

TRACCE DEL CONCORSO A 350 POSTI

PREMESSA

Come di consueto si pubblica lo studio della [commissione](#), affisso in aula in occasione della lezione pre-concorso, e la comparazione tra le tracce assegnate al concorso e quelle trattate al corso.

TRACCE ASSEGNATE

Diritto civile:

- Concorso, 5 luglio 2016 > *“La locazione finanziaria, con particolare riferimento alla tutela dell'utilizzatore nei confronti del fornitore”*.
- Corso ordinario 2015-2016 > *lezione su causa, negozio atipico e collegamento negoziale*¹.
Bari: 31 ottobre 2015;
Roma: 10 novembre 2015;
Milano: 13 novembre 2015.

I contratti commerciali erano segnalati nello studio della commissione tra gli argomenti probabili.

Diritto amministrativo:

- Concorso, 6 luglio 2016 > *“Le sanzioni delle Autorità amministrative indipendenti con particolare riferimento ai mezzi di tutela procedimentali e processuali avverso quelli irrogati dall'Autorità garante per la concorrenza e il mercato e dalla Commissione nazionale per le società e la borsa”*.
- Corso intensivo 2016, III sessione mirata > *“La discrezionalità della pubblica amministrazione e delle Autorità indipendenti alla luce del principio di buon andamento, con particolare riferimento al sindacato giurisdizionale”*².
- Lezione pre-concorso 4 luglio 2016 > *“La giurisdizione di risultato, con particolare riferimento al sindacato sulla discrezionalità delle Autorità indipendenti”*³.

Il diritto pubblico dell'economia era segnalato nello studio della commissione come argomento probabile.

¹ Trattati:

- definizione, struttura e natura giuridica del leasing;
- inquadramento del leasing nella figura della connessione negoziale;
- giustificazioni al fenomeno dell'espansione degli effetti giuridici del singolo contratto in virtù del collegamento.

² Trattati:

- il principio del buon andamento;
- le sanzioni dell'AGCM;
- il sindacato giurisdizionale;
- l'applicabilità dell'art. 6 CEDU e del principio BARD;
- illeciti anticoncorrenziali e teoria dei giochi.

³ Trattati:

- il giudice amministrativo come giudice dell'economia;
- il principio del buon andamento;
- il sindacato giurisdizionale sulle Autorità indipendenti, in particolare su AGCM;
- limiti esterni alla giurisdizione amministrativa.

Diritto penale:

- Concorso, 8 luglio 2016 > *“Premessi cenni sul concorso, ordinario e anomalo, di persone nel reato, nonché sull’aberratio ictus, si soffermi il candidato sul titolo di responsabilità del mandante nel caso di omicidio di persona diversa dalla vittima designata”*.
- Corso intensivo 2016 > *“Delineato il fondamento oggettivo del concorso eventuale di persone nel reato, tratti il candidato del rapporto tra art. 110 e art. 116 c.p.”*.
Bari: 9 aprile 2016;
Roma: 20 aprile 2016;
Milano: 23 aprile 2016.

Il concorso di persone nell’omicidio volontario era segnalato nello studio della commissione tra gli argomenti probabili.

ANALISI DELLE TRACCE

Le tracce sono classiche, tutte costruite secondo lo schema generale/particolare. Ciascuna, peraltro, presentava delle insidie. Tecnicamente la più complessa era quella di amministrativo, ma quella di penale poneva un quesito pratico insolito per il concorso in magistratura, che potrebbe aver messo in difficoltà i più deboli sul piano del ragionamento.

L’analisi di seguito riportata è su base schematica e tiene conto del fatto che si tratta di temi, in cui è decisiva la comprensione del problema e l’argomentazione della sua soluzione, non la monografica illustrazione delle informazioni in argomento.

DIRITTO CIVILE

“La locazione finanziaria, con particolare riferimento alla tutela dell’utilizzatore nei confronti del fornitore”.

1. Problema conoscitivo

Il tema verte sulla dissociazione tra forma e sostanza che si realizza nel contratto di leasing finanziario, il quale è parte di una più ampia operazione, unitaria dal punto di vista economico, ma frammentata dal punto di vista giuridico. Vengono in rilievo quattro aree tematiche del diritto dei contratti:

- strutture negoziali e causa concreta;
- tecniche di legame tra contratti, in particolare collegamento e connessione;
- principio di relatività del contratto;
- ricorso all’analogia o alle clausole generali per realizzare la funzione pratica del contratto.

Dal punto di vista strutturale, la traccia segue lo schema sequenziale secco, costituito da un singolo istituto da analizzare in generale e dall’approfondimento di un aspetto particolare del medesimo. L’ordine logico di trattazione doveva essere il seguente:

1. Definizione del leasing finanziario.
2. Struttura.
3. Natura giuridica.
4. Tutela dell’utilizzatore in ipotesi di inadempimento del fornitore.
5. Tutela dell’utilizzatore in ipotesi di consegna di un bene viziato.
6. Leasing internazionale e leasing immobiliare abitativo.
7. Elusione fiscale, abuso del diritto e nullità del leasing.

2. Svolgimento

La prima parte è di carattere generale, ma la trattazione non deve essere a 360° e concentrarsi sulle questioni pertinenti alla soluzione del quesito posto nella seconda parte, quindi struttura e natura giuridica della locazione finanziaria.

Lo schema dell’operazione vede la partecipazione di tre soggetti: il concedente finanziatore (che esercita l’attività di leasing), il fornitore, e l’utilizzatore finale del bene. Quest’ultimo, interessato all’utilità di un determinato bene ma al contempo intenzionato a non sostenere gli oneri economici e fiscali di un acquisto, si rivolge al concedente conferendogli l’incarico di finanziare e procedere all’acquisto del bene, previa indicazione del fornitore presso il quale intende approvvigionarsi. Il concedente effettua quindi l’acquisto presso il fornitore indicato e, mantenendo la titolarità del diritto di proprietà sul bene acquistato, ne cede il godimento all’utilizzatore in cambio di un corrispettivo periodico pattiziamente stabilito (c.d. locazione finanziaria). Alla scadenza del contratto l’utilizzatore ha la facoltà di scegliere tra il riscatto del bene mediante il pagamento di un prezzo finale, la proroga della locazione e la restituzione del bene al concedente finanziatore.

L’operazione presenta vantaggi per ognuno dei contraenti: il concedente finanziatore, conservando la titolarità del bene acquistato nell’interesse dell’utilizzatore finale, è preservato da un’eventuale insolvenza di quest’ultimo (cosa che non accadrebbe nel caso di stipula di un normale contratto di mutuo, nel quale il mutuante finanziatore, anticipando il capitale per l’acquisto senza acquisire la proprietà del bene, rimarrebbe maggiormente esposto alle conseguenze dell’insolvenza

dell'utilizzatore). L'utilizzatore finanziato, dal canto suo, non anticipa capitale per l'acquisto del bene ed ha la possibilità di rinnovare l'oggetto dell'acquisto stipulando un nuovo contratto di leasing alla scadenza del primo. Riceve, inoltre, un vantaggio fiscale dal mancato acquisto, potendo imputare al passivo dell'impresa i canoni di godimento corrisposti al finanziatore. Il fornitore, infine, vede soddisfatto il suo interesse commerciale alla vendita del bene richiesto dall'utilizzatore e acquistato dal concedente.

Lo schema economico può essere così tradotto in veste giuridica: A (impresa produttrice) vende a B (società di leasing) un bene, B lo concede in uso C (consumatore, ove si tratti di beni di consumo, imprenditore ove si tratti di bene strumentale) con patto di riscatto al termine dell'uso. Il leasing si presenta come un contratto misto di locazione, finanziamento e opzione tra concedente e utilizzatore.

Nel leasing finanziario, diversamente dal leasing traslativo, la clausola di riscatto è marginale nell'economia dell'operazione (valore residuo del bene prossimo al prezzo di riscatto: assegnazione al canone della funzione di corrispettivo del godimento).

La qualificazione giuridica dell'operazione – in particolare se dia luogo a un rapporto unico tra A-B-C o a due rapporti A-B e B-C – è decisiva per la soluzione del quesito posto dalla traccia, infatti la pronuncia della Corte di cassazione (Sezioni Unite, n. 19785 del 2015) che lo esamina muove da lì, evidenziando l'esistenza di due tesi.

*Tesi unitaria: contratto trilaterale*⁴.

⁴ Una risalente giurisprudenza, proprio per risolvere positivamente il problema, tendeva a configurare la locazione finanziaria come un rapporto trilaterale, in cui l'acquisto ad opera del concedente va effettuato per conto dell'utilizzatore, con la previsione, quale elemento naturale del negozio, dell'esonero del primo da ogni responsabilità in ordine alle condizioni del bene acquistato per l'utilizzatore, essendo quest'ultimo a prendere contatti con il fornitore, a scegliere il bene che sarà oggetto del contratto e a stabilire le condizioni di acquisto del concedente, il quale non assume direttamente l'obbligo della consegna, Né garantisce che il bene sia immune da vizi e che presenti le qualità promesse. Né rimane tenuto alla garanzia per evizione (in tal senso, Cass. n. 4367/97, n. 6076/95, n. 5571/91). Così ragionando, si evitava di lasciare l'utilizzatore senza tutela, essendo comunque "abilitato ad esperire direttamente le azioni derivanti dalla compravendita del bene nei confronti del fornitore" (in questo senso si esprimeva la già citata Cass. n. 4367/97); azioni giustificate proprio dalla struttura trilaterale del rapporto e dal fatto che è l'utilizzatore (e non il concedente/proprietario, che si è limitato a finanziare l'operazione) ad avere intrattenuto rapporti diretti con il fornitore del bene oggetto del contratto. Più in particolare, Cass. n. 854/00, ponendosi appunto nell'ottica del contratto di leasing come contratto plurilaterale, osservava che, poiché la prestazione del fornitore va ritenuta essenziale nell'economia dell'affare ai sensi dell'art. 1459 c.c., non v'è possibilità da parte dell'utilizzatore di chiedere la risoluzione del contratto di fornitura per inadempimento del fornitore senza che venga coinvolto anche il concedente. Invero, "la locazione finanziaria dà luogo ad un'operazione giuridica unitaria, nella quale ognuno dei contraenti è consapevole di concludere un accordo con le altre parti interessate dall'affare; ciascun contraente assume volontariamente obblighi nei confronti delle altre due parti; il fornitore si obbliga, nei confronti del concedente, a trasferirgli la proprietà e, nei confronti dell'utilizzatore, a consegnargli il bene e a dargli le garanzie della vendita; il concedente si obbliga a pagare il prezzo del bene al fornitore e a consentirne il godimento all'utilizzatore; questi a sua volta si obbliga a rimborsare al concedente con gli interessi e le spese il finanziamento ottenuto. Nascono vincoli obbligatori incrociati tra loro nei quali la prestazione del fornitore è essenziale nell'economia del contratto, perché è quella che soddisfa l'interesse di entrambe le altre, oltre che quello dello stesso fornitore a ricevere il prezzo; se essa viene meno, il contratto si scioglie rispetto a tutte le altre parti. La risoluzione del rapporto di compravendita chiesta ed ottenuta autonomamente dall'utilizzatore il quale consegua la restituzione del prezzo e il risarcimento del danno pregiudicherebbe la condizione del concedente; questi oltre ad essere privato della garanzia rappresentata dalla proprietà del bene rischierebbe anche di non ricevere i canoni essendo venuta meno con la cessazione del godimento del bene la causa della contrapposta obbligazione dell'utilizzatore di pagare i canoni". Di qui la necessità della partecipazione al giudizio di risoluzione del concedente, che la sentenza riteneva rispondere all'esigenza avvertita anche dal legislatore, allorquando, con l'art. 10 della legge n. 259/1993, recependo la Convenzione Unidroit sul leasing internazionale, ha stabilito che l'utilizzatore, pur potendo agire direttamente nei riguardi del fornitore per l'adempimento del contratto di fornitura (comma 1), non può chiederne tuttavia la risoluzione senza il consenso del concedente (secondo comma). Questa sorta di litisconsorzio necessario nei confronti del concedente (nell'azione di risoluzione direttamente introdotta dall'utilizzatore contro il fornitore) sembrava, a siffatta giurisprudenza, un

*Tesi pluralista: collegamento tra due contratti bilaterali*⁵.

espedito capace di rimediare alla stridente anomalia dell'azione risolutiva concessa a chi non è stato parte del contratto da risolvere e che, nel suo esito positivo, necessariamente comporta la perdita in danno del concedente/proprietario/locatore non solo della proprietà (garanzia rispetto all'utilizzatore) ma anche dei canoni derivanti dalla locazione (sulla stregua di quest'orientamento si vedano anche Cass. n. 5125/04 e n. 11776/06).

⁵ La tesi del contratto unitario plurilaterale è stata, però, ben presto abbandonata dalla giurisprudenza a seguito della decisa critica della dottrina, iniziandosi a ricostruire, in accordo con questa, la struttura del contratto di leasing come ipotesi di collegamento negoziale. Secondo quest'idea, l'operazione di leasing finanziario consta di due contratti collegati tra loro: quello di leasing propriamente detto e quello di fornitura. "Questo collegamento, consistente in ciò che il contratto di fornitura, nel complesso dell'operazione, ha la funzione di mezzo per l'esecuzione di quello di leasing, risulta da più indici: la struttura del procedimento di formazione negoziale, in cui intervengono in varia sequenza le tre parti; la sussunzione, a contenuto del contratto di fornitura, di elementi individuati insieme dal fornitore e dell'utilizzatore; la circostanza che i contratti, di fornitura come di leasing, esplicitino, per solito, come ragione dell'acquisto del bene da parte del concedente sia la sua concessione in godimento all'utilizzatore che lo ha scelto, sia la previsione, contenuta nel contratto di fornitura, che la consegna del bene dovrà farsi dal fornitore direttamente all'utilizzatore" (così motiva Cass. n. 10926/98 e le fanno seguito Cass. n. 15762/00, n. 5125/04, n. 19657/04, n. 6728/05, n. 20592/07). In altri termini, il leasing finanziario "realizza un'ipotesi di collegamento negoziale tra contratto di leasing e contratto di fornitura, quest'ultimo venendo dalla società di leasing concluso allo scopo, noto al fornitore, di soddisfare l'interesse del futuro utilizzatore ad acquisire la disponibilità della cosa" (Cass. n. 17145/06). Ed il nesso di collegamento tra i due contratti viene normalmente in evidenza proprio "in virtù di clausole di interconnessione, per cui nel contratto di vendita tra fornitore e società di leasing viene convenuto che il bene oggetto del negozio sia acquistato allo scopo di cederlo in godimento al cliente della società (il quale in precedenza ha provveduto ad indicarlo specificamente) ed è previsto anche che il bene sia consegnato direttamente dal fornitore all'utilizzatore" (Cass. n. 16158/07, n. 9417/14).

In quest'ordine di idee, s'è fatto ricorso alla disposizione dell'art. 1705 c.c., comma 2, (il quale attribuisce al mandante il diritto, in via diretta e non in via surrogatoria, di far propri di fronte ai terzi i diritti di credito sorti in testa al mandatario, assumendo l'esecuzione dell'affare, a condizione che egli non pregiudichi i diritti spettanti al mandatario in base al contratto concluso, potendo il mandante esercitare in confronto del terzo le azioni, derivanti dal contratto concluso dal mandatario, intese ad ottenerne l'adempimento od il risarcimento del danno in caso di inadempimento) per dedurre che l'utilizzatore ha la legittimazione a far valere le azioni intese all'adempimento del contratto di fornitura ed al risarcimento del danno da inesatto adempimento (così Cass. n. 10926/98, n. 17145/06, n. 17767/05, n. 5125/04, n. 19657/04), con esplicita o talvolta implicita esclusione dell'azione di risoluzione.

Sulla base della stessa premessa normativa, si è pure aggiunto che, in assenza di diversa pattuizione, con la consegna del bene dal fornitore direttamente all'utilizzatore e la conseguente sua accettazione da parte di quest'ultimo, sorge a carico dell'utilizzatore l'obbligo di pagamento dei canoni nei confronti del concedente e non possono a lui opporsi eventuali vizi, per quanto originali, del bene locato, che devono essere fatti valere con azione di garanzia unicamente nei confronti del fornitore. Invero, costituisce elemento naturale del negozio "l'esonero dal locatore di ogni responsabilità in ordine alle condizioni del bene acquistato per l'utilizzatore, essendo quest'ultimo a prendere contatti con il fornitore, a scegliere il bene, che sarà oggetto del contratto, ed a stabilire le condizioni di acquisto per il concedente, per cui ogni vizio del bene dovrà essere fatto valere direttamente dall'utilizzatore nei confronti del fornitore, così come avviene nel caso di contratto concluso dal mandatario in nome proprio, ma per conto del mandante". Con la conseguenza che "l'utilizzatore non può far valere l'eccezione di inadempimento del fornitore, per vizio del bene locato, a norma dell'art. 1460 c.c., per rifiutare le proprie prestazioni nei confronti del concedente" (Cass. n. 19657/04).

Per effetto di questa evoluzione giurisprudenziale s'è, dunque, ammesso che l'utilizzatore possa agire contro il fornitore per l'adempimento o per il risarcimento, ma s'è escluso categoricamente che possa agire anche per la risoluzione, tenuto, appunto, conto che a questa conseguono necessariamente effetti sulla sfera giuridica del concedente, con la determinazione dell'obbligo di restituzione del bene e della perdita del lucro dell'operazione di finanziamento. In particolare, si è sottolineato "l'emergere a tale stregua di una lacuna in merito alla disciplina applicabile al leasing finanziario in caso di risoluzione del contratto per inadempimento e in particolare relativamente ai rimedi dallo stesso utilizzatore esperibili nei confronti del fornitore. Lacuna da risolversi invero solamente caso per caso, la possibilità di esercitarsi da parte dell'utilizzatore l'azione di risoluzione del contratto di vendita tra il fornitore e la società di leasing – cui esso è estraneo – dipendendo in realtà dalla sussistenza nel contratto di leasing di uno specifico patto al riguardo" (così, Cass. n. 17145/06 e n. 534/11).

Quest'orientamento tiene a precisare (in risposta alla risalente giurisprudenza che pretendeva il litisconsorzio necessario del concedente in siffatta azione dell'utilizzatore contro il fornitore) che la questione attiene non già alla legittimazione passiva, ma alla "titolarità attiva, all'esito del previo accertamento in ordine alla previsione nel contratto di leasing di una clausola contemplante il suindicato pattizio trasferimento all'utilizzatore della posizione sostanziale originariamente propria della società di leasing acquirente"; con la conseguenza che "il relativo accertamento, soggetto ad eccezione di parte nei tempi e nei modi previsti dal codice di rito, spetta invero al giudice del merito". Anche Cass. n. 23794/2007,

Le Sezioni Unite propendono per la concezione pluralista⁶.

In verità il problema della qualificazione giuridica non può trovare una soluzione univoca. Come le stesse Sezioni Unite osservano, sotto la denominazione di leasing sono comprese figure contrattuali eterogenee (il leasing traslativo e quello di godimento, il leasing operativo e quello al consumo, il leasing pubblico e quello finanziario immobiliare, il *lease back* e la locazione finanziaria di autoveicoli, navi ed aeromobili). D'altra parte il leasing è un contratto atipico e questo agevola la variabilità di contenuto.

Il collegamento tra la vendita del bene e la sua locazione finanziaria si realizza quando sono presenti clausole che:

- nel contratto di leasing obbligano il concedente ad acquistare il bene già individuato dall'utilizzatore e descritto nello stesso contratto (anche mediante esplicito riferimento al contenuto del contratto di fornitura, che l'utilizzatore dichiara di conoscere ed approvare); cedono all'utilizzatore diritti futuri, ma determinabili perché derivanti al concedente dal contratto di fornitura; obbligano il concedente alla futura cessione di eventuali diritti nascenti da responsabilità del fornitore;
- nel contratto di fornitura configurano l'utilizzatore (che nel contratto di leasing ha assunto tutti i rischi derivanti dalla fornitura oltre che dall'utilizzo del bene oggetto del contratto) quale beneficiario delle prestazioni inerenti alla produzione e messa a disposizione del bene, in conformità con le prescrizioni contrattuali e di legge già definite nel contratto di leasing.

Un elemento indicativo del collegamento è la partecipazione dell'utilizzatore al contratto di fornitura. Soprattutto in area di leasing immobiliare il notaio usa costituire nel contratto di

che pure riconosce la legittimazione dell'utilizzatore alla domanda di accertamento dell'esatto corrispettivo, nega, benchè implicitamente, la legittimazione di quest'ultimo alla domanda di risoluzione: "(...) deve – decisamente – escludersi che la domanda di accertamento (negativo) delle maggiori pretese fatte valere in via stragiudiziale dal fornitore e, quindi, in buona sostanza, di accertamento del corrispettivo in realtà spettante a quest'ultimo, possa identificarsi in una domanda di risoluzione contrattuale".

⁶ Non v'è dubbio, dunque, che la vicenda è trilatera, nel senso che coinvolge necessariamente tre soggetti; così come è indubbio che tra i due negozi v'è un indispensabile collegamento, siccome la fornitura è effettuata in funzione della successiva locazione del bene compravenduto e la locazione presuppone che il locatore si sia procurato il bene che darà in godimento al locatario.

Tuttavia, nessuno pone in discussione che i due atti mantengano la loro sostanziale autonomia, che l'utilizzatore sia terzo rispetto al contratto di fornitura ed, a sua volta, il fornitore sia terzo rispetto al contratto di locazione; laddove, invece, il concedente è l'unico, tra i tre, ad essere parte di entrambi gli atti. In quest'ordine di idee, la sottrazione della vicenda dall'ambito del rapporto plurilaterale e la sua sussunzione in quello del contratto collegato fa sì che le parti possano gestire separatamente i distinti rapporti contrattuali, secondo le rispettive funzioni, assegnando rilevanza giuridica a quelle sole interdipendenze che realmente condizionano l'attuazione dell'operazione economica. D'altronde, è la stessa prassi che ha preferito la strada del contratto collegato, tenuto conto che, per un verso, il contenuto del contratto di fornitura è di estrema rilevanza per l'utilizzatore nelle parti in cui si fissano le qualità e le caratteristiche del bene, le garanzie di conformità, gli obblighi di consegna, ma che, per altro verso, una serie di altri patti contenuti nel contratto di fornitura (si pensi, ad esempio, alle clausole relative al pagamento del prezzo) non generano interdipendenza e rimangono (o possono rimanere) estranee al regolamento contrattuale tra concedente ed utilizzatore. La stessa Convenzione di Ottawa, della quale s'è già fatta menzione, descrive la vicenda economica come incorporante due distinti contratti rispettivamente richiamati nelle L. n. 259 del 1993, comma 1, lett. a) e b), pone al centro dell'operazione il concedente e lo individua in colui il quale stipula sia il contratto di fornitura, sulla base delle indicazioni dell'utilizzatore, sia il distinto contratto di leasing con l'utilizzatore, "dando a quest'ultimo il diritto di usare il bene contro pagamento dei canoni". Peraltro, la Convenzione non parifica in radice le figure del concedente e dell'utilizzatore nei loro rapporti verso il fornitore, bensì ricorre alla tecnica dell'assimilazione, stabilendo che "Gli obblighi del fornitore in base al contratto di fornitura potranno essere fatti valere anche dall'utilizzatore come se egli fosse parte di tale contratto e come se il bene gli dovesse essere fornito direttamente" (art. 10). Così inquadrato, il contratto di leasing è un contratto meramente bilaterale stipulato tra concedente ed utilizzatore e collegato ad altro contratto bilaterale stipulato tra concedente e fornitore per l'acquisizione del bene oggetto del contratto a favore dell'utilizzatore.

compravendita la “parte venditrice” (il fornitore), la “parte acquirente” (il concedente), nonché l’altro soggetto che dichiara di intervenire nell’atto di compravendita in qualità di “utilizzatore” dell’immobile, oggetto del separato contratto di locazione finanziaria, ed al quale la parte venditrice, preso atto che l’acquisto viene effettuato dal concedente al solo fine di fargli utilizzare l’immobile, presta tutte le garanzie di legge, assumendo altresì nei suoi confronti le obbligazioni che – per legge o per convenzione – sono a suo carico in quanto parte venditrice. In siffatti contratti si aggiunge pure che: per la suddetta ragione, l’utilizzatore (riconosciuta la corrispondenza dell’immobile a quello da lui autonomamente prescelto ed individuato) potrà rivolgersi direttamente ed autonomamente alla parte venditrice in ogni sede per qualsivoglia reclamo o pretesa, relativi all’immobile, previa comunicazione scritta alla parte acquirente; l’utilizzatore manleva la parte acquirente da qualsiasi conseguenza derivante da vizi, difetti, irregolarità, inidoneità all’uso, mancanza delle qualità all’uso, mancanza delle qualità relativi all’immobile, agli impianti, alle pertinenze ed agli accessori dello stesso, nonché per eventuali mendacità, irregolarità od imprecisioni delle dichiarazioni rese dalla parte venditrice nell’atto (così testualmente s’esprimono le più comuni clausole inserite nei contratti di compravendita di beni immobili destinati al leasing).

