedente, comporta la conservazione dell'attestazione da parte della stessa senza soluzione di continuità») la Plenaria trova modo di porre a fondamento del postulato un argomento squisitamente matematico³².

Un esempio della possibilità di individuare le soluzioni attraverso modelli matematici è ricavabile dalla pronuncia della Adunanza Plenaria sulla disciplina transitoria dei vincoli paesaggistici³³.

Il punto 4.1 della motivazione si sofferma sull'interpretazione letterale dell'art. 157 d.lgs. n. 42/2004 (Codice del paesaggio), che si trascrive.

“1. Conservano efficacia a tutti gli effetti:

a) le dichiarazioni di importante interesse pubblico delle bellezze naturali o panoramiche, notificate in base alla legge 11 giugno 1922, n. 778;

b) gli elenchi compilati ai sensi della legge 29 giugno 1939, n. 1497;

c) le dichiarazioni di notevole interesse pubblico notificate ai sensi della legge 29 giugno 1939, n. 1497;

d) i provvedimenti di riconoscimento delle zone di interesse archeologico emessi ai sensi dell'articolo 82, quinto comma, del decreto del Presidente della Repubblica 24 luglio 1977, n. 616, aggiunto

minimo, genera di per sé la perdita delle qualificazioni, con effetti anche sulle gare in corso, per importi di gran lunga superiori al valore dei beni trasferiti, sarebbe:

- una misura eccessiva, anche alla luce della presunzione di idoneità di cui all'art. 52, commi 3 e 4 della direttiva 2004/18/CE;

- tale da alterare lo svolgimento delle competizioni, implicando l'esclusione dell'impresa cedente dalla gara, ancorché i requisiti di qualificazione non siano stati effettivamente persi;

- una restrizione indiretta alla libertà di stabilimento, alla libertà di circolazione dei capitali, alla libera prestazione di servizi.

Gli effetti distorsivi della concorrenza si avverterebbero in particolare modo per i grandi gruppi societari (nazionali e non), i quali più frequentemente ricorrono a operazioni aziendali di minima rilevanza rispetto al fatturato globale (come nel caso in esame), ed ai quali deve essere garantita, in ciascuno Stato membro, la piena possibilità di operare sul mercato con trasformazioni ed operazioni societarie cui non si riconducano per effetto presuntivo conseguenze pregiudizievoli o disincentivanti».

³² «Il ruolo di vigilanza dell'ANAC nei casi in cui la SOA confermi il possesso della qualificazione concorre a confutare una delle ragioni dell'orientamento formalistico, ossia la pretesa funzione della regola dell'automatismo di contrastare meccanismi di elusione della normativa anticorruzione (e, più in generale, della legislazione in materia di appalti pubblici) fondati sulla cessione dei beni aziendali. Si ritiene, infatti, che la perdita *ipso iure* della qualificazione disincentivi trasferimenti fraudolenti o cessioni di comodo, e tale *ratio* sia coerente con l'opposta necessità di una verifica in concreto sui requisiti trasferiti ai fini dell'acquisto delle qualificazioni da parte del cessionario.

Premesso che anche questo ragionamento incappa in una **fallacia di argomentazione** (*definizione circolare*: si pretende di definire un termine utilizzando una proposizione che lo contiene), il potere di intervento dell'Autorità neutralizza il rischio che l'impresa cedente continui a operare sulla base di un'illegittima (o mancata) conferma dell'attestazione da parte della SOA. Ed in effetti, nella fattispecie, a sgombrare il campo da ogni ipotetico dubbio su finalità elusive della cessione, non solo la SOA ha certificato, ma l'ANAC ha validato il possesso continuativo in capo a SIRAM dei requisiti».

³³ Cons. Stato, Ad. Pl., n. 13 del 2017.

dall'articolo 1 del decreto legge 27 giugno 1985, n. 312, convertito con modificazioni nella legge 8 agosto 1985, n. 431;

d-bis) gli elenchi compilati ovvero integrati ai sensi del decreto legislativo 29 ottobre 1999, n. 490;

e) le dichiarazioni di notevole interesse pubblico notificate ai sensi del decreto legislativo 29 ottobre 1999, n. 490 (6);

f) i provvedimenti di riconoscimento delle zone di interesse archeologico emessi ai sensi del decreto legislativo 29 ottobre 1999, n. 490;

f-bis) i provvedimenti emanati ai sensi dell'articolo 1-ter del decreto-legge 27 giugno 1985, n. 312, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 agosto 1985, n. 431.