Ma è anche possibile che l’interdipendenza tra i due contratti non sia esplicitata, nel qual caso non di collegamento negoziale si tratta, ma di connessione.

Questo è il passaggio critico nella pronuncia delle Sezioni Unite: «Orbene, sul punto occorre concordare con quell’autorevole dottrina la quale osserva che, dal punto di vista economico, l’operazione di leasing è sicuramente trilaterale, nel senso che i rapporti tra fornitore, concedente ed utilizzatore costituiscono un tutto unitario. Eppure, dal punto di vista giuridico, le cose stanno diversamente, siccome ci si trova al cospetto di due contratti (quello di compravendita e quello di locazione finanziaria) che, come s’è visto in precedenza, conservano la rispettiva distinzione, pur essendo tra loro legati da un nesso che difficilmente può essere considerato di collegamento negoziale in senso tecnico. Un collegamento tale, cioè, da comportare che la patologia di un contratto comporti la patologia anche dell’altro. È pur vero che questi contratti sono legati da un nesso obiettivo (economico o teleologico), ma quel che manca, perché possa ravvisarsi il collegamento tecnico, è il nesso soggettivo, ossia l’intenzione delle parti di collegare i vari negozi in uno scopo comune. Non si può dire, infatti, che il fornitore si determini alla vendita in funzione della circostanza che il bene verrà concesso in locazione dal compratore/concedente all’utilizzatore/locatario. Al contrario, il fornitore ha il mero interesse alla vendita del suo prodotto e la causa che regge il contratto da lui stipulato con il finanziatore/concedente è quella tipica del contratto di compravendita, ossia il trasferimento del bene in cambio del prezzo. Tant’è che, nella fisiologica evoluzione dell’operazione, il fornitore, una volta consegnato il prodotto all’utilizzatore, esce di scena, essendo assolutamente disinteressato allo svolgersi dell’altra vicenda che concerne la locazione stipulata tra concedente ed utilizzatore. Le circostanze, dunque, che sia proprio l’utilizzatore a scegliere il fornitore, a trattare con lui ed a ricevere la consegna del bene e che il fornitore, a sua volta, sia consapevole che l’acquisto da parte del committente sia finalizzato alla locazione del bene in favore del terzo utilizzatore sono del tutto esterne rispetto alla struttura stessa dei contratti che si vanno a stipulare e non sono capaci di mutarne la causa di ciascuna. Se è vero quanto finora osservato, è anche vero che lo stesso concedente, una volta determinatosi al finanziamento, è del tutto disinteressato rispetto alla scelta del bene e del fornitore effettuata dall’utilizzatore, posto che, qualunque essa sia, egli è garantito dalla proprietà del bene rispetto all’obbligo del pagamento del canone a carico dell’utilizzatore stesso. A conferma di quanto finora argomentato soccorre (oltre la menzionata Convenzione di Ottawa) il quadro normativo

delineato dal Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (d.lgs. n. 385 del 1993), il quale, nei contratti di credito collegati ed in ipotesi di inadempimento del fornitore, non consente all'utilizzatore/consumatore (soggetto sicuramente meritevole di maggior tutela rispetto all'imprenditore) di agire direttamente contro il fornitore per la risoluzione del contratto di fornitura, bensì gli consente di chiedere al concedente/finanziatore (dopo avere inutilmente costituito in mora il fornitore) di agire per la risoluzione del contratto di fornitura; richiesta che determina la sospensione del pagamento dei canoni (art. 125-quinquies, il quale dispone pure che la risoluzione del contratto di fornitura determina la risoluzione di diritto, senza penalità e oneri, del contratto di locazione finanziaria). Per le ragioni finora esposte deve escludersi pure che l'utilizzatore possa autonomamente esercitare contro il fornitore l'azione di riduzione del prezzo che, quale rimedio sinallagmatico, andrebbe a modificare i termini dello scambio nel rapporto tra concedente e fornitore».

Nell'uso di un linguaggio poco rigoroso si coglie la difficoltà della Corte di collocare l'istituto all'interno del sistema. Una cosa è o non è: un collegamento in senso atecnico non è un collegamento. D'altra parte, non si comprenderebbe come possa darsi collegamento in assenza di un elemento essenziale, qual è quello soggettivo.

Se non di collegamento si tratta, resta inspiegabile il principio di diritto enunciato dalla Cassazione: *Tra il contratto di leasing finanziario, concluso tra concedente ed utilizzatore, e quello di fornitura, concluso tra concedente e fornitore allo scopo (noto a quest'ultimo) di soddisfare l'interesse dell'utilizzatore ad acquisire la disponibilità della cosa, si verifica un'ipotesi di collegamento negoziale (nella pur persistente individualità propria di ciascun tipo negoziale) in forza del quale l'utilizzatore è legittimato a far valere la pretesa all'adempimento del contratto di fornitura, oltre che al risarcimento del danno conseguentemente sofferto. Invece, in mancanza di un'espressa previsione normativa al riguardo, l'utilizzatore può esercitare l'azione di risoluzione (o di riduzione del prezzo) del contratto di vendita tra il fornitore ed il concedente (cui esso è estraneo) solamente in presenza di specifica clausola contrattuale con la quale gli venga dal concedente trasferita la propria posizione sostanziale. Il relativo accertamento, trattandosi di questione concernente non la legitimatio ad causam bensì la titolarità attiva del rapporto, è rimesso al giudice del merito in relazione al singolo caso concreto.*

L'affermazione di una negazione è una classica ipotesi di violazione del principio di non contraddizione. Oltre ad esservi contrasto tra premesse e conclusioni, vi è anche una contraddittorietà intrinseca nella conclusione, che nega l'operatività della regola *simul stabunt simul cadunt*, in forza della quale invece l'inadempimento del contratto di fornitura si dovrebbe ripercuotere sull'intera operazione.

Insomma, un pasticcio. Che rischia di riflettersi in danno di tutti i candidati che abbiano supinamente riportato il principio.

Si aggiunga che, pur volendo qualificare il rapporto tra i due contratti nell'istituto del collegamento negoziale, resterebbe da spiegare come questo possa derogare al principio di indifferenza del terzo (art. 1372, comma 2 c.c.), complemento del principio di relatività (art. 1372, comma 1 c.c.), sebbene da esso distinto⁷. In particolare, sarebbe necessario dimostrare che il collegamento negoziale consente l'espansione degli effetti del contratto di fornitura a un soggetto terzo rispetto ad esso ma parte del contratto collegato.

⁷ Il principio di indifferenza ha portata più ristretta del principio di relatività, il quale ultimo costituisce una diretta emanazione della definizione del contratto, contenuta nell'art. 1321 c.c. e fondata sulla simmetria tra parti dell'accordo e parti del rapporto.

Tale dimostrazione passa per una duplice riflessione: da un lato sulla causa concreta, che non è la causa di un inesistente terzo contratto o dell'operazione economica (ai sensi dell'art. 1325 c.c. la causa è un elemento del contratto non dell'affare), ma è la causa di ciascuno dei contratti collegati, che si arricchisce di ulteriori interessi rispetto a quelli propri; dall'altro sull'accordo sotteso a entrambi i contratti, che, interpretato in base all'art. 1362 c.c. alla luce del comportamento complessivo delle parti, fa emergere la volontà di far propagare taluni effetti del contratto bilaterale su chi è terzo.

In definitiva, solo seguendo coerentemente la tesi del collegamento negoziale si poteva giungere a sostenere l'ammissibilità di un'azione diretta – tanto di adempimento, quanto di risoluzione e risarcimento danni – da parte dell'utilizzatore verso il fornitore. Altrimenti, si doveva concludere per la soluzione negativa, il che non deve sorprendere se si pensa che il legislatore, intervenendo solo per specifiche figure di leasing, ha lasciato all'autonomia privata il compito di regolare i rapporti scaturenti dai due contratti, ragion per cui, se il concreto contenuto negoziale non rivela l'intenzione delle parti di estendere l'efficacia soggettiva del singolo negozio, non può essere l'interprete a creare una tutela non prevista dall'ordinamento in nome di un adeguamento della disciplina giuridica alla realtà socio-economica.

Questione ulteriore è quali siano i rimedi esperibili dall'utilizzatore in ipotesi di vizi della cosa, nell'ipotesi più frequente nella prassi di esonero del concedente da responsabilità per vizi della cosa ed il corrispondente obbligo dell'utilizzatore di accertare la conformità del bene in sede di consegna (eventualmente rifiutandolo), a garanzia della separazione tra rischio finanziario e rischio operativo che sottende la vicenda economica in questione, la quale vuole che l'esecuzione del piano di ammortamento del credito sia indipendente da qualsiasi contestazione concernente la qualità e la conformità della fornitura. In forza di queste clausole, l'utilizzatore non può sospendere il pagamento dei canoni, né ottenere la risoluzione del contratto di locazione.

La soluzione proposta dalla Cassazione assomiglia ad un oracolo: *In tema di vizi della cosa concessa in locazione finanziaria che la rendano inidonea all'uso, occorre distinguere l'ipotesi in cui gli stessi siano emersi prima della consegna (rifiutata dall'utilizzatore) da quella in cui siano emersi successivamente alla stessa perché nascosti o taciuti in mala fede dal fornitore. Il primo caso va assimilato a quello della mancata consegna, con la conseguenza che il concedente, in forza del principio di buona fede, una volta informato della rifiutata consegna, ha il dovere di sospendere il pagamento del prezzo in favore del fornitore e, ricorrendone i presupposti, di agire verso quest'ultimo per la risoluzione del contratto di fornitura o per la riduzione del prezzo. Nel secondo caso, l'utilizzatore ha azione diretta verso il fornitore per l'eliminazione dei vizi o la sostituzione della cosa, mentre il concedente, una volta informato, ha i medesimi doveri di cui al precedente caso. In ogni ipotesi, l'utilizzatore può agire contro il fornitore per il risarcimento dei danni, compresa la restituzione della somma corrispondente ai canoni già eventualmente pagati al concedente.*

Manca, infatti, la motivazione, che si esaurisce nell'affermazione secondo cui il canone di buona fede agisce quale strumento integrativo dei contratti (art. 1375 c.c.).

Qui emerge uno dei profili teorici più interessanti, ossia l'abuso ermeneutico delle clausole generali, che è uno degli strumenti della giurisprudenza normativa, la cui impostazione è chiara nel seguente passaggio di Cassazione sez. III, n. 10741/09: «In tale assetto ordinamentale la giurisprudenza di legittimità assume sempre più rilievo nel sistema delle fonti. Il nostro ordinamento, pur appartenendo ai sistemi di civil law, si configura come semi-aperto, perché fondato non solo su disposizioni di legge riguardanti settoriali e dettagliate discipline ma anche su

cd. clausole generati, e cioè su indicazioni di “valori” ordinamentali, espressi con formule generiche (buona fede, solidarietà, funzione sociale della proprietà, utile sociale dell’impresa, centralità della persona) che scientemente il legislatore trasmette all’interprete per consentirgli, nell’ambito di una più ampia discrezionalità, di “attualizzare” il diritto, anche mediante l’individuazione (là dove consentito, come nel caso dei diritti personali, non tassativi) di nuove aree di protezione di interessi».

Se è plausibile sostenere che il concedente abbia obblighi di protezione nei confronti dell’utilizzatore, in forza dei quali è tenuto ad agire nei confronti del fornitore, il richiamo alla buona fede non può valere a generare diritti dell’utilizzatore nei confronti del fornitore, posto che l’art. 1375 c.c., nello stabilire che *“Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede”*, si riferisce alle parti e non ai terzi.

L’interprete deve fare attenzione a non forzare le categorie giuridiche per assecondare la funzione dell’affare. Emblematica al riguardo la premessa della Convenzione Unidroit sul leasing finanziario internazionale, secondo cui gli Stati contraenti sono *“consapevoli del fatto che le regole giuridiche che disciplinano il contratto di locazione abbisognano di essere adattate alla particolare relazione triangolare creata dall’operazione di leasing finanziario”*. Proprio perché è la normativa a realizzare l’adattamento, non può essere l’interprete a farlo in sua assenza.

La Convenzione viene solo saltuariamente citata nella pronuncia della Cassazione, poiché ai sensi dell’art. 3, comma 1 *“La presente Convenzione si applica allorché il concedente e l’utilizzatore abbiano la loro sede di affari in Stati diversi e quando: a) questi Stati o lo Stato nel quale il fornitore ha la propria sede di affari sono Stati contraenti; o b) il contratto di fornitura ed il contratto di leasing sono disciplinati dalla legge di uno Stato contraente”*.

Tuttavia, nella costruzione del tema, in assenza di altre discipline di carattere generale, assumeva un ruolo determinante.

L’art. 1 stabilisce:

“1. - La presente Convenzione disciplina l’operazione di leasing finanziario descritta al paragrafo 2, nella quale una parte (il concedente)

a) stipula un contratto (il contratto di fornitura), sulla base delle indicazioni di un’altra parte (l’utilizzatore), con un terzo (il fornitore) in base al quale il concedente acquista impianti, materiali o altri beni strumentali (il bene o il bene strumentale) alle condizioni approvate dall’utilizzatore nella misura in cui lo concernono, e

b) stipula un contratto (il contratto di leasing) con l’utilizzatore dando a quest’ultimo il diritto di usare il bene contro pagamento di canoni.

2. - L’operazione di leasing finanziario, di cui al paragrafo precedente, è un’operazione che presenta le seguenti caratteristiche:

a) l’utilizzatore sceglie il bene ed il relativo fornitore senza fare primario affidamento sulla capacità di giudizio del concedente;

b) il bene è acquistato dal concedente in collegamento con un contratto di leasing, stipulato o da stipulare tra concedente ed utilizzatore e di cui il fornitore è a conoscenza;

c) i canoni fissati nel contratto di leasing sono calcolati tenendo conto in particolare dell’ammortamento di tutto o di una parte sostanziale del costo del bene”.

L’art. 10 stabilisce:

“1. - Gli obblighi del fornitore in base al contratto di fornitura potranno essere fatti valere anche dall’utilizzatore come se egli stesso fosse parte di tale contratto e come se il bene gli dovesse essere

fornito direttamente. Tuttavia il fornitore non sarà responsabile nei confronti sia del concedente che dell'utilizzatore per il medesimo danno.

2. - Questo articolo non dà tuttavia diritto all'utilizzatore di risolvere o annullare il contratto di fornitura senza il consenso del concedente".

L'art. 12 stabilisce:

"1. - Se il bene non viene consegnato o viene consegnato in ritardo o non è conforme al contratto di fornitura:

a) l'utilizzatore ha il diritto, nei confronti del concedente, di rifiutare il bene o di risolvere il contratto di leasing; e

b) il concedente ha il diritto di rimediare al suo inadempimento all'obbligo di consegnare il bene in conformità al contratto di fornitura, come se l'utilizzatore avesse convenuto l'acquisto del bene dal concedente, alle stesse condizioni stabilite dal contratto di fornitura.

2. - I diritti previsti dal paragrafo precedente potranno essere esercitati e saranno perduti nelle stesse circostanze che se l'utilizzatore avesse convenuto di acquistare il bene dal concedente alle stesse condizioni sancite dal contratto di fornitura.

3. - L'utilizzatore ha il diritto di trattenere i canoni dovuti in base al contratto di leasing fino a che il concedente non abbia rimediato al suo inadempimento all'obbligo di consegnare il bene in conformità al contratto di fornitura o fino a quando l'utilizzatore non abbia perduto il diritto di rifiutare il bene.

4. - L'utilizzatore, quando abbia esercitato il diritto di risolvere il contratto di leasing, può ottenere il rimborso di tutti i canoni pagati e delle altre somme anticipate, dedotta una somma corrispondente ai benefici che abbia potuto ragionevolmente trarre dal bene.

5. - L'utilizzatore non ha altra azione nei confronti del concedente, in conseguenza della mancata consegna, della consegna ritardata o della consegna di bene non conforme, salvo che tali eventi non siano attribuibili all'atto o all'omissione del concedente.

6. - Il presente articolo non pregiudica i diritti riconosciuti allo utilizzatore nei confronti del fornitore in base all'articolo 10".

In definitiva il candidato si trovava descritta struttura e natura della figura, nonché la tutela dell'utilizzatore. La circostanza della non applicabilità della Convenzione rileva in sede processuale, non nell'elaborazione teorica, nel senso che la semplice lettura della disciplina avrebbe indirizzato il candidato all'inquadramento e alla soluzione dei problemi, da argomentare sulla base del codice civile.

Un aiuto poteva provenire anche dal leasing immobiliare abitativo, ossia il "contratto di locazione finanziaria di immobile da adibire ad abitazione principale", introdotto dalla legge 28 dicembre 2015 n. 208. Il concedente può essere esclusivamente una banca o un intermediario finanziario, autorizzato e vigilato dalla Banca d'Italia, iscritto all'albo di cui all'articolo 106 del Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia e quindi un operatore professionale abilitato all'esercizio dell'attività di leasing. Utilizzatore deve essere una persona fisica che destini l'immobile da acquistare o da costruire a propria abitazione principale.

La normativa sembra delineare un collegamento tra il contratto di leasing, con il quale il concedente si impegna ad acquisire o far costruire l'immobile su scelta e secondo le indicazioni dell'utilizzatore e, ove vengano fissati, i termini del rapporto (durata, importo dei canoni, importo del prezzo di cessione, ecc.), e il contratto di compravendita con il quale il concedente, in adempimento dell'obbligo assunto con il contratto di leasing, acquista dal terzo proprietario l'immobile abitativo (o il terreno su cui costruire l'immobile abitativo) scelto dall'utilizzatore al fine, poi, di

metterlo concretamente a sua disposizione per il tempo e con le modalità convenute nel contratto di leasing. Il legislatore considera pertanto i due momenti (stipula del leasing immobiliare abitativo e acquisto ad opera del concedente dell'immobile abitativo) strettamente collegati tra di loro.

A chiusura del discorso un cenno meritava il fenomeno dell'elusione fiscale, essendo spesso il leasing finanziario utilizzato per conseguire risparmi d'imposta.

L'elusione fiscale rileva come abuso del diritto, definito dall'art. 10-bis dello Statuto del contribuente:

“1. Configurano abuso del diritto una o più operazioni prive di sostanza economica che, pur nel rispetto formale delle norme fiscali, realizzano essenzialmente vantaggi fiscali indebiti. Tali operazioni non sono opponibili all'amministrazione finanziaria, che ne disconosce i vantaggi determinando i tributi sulla base delle norme e dei principi elusi e tenuto conto di quanto versato dal contribuente per effetto di dette operazioni.

2. Ai fini del comma 1 si considerano:

a) operazioni prive di sostanza economica i fatti, gli atti e i contratti, anche tra loro collegati, inidonei a produrre effetti significativi diversi dai vantaggi fiscali. Sono indici di mancanza di sostanza economica, in particolare, la non coerenza della qualificazione delle singole operazioni con il fondamento giuridico del loro insieme e la non conformità dell'utilizzo degli strumenti giuridici a normali logiche di mercato;

b) vantaggi fiscali indebiti i benefici, anche non immediati, realizzati in contrasto con le finalità delle norme fiscali o con i principi dell'ordinamento tributario.

3. Non si considerano abusive, in ogni caso, le operazioni giustificate da valide ragioni extrafiscali, non marginali, anche di ordine organizzativo o gestionale, che rispondono a finalità di miglioramento strutturale o funzionale dell'impresa ovvero dell'attività professionale del contribuente.

4. Resta ferma la libertà di scelta del contribuente tra regimi opzionali diversi offerti dalla legge e tra operazioni comportanti un diverso carico fiscale”.

Sul rapporto esistente tra negozio atipico e collegamento negoziale da un lato, abuso del diritto dall'altro, osserva Cass. sez. tributaria, n. 26060/15 che «il fenomeno abusivo deve iscriversi nell'ambito delle sole condotte lecite (id est: non violative di prescrizioni normative) e non occulte (essendo realmente diretta la volontà dei contraenti abusivi alla produzione degli effetti giuridici previsti dalla legge) che consentono di perseguire legalmente il risultato finale previsto, ad esempio attraverso l'uso indiretto del negozio od il collegamento negoziale od anche eventuali deroghe negoziali allo schema tipico dei contratti o commistioni tra discipline negoziali differenti (che collocano il rapporto nella sfera dei negozi atipici o misti rimessi all'esercizio della autonomia privata) od ancora il frazionamento, in autonomi contatti, di prestazioni unitariamente riconducibili ad un medesimo schema negoziale tipico, dovendo inoltre ravvisarsi il connotato della abusività della condotta, nel risultato finale – da valutarsi secondo un criterio oggettivo – elusivo della imposizione fiscale, ottenuto all'esito dell'operazione negoziale, risultato che viene raggiunto dalle parti costruendo la operazione economica in modo da destrutturare il fatto giuridicamente rilevante altrimenti integrante il presupposto d'imposta previsto dalla norma impositiva. Gli indici sintomatici ai quali occorre attingere per la dimostrazione della abusività della condotta debbono essere ricercati nel limite imposto dalla convenienza economica della operazione, nel senso che, data la peculiare situazione economico-patrimoniale ed il tipo di organizzazione aziendale o societaria del soggetto – così come rilevate ex ante rispetto alla operazione economica da compiere – detto limite è rispettato se una modifica della situazione come sopra rilevata appare rispondente a

logiche di mercato ed in ultima analisi ai principi di economicità della gestione: ove tali requisiti di economicità della gestione (che possono essere individuati anche in modifiche di tipo organizzativo od aziendale in quanto volte a realizzare miglioramenti nella efficienza della attività od a rendere maggiormente competitiva la impresa) non siano, invece, rinvenibili nella operazione realizzata, e la fattispecie negoziale posta in essere consenta, comunque, di realizzare, mediante una diversa allocazione delle risorse economico-patrimoniali preesistenti, un trattamento fiscale più favorevole, allora la duplice combinazione di tali elementi (carente giustificazione economica della operazione; realizzazione di un risparmio fiscale) consente di pervenire a qualificare la operazione come abuso di diritto, in quanto diretta esclusivamente ad impedire la verifica del presupposto d'imposta».

Le ricadute civilistiche dell'elusione fiscale sono sintetizzate da Cass. sez. un., n. 18213/15: *Ai sensi dell'art. 13, comma 1, della l. n. 431 del 1998, in ipotesi di locazione ad uso abitativo registrata per un canone inferiore al reale, il contratto resta valido per il canone apparente, mentre l'accordo simulatorio relativo al maggior canone è affetto da nullità, non sanabile con eventuale registrazione tardiva. Sussiste nel nostro ordinamento un principio generale di inferenza dell'obbligo tributario con la validità del negozio; tale principio su di un più generale piano etico/costituzionale, impedisce che, dinanzi ad una Corte suprema di un Paese europeo, una parte possa invocare tutela giurisdizionale adducendo apertamente e impunemente la propria qualità di evasore fiscale, volta che l'imposizione e il corretto adempimento degli obblighi tributari, lungi dall'attenere al solo rapporto individuale contribuente-fisco, afferiscono ad interessi ben più generali, in quanto il rispetto di quegli obblighi, da parte di tutti i consociati, si risolve in un miglior funzionamento della stessa macchina statale, nell'interesse superiore dell'intera collettività.*

Qualora, dunque, l'operazione cui accede il leasing sia suscettibile di qualificazione ai sensi dell'art. 10-bis dello Statuto del contribuente, l'utilizzatore non potrebbe esperire alcuna tutela nei confronti del fornitore, essendo i relativi contratti nulli per difetto di causa.

3. Conclusioni

Traccia di difficoltà media. Il leasing è un istituto noto sin dall'esame di diritto privato all'università e la soluzione del quesito è raggiungibile attraverso l'applicazione del diritto dei contratti in generale. La sentenza a sezioni unite poteva aiutare a ricostruire il tema se conosciuta perfettamente, altrimenti si rivela dannosa, per i segnalati difetti logici. C'è da augurarsi che i candidati siano stati prudenti nel citarla e, soprattutto, senza incorrere in fallimenti della memoria.

Dal punto di vista degli allievi, il terreno era spianato non tanto dall'ovvia illustrazione del leasing, quanto dalle indicazioni ricevute durante l'ultimo corso ordinario sulla distinzione tra collegamento e connessione negoziali (di cui, per favorire la memorizzazione, avevo ricordato – anche alla lezione di logica giuridica – essere stata alla base della traccia assegnata al concorso a consigliere di Stato che avevo vinto, “*Collegamento, connessione e derivazione nella teoria del contratto*”) e sull'impiego del collegamento per espandere gli effetti tipici dei contratti collegati. Non meno importante l'insistenza in prossimità del concorso sulla giurisprudenza normativa e sul rapporto tra diritto ed economia, fenomeni che sono alla base della soluzione proposta dalle Sezioni Unite. Da ultimo nella lezione pre-concorso si è trattato delle ricadute civilistiche dell'elusione fiscale posta in essere tramite contratti atipici e collegamento negoziale.

Ovviamente sono linee sistematiche che tocca allo studente raccordare nell'elaborato, perché il concorso seleziona non meri ripetitori di nozioni, ma individui capaci di applicare la legge.

DIRITTO AMMINISTRATIVO

“Le sanzioni delle Autorità amministrative indipendenti con particolare riferimento ai mezzi di tutela procedimentali e processuali avverso quelle irrogate dall’Autorità garante per la concorrenza e il mercato e dalla Commissione nazionale per le società e la borsa”.

1. Problema conoscitivo

Il tema mette al centro i poteri amministrativi di vigilanza sul mercato e il sindacato giurisdizionale su di essi, a tutela della libertà economiche. Vengono in rilievo quattro aree tematiche del diritto sostanziale e processuale:

- poteri e procedimenti sanzionatori delle Autorità di vigilanza;
- discrezionalità tecnica;
- applicabilità dell’art. 6 CEDU;
- giurisdizione di risultato.

Dal punto di vista strutturale, pur seguendo lo schema generale/particolare, la traccia articola altre due coppie, ossia procedimento/processo e AGCM/CONSOB. Appare più efficiente accorpare la trattazione delle due Autorità in tema di procedimento, e distinguerla in tema di processo, attesa la diversità delle giurisdizioni competenti. L’ordine logico di trattazione doveva essere il seguente:

1. Poteri sanzionatori delle Autorità indipendenti.
2. Natura dell’attività sanzionatoria.
3. I procedimenti sanzionatori.
4. La tutela procedimentale e l’applicabilità dell’art. 6 CEDU.
5. La tutela processuale avverso le sanzioni di CONSOB.
6. La tutela processuale avverso le sanzioni di AGCM.

2. Svolgimento

2.1 Poteri sanzionatori delle Autorità indipendenti

L’introduzione sulle Autorità indipendenti deve essere sintetica⁸.

⁸ Il concetto di “autorità amministrative indipendenti” è a prima lettura opaco. Pare, infatti, intimamente contraddittorio pensare che possano esistere “autorità amministrative”, di per sé tipicamente caratterizzate da un vincolo di asservimento agli interessi pubblici che caratterizzano istituzionalmente la loro missione, che siano al contempo “indipendenti”, ossia libere nell’esplicazione della loro attività funzionale e quindi sottratte al controllo del Governo. L’evoluzione tecnologica di moltissimi settori di prioritario interesse pubblico, la globalizzazione dei mercati, la maturazione nella coscienza sociale di nuovi bisogni, il ritiro dello Stato dall’esercizio diretto dell’attività economica, con la contestuale esigenza di regolamentare i mercati di nuova apertura hanno messo chiaramente in evidenza l’inadeguatezza del tradizionale sistema di gestione ordinamentale dei problemi sociali, incardinato su un parlamento che fa le leggi, un’amministrazione che le esegue ed una magistratura che le interpreta e vigila sulla loro attuazione. Le istituzioni disegnate dalla carta fondamentale hanno dovuto sostanzialmente abdicare dal controllo diretto di numerosi settori socio-economici di grande importanza per la magnitudine degli interessi pubblici e privati in essi coinvolti, in favore di nuove strutture amministrative, che si caratterizzano peculiarmente in quanto non si legittimano più sul controllo – e quindi sulla responsabilità – politico parlamentare, ma che si fondano invece sulla loro stessa natura di strutture ad alta specializzazione tecnica, gestendo così un potere essenzialmente sovrano e strutturalmente adespota, privo com’è di un vertice istituzionale di riferimento. La tecnicità è chiaramente il punto di forza di tali nuovi modelli organizzativi e rispecchia la marcata specializzazione del sapere contemporaneo e la necessità di un approccio altamente professionale alla gestione di numerosi campi di grande rilievo per la comunità; tale carattere è inoltre manifestamente legato al profilo dell’indipendenza e neutralità delle autorità, in quanto, fondando esse la loro legittimazione sulla competenza tecnica, devono potere in base ad essa affrancarsi dall’ingerenza dell’uso distorto del potere politico sul loro operato nell’ambito dei singoli procedimenti, pur rimanendo vincolate alle direttive di

La natura amministrativa delle Autorità indipendenti comporta che la loro attività è assoggettata al principio di legalità. Le leggi istitutive non si limitano a individuare compiti e funzioni (legalità formale), ma ne disciplinano anche le modalità di esercizio (legalità sostanziale). Su tale presupposto è agevole concludere nel senso che la definizione delle funzioni delle Autorità debba farsi attraverso l'analisi delle singole disposizioni dettate per ciascuna di esse.

Le funzioni di vigilanza e controllo consentono alle Autorità di effettuare tutte le attività necessarie al fine di verificare il rispetto della normativa di settore in cui esse sono chiamate a svolgere i loro compiti. La potestà di vigilanza si differenzia da quella di controllo dal punto di vista quantitativo, atteso che la prima si estrinseca nell'esame di qualsiasi fonte di pericolo che possa pregiudicare la porzione di ordinamento al quale le Autorità sono preposte; la seconda, invece, attribuisce alle autorità il compito di sorvegliare fonti di pericolo determinate con prognosi postuma. A tali funzioni si associa la potestà sanzionatoria, come sanzione dell'illecito o come misura per assicurare effettività alla regolazione.

La funzione sanzionatoria delle Autorità indipendenti non è riconducibile al modello generale, disegnato dalla legge n. 689/1981 nel segno della tipica finalità afflittiva/repressiva/deterrente. Essa, piuttosto, è strettamente collegata alla funzione di regolazione dei mercati, fino a qualificarsi come attività di regolazione *ex post* e *case by case*, vale a dire come verifica dell'efficacia, ricalibratura nel caso concreto e assestamento rispetto ai singoli operatori dell'attività di regolazione svolta. L'obiettivo del potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti è non tanto la repressione dell'illecito, quanto piuttosto la garanzia della promozione della concorrenza e dell'efficienza nel settore di competenza dell'Autorità.

Le peculiarità della potestà sanzionatoria delle Autorità di vigilanza si colgono nitidamente con riguardo all'AGCM, i cui compiti principali sono previsti dalla legge 287/90 in materia di:
- intese restrittive della concorrenza (art. 2)⁹;

orientamento generale fornite dagli organi costituzionali rappresentativi, che conservano i poteri di nomina dei vertici delle autorità indipendenti.

Ad oggi non esiste una definizione giuridica unitaria di "autorità indipendenti": lo stesso legislatore utilizza tale espressione in diversi testi normativi, malgrado non si sia mai preoccupato di fissarne una precisa delimitazione concettuale. Sotto tale categoria rientrano istituzioni ed organismi diversi per storia, natura e funzioni, ma tutti essenzialmente preposti alla regolamentazione ed alla vigilanza su ambiti di materie tendenzialmente omogenei ed unitari, facilmente configurabili in ordinamenti sezionali: si pensi al sistema bancario, a quello assicurativo, a quello finanziario, al sistema delle telecomunicazioni. La Commissione nazionale per le società e la borsa (CONSOB) e l'Autorità antitrust (AGCM) sono autorità di regolazione e di vigilanza del mercato.

La nascita di questi organismi, piuttosto che come istituzione di un autonomo quarto potere, è stata vista come un punto di incontro e di bilanciamento dei tre poteri, radicatisi per volontà di legge in un unico soggetto, il quale agisce per una duplice missione, ossia per realizzare una compiuta regolazione di taluni settori e per proteggere le libertà ed i diritti dei cittadini coinvolti negli stessi.

Le Autorità, pur se prive di espressa copertura costituzionale, sono state istituite sempre in base a legge: in tali provvedimenti sono stati delineati i principi specifici in base ai quali la singola autorità sarà tenuta ad operare; i tratti organizzativi essenziali della stessa, soprattutto per ciò che concerne gli organi di vertice, i meccanismi di nomina di questi ultimi e le incompatibilità; la regolazione di massima dei poteri conferiti all'autorità e i tratti generali dell'attività procedimentale necessaria per il loro corretto esercizio; le norme sul personale e sul finanziamento; la tutela giustiziale e giurisdizionale offerta come garanzia contro i provvedimenti illegittimi o ingiusti emanati dall'autorità medesima.

⁹ 1. Sono considerati intese gli accordi e/o le pratiche concordate tra imprese nonché le deliberazioni, anche se adottate ai sensi di disposizioni statutarie o regolamentari, di consorzi, associazioni di imprese ed altri organismi similari.

2. Sono vietate le intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, anche attraverso attività consistenti nel:

a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni contrattuali;

- abusi di posizione dominante (art. 4)¹⁰;
- concentrazioni di imprese (art. 5)¹¹.

Nell'esercizio di detti compiti essa dispone del potere di accertamento¹², cautelare¹³, sanzionatorio dell'illecito¹⁴.

b) impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, gli investimenti, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico;

c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento;

d) applicare, nei rapporti commerciali con altri contraenti, condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza;

e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun rapporto con l'oggetto dei contratti stessi.

3. *Le intese vietate sono nulle ad ogni effetto.*

¹⁰ Un'impresa detiene una posizione dominante sul mercato laddove la quota di produzione e vendita di beni e servizi, che essa ha raggiunto rispetto alle altre aziende concorrenti, le permette di operare sul mercato in condizione di netta superiorità rispetto alla concorrenza. La posizione dominante consente, all'azienda che la detiene, di operare sul mercato dettando essa stessa le regole della concorrenza, ad es. imponendo a tutte le altre aziende una determinata strategia di prezzo o determinate caratteristiche del prodotto. Nella maggior parte dei casi la presenza di una posizione dominante progressivamente induce le altre aziende operanti in quella stessa area di mercato a specializzarsi su settori più ridotti oppure a cedere il controllo sulla proprietà alla azienda dominante, che in questo modo si rafforza ulteriormente. L'abuso di posizione dominante si ha quando il potere economico viene utilizzato per schiacciare ed eliminare la concorrenza nel mercato o in una parte rilevante di esso.

All'abuso di posizione dominante l'art. 3 equipara:

a) imporre direttamente o indirettamente prezzi di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose;

b) impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico, a danno dei consumatori;

c) applicare nei rapporti commerciali con altri contraenti condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza;

d) subordinare la conclusione dei contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura e secondo gli usi commerciali, non abbiano alcuna connessione con l'oggetto dei contratti stessi.

¹¹ L'operazione di concentrazione si realizza:

a) quando due o più imprese procedono a fusione;

b) quando uno o più soggetti in posizione di controllo di almeno un'impresa ovvero una o più imprese acquisiscono direttamente od indirettamente, sia mediante acquisto di azioni o di elementi del patrimonio, sia mediante contratto o qualsiasi altro mezzo, il controllo dell'insieme o di parti di una o più imprese;

c) quando due o più imprese procedono, attraverso la costituzione di una nuova società, alla costituzione di un'impresa comune.

¹² Ai sensi dell'art. 14 l'Autorità, notificata l'apertura dell'istruttoria alle imprese e agli enti interessati, può in ogni momento richiedere alle imprese, enti o persone che ne siano in possesso, di fornire informazioni e di esibire documenti utili ai fini dell'istruttoria; disporre ispezioni al fine di controllare i documenti aziendali e di prenderne copia, anche avvalendosi della collaborazione di altri organi dello stato; disporre perizie e analisi economiche e statistiche nonché la consultazione di esperti in ordine a qualsiasi elemento rilevante ai fini dell'istruttoria. Tale disposizione si applica sia alle intese ed all'abuso di posizione dominante che, in virtù del richiamo operato dall'art. 16, alle operazioni di concentrazione.

¹³ In materia di intese e abuso di posizione dominante, nei casi di urgenza dovuta al rischio di un danno grave e irreparabile per la concorrenza, ai sensi dell'art. 14-bis l'Autorità può, ove constatati ad un sommario esame la sussistenza di un'infrazione, deliberare l'adozione di misure cautelari. Qualora le imprese non adempiano a una decisione che dispone misure cautelari può infliggere sanzioni amministrative pecuniarie fino al 3 per cento del fatturato. In materia di concentrazioni, in forza dell'art. 17 l'Autorità può ordinare alle imprese interessate di sospendere la realizzazione della concentrazione fino alla conclusione dell'istruttoria.

¹⁴ In materia di intese e abuso di posizione dominante l'Autorità fissa alle imprese e agli enti responsabili il termine per l'eliminazione delle infrazioni stesse. Nei casi di infrazioni gravi può, altresì, disporre l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria fino al dieci per cento del fatturato realizzato in ciascuna impresa o ente nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida. Qualora le imprese realizzino un'operazione di concentrazione vietata dall'Autorità, o non ottemperino alle prescrizioni cui l'Autorità ha subordinato l'operazione, la stessa infligge sanzioni amministrative pecuniarie non inferiori all'uno per cento e non superiore al dieci per cento del fatturato delle attività di impresa oggetto della concentrazione.

2.2 Tipologia dell'attività

Nell'esercizio della funzione sanzionatoria i passaggi che le Autorità di vigilanza dei mercati compiono sono:

- 1) accertare i fatti;
- 2) interpretare le disposizioni normative poste a tutela del mercato, che sono norme del secondo tipo, impiegando concetti tecnici, di matrice prevalentemente economico-finanziaria, spesso poco determinati;
- 3) confrontare i fatti accertati con il parametro normativo come interpretato;
- 4) applicare le sanzioni e diffidare le imprese.

Il procedimento volto ad accertare e sanzionare l'esistenza di illeciti costituisce ricostruzione postuma di un fatto, sussumibile nella previsione legale. In tale operazione l'Autorità si caratterizza come un Giano bi-fronte, dotato di poteri investigativi e decisorii al tempo stesso.

Rispetto alla pubblica amministrazione tradizionale, le Autorità indipendenti operano a protezione dell'interesse generale in senso puro, ossia non come sintesi dei vari interessi (pubblici, privati, collettivi, diffusi) che insistono nella materia, ma come valore in sé affermato dal legislatore nel sistema, attinente alla concorrenzialità del mercato (AGCM) o alla trasparenza e all'efficienza del mercato dei valori mobiliari (CONSOB). Ne consegue che l'attività di queste Autorità ha prevalentemente natura di discrezionalità tecnica e non amministrativa, con l'ulteriore precisazione che nell'esercizio di tale discrezionalità l'Autorità riveste una posizione di neutralità e non di semplice imparzialità, il che giustifica il cumulo dei poteri di "inquirente" e "giudicante".

Fissato l'inquadramento nelle categorie generali dell'attività amministrativa, occorre esaminarle.

Nello schema fatto-norma-potere-effetto, il potere dell'amministrazione ha un duplice contiguo valore, riconducibile alla prerogativa di tradurre la fattispecie astratta (legge) in fattispecie concreta (atto amministrativo):

- 1) interpretazione della norma;
- 2) applicazione della norma alla realtà¹⁵.

Attività amministrativa

PREMESSA MINORE	PREMESSA MAGGIORE	CONCLUSIONE
Fatto (situazione reale oggetto del potere) Potere (accerta il contenuto della fattispecie astratta e la applica al caso concreto)	Norma (fattispecie astratta del provvedimento, che prevede i fatti e il potere)	Effetto (fattispecie concreta del provvedimento)

¹⁵ Un indice della duplice consistenza del potere è nell'art. 3, comma 1 della legge 241/90, secondo cui "la motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria". Il provvedimento amministrativo deve, dunque, essere motivato sia con riferimento all'accertamento dei fatti compiuto dall'amministrazione, sia all'interpretazione delle norme da essa applicate.

Il primo segmento del potere implica l'accertamento dei presupposti del provvedimento in astratto (cioè rispetto alla norma), il secondo segmento autorizza il loro accertamento nel caso concreto (cioè rispetto ai fatti storici) e l'assunzione della conseguente decisione, destinata a produrre i suoi effetti nel mondo giuridico. Tali elementi connotano sia il potere discrezionale che quello vincolato, il quale ultimo, dunque, appare provvisto della quota minima che informa il concetto di autorità pubblica: la posizione di forza nell'attuazione del precetto normativo, di cui l'unilateralità del provvedimento costituisce la spia più evidente.

Nel potere discrezionale vi è un elemento in più, attinente al secondo segmento. La norma, infatti, non fissa il contenuto del provvedimento, la cui concreta individuazione non dipende solo – come nei poteri vincolati – dal riscontro nella situazione reale degli elementi astrattamente contemplati dalla norma, ma è legata all'apprezzamento dell'amministrazione in ordine alla migliore realizzazione dell'interesse generale.

Poiché, come detto, il nudo concetto di potere postula immancabilmente la discrezionalità nel suo esercizio, occorre distinguere tale profilo di discrezionalità (presente anche nei poteri vincolati), dalla discrezionalità amministrativa propriamente detta, attinente alla valutazione degli interessi.

Ciò posto, non vi è ragione di soffermarsi su questioni lessicali. Si tratta, invece, di individuare con precisione e descrivere il contenuto di tali concetti.

Innanzitutto all'amministrazione spetta il potere di attuare i precetti giuridici: le norme sono fondamento e disciplina del potere, preordinato a creare la regola del caso concreto; ne consegue che la prima manifestazione del potere è quella di interpretare ed applicare le norme giuridiche. Sarà alla tipologia della norma giuridica che bisogna guardare per capire la natura di tale potere e della correlata discrezionalità.

Esistono norme del 1° tipo, dove non c'è discrezionalità; norme del 2° tipo, dove colui che è chiamato ad applicare la norma deve operare uno sforzo di integrazione del precetto, rivolgendosi a regole non giuridiche nella cui interpretazione esiste un margine di discrezionalità; norme del 3° tipo, ossia norme elastiche (che si avvalgono di elementi culturali) dove l'interprete deve operare un giudizio di valore, caratterizzato da ampio tasso di discrezionalità.

La "discrezionalità" che viene in rilievo in tali ambiti può essere definita come discrezionalità tecnica, attenendo all'accertamento del significato di un concetto secondo regole tecniche e, successivamente, alla qualificazione di determinati fatti concreti – la cui acquisizione può, a sua volta, richiedere l'uso di regole tecniche – in tale concetto.

La formula "discrezionalità tecnica", dunque, indica il margine di scelta di cui gode la Pubblica Amministrazione nell'accertamento dei fatti e nell'interpretazione dei concetti normativi che dipendano dall'applicazione di un sapere non scientifico o comunque codificato in termini universali.

2.3 Procedimenti sanzionatori

Le fonti della disciplina in materia sono:

- 1) la legge n. 241 del 1990 (in parte coperta dall'art. 117, comma 2, lettera m), Cost.), generale in senso "orizzontale" perché relativa a tutti i procedimenti amministrativi;
- 2) la legge n. 689 del 1981, generale in senso "verticale" perché relativa ai procedimenti amministrativi sanzionatori;
- 3) le leggi speciali istitutive e disciplinatrici delle Autorità indipendenti, nelle parti in cui specificano (il che accade spesso, ma non sempre) alcune regole relative ai procedimenti sanzionatori di competenza delle singole Autorità;

4) i regolamenti speciali adottati dalle Autorità nell'esercizio della loro autonomia normativa (proiezione peculiare del carattere dell'indipendenza), aventi ad oggetto la disciplina di dettaglio dei diversi procedimenti sanzionatori.

Per l'AGCM le fonti principali di riferimento sono la legge 287/90, in particolare gli artt. 14, 14-bis, 14-ter e 15, e il regolamento adottato con D.P.R. n. 217/1998. In materia di vigilanza sulle pratiche commerciali scorrette il d.lgs. n. 206 del 2005 – recante il Codice del consumo – e il Regolamento sulle procedure istruttorie, adottato con delibera dell'Autorità 17589 del 2007.

Per la CONSOB occorre fare riferimento al d.lgs. n. 58 del 24 febbraio 1998 (*Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*) e alla legge n. 262 del 28 dicembre 2005 (*Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari*), nonché alle fonti secondarie¹⁶.

La prima fondamentale questione è il rapporto tra la normativa speciale – primaria e regolamentare – e le due leggi generali.

La giurisprudenza e la dottrina maggioritarie hanno sinora privilegiato uno schema secondo cui dovrebbe darsi tendenzialmente prevalenza alla disciplina autonoma di fonte regolamentare grazie alla copertura derivante dalla specialità delle leggi istitutive o disciplinatrici.

Accedendo a questo schema, le disposizioni della l. n. 241/1990 potrebbero applicarsi soltanto se e per quanto non sia diversamente disposto dai regolamenti e in via residuale, nel silenzio dei regolamenti delle Autorità, in quanto compatibili con questi ultimi. Ne deriverebbe una sorta di cedevolezza della legge generale sul procedimento amministrativo rispetto alle discipline speciali proprie di ogni Autorità.

Una sorte simile toccherebbe anche alla l. n. 689/1981, atteso che l'art. 12 della stessa esclude l'applicazione di quest'ultima quando il quadro normativo delineato dalla disciplina sanzionatoria di riferimento non sia compatibile con quello delineato dalla l. n. 689/1981. In dottrina si ritiene che la clausola di salvaguardia prevista all'art. 12 operi in tutti i casi in cui una disposizione di legge (ovvero una fonte regolamentare da quest'ultima abilitata) rechi una disciplina puntuale del procedimento sanzionatorio incompatibile rispetto a quella prevista in via generale dalla legge.

In giurisprudenza, con riferimento all'Istituto di vigilanza sulle assicurazioni, è stato affermato che «il procedimento per la irrogazione delle sanzioni amministrative pecuniarie conseguenti alla violazione delle disposizioni del d.lgs. 7 maggio 2005, n. 209 è disciplinato, in via diretta e autonoma, dallo stesso codice delle assicurazioni (art. 326 ss.) e dai regolamenti dell'Isvap [...] La struttura del procedimento sanzionatorio, come disegnato dal d.lgs. n. 209/2005 e dal regolamento Isvap n. 1 del 15 marzo 2006, è del tutto peculiare e irriducibile alle disposizioni generali della legge n. 689/1981, in quanto articolata in precise fasi con adozione di atti intermedi entro specifici termini» (TAR Lazio, sez. I, 11 ottobre 2011, n. 7864).