2. Le disposizioni della presente Parte si applicano anche agli immobili ed alle aree in ordine ai quali, alla data di entrata in vigore del presente codice, sia stata formulata la proposta ovvero definita la perimetrazione ai fini della dichiarazione di notevole interesse pubblico o del riconoscimento quali zone di interesse archeologico”.

Nella prevalente giurisprudenza questa disposizione era interpretata nel senso di sancire la permanenza del vincolo paesaggistico preliminare derivante dalla proposte di vincolo il cui procedimento non si fosse concluso nei termini di legge alla data di entrata in vigore del Codice (tesi della continuità).

Altro orientamento sosteneva, invece, il contrario (tesi della discontinuità), sulla base dell'argomento secondo cui le proposte, diversamente dagli atti definitivi, perdono efficacia.

L'Adunanza Plenaria aderisce alla tesi della discontinuità, ma smentendo l'argomento letterale su cui poggiava, che, stabilendo un rapporto di consequenzialità necessaria tra (perdita di) efficacia delle proposte e (perdita di) efficacia del vincolo preliminare sul bene che ne costituisce oggetto, esponeva detta tesi alla confutazione da parte dell'orientamento prevalente (posto che, indubitabilmente, il comma 2 dell'art. 157 postula la conservazione di efficacia delle proposte).

La dimostrazione della falsità di questo modo di argomentare, condotta dalla Plenaria nei termini classici del ragionamento giuridico, poteva essere ottenuta attraverso gli strumenti della logica formale, dimostrando come la proposizione incorre in due fallacie deduttive.

1) *Conclusione irrilevante*: si argomenta una conclusione diversa da quella che avrebbe dovuto essere raggiunta. Questa fallacia si neutralizza dimostrando che la conclusione del ragionamento è irrilevante rispetto all'argomento sviluppato.

Nel caso in esame la conclusione secondo cui la proposta di vincolo perde efficacia è irrilevante rispetto all'argomento secondo cui i provvedimenti impositivi di vincolo conservano efficacia.

2) *Negazione dell'antecedente*: La negazione dell'antecedente è un'errata applicazione del *modus tollens*, che è la regola di inferenza secondo cui $[(p \rightarrow q) \wedge \neg q] \rightarrow \neg p$. Dove p è l'antecedente, q è il

conseguente, \neg indica la negazione, $\neg p$ e $\neg q$ indicano il contrario (si legge *non p* e *non q*). Inoltre p è condizione sufficiente per q , q è condizione necessaria per p .

Esempio:

- *Se è giorno, c'è luce* (se p , allora q)
- *Ma non c'è luce* (non q)
- *Quindi non è giorno* (non p)

Non è invece corretto affermare $[(p \rightarrow q) \wedge \neg p] \rightarrow \neg q$.

Esempio:

- *Se sono a Venezia, non sono in Lombardia* (se p , allora q)
- *Non sono a Venezia* (non p)
- *Quindi sono in Lombardia* (non q)

Questa fallacia si confuta dimostrando che tra p e q non vi è una doppia implicazione.

L'argomentazione svolta dalla tesi della discontinuità può essere così descritta:

- *Se prima dell'entrata in vigore del Codice è stato adottato un provvedimento definitivo, [la proposta] non perde efficacia* (se p , allora q)
- *Non è stato adottato un provvedimento definitivo* (non p)
- *Quindi [la proposta] perde efficacia* (non q)

È proprio la negazione dell'antecedente.

In sostanza la tesi della discontinuità utilizza l'argomento *a contrario* nella sua variante produttiva (prevedere la conservazione dell'efficacia per i provvedimenti definitivi, implica negarla per le proposte), senza che ne esistano i presupposti.

Qual è l'utilità di tale dimostrazione?

Evitare oscillazioni (ed errori) dei giudici: quando di una stessa disposizione esistono due interpretazioni opposte, una di esse è falsa. L'impiego dei modelli matematici consente di stabilire con certezza qual è.