In ordine all'AGCM la giurisprudenza ha statuito che «la disciplina normativa di riferimento, alla cui luce condurre il vaglio di legittimità della gravata determinazione, va individuata nel d.lgs. n. 206 del 2005 – recante il Codice del consumo – e nel Regolamento sulle procedure istruttorie, adottato con delibera dell'Autorità del 15 novembre 2007 n. 17589, non potendo trovare applicazione, quanto ad adempimenti procedurali, la legge n. 241 del 1990 richiamata dalle società ricorrenti, la cui operatività, in quanto legge di carattere generale, trova il proprio limite nell'intervenuta compiuta normazione della materia con disciplina specifica avente carattere speciale [...] la disciplina dettata in materia di pratiche commerciali scorrette, non prevede quindi,

¹⁶ <http://www.consob.it/web/area-pubblica/sanzionatorio-nazionale-secondaria>.

alcuna comunicazione dei motivi che condurranno all'adozione di provvedimenti sfavorevoli alla parte, richiamata la non applicabilità ai relativi procedimenti di accertamento delle norme dettate dalla legge n. 241 del 1990, ostandovi il carattere speciale della disciplina dettata per tale ambito di materia » (Tar Lazio, Roma, sez. I, 21 febbraio 2011, n. 1585).

In dottrina, si è rilevato che se è vero, da un lato, che la legge n. 241 del 1990 trova applicazione anche per gli organismi indipendenti, dall'altro lato che le leggi sulle singole Autorità contengono spesso conferimenti di autonomia, che consentono ai nuovi soggetti di darsi regole proprie e specifiche, utilizzando lo strumento regolamentare.

La tesi che relega la l. n. 241/1990 a un ruolo ancillare e subalterno non persuade: sembra necessario rivalutare, all'opposto, la centralità della legge generale sul procedimento amministrativo come fattore di una possibile "normalizzazione" – nel segno di uno statuto comune di garanzie minime per gli amministrati – del variegato e disorganico quadro dei diversi procedimenti sanzionatori delle autorità indipendenti.

L'art. 29 della l. n. 241/1990 (letto in combinato disposto con altre disposizioni quali l'art. 2, commi 3, 4 e 5 della l. n. 241/1990 e l'art. 7, comma 3, della l. n. 69/2009) fornisce argomenti in favore della seguente tesi:

- l'autonomia normativa (di tipo regolamentare) attribuita alle Autorità indipendenti, organismi costituzionalmente non contemplati, non può essere ritenuta superiore, in termini di intensità e di ampiezza, all'autonomia normativa (di tipo statutario e, per le Regioni, legislativo) attribuita alle Regioni e agli Enti locali, quali enti territoriali democraticamente rappresentativi, costituzionalmente necessari e dall'autonomia costituzionalmente garantita;
- ai sensi dell'art. 29 della legge n. 241/1990, le Regioni e gli Enti locali non possono stabilire garanzie inferiori rispetto ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione, ma solo prevedere livelli ulteriori di tutela; le disposizioni della legge n. 241/1990 concernenti gli obblighi per la pubblica amministrazione di garantire la partecipazione dell'interessato al procedimento, di individuarne un responsabile, di concluderlo entro il termine prefissato e di assicurare l'accesso alla documentazione amministrativa, nonché quelle relative alla durata massima dei procedimenti configurano altrettanti livelli essenziali;
- ne deriva che un'identica soggezione ai livelli essenziali di cui alla l. n. 241/1990 deve imporsi, *a fortiori*, per amministrazioni costituzionalmente non contemplate quali sono le Autorità indipendenti;
- dunque, anche quando disciplinano con propri regolamenti i procedimenti sanzionatori, le Autorità indipendenti sono tenute a rispettare i livelli minimi di garanzia stabiliti, *ex art. 29*, dalle disposizioni-chiave della l. n. 241/1990.

Deve, in definitiva, essere riaffermato un principio, nitido sul piano della teoria delle fonti: sono i regolamenti delle Autorità indipendenti, per il criterio della gerarchia, a dover cedere rispetto alla legge n. 241/1990.

Il criterio della specialità potrebbe essere invece invocabile in ordine al rapporto tra la legge n. 241/1990, le leggi istitutive o disciplinatrici delle singole Autorità e la legge n. 689/1991, trattandosi di leggi statali di pari rango nella gerarchia delle fonti. Applicando il criterio della specialità:

- le leggi istitutive e disciplinatrici delle singole Autorità prevalgono, in quanto speciali per oggetto (procedimenti sanzionatori) e soggetto (le Autorità indipendenti), sia sulla l. n. 689/1981, in quanto speciale solo per oggetto (procedimenti sanzionatori), sia sulla l. n. 241/1990, in quanto generale; tale prevalenza, tuttavia, può giustificare una deroga alle disposizioni della l. n. 241/1990;

- la l. n. 689/1981 (speciale per oggetto, ossia per tipo procedimentale) dovrebbe prevalere, in caso di contrasto, sulla l. n. 241/1990 in quanto legge generale sul procedimento (Cass. sez. un., n. 9591 del 2006).

Tale ultima conclusione è inficiata dalla ricordata specificità della funzione sanzionatoria propria delle Autorità di vigilanza, che la rende scarsamente compatibile con il modello della legge n. 689/1981, preordinato alla prevenzione e al ripristino dell'ordine giuridico, mercé la punizione dell'autore dell'illecito, mentre qui la sanzione è uno strumento del più complesso meccanismo di regolazione del mercato, governato dal principio di buon andamento.

Ne discende che la legge generale cui fare riferimento è la 241/1990, e che nell'ambito delle disposizioni che fissano i livelli essenziali delle prestazioni attinenti al procedimento questa legge è derogabile solo in *melius* dalle leggi e dai regolamenti che disciplinano le Autorità, come peraltro di massima avviene.

2.4 La tutela procedimentale e l'applicabilità dell'art. 6 CEDU

Le fonti primarie si limitano a dettare alcune disposizioni di carattere generale, richiedendo essenzialmente il rispetto dei principi di piena conoscenza degli atti istruttori, del contraddittorio e della verbalizzazione. In alcuni ambiti di disciplina è stato fissato a livello di normativa primaria anche il principio della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie rispetto all'irrogazione della sanzione¹⁷.

I regolamenti di procedura traducono questi principi generali di garanzia in disposizioni operative. Anche se a livello di struttura fondamentale i procedimenti delle autorità presentano una sostanziale omogeneità, vi sono differenze significative sia nell'organizzazione dell'attività istruttoria sia nelle modalità di attuazione del contraddittorio, che possono rilevare dal punto di vista dell'esercizio dei diritti di difesa dei soggetti coinvolti. Ad esempio, non tutti i regolamenti prevedono che l'interessato venga informato delle risultanze dell'istruttoria o che possa essere sentito oralmente dinanzi all'organo decidente prima dell'adozione del provvedimento finale. In generale, le autorità hanno adottato vari accorgimenti per realizzare l'obiettivo della separazione tra la fase istruttoria e la fase decisoria, ma questo resta ad oggi uno dei profili più controversi della disciplina procedurale. Va infatti considerato che alcuni adempimenti istruttori prevedono un coinvolgimento – prevalentemente in forma di autorizzazione preventiva, in particolare rispetto alle ispezioni – del vertice dell'autorità, cui è poi rimessa l'adozione del provvedimento finale. In ogni caso l'appartenenza alla medesima istituzione rende difficile assicurare che l'organo decidente rimanga completamente estraneo, anche dal punto di vista informativo, all'attività d'indagine svolta dagli uffici. La prassi evidenzia peraltro che molto raramente la decisione finale si discosta dalle proposte formulate dagli uffici quanto all'esistenza dell'illecito e alla sanzione da applicare.

Qui si inserisce il problema dell'applicabilità dell'art. 6 CEDU¹⁸ alle sanzioni delle Autorità indipendenti.

¹⁷ L'articolo 24 della legge 28 dicembre 2005, n. 262, recante "disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari" e gli articoli 187-*septies* e 195 del TUF.

¹⁸ L'articolo 6 della CEDU attribuisce a ogni persona il diritto a che la sua causa civile o penale sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge. Più precisamente, in base all'articolo 6, il tribunale adito deve essere competente a pronunciarsi sulle controversie in ordine ai diritti e doveri di carattere civile del soggetto interessato oppure sulla fondatezza di ogni 'accusa penale' formulata nei suoi confronti. Inoltre, la sentenza deve essere resa pubblicamente, salve le possibili restrizioni giustificate dalla salvaguardia di interessi di carattere collettivo (morale, ordine pubblico, sicurezza

Da tempo la giurisprudenza della Corte EDU aveva dato una lettura sostanzialista della disposizione¹⁹, suscettibile di attrarre nell'orbita dell'equo processo anche i procedimenti e le sanzioni amministrative.

Le pronunce *Menarini* e *Grande Stevens* hanno ad oggetto specificamente 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.

nazionale, amministrazione della giustizia) o attinenti all'oggetto del giudizio (interessi dei minori, protezione della vita privata delle parti in causa).

A queste norme di portata generale, che valgono per l'insieme dei processi civili e penali, seguono nella formulazione dell'articolo 6 previsioni dedicate ai diritti della persona accusata di un reato. In primo luogo viene stabilita la presunzione di innocenza, di cui il soggetto gode fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata. Accanto ad essa, è indicata una serie di diritti finalizzati all'esercizio effettivo della difesa: diritto a un'informazione chiara, tempestiva e completa circa la natura e i motivi dell'accusa; diritto a disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la difesa; diritto a difendersi personalmente o formulazione originaria, tramite un difensore di fiducia, beneficiando del patrocinio gratuito quando ne ricorrono le condizioni; diritto di esaminare o far esaminare i testimoni a carico e di avvalersi di testimoni a discarico; diritto all'assistenza gratuita di un interprete durante l'udienza, laddove necessario.

¹⁹ Nel 1976 con la sentenza *Engel*, che riguardava le sanzioni disciplinari inflitte nei confronti di militari in servizio di leva, la Corte di Strasburgo ha per la prima volta affermato che l'esistenza di una 'accusa penale' ai sensi dell'articolo 6 della CEDU va verificata alla luce di tre criteri, tra loro alternativi.

Il criterio di partenza è la classificazione giuridico-formale dell'infrazione nell'ordinamento interno dello Stato. Si considera, cioè, se la fattispecie oggetto del procedimento è definita a livello normativo come reato ed è quindi chiaramente riconducibile alla sfera del diritto penale.

Il secondo criterio è incentrato sulla funzione della disciplina applicata e sulla natura del bene giuridico protetto. Si può affermare che vi è un'accusa penale quando l'obiettivo perseguito dalla norma violata consiste nella tutela di un interesse generale, rilevante per la collettività.

Il terzo criterio prende in considerazione la tipologia e il grado di severità della sanzione potenzialmente irrogabile per l'illecito in questione, con riferimento al massimo edittale previsto dalla legge. Si tratta quindi di misurare l'afflittività della misura sanzionatoria nei confronti del soggetto interessato: è penale la sanzione che per natura, durata o modalità di esecuzione è idonea a causare al destinatario un pregiudizio apprezzabile.

È che uno solo sufficiente che uno solo di questi criteri sia soddisfatto per poter parlare di una 'accusa in materia penale'; in ogni caso, se nessuno di essi singolarmente considerato permette di arrivare a una conclusione chiara, è possibile adottare un approccio cumulativo.

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 EDU 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 'realmente 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.

Il regolamento CONSOB è stato modificato a seguito di detta pronuncia ed appare più rispettoso del principio di separazione tra fase istruttoria e decisoria e del diritto di difesa dell'interessato.

In termini generali, l'implementazione dei principi fissati in *Grande Stevens* comporta che già nel procedimento amministrativo dovrebbe essere realizzato l'equo processo di cui all'art. 6 CEDU, con tutti i suoi caratteri (che potrebbero essere riassunti nel modello accusatorio, garantendo la parità delle armi, la separazione tra fase istruttoria e fase decisoria, la presunzione di innocenza, la piena accessibilità a tutti gli atti e i documenti rilevanti, il pieno esplicitarsi del contraddittorio, ecc.).

Tuttavia, la compiuta applicazione del modello accusatorio al procedimento amministrativo pone una serie di problemi, ad iniziare dalla sostituzione del principio dispositivo a quello inquisitorio tipico dell'istruttoria amministrativa.

La Corte EDU ha così precisato che non tutte le garanzie di cui all'art. 6 CEDU devono essere necessariamente realizzate nella fase procedimentale amministrativa, essendo riservate solo al nocciolo duro (cd. *hard core*) della funzione penale, demandando alla successiva ed eventuale fase giurisdizionale l'implementazione piena del diritto all'equo processo.

Oggi, pertanto, si può concludere che l'adeguamento dei procedimenti sanzionatori postula pragmaticamente "solo" – almeno per le Autorità che si siano già dotate di un regolamento di procedura – il rafforzamento del contraddittorio orale in fase decisoria, eventualmente da predisporre attraverso un'informativa sulle risultanze dell'istruttoria e sull'ipotesi di decisione, sul modello previsto dall'art. 10-bis della legge n. 241 del 1990. Tale preavviso dovrebbe contenere anche la quantificazione della sanzione, da effettuarsi preferibilmente sulla base di criteri predeterminati mediante linee guida.

2.5 La tutela processuale avverso le sanzioni di CONSOB

Poiché la tutela per AGCM e CONSOB è assegnata a due giurisdizioni diverse e, comunque, in materia coesistono diritti soggettivi e poteri amministrativi, talché si giustifica la previsione della giurisdizione amministrativa esclusiva, occorre formulare delle premesse di ordine generale relative alla cognizione sulla potestà sanzionatoria.

La peculiarità che contraddistingue la funzione sanzionatoria suggerisce un sindacato di particolare ampiezza e intensità, ai confini del giudizio di merito. Le sanzioni, infatti, sono atti particolari, adottati all'esito di un procedimento speciale (delineato, nei suoi tratti generali, dalla legge n. 689 del 1981) e sottoposte ad un particolare regime processuale (si impugnano, di regola, davanti al giudice ordinario, attraverso uno speciale rito, sempre disciplinato, nei suoi tratti generali, dalla l. n. 689/1981).

Queste peculiarità (procedimentali e processuali) possono spiegarsi in ragione della natura delle sanzioni amministrative, le quali, pur essendo adottate da una pubblica amministrazione nell'esercizio di un potere autoritativo, non sono propriamente provvedimenti amministrativi in senso classico, ossia atti diretti alla cura di un interesse pubblico particolare, in nome del quale il potere è attribuito.

Diversamente dalle sanzioni ripristinatorie, in cui l'effetto afflittivo che il privato subisce è solo la conseguenza indiretta della realizzazione dell'interesse pubblico (ad es. l'ordine di demolizione di un immobile abusivo), le sanzioni in senso stretto hanno esclusivamente finalità punitiva, essendo previste come misure di repressione di una trasgressione.

La ragione della speciale competenza del giudice ordinario in materia di sanzioni amministrative si ricollega a questo statuto. Non si tratta di una giurisdizione calibrata sulla natura

della posizione soggettiva, nel senso che fronte delle sanzioni amministrative la dicotomia diritto soggettivo/interesse legittimo non è appropriata, atteso che le sanzioni non sono espressione della funzione amministrativa ma della funzione punitiva.

Il fondamento della giurisdizione ordinaria sulle sanzioni deve allora essere ricercato altrove. Precisamente nella tradizione giuridica italiana, che vuole il giudice ordinario giudice delle “punizioni” dei comportamenti umani, funzione che solo per ragioni deflative della giurisdizione viene svolta dalla pubblica amministrazione.

Secondo questa prospettiva, l’ordinanza-ingiunzione con cui si irroga la sanzione in base alla legge del 1981 è solo *provocatio ad opponendum* e rappresenta un intervento provvisorio destinato ad essere sostituito, su volontà del destinatario-opponente, dall’intervento del giudice: per quanto l’intento deflattivo della giurisdizione penale assegni in via interinale all’amministrazione l’applicazione di una sanzione (buona parte degli illeciti amministrativi sono reati depenalizzati), ogni potestà sanzionatoria punitiva resta in ultimo espressiva della giurisdizione (*nulla poena sine iudicio*), non per i beni incisi, quanto per il fatto stesso della valutazione e retribuzione dei comportamenti antiggiuridici; la restituzione alla giurisdizione di quanto precariamente traslato nell’attività ad essa alternativa giustifica l’eccezionale ma strumentale potere di annullamento di un atto, a ben vedere solo soggettivamente, amministrativo.

Questa impostazione (la funzione sanzionatoria è solo formalmente amministrativa, ma sostanzialmente è giurisdizionale) consente di comprendere (oltre alla giurisdizione ordinaria) anche le peculiarità del processo di opposizione all’ordinanza-ingiunzione.

Qui si è in presenza di un giudizio sia rescindente e, se del caso, rescissorio. Per questo secondo momento, l’art. 23 comma 11 l. n. 689 del 1981 prevede che con la sentenza il giudice possa accogliere l’opposizione, annullando in tutto o in parte l’ordinanza o modificandola anche limitatamente all’entità della sanzione dovuta.

La legge n. 689/1981 demanda al giudice un intervento nel merito del rapporto giuridico, investendolo dello stesso potere di piena valutazione esercitato con l’ordinanza-ingiunzione: è un riesame non del solo atto, ma dell’intera pretesa punitiva. Unica limitazione sostanziale a tale effetto devolutivo è che non è esteso alla *reformatio in peius*, perché il giudice non può d’ufficio, né su domanda riconvenzionale dell’amministrazione, aggravare la sanzione: il potere di modifica consegue al solo accoglimento del ricorso.

Ulteriori argomenti militano a favore di questa tesi. Diversamente da quanto previsto a pena d’inammissibilità nel giudizio amministrativo, l’art. 22 legge n. 689 non prevede che l’impugnazione debba contenere “i motivi su cui si fonda il ricorso” e l’art. 23 non contempla tra le cause d’inammissibilità dell’opposizione la mancata esposizione dei motivi. Inoltre l’art. 23 comma 12, secondo cui “*il giudice accoglie l’opposizione quando non vi sono prove sufficienti della responsabilità dell’opponente*”, invertendo l’onere della prova, attribuisce all’amministrazione convenuta la posizione sostanziale di attore, toglie all’ordinanza la presunzione di legittimità, pone l’amministrazione in posizione di parità nel contraddittorio processuale e dà al giudice la piena cognizione del fatto; e, replicando la formula assolutoria del processo penale vigente nel 1981 sull’assoluzione per insufficienza di prove, rende impossibile la qualificazione dell’azione introdotta dall’opponente come domanda di accertamento negativo.

La pienezza del sindacato giurisdizionale sulle sanzioni è stata confermata dalla citata giurisprudenza della Corte EDU, anche per le sanzioni irrogate dalle Autorità indipendenti.

A questo modello corrisponde la giurisdizione per la CONSOB, ritornata al giudice ordinario a seguito della sentenza n. 162/2012 con cui la Corte costituzionale aveva dichiarato l’illegittimità

costituzionale degli artt. 133, comma 1, lettera *l*), 134, comma 1, lettera *c*), e 135, comma 1, lettera *c*), nonché dell'art. 4, comma 1, numero 19) dell'Allegato 4 del d.lgs. n. 104/2010 (codice del processo amministrativo) nella parte in cui attribuivano alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, con cognizione estesa al merito, e alla competenza funzionale del TAR Lazio le relative controversie per violazione dell'art. 76 Cost. In quella sede, la Corte Costituzionale aveva ritenuto fondata la questione di legittimità costituzionale, poiché il legislatore delegato non aveva tenuto conto – come invece richiesto dalla norma di delega (articolo 44 della legge n. 69/2009) – della giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori formatasi sul punto.

La Suprema Corte infatti aveva stabilito la competenza del giudice ordinario con riferimento alle sanzioni inflitte dalla CONSOB, poiché tali sanzioni sono applicate sulla base della gravità della violazione e tenuto conto dell'eventuale recidiva, e dunque sulla base di criteri che non possono ritenersi espressione di discrezionalità amministrativa (Cass. sez. un., 22 luglio 2004, n. 13703). Anche il Consiglio di Stato in passato si era dimostrato coerente con tale interpretazione (Cons. Stato sez. VI, 6 novembre 2007, n. 6474).

Sono altresì dichiarate illegittime le disposizioni del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, nella parte in cui abroga le disposizioni del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo Unico della Finanza), che attribuiscono alla Corte d'appello la competenza funzionale in materia di sanzioni inflitte dalla CONSOB, con la conseguenza che queste ultime disposizioni tornano ad avere applicazione.

L'orientamento del giudice costituzionale, circa la spettanza alla giurisdizione ordinaria delle controversie relative alle sanzioni delle Autorità di vigilanza è stato confermato dalla sentenza n. 94 del 15 aprile 2014, con cui la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 76 Cost. degli artt. 133, comma 1, lettera *l*), 134, comma 1, lettera *c*), e 135, comma 1, lettera *c*), nonché dell'art. 4, comma 1, numeri 17) e 19), dell'Allegato 4 del d.lgs. n. 104/2010, nella parte in cui hanno trasferito alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, con cognizione estesa al merito, le controversie relative a provvedimenti sanzionatori di natura pecuniaria adottati dalla Banca d'Italia.

Per effetto di tale pronuncia è ora funzionalmente competente la Corte d'Appello di Roma, ai sensi dell'art. 145, commi da 4 a 8 del d.lgs. 385/1993, e la Corte d'Appello del luogo in cui ha sede la società o l'ente cui appartiene l'autore della violazione ovvero, nei casi in cui tale criterio non sia applicabile, del luogo in cui la violazione è stata commessa ai sensi dell'art. 195, commi da 4 a 8 del d.lgs. 58/1998. La *ratio* di tale attribuzione giurisdizionale risiede nella natura vincolata della potestà sanzionatoria della Banca d'Italia retta dai principi generali della legge n. 689/1981 (Modifiche al sistema penale) e non discrezionale, differenziandosi in tal modo dall'attività di vigilanza in senso stretto.

A questo punto occorre capire perché la giurisdizione avverso le sanzioni di AGCM resta alla giurisdizione amministrativa esclusiva e cosa cambi rispetto al sindacato del giudice ordinario.

2.6 La tutela processuale avverso le sanzioni di AGCM

Ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. 1) CPA il giudice amministrativo ha competenza esclusiva sulle controversie aventi ad oggetto tutti i provvedimenti, compresi quelli sanzionatori ed esclusi quelli inerenti ai rapporti di impiego privatizzati, adottati dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Ai sensi dell'art. 134, comma 1, lett. c) tale competenza si estende al merito in materia di sanzioni pecuniarie.

Il tratto fondamentale del potere sanzionatorio in materia *antitrust* è l'ampiezza della discrezionalità tecnica dell'AGCM, essendo le condotte anticoncorrenziali descritti attraverso

clausole generali o a concetti giuridici indeterminati, e la natura generale del sistema ordinamentale che ne forma oggetto, il quale non ha la natura settoriale tipica del sistema bancario e del mercato finanziario. Se questo giustifica la scelta di attribuire le relative controversie al giudice amministrativo, non può però fondare una limitazione di tutela che superi il confine segnato dalla giurisprudenza della Corte europea.

Non si può ritenere che il sindacato giurisdizionale sia esteso al merito e deve escludersi che il giudice amministrativo, adito in sede di impugnazione del provvedimento sanzionatorio, si riappropri, in sede processuale, di una potestà punitiva di cui ha la piena titolarità (e che solo provvisoriamente è stata “delegata” all’Amministrazione). In questo caso, al contrario, la potestà sanzionatoria è attribuita all’Autorità indipendente come funzione sua propria, attribuzione giustificata proprio in nome delle caratteristiche di tecnicità, indipendenza, neutralità che connotano tale soggetto. Si tratta, quindi, del tradizionale sindacato sul corretto esercizio del potere, che deve svolgersi senza sostituirsi al soggetto titolare, nei limiti tipici del tradizionale giudizio di legittimità. Non milita in senso contrario la previsione di una giurisdizione estesa al merito sulle sanzioni (art. 134, lett. c), perché con tale norma il legislatore ha solo voluto esplicitare il potere del giudice amministrativo di rideterminare nel *quantum* la sanzione.

Non resta, a questo punto, che comprendere come venga assicurato il sindacato pieno imposto dalla CEDU e, in verità, dalla stessa evoluzione giurisprudenziale e normativa nazionale.

Il controllo giurisdizionale sull’accertamento dell’illecito propedeutico alla sanzione investe due aspetti:

- la verifica in ordine all’accertamento dei fatti operato dall’Autorità;
- il sindacato sull’esercizio della discrezionalità tecnica da parte dell’Autorità.

Tale schema è stato recepito anche dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite: *Il sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato e si estende anche ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicare della legittimità di tale provvedimento*²⁰

Consideriamoli però separatamente, trattandosi di operazioni concettualmente difformi, la prima avente ad oggetto la verifica sulla correttezza dell’istruttoria *antitrust* e sulle conclusioni in ordine all’esistenza ed alle modalità storiche dell’illecito, la seconda avente ad oggetto la qualificazione di tali fatti nelle categorie del diritto *antitrust*.

Su primo versante si pongono problemi di teoria generale della prova ineludibili, legati alla circostanza che gli illeciti concorrenziali non sono ricostruibili in via diretta, anche perché AGCM non dispone degli strumenti investigativi e coercitivi riservati all’autorità giudiziaria.

Nell’epistemologia moderna è opinione condivisa che l’argomentazione giudiziaria ricalchi la formula di *Hempel* $p(hk) = r$, 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.

Tale equazione è tipicamente descrittiva del processo penale, ma, senza con ciò voler accreditare la tesi che punta ad una sostanziale equiparazione, sotto il profilo del giudizio di fatto, della cognizione giurisdizionale amministrativa sul provvedimento dell’Autorità a quella penale, è pacifico che, pur nella diversità dello standard probatorio (“oltre ogni ragionevole dubbio” e “più probabile che no”), la struttura logica del ragionamento probatorio è la stessa,

²⁰ Cass. sez. un., 20 gennaio 2014, n. 1013.

In ordine all'applicabilità del principio *bard* la giurisprudenza è ferma sulla soluzione negativa, ma ciò non significa negare l'applicabilità della formula di *Hempel*, che anzi, pur senza espliciti riferimenti, il Consiglio di Stato impiega a partire da sez. VI, n. 424/08²¹.

La prova dell'intesa illecita si articola su una doppia sequenza di fatti, quali le condotte di esecuzione dell'accordo e i suoi effetti sul mercato²²: nella misura in cui determinati comportamenti delle imprese o l'andamento del mercato possono essere giustificati soltanto ipotizzando l'esistenza di un accordo sulla concorrenza, tale accordo deve ritenersi provato.

Secondo l'orientamento tradizionale in giurisprudenza il parallelismo di comportamenti economici si colora di illiceità qualora sia accertato lo scambio di informazioni, spettando alle imprese dimostrare che esso non sia il frutto di comportamenti anticoncorrenziali, agevolati dalla conoscenza reciproca di informazioni rilevanti e sensibili. Precisamente, ciò che si presume è che le imprese tengano conto delle informazioni scambiate con i loro concorrenti per determinare il proprio comportamento sul mercato, spettando alle stesse imprese l'onere della prova contraria. Il parallelismo economico, di per sé lecito, può essere considerato come frutto di un'intesa anticoncorrenziale, anche qualora l'Autorità dimostri l'impossibilità di spiegarlo come il frutto di autonome iniziative imprenditoriali.

A partire dalla pronuncia citata si precisa e si rafforza la struttura logica del ragionamento.

L'accertamento di contatti e scambi di informazioni costituisce un riscontro al parallelismo economico (*corroboration*). Segue la confutazione di spiegazioni alternative a quella secondo cui il parallelismo sia frutto di una concertazione (*cumulative redundancy*). Così formulata l'inferenza globale sull'illecito, l'ipotesi è deduttivamente confermata se l'assunto dà spiegazione di tutti i fatti accertati nell'istruttoria amministrativa, prevale sulle ipotesi alternative se dotata di superiore capacità esplicativa.

Per quanto detto, risulta chiaro come, in tema di condotte anticoncorrenziali frutto di una concertazione, l'accertamento di AGCM resista più facilmente ove, accanto alle condotte di asserita esecuzione dell'intesa, siano provati i suoi effetti sul mercato.

La duplice natura dei fenomeni in parola, in rapporto di causalità giuridica o materiale con l'ipotizzato accordo illecito, rende altamente improbabile che gli stessi siano riconducibili a fattori diversi. Neppure qui può predicarsi l'inversione dell'onere della prova, atteso che non si imputa alle imprese l'onere di dimostrare l'assenza di responsabilità, bensì si assume che la responsabilità loro contestata sia l'unica ragionevole spiegazione degli elementi emersi.

Lo snodo fondamentale dell'accertamento dell'illecito *antitrust* è dunque l'esclusione di ipotesi alternative di spiegazione dei comportamenti tenuti dalle imprese. La minore ricchezza dell'indagine sulla realtà rispetto a quanto accade in sede penale rende, però, più difficile giungere a conclusioni sicure in ordine all'irragionevolezza delle ipotesi alternative.

Soccorre, allora, la teoria dei giochi.

La teoria dei giochi (John Forbes Nash jr.) analizza situazioni di conflitto, 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 soluzioni competitive e cooperative tramite modelli matematici.

²¹ Si tratta del caso *jet fuel*, celebre perché produsse la multa più elevata nella storia dei procedimenti antitrust.

²² Assai più complicato accertare l'illecito di pericolo, ammesso, poiché l'art. 2 l. 287/90 è chiaro nel richiedere la sola presenza dell'oggetto anticoncorrenziale, e non anche necessariamente dell'effetto (cfr., Corte Giust. CE, C – 219/95, Ferriere Nord, 17-7-97, par. 30 e ss.; Cons. Stato, sez. VI, n. 2199/2002 e n. 652/2001).

Rappresenta un'evoluzione della teoria della formazione delle decisioni sviluppatasi negli anni Cinquanta del secolo scorso con lo scopo di comprendere le griglie razionali attraverso cui gli esseri umani prendono le loro decisioni.

La teoria dei giochi può avere due ruoli diversi.

Il primo (ruolo positivo) è quello di interpretare la realtà, ossia spiegare come sia possibile che, in certe situazioni di conflitto, i soggetti coinvolti (giocatori) adottino certe strategie e certe tattiche. Il secondo ruolo è, invece, quello di determinare quali situazioni di equilibrio possano (o non possano) 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 decisori, individualmente o congiuntamente, dovrebbero seguire come conseguenza delle ipotesi di razionalità individuate. Se poi, nella realtà, i decisori 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 decisori a comportarsi in modo non razionale (o entrambe le cose).

La differenza fondamentale tra la teoria delle decisioni e la teoria dei giochi sta nel fatto che, mentre nella prima il decisore si trova ad affrontare un problema di fronte a stati di natura aleatori, di cui può effettuare una valutazione probabilistica, nel secondo caso ha di fronte un altro decisore. La conseguenza di ciò è che mentre in un problema di decisione lo scopo è quello di giungere a una scelta (o eventualmente, a una successione di scelte) ottimale, qui occorre elaborare un concetto diverso, quale quello di equilibrio.

La teoria funziona al verificarsi di determinati presupposti, che, dunque, nella sua formulazione, assumono il valore di assiomi: i giocatori sono intelligenti, cioè in grado di fare ragionamenti logici di complessità elevata, e razionali, cioè hanno preferenze coerenti (transitive) sugli esiti finali del processo decisionale e hanno l'obiettivo di massimizzare queste preferenze²³.

Nei giochi strategici è necessario individuare gli attori e le opzioni; per ogni conseguenza possibile di una determinata opzione si deve prevedere la probabilità di accadimento e associare un valore. Il valore ponderato moltiplicato per la probabilità di accadimento di ognuna delle conseguenze collegate ad una determinata opzione dà la speranza matematica di quella conseguenza.

Il modello più semplice è il dilemma del prigioniero, applicabile per valutare i comportamenti tenuti dalle imprese sullo stesso mercato.

Due imprese, che operano nello stesso mercato di cui hanno la quota del 20% a testa, devono decidere se partecipare a un accordo avente ad oggetto i prezzi dei servizi offerti stipulato da imprese che insieme hanno la quota del 10% del mercato. Ciascuna ha due scelte: aderire, oppure non aderire. Viene, inoltre, spiegato che:

- a) se solo una delle due imprese aderisce alla intesa, ottiene un guadagno annuo pari a 4 milioni di Euro; l'altra, invece, guadagna 1 milione di Euro;
- b) se nessuna delle due aderisce, entrambe guadagnano 3 milioni di Euro.
- c) se entrambe aderiscono, guadagnano 2 milioni di Euro.

La scelta adottata da entrambi sarà di aderire: il motivo è che per ognuna delle due imprese lo scopo è massimizzare il profitto ed ogni impresa, aderendo, può guadagnare tra 2 e 4 milioni di Euro, mentre non aderendo rischia di guadagnare solo tra 1 e 3 milioni di Euro.

²³ Dire che il giocatore è razionale significa supporre che calcoli per ogni *outcome* la speranza matematica e scelga l'opzione con il valore più elevato (l'ottimo paretiano).

Il paradosso che consegue da questa conclusione sta nel fatto che anche l'altra impresa, trovandosi nella stessa situazione, farà il medesimo ragionamento; con un risultato complessivo che non è ottimale per nessuna delle due (2 milioni di Euro ciascuna, contro i 3 milioni di Euro guadagnati se nessuna delle due aderisce).

Impresa 1 Impresa 2	Aderire	Non aderire
Aderire	(2,2)	(1,4)
Non aderire	(4,1)	(3,3)

Quindi, la scelta di aderire alle intese antitrust, sebbene non sia la più efficiente, è la più probabile.

Da quanto precede, risulta come la teoria dei giochi si presti ad essere utilizzata per spiegare i comportamenti delle imprese in un mercato concorrenziale. L'assetto economico competitivo costituisce un gioco potenzialmente cooperativo, in quanto materialmente c'è la possibilità per i giocatori di sottoscrivere accordi vincolanti, che possono essere di vantaggio ai singoli giocatori.

Tali accordi, però, sono appunto vietati dalla legge, ragion per cui la teoria può spiegare perché le imprese decidano di alterare le regole del gioco e se, effettivamente, questa costituisca l'interpretazione preferibile del loro comportamento. In particolare, escludendo ipotesi alternative all'intesa illecita nei casi in cui esse si rivelino poco probabili in base a tale teoria.

In ordine al sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica, opera l'orientamento più avanzato messo a punto dalla giurisprudenza, che ammette un sindacato intrinseco, sia pure debole, ossia limitato alla valutazione in ordine all'attendibilità della scelta tecnica, che si ferma di fronte all'opinabilità della soluzione. Ciò dipende, oltre che dalla matrice comunitaria, dalla circostanza che le norme *antitrust*, pur essendo costruite in modo elastico, sono norme tecniche, che fanno riferimento alle scienze economiche e non alle scienze morali.

Tale orientamento è stato avallato dalla Sezioni Unite, da ultimo nella sentenza sopra citata²⁴.

²⁴ «È stato già ripetutamente affermato, anche da queste sezioni unite, che i provvedimenti dell'Autorità Garante sono sindacabili dal giudice amministrativo per vizi di legittimità e non di merito, nel senso che non è consentito al giudice amministrativo esercitare un controllo c.d. di tipo "forte" sulle valutazioni tecniche opinabili, che si tradurrebbe nell'esercizio da parte del suddetto giudice di un potere sostitutivo spinto fino a sovrapporre la propria valutazione a quella dell'amministrazione, fermo però restando che anche sulle valutazioni tecniche è esercitabile in sede giurisdizionale il controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza (Sez. un n. 8882 del 2005 e n. 7063 del 2008). A questo insegnamento va data continuità, ma qualche ulteriore precisazione può essere opportuna, anche in ragione di una certa quale ambiguità insita nella suaccennata distinzione tra controllo di legittimità "debole" e "forte": una distinzione che, in via di principio, si potrebbe esser tentati di rifiutare ove si abbia a che fare con la tutela di diritto soggettivi, la quale, alla luce degli artt. 24 e 101 Cost., mal si presta ad una simile graduazione d'intensità.

Occorre ben chiarire, allora, che la non estensione al merito del sindacato giurisdizionale sugli atti dell'Autorità Garante implica, certo, che il giudice non possa sostituire con un proprio provvedimento quello adottato da detta Autorità, ma non che il sindacato sia limitato ai profili giuridico-formali dell'atto amministrativo, restandone esclusa ogni eventuale verifica dei presupposti di fatto. La pienezza della tutela giurisdizionale necessariamente comporta che anche le eventuali contestazioni in punto di fatto debbano esser risolte dal giudice, quando da tali contestazioni dipenda la legittimità del provvedimento amministrativo che ha inciso su posizioni di diritto soggettivo.

Né osta a tale conclusione il divieto per il giudice di sindacare l'esercizio della discrezionalità amministrativa: perché di questa è dato parlare solo quando si tratta di attività dell'amministrazione che comportino margini di scelta nell'apprezzamento dell'interesse pubblico, cui quell'attività deve tendere, e del modo in cui esso è destinato a contemperarsi con eventuali interessi contrastanti. In situazioni come quella in esame, viceversa, all'Autorità Garante è

affidato un compito di accertamento e di applicazione della legge: un compito che ha connotati di neutralità e di oggettività ed in cui la discrezionalità amministrativa, come sopra intesa, di regola non gioca alcun ruolo.

Può accadere, invece, che giochi un ruolo importante la c.d. discrezionalità tecnica (da intendersi nei termini che appresso si diranno), giacché è la legge che l'Autorità Garante è chiamata ad applicare fa talvolta riferimento a nozioni – quale, ad esempio, quella di mercato rilevante – che non trovano nella legge stessa una definizione in tutto e per tutto puntuale: di modo che la loro individuazione in concreto richiede un tipo di valutazione di carattere tecnico, che, tanto nei suoi presupposti generali quanto nella sua specifica applicazione ai singoli casi, può talora presentare margini di opinabilità.

È su questo punto che occorre allora interrogarsi: se le valutazioni tecniche operate dall'Autorità Garante, al fine di conferire concreto significato e di dare attuazione al precetto legale, possano e debbano esser sindacate da parte del giudice amministrativo, in presenza di un'impugnazione sollevata dalla parte interessata, pur quando presentino un inevitabile margine di opinabilità.

In via di principio risulta difficile dare a tale domanda una risposta totalmente negativa. L'esercizio della discrezionalità tecnica, non essendo espressione di un potere di supremazia della pubblica amministrazione, non è di per sé solo idoneo a determinare l'affievolimento dei diritti soggettivi di coloro che dal provvedimento amministrativo siano eventualmente pregiudicati. Non può perciò sostenersi che chi lamenti la lesione del proprio diritto, a causa del cattivo esercizio della discrezionalità tecnica, non possa chiederne l'accertamento al giudice, il quale non potrà quindi esimersi dal verificare se le regole della buona tecnica sono state o meno violate dall'amministrazione. Ne fornisce evidente conferma il fatto stesso che il giudice amministrativo disponga oggi di ampi mezzi istruttori, ivi compreso lo strumento della consulenza tecnica.

Anche in settori diversi da quello che viene ora in esame questa corte, d'altronde, ha già avuto modo di precisare che le valutazioni tecniche, inserite in un procedimento amministrativo complesso e dipendenti dalla valorizzazione dei criteri predisposti preventivamente, sono assoggettabili al sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo, senza che ciò comporti un'invasione della sfera del merito amministrativo (Sez. un. n. 10065 del 2011 e n. 14893 del 2010).

Ma questo non esaurisce certo il problema. Sarebbe davvero ingenuo supporre che il ricorso a criteri di valutazione tecnica, in qualsiasi campo, offra sempre risposte univoche. E' vero invece – e lo si è già accennato – che sovente esso conduce ad un ventaglio di soluzioni possibili, destinato inevitabilmente a risolversi in un apprezzamento non privo di un certo grado di opinabilità. In situazioni di tal fatta il sindacato del giudice, essendo pur sempre un sindacato di legittimità e non di merito, è destinato ad arrestarsi sul limite oltre il quale la stessa opinabilità dell'apprezzamento operato dall'amministrazione impedisce d'individuare un parametro giuridico che consenta di definire quell'apprezzamento illegittimo. Con l'ovvio corollario che compete comunque al giudice di vagliare la correttezza dei criteri giuridici, la logicità e la coerenza del ragionamento e l'adeguatezza della motivazione con cui l'amministrazione ha supportato le proprie valutazioni tecniche, non potendosi altrimenti neppure compiutamente verificare quali siano in concreto i limiti di opinabilità dell'apprezzamento da essa compiuto.

Se quanto appena detto è vero, in via generale, ancor più lo è nel caso particolare del sindacato sui provvedimenti delle cosiddette autorità amministrative indipendenti, tra le quali va annoverata l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, trattandosi di autorità cui proprio in ragione della loro specifica competenza tecnica, oltre che del carattere oggettivo e neutrale delle loro funzioni, sono stati affidati dal legislatore compiti di vigilanza ed accertamento nei settori di rispettiva competenza (compiti da esplicare attraverso procedimenti amministrativi connotati da particolari garanzie per i controinteressati).

È fuori discussione che anche gli atti di tali autorità siano soggetti al sindacato giurisdizionale, ed è agevole comprendere la ragione per la quale, nel caso degli atti dell'Autorità Garante, il legislatore abbia fatto ricorso alla giurisdizione esclusiva, così da unificare la tutela dei diritti e degli interessi legittimi che non sempre sarebbe stato altrimenti agevole distinguere. Ma ipotizzare che, con riguardo a valutazioni tecniche aventi un significativo margine di opinabilità - valutazioni proprio per operare le quali il legislatore ha stimato necessario dar vita ad un organismo al tempo stesso indipendente e dotato di specifiche competenze professionali -, il sindacato giurisdizionale possa spingersi sino a preferire una soluzione diversa da quella plausibilmente prescelta dall'Autorità Garante significherebbe misconoscere la ragione stessa per la quale questa è stata istituita.

Nè è senza significato che anche nel corrispondente scenario Europeo, mentre per un verso viene ribadito che compete al Tribunale dell'Unione Europea l'esame delle circostanze fattuali rilevanti (cfr. Corte di giustizia 3 maggio 2012, n.285/11, Legris Industries), per altro verso si afferma che appartiene alle prerogative della Commissione di svolgere le valutazioni economiche necessarie per garantire la concorrenza nel mercato interno: di modo che, in presenza di simili complesse valutazioni, il controllo che i giudici comunitari esercitano deve limitarsi alla verifica del rispetto delle regole di procedura e di motivazione, nonché dell'esattezza materiale dei fatti, dell'insussistenza di errori manifesti di valutazione e di sviamento di potere, non spettando al tribunale sostituire le proprie valutazioni economiche a quelle dell'autore della decisione di cui gli venga chiesto di verificarne la legittimità (cfr. Corte di giustizia 6 ottobre 2009, n. 501, 513, 515, 519/06 P. GlaxoSmithKline). L'ampia corrispondenza tra le competenze riconosciute all'Autorità Garante in ambito nazionale con quelle proprie della Commissione in ambito Europeo da ragione dell'agevole trasposizione di tale principio alla fattispecie ora in esame.

La normativizzazione dell'obbligo di risultato, imposta dal principio di buon andamento, determina un irrigidimento dei vincoli alla scelta tecnica della PA, che però non scompare, essendo connaturata alla fallibilità del sapere impiegato per effettuarla. Dunque, resta inattaccabile il profilo della bontà dell'agire amministrativo e fermo il divieto di sostituire la valutazione giurisdizionale a quella amministrativa. In conclusione, la discrezionalità della PA viene confinata all'ambito delle scelte equivalenti, come tali opinabili. Scelte che, in un sistema ispirato al principio di separazione dei poteri, spettano all'autorità di governo e su cui il giudice non può interferire, salve le eccezionali ipotesi di giurisdizione di merito.

3. Conclusioni

Traccia di difficoltà elevata, anche per la lunghezza, che farà selezione se la Commissione avrà pretese di esaustività.

Proprio a causa della sua lunghezza, dell'intreccio di principi sostanziali e processuali nel delicato settore del diritto pubblico dell'economia, del ruolo che ha avuto la giurisprudenza in argomento, si tratta di un tema complicato da elaborare in assenza di un solido apparato di conoscenze.

Dal punto di vista degli allievi, si trattava di un tema praticamente "servito", non solo per i corsisti di quest'anno, ma anche per quelli dell'anno scorso (nel contesto della lezione sulle Autorità indipendenti di gennaio 2015, traccia su "*La tutela giurisdizionale avverso le sanzioni erogate dall'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato*"). Di più: l'argomento è uno di quelli che maggiormente si presta al metodo scientifico, ragion per cui l'ho sempre illustrato a lezione nei termini sopra indicati, essendo peraltro l'estensore della citata sentenza del Consiglio di Stato che funge da *leading case* in materia.

Normale aspettarsi che fiocchino punteggi elevati su questa prova.

Tornando, per l'appunto, all'esame della fattispecie in esame nella presente causa, giova ancora aggiungere una breve considerazione sulla nozione di "mercato rilevante" (nella duplice accezione merceologica e geografica): elemento centrale ai fini dell'accertamento dell'intesa anticoncorrenziale, con riferimento al quale le ricorrenti imputano al Consiglio di Stato di non avere esercitato appieno il proprio compito giurisdizionale.

Si tratta, indubbiamente, di uno di quei concetti giuridici indeterminati, che sono enunciati dalla legge in termini generali, ma la cui concreta specificazione impone di far ricorso a canoni di volta desunti dal patrimonio di saperi diversi; in questo caso da quello della scienza economica, la quale ha infatti da tempo prodotto al riguardo un'amplessissima elaborazione ed una vasta casistica (cui si è ispirata anche la *Comunicazione 9 dicembre 1997* della Commissione Europea, in GUCE, C 372), che confermano, pur all'interno di parametri teorici ben individuati, l'estrema elasticità del concetto in relazione alle diverse possibili caratteristiche di mercato dipendenti dalla varietà delle situazioni date.

Non appare seriamente dubitabile, pertanto, che la determinazione in concreto del mercato rilevante rientri, in fattispecie come quella in esame, nell'ambito di quelle valutazioni tecniche non prive di ampi margini opinabilità cui sopra s'è fatto cenno. Il relativo controllo giurisdizionale risulta perciò circoscritto entro i limiti dianzi chiariti».

DIRITTO PENALE

*“Premessi cenni sul concorso, ordinario e anomalo, di persone nel reato, nonché sull’*aberratio ictus*, si soffermi il candidato sul titolo di responsabilità del mandante nel caso di omicidio di persona diversa dalla vittima designata”.*

1. Problema conoscitivo

Il tema verte sul rapporto tra art. 110 c.p. e art. 116 c.p., con particolare riferimento all’ipotesi di omicidio di persona diversa da quella designata, per errore inabilità (art. 82 c.p.), restando estraneo alla traccia l’errore vizio. Tuttavia, sullo sfondo, debitamente celato, si staglia un ulteriore – e più complesso – problema, ossia la stessa sussistenza di una responsabilità a titolo di concorso morale quando vi sia una divergenza tra piano programmato e piano attuato.

L’ordine logico della trattazione è:

1. Concorso ordinario.
2. Concorso anomalo.
3. Rapporto tra art. 110 c.p. e art. 116 c.p.
4. *Aberratio ictus*.
5. Responsabilità del mandante, distinguendo le ipotesi di omicidio di persona diversa da quella designata per errore o per scelta dell’esecutore.

2. Svolgimento

2.1 Concorso ordinario

Il nostro ordinamento, come la maggior parte dei sistemi penali moderni, prevede la possibilità che un reato sia realizzato da più persone, in concorso tra loro. L’espressione «concorso di persone» indica appunto il reato commesso ad opera di una pluralità di persone; se la pluralità di soggetti non è prevista dalla legge come elemento costitutivo del tipo di fatto incriminato si avrà concorso eventuale, altrimenti ricorrerà la figura del concorso necessario.

Il fenomeno del concorso di persone nel reato non è di immediata comprensione dal punto di vista tecnico. L’idea, infatti, che più persone possano commettere uno stesso reato, è più evidente sul piano empirico che su quello giuridico. Le norme di parte generale del codice penale sono, infatti, costruite per l’ipotesi di realizzazione monosoggettiva del reato. Laddove è ammessa la realizzazione plurisoggettiva, soccorrono norme di parte speciale, che incriminano un fatto commesso da più persone (ad esempio, il reato associativo e la corruzione). Al di fuori di queste ipotesi, dunque, quando la norma incriminatrice non fa riferimento alla presenza di più persone nella commissione naturalistica nel fatto, non è chiaro come possa quel titolo di reato ascrivere a più soggetti.

Si pensi al reato di omicidio, che punisce *“Chiunque cagiona la morte di una persona”*: quando l’evento morte è determinato dal concorso di più fattori causali, cioè dall’azione di più persone, trovano applicazione gli artt. 40 e 41 del codice penale, cioè non il concorso di persone nel reato, bensì il concorso di cause nel reato.

Così, mentre da un punto di vista fenomenico il fatto che un evento possa essere determinato da più fattori è del tutto ovvio (anzi è la regola, perché non esiste in natura alcun fenomeno che sia il prodotto di una sola causa), ed è ben possibile che le condotte umane che intervengono nel processo causale siano più d’una, giuridicamente l’inquadramento appare quello del concorso di

cause, per cui, in applicazione del principio di equivalenza, ciascuno risponderà a titolo autonomo del reato.

Si tratta del concorso di cause “indipendenti”, formula impiegata proprio per differenziare il semplice sommarsi di più azioni nella causazione dell’evento dal fenomeno, più articolato, della sinergia tra le azioni, viceversa tra loro “dipendenti”.

Quale che sia detta relazione – non meramente obiettiva – di dipendenza, è chiaro che essa non attiene alla matrice fisica del reato, ma alla sua organizzazione umana, dunque costituisce un dato essenzialmente sociale.

Ciò spiega la collocazione della norma sul concorso di persone, che non è inserita tra le disposizioni relative alla struttura del reato, ma tra quelle concernenti il reato.

In sostanza, a fronte di una pluralità di comportamenti che concorrono a cagionare l’evento, in una prospettiva puramente naturalistica – salvo che non siano tutti in astratto necessari perché il reato si configuri – si hanno tanti reati quante sono le azioni umane colpevoli. Invece, in virtù di un legame ulteriore – rispetto a quello materiale – tra essi, l’art. 110 c.p. stabilisce che vi sia un solo reato.

Da quanto precede emerge come il problema del concorso di persone sia innanzitutto logico, dovendosi spiegare a che titolo l’ordinamento penale ammette – allontanandosi dalle leggi scientifiche che governano la responsabilità penale – che più persone rispondano per il medesimo reato. Questione che va affrontata alla luce della struttura formale della responsabilità penale, sia per il concorso necessario, sia per quello eventuale, il quale ultimo richiede però un passaggio in più, per quanto attiene al fondamento dell’incriminazione di condotte non riconducibili al paradigma causale.

Mancando nella premessa maggiore della responsabilità a titolo di concorso eventuale la plurisoggettività, viene meno la tipicità del fatto plurisoggettivo, sicché la responsabilità di più persone per uno stesso reato non può che restare affidata a un elemento diverso: poiché il fatto storico non è previsto in forma plurisoggettiva dalla norma incriminatrice, se non vi fosse questo elemento, il concorso di più persone sarebbe regolato come un concorso di cause (art. 41, comma 3 c.p.).

Dovendo soddisfare il principio di legalità, l’elemento in grado di attribuire una responsabilità a titolo concorsuale nel reato tipicamente monosoggettivo non può che collocarsi nella premessa maggiore: la norma incriminatrice viene integrata dall’art. 110 c.p., secondo cui “*Quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita*”.

Concorso eventuale

PREMESSA MINORE Caso	PREMESSA MAGGIORE Regola	CONCLUSIONE Risultato
- fatto - pluralità di persone	- Norma incriminatrice - art. 110 c.p.	pena identica per tutti i concorrenti

La norma incriminatrice contempla l’evento illecito, l’art. 110 c.p. prende in considerazione tutte le condotte causalmente efficienti – nella più ampia accezione sottesa all’istituto del concorso di persone – ad esso e le unifica, consentendo l’imputazione dello stesso reato ai loro autori. Dunque, l’effetto del reato plurisoggettivo eventuale è assimilabile al reato plurisoggettivo necessario, ma la struttura è diversa.

Il concorso necessario si fonda esclusivamente sul principio di tipicità (corrispondenza tra fatto storico realizzato da più persone, e fatto giuridico), il concorso eventuale sulla norma di parte generale, che “amplia” la portata della norma incriminatrice.

Se la responsabilità a titolo di concorso eventuale nel reato viene, in definitiva, a porsi nell’area della causalità, allora il fondamento logico dell’istituto non può che ravvisarsi nell’elemento che lo connota rispetto alla figura del concorso di cause illecite (art. 41, comma 3 c.p.), che è speciale rispetto al concorso di cause (art. 41, comma 1 c.p.), generale rispetto al concorso di persone (art. 110 c.p.). L’elemento in questione è, evidentemente, quello che estende la tipicità del fatto di reato, unificando le diverse condotte che si dirigono sull’evento e rendendo punibili quelle atipiche (perché prive del valore di *condicio sine qua non* nelle fattispecie causalmente orientate, ovvero perché diverse da quelle descritte dalla norma nelle fattispecie a forma vincolata).

La portata dell’istituto del concorso di persone rispetto a quella del concorso di cause illecite può essere evidenziata attraverso una serie progressiva di ipotesi esemplificative, prima in un reato a forma libera (omicidio), poi in un reato a forma vincolata (rapina)²⁵.

²⁵ Tizio aggredisce Sempronio, che, trasportato in ospedale gravemente ferito, muore a causa della mancanza di cure mediche idonee da parte di Caio. Entrambi “cagionano la morte” della persona, pur agendo indipendentemente l’uno dall’altro, essendo l’intervento di ciascuno concausa dell’evento. In questo caso l’art. 110 c.p. non opera, Tizio e Caio rispondono ai sensi degli artt. 40 e 41 c.p. per l’evento causato (Tizio per omicidio doloso, Caio per omicidio colposo tramite omissione).

Tizio e Caio, preventivamente accordatisi, feriscono con separate azioni Sempronio, che muore per le lesioni riportate. Entrambi “cagionano la morte” della persona, essendo l’intervento di ciascuno concausa dell’evento. In questo caso l’art. 110 c.p. opera, sicché Tizio e Caio rispondono di omicidio doloso in concorso. In mancanza dell’art. 110 c.p. ciascuno sarebbe stato responsabile ai sensi degli artt. 40 e 41 c.p. di omicidio doloso.

Tizio dà mandato a Caio di uccidere Sempronio, che muore a causa dell’azione di Caio. Solo Caio “cagiona la morte”, poiché l’azione di Tizio è condizione dell’evento, ma non (con)causa. L’art. 110 c.p. opera unificando le condotte, il che vale ad attribuire alla condotta di Tizio efficacia causale dell’evento, sicché Tizio e Caio rispondono di omicidio doloso in concorso. In assenza dell’art. 110 c.p. Tizio non avrebbe risposto di omicidio.

Tizio assume il compito di sorvegliare l’entrata di un’abitazione, mentre Caio procede ad uccidere chi vi abita. Solo Caio “cagiona la morte”, non essendone la condotta di Tizio una condizione. L’art. 110 c.p. opera nel senso di far acquistare alla condotta di Tizio rilevanza nell’esecuzione del reato. In mancanza dell’art. 110 c.p. Tizio non sarebbe stato responsabile di omicidio.

Tizio e Caio effettuano una rapina in banca, l’uno minacciando il cassiere, l’altro sottraendo il denaro dalla cassaforte. Entrambi pongono in essere una condotta parzialmente sussumibile negli elementi costitutivi del delitto (violenza o minaccia e sottrazione della cosa mobile altrui), ma nessuna di esse è tipica. L’art. 110 c.p. unifica le condotte, che insieme diventano tipiche, sicché Tizio e Caio rispondono di rapina in concorso. In assenza dell’art. 110 c.p. ciascuno avrebbe risposto limitatamente alla condotta posta in essere (Tizio per violenza privata, Caio per furto).

Tizio assume il compito di sorvegliare l’entrata della banca, mentre Caio procede a rapinarla. Solo Caio pone in essere una condotta tipica, mentre Tizio non realizza alcun frammento di essa e neppure una condizione dell’evento. In questo caso l’art. 110 c.p. opera unificando le condotte e valendo ad attribuire alla condotta di Tizio rilevanza nell’esecuzione del reato. In mancanza dell’art. 110 c.p. Tizio non sarebbe stato responsabile di rapina.

Dai casi formulati, emerge come l’art. 110 c.p. abbia una funzione incriminatrice:

- a) nel reato di omicidio, con riguardo a tutte quelle condotte che siano sprovviste di efficacia causale, in quanto estranee all’azione che produce l’evento (il mandante) o di mera agevolazione (il palo);
- b) nel reato di rapina, con riguardo alle condotte estranee al fatto tipico, in tutto (il palo) o in parte (la minaccia e la sottrazione del bene).

In tutti i casi il fondamento sostanziale dell’incriminazione è nella funzionalità del contributo all’esecuzione del delitto. In ciò si manifesta chiaramente il *quid pluris* del concorso di persone rispetto al concorso di cause, ossia l’organizzazione, che è il riflesso materiale della coesione psicologica tra i partecipi all’impresa criminosa, ossia della consapevolezza di ciascuno di poter contare sul contributo dell’altro.

Nelle ipotesi in cui l’istituto del concorso “sana” un *deficit* di causalità, si apprezza maggiormente la logica di espansione dell’imputazione; nell’ipotesi in cui “sana” un *deficit* di tipicità, emerge agli occhi dell’interprete la logica di espansione della legalità.

Alla luce di quanto osservato sinora, può concludersi che l'art. 110 c.p. operi come meccanismo di imputazione diverso dal *rapporto* di causalità.

Ciò, tuttavia, non significa – come le dottrine anticausali opinano – che l'art. 110 c.p. prescindendo dal principio causale, poiché il *principio* di causalità ha portata generale, quale criterio di implementazione nell'ordinamento penale del principio di personalità, che interfaccia con lo stesso principio di legalità, nella misura in cui la condotta tipica è causalmente orientata.

Per un diritto – come quello penale – che è avvinto alle categorie scientifiche, non è accettabile che la responsabilità penale, sotto qualsiasi forma si presenti, sia slegata dal principio di causalità, sicché la formula dell'art. 110 c.p. non può che essere intesa nel senso che per “concorrere” nel reato occorre compiere un'attività utile – con verifica *ex post* – per la realizzazione dell'evento illecito.

Mentre nella responsabilità individuale l'imputazione postula il rapporto causale tra condotta ed evento, nella responsabilità concorsuale l'imputazione può avvenire sulla base di un legame meno intenso, ma tale legame non può che appartenere all'ambito concettuale della causalità.

A conforto dell'assunto milita un argomento cristallino: l'art. 41, comma 1 c.p. stabilisce che “*Il concorso di cause preesistenti o simultanee o sopravvenute, anche se indipendenti dall'azione od omissione del colpevole, non esclude il rapporto di causalità fra l'azione od omissione e l'evento*”.

Se è concorso di cause *anche* quello indipendente, a maggior ragione lo è quello dipendente, ossia quando tra la condotta del colpevole e le concause esista un nesso. Poiché, però, la regola di cui al comma 1 si applica all'ipotesi di cui al comma 3 (concausa costituita dalla condotta illecita

Nei reati a forma libera l'art. 110 c.p. assume funzione costitutiva della responsabilità penale con riguardo a condotte che – astrattamente considerate rispetto all'evento lesivo – sono sprovviste di efficacia condizionante o non hanno significatività rispetto all'*iter* causale.

La portata incriminatrice dell'art. 110 c.p. si apprezza nitidamente con riguardo alle condotte che sono prive di valenza causale rispetto all'evento, come tali estranee al meccanismo di imputazione degli artt. 40 e 41 c.p. e, dunque, non punibili in sé considerate. Ad esempio, chi accompagni sul luogo del delitto l'autore di un omicidio pone in essere una condotta meramente preparatoria, che agevola l'esecuzione del delitto, ma non ne costituisce condizione necessaria, sicché non sarebbe autonomamente punibile.

Meno evidente, ma assai importante, è il ruolo che l'art. 110 c.p. svolge con riguardo a comportamenti che integrano una condizione contingente del reato, ma di per sé non avrebbero rilevanza penale. Nel classico esempio del venditore d'armi, la cui arma sia impiegata per causare la morte, la rilevanza causale della condotta è esclusa – ex art. 41, comma 2 c.p. – dalla circostanza che l'impiego illecito dell'arma esorbita dal novero delle conseguenze ad essa ascrivibili secondo l'*id quod plerumque accidit* (teoria della causalità adeguata), ovvero si caratterizza per l'imprevedibilità e l'eccezionalità (teoria della causalità umana).

Infine, alcune condotte, pur dotate di rilevanza causale, non sono significative rispetto al fatto tipico, perché avulse dal processo materiale descritto dalla norma: il mandato ad uccidere è *condicio sine qua non* dell'evento morte, perché in sua assenza l'omicidio non sarebbe stato compiuto, ma, appartenendo alla fase dell'ideazione, non può essere annoverato tra gli antecedenti penalmente rilevanti rispetto al “cagionare la morte”, essendo insufficiente la mera connessione causale con la condotta esecutiva del reato, se questa non è considerata dalla norma incriminatrice.

Con riguardo ai reati a forma vincolata, al fine di saggiare la funzione estensiva della punibilità della norma sul concorso, oltre ai casi di condotte atipiche, perché del tutto estranee alla descrizione legale del processo di produzione dell'evento, occorre considerare i casi in cui la condotta è causalmente efficiente, ma non corrisponde per intero al tipo legale.

Nell'ipotesi della rapina, in cui ciascuno realizza una frazione della condotta, l'insussistenza della responsabilità in base agli artt. 40 e 41 c.p. comporta il riconoscimento di uno spazio autonomo per l'art. 110 c.p. anche nell'area della causalità. Benché – ai sensi degli artt. 40 e 41 c.p. – minaccia ed attività di sottrazione siano concause dell'evento lesivo (in quanto necessarie per l'impossessamento della cosa), in assenza dell'art. 110 c.p. non vi sarebbe il reato di rapina, poiché l'art. 628 c.p. non punisce ogni condotta causalmente efficiente, ma solo chi realizzi l'evento nelle modalità indicate. Ne discende che l'art. 110 c.p. estende l'incriminazione non solo alle condotte atipiche, ma anche a quelle in parte corrispondenti al tipo, ossia nelle ipotesi di esecuzione frazionata del reato.

altrui), ne consegue che il legislatore ha definito come concorso di cause anche il concorso di condotte illecite tra loro dipendenti, fenomeno che comprende il concorso persone nel reato. Se ciò non implica inevitabilmente la rigida applicazione della disciplina sul rapporto di causalità (come pure è sostenuto da una corrente dottrinale e giurisprudenziale), di certo postula che il denominatore comune del concorso di cause e del concorso di persone sia il principio di causalità.

A questo punto si può tornare all'inquadramento del concorso eventuale sul piano logico, onde penetrare risolutivamente il fondamento dell'incriminazione.

Il fatto plurisoggettivo eventuale è suscumbibile in una diversa fattispecie da quello monosoggettivo: il reato non è più "cagionare la morte", ma "cagionare in concorso la morte". Condotte che sarebbero atipiche – ai sensi degli artt. 40 e 41 c.p. – rispetto al "cagionare la morte", diventano tipiche e causalmente efficienti rispetto al "cagionare in concorso la morte": qualsiasi azione che "concorre" nel cagionare la morte è rilevante.

La concezione causale del concorso di persone viene così a fondersi con la teoria della fattispecie plurisoggettiva eventuale, di talché, dimostrato che l'evento illecito è conseguenza del fatto plurisoggettivo, la condotta dei singoli partecipi viene valutata rispetto a tale fatto.

Per restare all'esempio dell'omicidio, accertato che la morte è conseguenza dell'azione collettiva, i diversi contributi sono qualificati ai sensi del combinato disposto degli artt. 110 e 575 c.p., sicché la rilevanza causale della condotta di ciascuno si apprezza avendo come termine della relazione non l'evento isolatamente considerato, ma il diverso accadimento costituito dal concorrere nel causarlo. In questa prospettiva si capisce ancor meglio come l'imputazione concorsuale non sia avulsa dalla causalità: sono i termini della relazione causale a cambiare, non la legge che la regola.

Dunque, a ben guardare, nel concorso di persone nel reato il principio di causalità si esprime attraverso l'applicazione dello stesso rapporto di causalità all'evento concorsuale, rispetto al quale «causa» non è (solo) la condizione necessaria, ma (anche) il fattore ausiliario o agevolatore. «Concorrere nel reato» è, in definitiva, «concorrere nel causare il reato».

Esprimendo in termini formali il ragionamento:

- a) causa = concorso di cause (art. 41, comma 1 c.p.);
- b) concorso di persone = concorso di cause (art. 41, comma 3 c.p.);
- c) concorso di persone nella causa = concausa della concausa (art. 110 c.p.).

Traslando l'analisi alle fattispecie a forma vincolata, concorrere alla realizzazione del reato significa (anche) porre in essere condotte atipiche – o parzialmente tipiche – che incidono sulla sequenza di produzione dell'evento individuata dalla norma incriminatrice.

2.2 Concorso anomalo

Il vincolo concorsuale che unifica le condotte da un lato, la diversità fenomenica della partecipazione dei singoli dall'altro, pongono il problema della disciplina giuridica delle situazioni che riguardano uno o alcuni di esse, in particolare la rilevanza rispetto agli altri concorrenti.

Stabilisce l'art. 116 c.p. che:

“Qualora il reato commesso sia diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti, anche questi ne risponde, se l'evento è conseguenza della sua azione od omissione.

Se il reato commesso è più grave di quello voluto, la pena è diminuita riguardo a chi volle il reato meno grave”.

Si tratta del cd. concorso anomalo, cioè l'ipotesi in cui il reato commesso sia diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti (si abbiano a mente i classici casi del furto che si trasforma in rapina o della rapina che si trasforma in omicidio perché uno dei concorrenti, per vincere la

resistenza opposta dalla vittima, rispettivamente usa violenza o la uccide), che però ne viene chiamato a rispondere, in deroga alle regole sull'elemento soggettivo, posto che un reato doloso viene imputato a un soggetto che non è in dolo.

Vi è, dunque, una divergenza tra piano programmato e piano attuato, il quale ultimo, peraltro, è volontariamente posto in essere da almeno un concorrente, come si evince dal testo della disposizione (“*Qualora il reato commesso sia diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti*”), dove è sottinteso che taluno dei concorrenti voglia commettere il reato diverso.

Il concetto di “*reato diverso*” implica, accanto al mutamento di uno degli elementi essenziali del reato, un’offesa ad un interesse di specie diversa, anche se dello stesso genere di quello protetto dalla norma che si intendeva violare.

La fattispecie contemplata dall’art. 116 c.p. richiede, dunque, i seguenti elementi:

- a) la volontà di commettere un reato in concorso;
- b) la commissione di un reato diverso da quello voluto;
- c) la volontà del reato commesso in capo a uno dei concorrenti;
- d) il rapporto di causalità tra l’azione del concorrente cui manca il dolo e il reato.

Il requisito *sub a)* va accertato secondo le modalità ordinarie, in sua assenza non sarebbe neppure ipotizzabile l’imputazione dell’evento non voluto a titolo di concorso, sia pure anomalo.

Il requisito *sub b)* comporta che non ricade nella norma il caso in cui il concorrente sia in dolo eventuale, dunque vuole il reato effettivamente realizzato, di cui risponde a titolo di concorso ordinario.

Il requisito *sub c)* implica che non è configurabile una responsabilità a titolo di concorso anomalo ai sensi dell’art. 83 c.p. o dell’art. 584 c.p., essendovi incompatibilità tra l’art. 116 c.p. e il delitto colposo o preterintenzionale. Presupposto perché possa applicarsi il primo, infatti, è che il reato commesso sia stato voluto da almeno un concorrente, cioè sia doloso.

Il requisito *sub d)* attiene all’imputazione oggettiva dell’evento non voluto, che sembra non lasciare adito a dubbi, menzionando espressamente il criterio causale.

Il punto critico della disposizione è il criterio di imputazione soggettiva, che non risulta tra i requisiti fissati dalla norma, il che ha portato all’elaborazione di numerose teorie.

La tesi tradizionale ravvisa nell’art. 116 c.p. un’ipotesi di responsabilità oggettiva, fondandosi sull’interpretazione letterale della disposizione. Il rigore di questa soluzione è stato peraltro attenuato attraverso un adattamento alla fattispecie delle teorie sul rapporto di causalità. Nella teoria della causalità umana, quando si sostiene che il fattore interruttivo della *condicio sine qua non* è solo quello eccezionale o imprevedibile, nella sostanza si fa riferimento alla prevedibilità dell’evento, perché, se il fattore eccezionale o imprevedibile esclude il rapporto causale, significa che l’imputazione dell’evento all’agente come conseguenza della sua condotta postula che lo stesso sia prevedibile. Ma anche la teoria dell’adeguatezza causale, che cerca di risolvere la causalità sul piano oggettivo, stabilendo che sono fattori interruttivi quelli estranei all’ordinario svolgersi dei fatti, finisce per introdurre l’elemento della prevedibilità dell’evento, poiché i fattori anomali o atipici sono, di regola, imprevedibili.

Una seconda tesi esplicita autonomamente questo coefficiente soggettivo, riferendolo alla prevedibilità astratta dell’evento da parte del concorrente che non l’ha voluto: l’evento diverso non è stato concretamente previsto, ma l’agente se l’è rappresentato come uno sviluppo logicamente prevedibile dei comportamenti programmati. Questa tesi seguita è stata seguita dalla Corte

costituzionale in una pronuncia nel 1965²⁶, in cui è sostenuto che l'art. 116 c.p. non costituisce un'ipotesi della responsabilità oggettiva, essendo necessaria l'astratta prevedibilità dell'evento da parte di chi non volle il reato. La prevalente giurisprudenza di legittimità²⁷ aderisce a siffatta impostazione. Trattandosi di un giudizio astratto, il parametro è quello del fatto tipico, nel senso che si opera un raffronto tra il reato voluto e quello realizzato, onde verificarne il nesso di congruenza e di successione. Ne consegue, evidentemente, che la prevedibilità è rintracciabile nei reati che fanno parte di una medesima categoria e ciò sulla base del bene giuridico protetto (es. lesioni e omicidio) o delle modalità di aggressione (es. sequestro di persona e omicidio). Si ritiene che debbano essere considerate anche le circostanze speciali, siccome caratteristiche della figura criminosa già nel momento della sua previsione legale. Così, ad esempio, se il reato voluto è quello di rapina a mano armata, la realizzazione di un omicidio rappresenta uno sviluppo prevedibile, avendo i soggetti pianificato l'eventualità di impiegare mezzi intrinsecamente offensivi della persona.

La tesi prevalente in dottrina fa invece riferimento alla concreta prevedibilità dell'evento non voluto. Ci si deve infatti chiedere se la prevedibilità appartenga a una dimensione puramente razionale, facente riferimento all'ordinario decorso di fatti del tipo di quello accaduto, oppure se si debba esclusivamente tener conto di quello effettivamente realizzato. La maggioranza degli autori risponde, appunto, che occorre distinguere il mero rapporto di continuità logica tra le fattispecie astratte dalla loro dimensione fenomenica concreta. Nell'argomentare tale soluzione, assume un peso decisivo un ragionamento comparativo, volto a evidenziare le conseguenze cui conducono le contrapposte tesi²⁸. Ulteriore argomento è offerto dall'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 116 c.p. in relazione al principio di colpevolezza, che, nel significato assunto nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale²⁹, postula almeno la colpa per gli elementi più significativi della fattispecie penale.

La soluzione sostenuta dalla dottrina maggioritaria appare preferibile, ma va precisata sul piano ermeneutico.

La formulazione dell'art. 116 c.p. individua chiaramente il criterio di imputazione oggettiva, stabilendo che l'evento è attribuito al concorrente se “è conseguenza della sua azione o omissione”, ma non è completa con riguardo al criterio di imputazione soggettiva, limitandosi sotto tale aspetto a precisare che l'evento è diverso da quello voluto. Non vi è ragione per inferire da questo elemento

²⁶ Corte cost., 31 maggio 1965, n. 42.

²⁷ Cfr. Cass. sez. V, 15 marzo 2007, n. 10995; Cass. sez. I, 10 aprile 1996, Angeloni, in *Giust. Pen.*, 1997, II, p. 676; Cass. sez. I, 23 febbraio 1995, Parolisi, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1129; Cass., 9 dicembre 1985, Decembrino, in *Riv. pen.*, 1987, p. 264.

²⁸ Il modello empirico di tale analisi è l'ipotesi di rapina a mano armata.

In base ad un approccio puramente astratto si potrebbe sostenere che c'è sempre la prevedibilità dell'evento morte della vittima o dei presenti nel luogo della rapina, perché la rapina comprende la minaccia o violenza armata. Si è giustamente obiettato che nelle rapine programmate tramite la sola minaccia, non sarebbe prevedibile che le stesse sfocino nella morte: un conto è la portata offensiva del mezzo che viene impiegato, un altro, invece, è l'impiego che i concorrenti si proponevano di farne, alla luce di specifiche circostanze, come ad esempio quella rappresentata dalla presenza di una forza armata a difesa dell'obiettivo dell'azione criminosa. Ne deriva che, laddove le circostanze concrete del fatto non siano tali da lasciar prevedere l'uso della violenza, l'evento morte che possa essersi prodotto sarà uno sviluppo logicamente prevedibile dell'azione in via astratta, ma non concreta, in quanto mancherebbero gli elementi necessari per ipotizzare una reazione tale da obbligare all'uso dell'arma. Il ragionamento è di immediata evidenza nell'ipotesi di uso di armi giocattolo, inidonee a ferire alcuno, perché l'idea è proprio quella di puntare sulla forza apparente della minaccia di chi si presenta con un'arma, laddove la violenza non debba essere realmente utilizzata. Per contro, una rapina a mani nude può non escludere dal proprio piano di sviluppo la possibilità di utilizzare strumenti violenti, che possono essere di coercizione fisica e che vadano a sfociare nell'evento letale, qualora dai presenti sia opposta resistenza. Ne discende che la prevedibilità dell'evento non voluto è da accertarsi non *ex ante*, ma *ex post*, attraverso l'esame delle modalità effettive di esecuzione e di tutte le altre circostanze di fatto rilevanti.

²⁹ Corte cost. n. 364 e 1085 del 1988.

negativo un'indicazione positiva, ossia che l'evento è imputato a titolo oggettivo. A tale conclusione potrebbe pervenirsi solo se la disposizione sul concorso anomalo non fosse integrabile con le norme generali sulla responsabilità penale. L'art. 42 c.p. prevede, oltre al dolo, altre tre forme di imputazione soggettiva: colpa, preterintenzione e imputazione "*altrimenti*". Tuttavia, la colpa e la preterintenzione richiedono un'espressa previsione, qui mancante, né strutturalmente l'evento non voluto assume i caratteri del delitto preterintenzionale o colposo.

In verità, la stessa dottrina prevalente non va al di là di un richiamo nominale alla colpa, di cui difetta l'elemento costituito dalla violazione della regola cautelare, salvo che non si aderisca alla tesi secondo cui la colpa sarebbe da ravvisarsi nella stessa decisione di agire illecitamente, ovvero di affidarsi al contributo dei concorrenti, con ciò esponendosi al rischio che la condotta possa generare eventi diversi da quella cui era diretta. Ad escludere la colpa vale anche il raffronto con la disciplina dell'art. 83 c.p., comunemente ritenuta un'ipotesi di imputazione a titolo oggettivo, corretta attraverso un'interpretazione conforme a Costituzione grazie alla presenza dell'inciso "*a titolo di colpa*", invece mancante nell'art. 116.

Tanto premesso, l'interprete può considerare l'applicabilità alla fattispecie in esame dell'art. 42, comma 3 c.p., secondo cui la legge prevede i casi in cui "*l'evento è posto altrimenti a carico dell'agente, come conseguenza della sua azione od omissione*". L'art. 116 c.p. rispecchia fedelmente questa formulazione nell'imputazione oggettiva dell'evento, lasciando spazio al completamento della fattispecie sul versante soggettivo in base al criterio di cui all'art. 42, comma 3 c.p., di regola consistente – appunto – nella concreta prevedibilità dell'evento.

2.3 Il rapporto tra art. 110 e 116 c.p.

In primo luogo occorre mettere in evidenza le differenze strutturali tra le due figure, tanto sul piano oggettivo, quanto su quello soggettivo.

Con riferimento all'elemento oggettivo, nel concorso ordinario la condotta incriminata si identifica in base al criterio della causalità agevolatrice, sicché la partecipazione al reato non è da ricostruire sulla base degli art. 40 e 41 c.p., ossia accertando se detta condotta abbia costituito condizione (necessaria) del reato, essendo sufficiente che abbia influito sul prodursi dell'evento.

Nell'art. 116 c.p., invece, la formulazione letterale ("*se l'evento è conseguenza della sua azione od omissione*") ricalca esattamente il testo dell'art. 40 c.p., esigendo – per attribuire il diverso evento al partecipe che non lo volle – lo specifico accertamento del nesso causale, da effettuarsi secondo le regole generali. D'altra parte, essendo l'evento estraneo sul piano soggettivo al fatto comune, non vi sarebbe ragione di ritenere sufficiente l'imputazione oggettiva propria di questo: la deroga ai principi generali sulla responsabilità posta dall'art. 116 c.p. riguarda il lato soggettivo e trova giustificazione nell'essere l'evento conseguenza di un'azione organizzata, sebbene ad altro fine. Anzi, proprio il dato letterale legittima la distinzione tra contributo necessario e contributo soltanto agevolatore: il primo punibile, il secondo non punibile allorquando acceda a condotte di altri che cagionino un evento diverso da quello voluto.

Con riferimento all'elemento soggettivo, perché operi il 116 c.p. occorre da un lato che l'evento sia diverso da quello programmato, dall'altro che sia voluto da chi lo ha commesso.

Sotto il primo profilo, allorquando la condotta dell'imputato sia connotata non dalla sola prevedibilità, ma dalla previsione dell'evento diverso e dall'accettazione del rischio, troverà

applicazione non l'art. 116 c.p. ma l'art. 110 c.p. a titolo di dolo eventuale³⁰. Qualora, tuttavia, detto reato sia incompatibile con il dolo eventuale, prevale la tesi dell'applicabilità dell'art. 116, altrimenti si giungerebbe al paradosso che il soggetto, pur avendo voluto commettere il fatto, resterebbe impunito, mentre se non l'avesse voluto sarebbe stato punito proprio in virtù del 116. Tale conclusione può essere accolta a condizione che sia data all'espressione "*diverso da quello voluto*", che designa il reato realizzato, un significato relativo, nel senso che il concetto di reato non voluto debba essere misurato sull'intensità della volontà prescritta dalla norma che lo prevede, sicché un fatto voluto a titolo di dolo eventuale non vi rientra ove la norma incriminatrice richieda il dolo diretto o intenzionale.

Sotto il secondo profilo, nell'ipotesi in cui, per errore nell'esecuzione del reato o altra causa, il diverso evento realizzato sia colposo o preterintenzionale, l'autore ne risponderà a questo titolo e la responsabilità del concorrente dovrà essere valutata secondo le norme comuni.

Così, ad esempio, qualora i concorrenti vogliano il reato di lesioni personali, e l'azione di uno di loro cagiona involontariamente la morte dell'offeso, si è fuori dall'ambito dell'art. 116 c.p. e si tratta di stabilire se i concorrenti rispondono a titolo di omicidio preterintenzionale. Ne consegue che, nel caso in cui più persone concorrano tra loro al fine di cagionare lesioni a un terzo, qualora dalle lesioni inferte derivi la morte della vittima, tutti i concorrenti ne rispondono, a nulla rilevando, in ragione della dimensione unitaria del reato concorsuale, che l'evento mortale sia dovuto all'una o all'altra percossa o lesione. Difatti, anche se l'evento morte sia riferibile ad una sola delle violenze poste in essere, una volta accertato il cosciente e volontario concorso di tutti alla realizzazione delle percosse, l'omicidio preterintenzionale non può non essere posto a carico di tutti ai sensi dell'art. 110 c.p. La giurisprudenza ha ritenuto che il concorso nell'omicidio preterintenzionale non sussista solo quando «trattandosi di più persone oggetto di percosse e lesioni, l'azione comune si fraziona in tante azioni singole, aventi ognuna una separata dinamica, un proprio svolgimento ed un'autonoma efficacia causante»³¹.

Il 116 c.p. non postula che il reato voluto non debba realizzarsi: la disposizione si limita a stabilire la responsabilità dei concorrenti che non vollero il reato effettivamente commesso, senza considerare la disciplina del reato voluto, qualora si realizzi. Se ciò accade, esso sarà ascritto a tutti i partecipi ai sensi dell'art. 110 c.p., mentre il reato diverso sarà addebitato a coloro che non l'hanno voluto ai sensi dell'art. 116 c.p., qualora ne sussistano i requisiti. Il problema si pone se, in base alle regole sul concorso apparente di norme incriminatrici, una sola è applicabile: se a prevalere è quella che prevede il reato non voluto, la conseguenza dovrebbe essere che i concorrenti rispondano di questo e non del reato programmato, pur effettivamente verificatosi. D'altronde, diversamente opinando, ossia ritenendo che per i concorrenti che non vollero uno dei reati verificatisi debba comunque applicarsi la norma sul reato voluto, si avrebbe il paradosso di responsabilità differenziate: l'autore o gli autori del reato diverso da quello programmato, ma da essi voluto, ne risponderebbero; gli altri risponderebbero del reato programmato.

2.4 *Aberratio ictus*

L'art. 82, comma stabilisce che:

“Quando, per errore nell'uso dei mezzi di esecuzione del reato, o per un'altra causa, è cagionata offesa a persona diversa da quella alla quale l'offesa era diretta, il colpevole risponde

³⁰ Cass. sez. 1, 28 giugno 1995, Cocuzza ed altro; Cass. sez. I, 2 luglio 1993, Frandina; Cass. sez. I, 22 giugno 1993, Rho.

³¹ Cass. sez. V, 30 novembre 2004, n. 46305.

come se avesse commesso il reato in danno della persona che voleva offendere, salve, per quanto riguarda le circostanze aggravanti e attenuanti, le disposizioni dell'articolo 60.

Qualora, oltre alla persona diversa, sia offesa anche quella alla quale l'offesa era diretta, il colpevole soggiace alla pena stabilita per il reato più grave, aumentata fino alla metà".

Nel tema interessa solo l'ipotesi del comma 1, cui si riferisce il caso posto dalla traccia.

Si tratta della c.d. *aberratio ictus monolesiva*, in cui l'errore, pur determinando un mutamento nella persona offesa dal reato³², non è altresì idoneo a cagionare un mutamento del titolo di reato, atteso che l'offesa permane identica dal punto di vista normativo.

Con riferimento alla figura in esame si è, innanzitutto, posto il problema se occorra, rispetto alla vittima designata, che si realizzino quantomeno gli estremi del tentativo del reato.

Secondo una parte minoritaria della dottrina la soluzione del problema non potrebbe che essere positiva, atteso che, se nei confronti della vittima designata sussistesse soltanto il dolo del reato e non anche una condotta idonea e penalmente rilevante, si finirebbe per incentrare la punibilità dell'agente sull'originaria intenzione criminosa, in deroga al principio *cogitationis poenam nemo patitur*³³. Difatti, l'idoneità della condotta a produrre il risultato offensivo è il requisito minimo per l'applicabilità dell'art. 82, comma 1 c.p., degradando la mera messa in pericolo del bene tutelato ad offesa non autonoma ed inglobandola, ai fini della pena, nel reato effettivamente consumato: in altri termini, il tentativo verso il designato viene di fatto inglobato, ai fini della pena, nel reato effettivamente realizzato.

Diversamente, altra autorevole dottrina ritiene che l'offesa realizzata in danno di un soggetto diverso dalla vittima designata, proprio nell'ipotesi in cui contro di lei non sia stato posto in essere neppure un tentativo, possa comunque considerarsi oggetto del dolo che ha sorretto il comportamento, in applicazione dei principi generali sull'elemento psicologico del reato.

Tale tesi muove dal postulato dell'erroneità della ricostruzione in base alla quale l'offesa nei confronti di una persona diversa da quella cui era diretta «prenda a prestito» l'elemento intenzionale dell'azione aberrante nei confronti della vittima designata.

Difatti, si rileva come alla volizione e rappresentazione di un'offesa corrisponda sempre la realizzazione di un'offesa unica, sebbene diversa da quella ideata esclusivamente con riferimento all'identità del soggetto passivo. E, poiché per aversi dolo è sufficiente che il soggetto si sia rappresentato ed abbia voluto tutti i requisiti del fatto tipico descritto nella norma incriminatrice, allora esso non è escluso dall'erronea rappresentazione o dall'ignoranza di quei requisiti che nella realtà caratterizzano il fatto storico, ma che non trovano riscontro nel fatto tipico (quale, appunto, l'identità personale della vittima). Con la conseguenza che, essendo l'offesa a persona diversa dalla vittima designata imputabile a titolo di dolo in base ai principi generali e non perché oggetto del dolo che sorreggeva il comportamento nei confronti della vittima designata, viene meno ogni fondamento per sostenere che l'azione aberrante dovrebbe passare per la fase del tentativo nei confronti di quest'ultima.

³² Sul punto, M. GALLO, *Aberratio ictus* (voce), in *Enc. dir.*, I, 1958, 67 ss., osserva che poiché il soggetto contro cui il reato si dirige può venire in considerazione come soggetto passivo del reato o come oggetto materiale dell'azione criminosa, occorre precisare che la divergenza configurata dall'art. 82, comma 1 c.p. è in astratto riferibile ad entrambe le ipotesi. Tale conclusione sembra praticabile in virtù di una estensione analogica della norma *de qua* (la quale deve considerarsi dettata a favore dell'agente, riconducendo l'offesa realizzata a quella ideata), ma sul presupposto di ritenere che il mutamento della persona oggetto materiale dell'azione, fermo restando il soggetto passivo, non conduca ad una valutazione del fatto diversa da quella che si sarebbe operata senza un tal mutamento, rispetto al quale non sembrano esserci ostacoli nell'ordinamento positivo.

³³ In tal senso, MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2003, 398 ss.

Ulteriore argomento a favore della tesi è che, diversamente opinando, l'istituto dell'*aberratio ictus* non sarebbe applicabile ai reati che non ammettono il tentativo, laddove invece esso trova applicazione proprio in quelle ipotesi in cui l'azione criminosa verso la persona designata non integra un tentativo, o perché trattasi di reato incompatibile con la forma tentata, ovvero per inidoneità o non univocità dell'azione³⁴.

Le diverse ricostruzioni su ricordate si fondano sulle diverse possibili nozioni del termine "offesa" di cui alla norma: se, infatti, si accogliesse la tesi per la quale l'offesa di cui all'art. 82 c.p. sia da intendersi come effettiva lesione, realizzazione dell'evento propostosi dall'agente, cioè offesa «materiale», ne conseguirebbe logicamente che tutte le ipotesi in cui l'azione ideata non si sia consumata rientrerebbero nel primo comma.

Se invece ci si attendesse al concetto di offesa «in senso giuridico», comprensiva anche della messa in pericolo mediante una condotta idonea a cagionare l'evento voluto, allora l'ipotesi in cui l'azione contro la persona designata raggiunge la soglia del tentativo non rientra nel primo comma, ma nel secondo.

Uscendo fuori dalla superata dicotomia tra evento materiale e giuridico, un'offesa c'è sempre, ed è sempre, al tempo steso, materiale e giuridica, sicché la fattispecie di cui al secondo comma non può che inglobare anche il tentativo.

Il vero problema cui ha dato luogo l'istituto in esame è, però, quello relativo all'individuazione dei criteri di attribuzione della responsabilità, discutendosi se esso rappresenti o meno una vera deroga ai normali principi dell'imputazione dolosa.

La legge non specifica a quale titolo l'agente debba rispondere dell'offesa cagionata e non voluta, ma si limita ad affermare che "*il colpevole risponde come se avesse commesso il reato in danno della persona che voleva offendere*", lasciando perciò intendere che l'applicazione della pena si giustifichi sulla base della condotta dolosa originaria, del contesto illecito di base da cui è scaturita l'offesa aberrante.

Secondo l'opinione prevalente, l'art. 82, comma 1 c.p. sarebbe norma superflua in quanto conforme ai principi generali sull'elemento psicologico del reato³⁵.

Difatti, si ritiene che l'offesa in concreto realizzata sia equivalente a quella voluta dall'agente, perché l'identità fisica della persona offesa non è un requisito del fatto tipico. La divergenza tra il voluto ed il cagionato in riferimento al soggetto passivo, pertanto, non farebbe venir meno l'elemento psicologico, che sussisterebbe sempre e solo in relazione al fatto e non al soggetto³⁶.

³⁴ Così, GALLO, *op.cit.*

³⁵ Cass. sez. VI, n. 43275 del 2009 secondo cui «A ben riflettere l'art. 82 c.p. non costituisce altro che una particolare specificazione dei principi di carattere generale in tema di imputazione dolosa (e di riflesso in tema di concorso nel reato doloso), dal momento che l'eventuale o concreto *error in persona* non è idoneo ad escludere il dolo del reato avuto di mira dall'agente. Vale a dire che, come affermato in dottrina e nella giurisprudenza di legittimità, nel dolo come rappresentazione del fatto di reato normativamente tipizzato non ricade l'identità personale della prefigurata vittima, che rimane dato esterno al "fatto" costituente reato (v. Cass. Sez. 1, 2.4.2008 n. 18378, Pecoraro, rv. 240374). Donde l'inciso dell'art. 82 c.p. per cui, in caso di offesa a persona diversa da quella prefissatasi dall'agente, costui risponde "come se" avesse commesso il reato in danno della persona che voleva offendere, non altro presuppone se non l'unicità e unitarietà, volitiva ed esecutiva, del reato in concreto commesso e, dunque, una ipotesi di reato doloso anche in rapporto al realizzato effetto attuativo aberrante».

³⁶ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale-Parte generale*, Milano, 2000, 426 ss., ritiene che il reato nei confronti della persona colpita resti doloso come lo sarebbe stato rispetto alla persona designata se il colpo avesse raggiunto quest'ultima, con la conseguenza per cui non può sostenersi che l'offesa in danno di persona diversa da quella designata debba imputarsi a titolo di colpa o di responsabilità oggettiva.

Ne deriva che l'agente risponderà, a titolo di dolo, del fatto storico non voluto, poiché la porzione che corrisponde a quello tipico (condotta ed evento) si è interamente realizzata in conformità all'intenzione.

Questa ricostruzione ermeneutica sembra sottintendere l'adesione alla vecchia tesi del *dolus generalis*, in base alla quale oggetto di volontà e rappresentazione non deve essere il fatto storico individuale concretamente verificatosi, bensì un «fatto-tipo» con le sue caratteristiche fenomenologiche *standard* di una certa categoria di accadimenti assimilabili.

Corollario di questa impostazione è, poi, la qualificazione della fattispecie dell'art. 82, comma 1 c.p. come un'unica figura di reato, non soltanto formalmente, ma anche sostanzialmente, doloso³⁷; respingendo la classificazione della figura come ipotesi di pluralità di reati (tentativo rispetto alla vittima designata e reato colposo rispetto alla persona offesa).

La dottrina più recente opta per una diversa costruzione, per la quale il dolo non può avere ad oggetto l'evento concreto nella sua corrispondenza a quello astratto, ma l'evento concreto in quanto tale. Pertanto, il dolo sussiste quando risulti rappresentato e voluto il fatto storico, cioè l'accadimento realizzatosi *hic et nunc*, mentre il giudizio di corrispondenza alla fattispecie legale attiene al diverso profilo della tipicità.

Ne discende che nell'*aberratio ictus*, mancando la congruenza tra il contenuto della volontà colpevole e l'evento concreto realizzatosi, quest'ultimo sarebbe imputato a titolo di responsabilità oggettiva³⁸. Si ritiene, quindi, che doloso sia l'atteggiamento verso il soggetto designato e non anche verso quello effettivamente leso e che l'art. 82, comma 1 c.p. costituisca una deroga alla responsabilità per dolo, in quanto punisce l'agente mediante una *fictio iuris*, «trasferendo» l'elemento intenzionale su un evento che in realtà non rientra nel fuoco del dolo³⁹.

Orbene, essendo la responsabilità oggettiva propria in contrasto con il principio di colpevolezza, si è affermato che, per rendere compatibile l'attribuzione dell'offesa cagionata a persona diversa dalla vittima designata con il predetto principio, occorrerebbe che il giudice accerti che l'errore esecutivo dell'agente sia dovuto a colpa, cioè all'inosservanza in concreto di una norma cautelare, ovvero che l'evento cagionato sia prevedibile in concreto da parte dell'agente⁴⁰.

³⁷ ANTOLISEI, *op.ult.cit.*, secondo cui si tratta di un'ipotesi in cui il legislatore ravvisa un solo reato doloso – come, peraltro, ben si desume dalla formula della legge, che parla de «il reato» al singolare –, considerando indifferente la divergenza verificatasi nello sviluppo causale e, in particolare, la diversità del soggetto offeso.

³⁸ In tal senso, D. PULITANÒ, *Il principio di colpevolezza ed il progetto di riforma penale*, in *Jus*, 1974, 499 ss.

³⁹ Cass. sez. I, n. 7469 del 1994, secondo la quale l'accertamento dell'elemento soggettivo deve essere effettuato con riguardo alla persona cui l'offesa era diretta avendosi poi per *fictio iuris* la *translatio* del risultato ottenuto anche all'evento diverso. Nonché, Cass. sez. I, n. 36225 del 2007: «Si è in particolare affermato che, benché estraneo alla fattispecie normativa, la specificità del soggetto effettivamente preso di mira dall'agente non può considerarsi del tutto irrilevante in una ricostruzione del dolo che ne esalti la concreta dimensione psicologica. Gli artt. 43 e 47 c.p., e lo stesso canone di colpevolezza, impongono una nozione di dolo come rappresentazione e volontà del fatto storico realizzato, per cui, in caso di mutamento inopinato del soggetto passivo, sarebbe possibile tutt'al più un'imputazione colposa del reato realizzato, in concorso, se del caso, con un "tentativo" rispetto al fatto voluto (soluzione alla quale si perviene nell'ordinamento tedesco, dove non esiste una norma come quella dell'art. 82 c.p.). Non considerando, insomma, la specificità del soggetto effettivamente preso di mira dall'imputato (un amico da contattare nel contesto delle sue amicizie omosessuali), l'art. 82 c.p. e la particolare situazione di errore da esso prevista finirebbero per mascherare un'ipotesi di responsabilità oggettiva, in contrasto col principio di colpevolezza sancito dall'art. 27 Cost.». L'adesione alla ricostruzione citata appare, però, condizionata alla peculiarità della fattispecie, concernente la contravvenzione di molestie, che ha una caratterizzazione squisitamente personale ed è un reato a dolo specifico, rispetto al quale non poteva non aversi riguardo alla specificità del soggetto passivo avuto di mira.

⁴⁰ FIANDACA-MUSCO, *op.cit.*, 389 ss.

L'imputazione a titolo di responsabilità oggettiva dell'offesa arrecata a persona diversa da quella designata è sostenuta, altresì, da quanti ritengono che l'art. 82, comma 1 c.p. non richieda il tentativo del reato verso la vittima designata.

In tali ipotesi, infatti, la condotta posta in essere dall'agente, non attingendo neppure la soglia del tentativo, essendo realizzata mediante atti inidonei ed equivoci, perderebbe la qualifica di illiceità che dà rilevanza penale al fatto. In altri termini, l'art. 82, comma 1 c.p. renderebbe penalmente rilevanti atti che, di per sé, non raggiungono la soglia dell'agire punibile, e ciò condurrebbe ad imputare l'offesa in danno della persona diversa su basi sostanzialmente oggettive.

Infine, è stato sostenuto che il rinvio operato dall'art. 82, comma 1 c.p. all'art. 60 c.p. determini sostanziali limitazioni al principio secondo cui la responsabilità per *aberratio ictus* sarebbe fondata sul voluto e non sul cagionato, in ciò consistendo il vero *quid novi* apportato dalla norma in esame rispetto ai principi generali sull'elemento soggettivo del reato⁴¹. In altri termini, la disposizione in esame consentirebbe l'applicazione di una disciplina delle circostanze orientata al principio della prevalenza del putativo sul reale.

2.5 Responsabilità del mandante in caso di omicidio di persona diversa per errore o per scelta dell'esecutore.

Il mandato costituisce una forma di istigazione, che è una figura tipizzata ex art. 115 c.p. di concorso morale nel reato.

Nell'istigazione rientra anche la determinazione, ossia l'attività di persuasione che fa nascere il proposito di commettere il reato. La determinazione è costruita secondo il modello causale: senza l'interazione psichica del determinatore, l'agente non avrebbe materialmente commesso il reato, sicché l'influenza del primo si pone come antecedente casuale della serie che è poi sfociata nella produzione dell'evento del reato previsto dalla norma di parte speciale.

L'istigazione propriamente detta consiste, invece, nel rafforzamento di un proposito già esistente, ma non ancora consolidato, del tutto o in parte. Anche nell'istigazione, dunque, il fatto materialmente posto in essere dall'agente è imputabile al concorrente morale solo se e in quanto essa abbia avuto un'influenza effettiva sulla psiche del secondo.

La difficoltà di individuare un nesso eziologico tra fattori psichici ha indotto parte della dottrina e della giurisprudenza a ripiegare su giudizi di tipo meramente prognostico, richiedendo che la condotta dell'istigatore sia idonea, esaminata *ex ante*, a fungere da fattore di spinta dell'altrui comportamento, in base alle regole della comune esperienza.

La dottrina prevalente e altra parte della giurisprudenza ritengono, invece, che debbano applicarsi i paradigmi già indicati in sede di concorso materiale. Così, da un lato deve rigettarsi la possibilità di applicare criteri di idoneità *ex ante* rispetto a fatti che sono stati posti in essere e per i quali, dunque, l'accertamento non può che svolgersi *ex post*; da altro lato non può darsi complicità morale se non sia provata, al di là di ogni ragionevole dubbio, la reale efficacia dell'influenza psichica dell'istigatore, attraverso il criterio della causalità (agevolatrice o) di rinforzo.

Vero è che ad essere ambigua è la stessa nozione di istigazione, in quanto incentrata sul concetto di rafforzamento del proposito criminioso, che finisce per essere inteso in senso lato, affermando la rilevanza concorsuale di ogni attività dalla quale sia possibile dedurre un sostegno psicologico estrinseco all'altrui proposito criminioso. Con ciò lo schema del concorso morale viene usato, né più né meno, come mero «contenitore residuale» di condotte difficilmente riconducibili al

⁴¹ Sul punto, GALLO, *op. cit.*, spec. 69 ss.

modello della partecipazione concorsuale e che si esauriscono in una mera adesione morale alla condotta dell'esecutore.

Anche la giurisprudenza che mostra di aderire alla dottrina prevalente, la quale richiede l'accertamento di un legame causale effettivo tra istigazione e reato commesso, si limita spesso a utilizzare formule di principio, come quella secondo cui è necessario che «l'opera dell'istigatore sia venuta ad incidere concretamente sulla psiche del concorrente-autore materiale, anche solo rinsaldando il (preesistente) proposito criminoso di quest'ultimo»⁴², senza però indicare i criteri di accertamento della condotta penalmente rilevante.

Le difficoltà insite nella definizione della categoria sono il frutto di un difetto di impostazione, legato alla identificazione di un autonomo concetto di causalità psichica. L'incidenza dell'attività di un essere umano sulla sfera psichica di un altro soltanto impropriamente è chiamata causalità psichica, riguardando piuttosto situazioni di causalità materiale, nelle quali la psicologia non opera come formante della definizione della causalità, ma come legge di copertura del nesso di condizionamento.

È la carente scientificità della legge di copertura ad essere scambiata per equivocità della categoria giuridica posta a presidio del concorso morale.

Ciò posto, la soluzione non può essere data da una fuga dal principio di causalità, ma piuttosto dal suo adattamento alle relazioni interpersonali, cioè al rapporto tra condotta ed evento psichico di maturazione del proposito criminoso. Tale operazione richiede due passaggi: a) la ricostruzione dell'istigazione in sé considerata secondo i parametri della causalità di fatto; b) l'adeguamento di tale costruzione al reato concorsuale.

Il primo passaggio appartiene all'istituto della causalità regolato dagli artt. 40 e 41 c.p. e deve trovare soluzione nella concezione della causalità adottata in giurisprudenza a partire dalla celebre sentenza delle Sezioni Unite *Franzese*, con i correttivi suggeriti dal metodo scientifico⁴³.

Il secondo passaggio è più agevole e consiste nell'applicare lo schema causale dell'istigazione – impostato sul paradigma della condizione – al più blando criterio dell'agevolazione. Al riguardo occorre accertare se, in assenza del comportamento di istigazione, la condotta illecita non sarebbe stata tenuta o sarebbe stata tenuta in modo diverso.

La questione più complessa riguarda la rilevanza della mera presenza di un soggetto sul luogo del reato, che di per sé esprime qualcosa di più di un tacito assenso, e qualcosa di meno di una fattiva istigazione. Problema, però che non rileva nel caso da esaminare.

Ricondotto il concorso morale al modello causale, è evidente che il criterio di ricostruzione della condotta di partecipazione non può che essere il medesimo del concorso materiale, mentre cambia la legge di copertura, più debole nel concorso morale, e ciò spiega la ragione per cui il legislatore ha tipizzato solo questo.

Tanto premesso, occorre chiedersi se il mandante sia punibile, quale determinatore o istigatore, per il reato (omicidio) erroneamente commesso nei confronti di persona diversa da quella designata.

L'analisi deve muovere dalla posizione dell'esecutore, il quale risponde del reato ai sensi dell'art. 82 c.p. per aver realizzato l'evento voluto, sia pure su persona diversa da quella voluta.

In base all'interpretazione prevalente di detta disposizione si tratterebbe di una comune responsabilità dolosa, poiché l'identità della persona offesa non è elemento costitutivo del reato⁴⁴;

⁴² Cass. sez. IV, 3 marzo 2008, n. 9500.

⁴³ F. BELLOMO, *Nuovo Sistema del diritto penale*, volume 2, cap. X, § 5.5.

seguendo invece le tesi minoritarie dovrebbe ravvisarsi una responsabilità a titolo oggettivo, qualora l'agente non versi almeno in colpa rispetto all'evento realizzato ovvero l'evento voluto non si realizzi quantomeno a livello di tentativo.

Qualificando la responsabilità dell'esecutore come dolosa, il mandante risponde del reato ai sensi degli artt. 110, 115 e 82 c.p. (più 575 c.p. ovviamente).

Non è configurabile l'art. 116 c.p., per l'evidente ragione che il concetto di "*reato diverso*" si riferisce al fatto tipico e non al fatto concreto, sicché il reato può dirsi diverso solo quando muti uno dei suoi elementi strutturali. Vero che, proprio con riguardo all'art. 82 c.p., parte della dottrina sostiene che ai fini dell'imputazione soggettiva debba prendersi in considerazione l'evento concretamente realizzato, comprensivo di tutti i suoi aspetti (quindi anche dell'identità del soggetto passivo), ma tale affermazione è operata – appunto – con riguardo al dolo, che deve avere ad oggetto l'accadimento storico, mentre ai fini dell'accertamento della tipicità è rilevante il giudizio di corrispondenza del fatto storico alla fattispecie legale. Tant'è che i requisiti attinenti al soggetto passivo sono presi in considerazione da altra disposizione – l'art. 117 c.p. – allorquando essi integrino il fatto tipico.

La giurisprudenza pressoché unanime è orientata nel senso dell'applicabilità degli artt. 110 e 115 c.p., affermando che «È configurabile la partecipazione, a titolo di concorso morale, nell'omicidio di persona diversa da quella alla quale l'offesa era diretta, in quanto l'errore esecutivo non ha alcuna incidenza sull'elemento soggettivo del partecipe morale, essendosi comunque realizzata l'azione concordata con l'autore materiale, il cui esito aberrante è privo di ogni rilevanza ai fini della qualificazione del reato sotto il profilo oggettivo e soggettivo»⁴⁵.

Qualificando la responsabilità dell'esecutore ex art. 82 c.p. come oggettiva o colposa, in adesione alla posizione di parte della dottrina, la soluzione è meno chiara, ma resta ferma l'inapplicabilità dell'art. 116 c.p., anzi a maggior ragione, poiché non solo il reato commesso non è diversamente da quello voluto, ma quello commesso non potrebbe dirsi neppure voluto.

Il problema, piuttosto, è se il mandante possa essere chiamato a rispondere a titolo doloso di un reato che non è – realmente – doloso.

La soluzione è affermativa, perché il nostro ordinamento accoglie la concezione monistica del concorso di persone. L'accoglimento della concezione monistica nel codice vigente è cristallizzato nella norma di apertura, secondo cui tutte le persone concorrono "*nel medesimo reato*".

I commentatori concordemente rinvergono il fondamento ideologico di codesta formulazione nella concezione causale del concorso, per cui il concorrente viene punito in quanto ha contribuito a cagionare l'unico evento, ponendone in essere un antecedente necessario o, quantomeno, utile alla sua produzione. Logico corollario del principio causale è, in applicazione della regola dell'equivalenza delle condizioni, il principio per cui le responsabilità dei concorrenti sono identiche, salve le variazioni quantitative della pena legata al minor ruolo del concorrente (l'art. 114 c.p. riconosce al giudice la facoltà di ridurre la pena qualora ritenga che l'opera prestata da taluna delle persone che sono concorse nel reato abbia avuto «minima importanza» nella preparazione o nell'esecuzione dell'azione collettiva).

⁴⁴ Cass. I sez., n. 16711 del 2014 afferma addirittura che la premeditazione – che costituisce la forma più intensa di dolo – è compatibile con il reato commesso in danno di persona diversa da quella alla quale l'offesa era diretta.

⁴⁵ Cass. I sez., n. 3854 del 2014. Cass. I sez. n. 40513 del 2014; nel caso di specie, l'imputato, appartenente ad una associazione criminale, era gravemente indiziato di essere il mandante dell'omicidio di una coppia di coniugi, sopravvissuti all'aggressione, nella quale, invece, aveva trovato la morte la figlia minore.

Viene meno dunque la distinzione tra autore e partecipe, poiché il codice «come già nel regolamento del rapporto causale, rifiuta di ammettere [...], anche in tema di concorso di più persone nel reato, la possibilità di discernere e separare le quote di causalità nella determinazione di un evento, ritenendo che tutto quanto è stato posto in essere, perché l'evento si produca, debba considerarsi indivisibile causa di questo».

La concezione monistica del concorso di persone, nella sua versione “causale”, si addice in particolare alle fattispecie a forma libera. Nel delitto di omicidio (art. 575 c.p.), la formulazione letterale della norma legittima l'idea che la qualità di autore spetta a chiunque pone con la propria azione una *condicio sine qua non* dell'evento criminoso. Da tale premessa deriva che, se l'evento è conseguenza di più condotte illecite, autore del reato non è un solo individuo ma tanti quanti sono i soggetti che hanno dato «causa» all'evento. Coerentemente, si è ritenuto che nei reati causalmente orientati la punibilità di ciascuna condotta sussiste già in base alle regole generali, senza necessità di ricorrere alla norma sul concorso.

La concezione causale, tuttavia, entra in crisi nelle fattispecie a forma vincolata ed anche in tutte quelle che prevedono elementi costitutivi del fatto ulteriori rispetto al prodursi dell'evento (qualifiche soggettive, presupposti oggettivi, dolo specifico).

La dottrina ha risolto il problema elaborando il concetto di «tipicità plurisoggettiva eventuale», scaturente dalla combinazione dell'art. 110 c.p. con la norma relativa al singolo reato. In tal modo, sfruttando la forza estensiva della norma di parte generale, si viene a formare una nuova tipicità, rispetto a cui tutte le condotte dei concorrenti – siano esse dell'autore o del partecipe – sono qualificate. L'art. 110 c.p. funge, dunque, da effetto moltiplicatore, capace di trasformare tutte le condotte causalmente efficienti prive dei requisiti richiesti dalla norma incriminatrice in condotte punibili ai sensi della stessa.

In tempi più recenti è emersa – specie in giurisprudenza – la teoria associativa, che, pur mantenendosi nell'ambito della concezione di matrice causale, assegna un ruolo maggiore al momento dell'organizzazione del reato concorsuale, configurando l'evento lesivo del bene protetto come il prodotto di una collaborazione criminale. Il concorso di persone è il frutto di una divisione dei compiti nella ideazione ed esecuzione del progetto criminoso. La cooperazione criminale rappresenta un valore aggiunto che giustifica l'incriminazione di condotte atipiche, poiché nel quadro associativo ciascuna condotta perde la sua individualità divenendo parte di un unicum. Parallelamente ciascun soggetto risponde del fatto unico come fatto proprio. Poiché, però, nel concorso di persone non è necessario l'accordo criminale (che ne è, piuttosto, una delle forme), anche la teoria associativa lascia al centro dell'indagine la categoria generale dell'imputazione, alla quale dunque occorre guardare nella ricerca del fondamento logico dell'incriminazione.

Tale ricostruzione è coerente con la tesi – oggi prevalente – che ritiene sufficiente una condotta di agevolazione, mantenendosi comunque nell'ambito del paradigma causale: «Perché si configuri la fattispecie del concorso di persone nel reato non è necessario che il contributo di ciascuno si ponga come condizione, sul piano causale, dell'evento lesivo. Infatti la teoria causale del concorso – fatta propria dalla relazione al codice penale – contrasta con il dettato dell'art. 110 c.p. e la funzione estensiva cui la normativa sul concorso adempie, consentendo di attribuire tipicità a comportamenti, che di per sé ne sarebbero privi, quando abbiano in qualsiasi modo contribuito alla realizzazione collettiva; mentre, d'altro canto, lo stesso codice, con la previsione dell'attenuante della minima partecipazione al fatto, ammette la possibilità di condotte non condizionali, non potendosi certo considerare condizione indispensabile per la realizzazione di un reato un'attività di minima importanza. In questa ottica, ai fini della sussistenza del concorso deve ritenersi sufficiente

che la condotta di partecipazione si manifesti in un comportamento esteriore che arrechi un contributo apprezzabile alla commissione del reato, mediante il rafforzamento del proposito criminoso o l'agevolazione dell'opera degli altri concorrenti e, in sostanza, che il partecipe, per effetto della sua condotta, idonea a facilitarne l'esecuzione, abbia aumentato le possibilità di produzione dell'evento, perché in forza del reato associativo diventano sue anche le condotte degli altri concorrenti»⁴⁶.

Ciò posto, non può che concludersi nel senso che il mandante risponde a titolo doloso del reato commesso per errore su persona diversa da quella designata anche qualora si configuri la responsabilità ex art. 82 c.p. come non dolosa, poiché ciò che vale per l'esecutore non può non valere anche per il concorrente morale.

Si faccia attenzione. Il problema non è quello dell'ammissibilità di un concorso soggettivamente differenziato (rispetto al quale la concezione unitaria del concorso entra in crisi, sebbene oggi lo si ammetta), poiché l'atteggiamento psicologico dell'esecutore e quello del mandante sono identici: tanto l'esecutore quanto il mandante volevano la morte di una persona diversa. Piuttosto entra in gioco l'applicabilità dell'art. 82 c.p. al mandante, e questa non può essere esclusa, proprio in virtù della concezione monista e della nuova tipicità plurisoggettiva creata dalla combinazione dell'art. 110 c.p. con la norma incriminatrice, per cui il mandante commette il reato di concorso in omicidio come lo commette l'esecutore.

Il discorso cambia quando l'azione dell'esecutore fuoriesce dallo schema concorsuale, venendo a costituire un'azione autonoma.

È il caso in cui l'esecutore realizzi l'omicidio nei confronti di una persona diversa da quella designata per una sua deliberata scelta. In letteratura si fa l'esempio del *killer* che uccide la guardia del corpo della persona oggetto del mandato criminoso, avendo nella stessa riconosciuto l'odiato nemico. Ebbene, in questo caso l'esecutore risponderà in via ordinaria e non ex art. 82 c.p. poiché il reato attinge la persona voluta.

Ciò apre una riflessione sulla responsabilità del mandante, il quale invece potrebbe rispondere solo ex art. 82 c.p.

La soluzione deve essere trovata nei principi generali dell'istituto, accertando se il reato commesso dall'esecutore resti riconducibile al mandato. Ciò, in base a quanto prima osservato, potrà dirsi qualora risulti che il mandato abbia agevolato la realizzazione dell'omicidio, nel senso che, essendosi l'esecutore determinato a commetterlo su impulso del mandante, tale decisione ha influenzato l'esecuzione del delitto, rafforzando la deliberazione criminosa subentrata o agevolandone l'esecuzione materiale.

Non può escludersi, infatti, che l'essere stato incaricato di uccidere una persona abbia influito sulla decisione di ucciderne un'altra, in forza dei rapporti tra le stesse o del contesto in cui l'azione ordinata dal mandante si è svolta, ovvero abbia facilitato l'esecuzione dell'omicidio commesso, perché la preparazione di quello programmato sia stata materialmente utile per la realizzazione del delitto.

Tuttavia, affermare con certezza – come si fa in dottrina – la responsabilità del mandante sarebbe eccessivo, poiché solo se l'omicidio, pur autonomamente deciso, rientri nel quadro di organizzazione del reato programmato, potranno ravvisarsi i presupposti del concorso di persone.

⁴⁶ Cass. 11 marzo 1991, in *Riv. pen.*, 1992, 498.

In caso affermativo non costituisce ostacolo a ravvisare la responsabilità del mandante la circostanza che l'art. 82 c.p. si applichi a lui e non all'esecutore, poiché per entrambi il reato è doloso.

Come si nota in nessuna ipotesi viene in rilievo l'art. 116 c.p.

Questo può entrare in gioco solo quando l'esecutore commetta un reato diverso da quello programmato e nei confronti di persona diversa da quella designata, come nell'ipotesi in cui, ricevuto il mandato di cagionare lesioni nei confronti di A, l'esecutore cagioni la morte di B. Quest'ipotesi, tuttavia, non era contemplata dalla traccia.

3. Conclusioni

Traccia di difficoltà medio-alta, poiché il raccordo tra artt. 110, 116 e 82 c.p. postula una certa capacità di analisi trasversale – e non meramente lineare – delle norme. A complicare il quesito c'è che esso si riferiva a un'ipotesi di concorso morale e che poteva sfuggire l'ipotesi in cui l'esecutore commettesse l'omicidio di propria iniziativa. Questo è il tipo di tracce da assegnare per selezionare i candidati più idonei all'esercizio delle funzioni giudiziarie.

Per quanto riguarda gli allievi, pronostico un risultato anche migliore rispetto al tema di amministrativo, non solo perché il rapporto tra 110 e 116 c.p. è stato specificamente esaminato solo tre mesi prima delle prove (nel contesto peraltro di una lezione sul concorso di persone, i cui fondamenti erano decisivi per la soluzione del quesito specifico), quanto perché è la classica traccia che premia in massima misura chi utilizza l'approccio di studio normativo, a maggior ragione se integrato dal metodo scientifico.

CONCLUSIONI

Due sono gli aspetti da considerare all'esito dell'analisi delle tracce, riguardanti rispettivamente il corso ed il concorso.

Il corso

Da quanto illustrato nelle pagine precedenti si evince che:

1) l'argomento oggetto della traccia di civile è stato trattato nel corso ordinario e ripreso nella dispensa. Il leasing è un tema classico, il cui inquadramento postula la conoscenza di istituti quali la causa del contratto, il negozio atipico, il collegamento e la connessione negoziali, che sono di portata generale. In particolare il punto critico – l'esistenza e la portata espansiva del collegamento negoziale – è stato oggetto di illustrazione orale con il metodo scientifico. Spiegare, infatti, come un legame tra contratti possa generare effetti non previsti dai medesimi è una questione essenzialmente di ordine logico. L'altro punto rilevante – il ruolo della buona fede nell'esecuzione del contratto – appartiene al fenomeno delle clausole generali, o, più precisamente, all'impiego che ne fa la giurisprudenza normativa, trattato alla full immersion.

2) la traccia di amministrativo era centrata sul diritto pubblico dell'economia, che è la principale direttiva di sviluppo del sistema amministrativo contemporaneo, ampiamente segnalata, anche il giorno prima delle prove. Il tema è un *leit-motiv*, non solo del corso (secondo i riferimenti specifici indicati all'inizio), ma anche dei miei studi e della mia attività nelle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato, trattandosi di argomento particolarmente sensibile all'applicazione del metodo scientifico e, in particolare, alla formula di Hempel e alla teoria dei giochi. Il richiamo effettuato nella lezione pre-concorso al sindacato sulla potestà sanzionatoria delle Autorità indipendenti nel quadro della giurisdizione "di risultato" – seconda traccia selezionata – dovrebbe scongiurare fallimenti della memoria.

3) La traccia di penale era di puro ragionamento, quindi di per sé "amica" degli allievi. L'aver trattato tre mesi prima il rapporto tra 110 e 116 c.p. – anzi l'essere stato esso oggetto di prova scritta – è un vantaggio competitivo. C'è da aggiungere che il concorso eventuale nell'omicidio volontario era il primo argomento di diritto penale segnalato nello studio della commissione.

Il concorso

La Commissione è tornata ad assegnare tracce classiche, tali essendo anche quelle non estratte. La distinzione si fonda non tanto sul ruolo che ha la giurisprudenza, quanto sulla formulazione della traccia e – secondariamente – sul suo oggetto, che mettono alla prova le capacità di analisi più che la conoscenza. Dei tre temi, le nozioni avevano un maggior peso in quella di amministrativo. Ma anche in questo la conoscenza non può salvare chi non abbia sviluppato adeguate capacità razionali, non essendo facile governare una traccia così ampia e collegare procedimento e processo. La traccia di civile era la più semplice, ma anche quella che presentava una duplice "ingiusta" insidia: la Convenzione Unidroit sul leasing internazionale, non presente su tutti i codici, e la sentenza a Sezioni Unite del 2015, viziata dal punto di vista logico. Insidie superabili con freddezza (anche nel "catturare" un codice munito dal vicino di banco) e controllo.

Si può pertanto riproporre un concetto noto, ossia che per il successo nel concorso (come nella vita), a contare è essenzialmente una cosa: l'uso della ragione. Con il probabile corollario che la percentuale di vincitori della Scuola continuerà ad essere – forse ancor più – di gran lunga superiore alla media nazionale.