

TRACCE DEL CONCORSO A 400 POSTI

Studio della commissione

In **allegato** lo studio. Poiché in commissione non ci sono magistrati di cassazione, si è limitata l'analisi ai componenti dell'accademia.

Tracce assegnate al concorso e argomenti trattati

Diritto civile

- CONCURSO
11 settembre 2024: «Tratti il candidato del divieto di patto commissorio e delle forme assunte nella prassi negoziale volte all'elusione dello stesso»
- PRECONCURSO e CORSO
3 settembre 2024: «Delineati i concetti di causa e tipo del contratto, tratti il candidato del giudizio di meritevolezza, con particolare riferimento alla vendita a prezzo vile e al cd. mutuo solutorio» (traccia n. 2)
30 marzo 2024: «Il negozio giuridico».

Diritto penale

- CONCURSO
12 settembre 2024: «Il candidato, delineate le nozioni di progressione criminosa e di reato progressivo, esamini la fattispecie della c.d. lottizzazione abusiva, soffermandosi sul bene giuridico protetto, sulla natura e sul momento consumativo del reato, con particolare riferimento alla posizione del sub-acquirente del singolo lotto o immobile frazionato»
- PRECONCURSO E CORSO
5 settembre 2024: «Le sanzioni punitive» (la confisca nel reato di lottizzazione abusiva in caso di prescrizione)
11 novembre 2023: «Il fatto tipico».

Diritto amministrativo

- CONCURSO
13 settembre 2024: «Gli atti di organizzazione delle Pubbliche Amministrazioni tra potere amministrativo e autonomia privata».
- PRECONCURSO e CORSO
5 settembre 2024: «Pubblico impiego privatizzato, riparto di giurisdizione, incarichi dirigenziali» (traccia n. 4); «Le società pubbliche»; «L'amministrazione consensuale».

21 ottobre 2023: «La privatizzazione della funzione amministrativa»

13 gennaio 2024: «L'organizzazione amministrativa»

10 febbraio 2024: «Il collegamento tra gli atti di organizzazione e atti di gestione del lavoro nel pubblico impiego, con particolare riferimento ai riflessi sulla tutela giurisdizionale».

Nella tradizione della Scuola almeno una traccia di concorso estratta rientra tra quelle esaminate a brevissima distanza dalle prove e in modo completo (le tracce selezionate alla preconcorsione sono soltanto sei per materia). Quest'anno è stata la volta di diritto amministrativo. Anche taluni aspetti delle tracce di diritto civile e di penale sono stati trattati nella preconcorsione, oltre che al corso di quest'anno. *Per evidenziarlo saranno trascritte le parti delle dispense di accompagnamento della lezione che vi fanno riferimento*, con la precisazione che – ovviamente – nella lezione orale il tema è trattato con in modo più approfondito. Gli argomenti delle tracce non estratte di civile (arricchimento senza causa e obbligazioni solidali) e di amministrativo (riparto di giurisdizione) non estratte erano stati trattati nell'intensivo o nella preconcorsione.

Analisi tracce

Diritto civile

- **Traccia**

Tratti il candidato del divieto di patto commissorio e delle forme assunte nella prassi negoziale volte all'elusione dello stesso.

- **Analisi logica**

Traccia strutturalmente e concettualmente classica, divisa in due parti: la prima sul divieto di patto commissorio come configurato dall'art. 2744 c.c., la seconda sulle strutture negoziali alternative idonee a violarlo per aggiramento.

Esegesi letterale: “patto” commissorio, prassi “negoziale”, “elusione”, indicano come fulcro sia la materia negoziale (in particolare la causa concreta) e la distinzione tra nullità diretta e indiretta (elusione): infatti sia al corso che nel sistema di diritto civile il divieto di patto commissorio è analizzato nell'ambito della causa, della frode alla legge, del negozio indiretto. Accanto alla teoria del negozio giuridico vengono in gioco i principi generali in tema di obbligazioni (numero chiuso delle modalità di estinzione dell'obbligazione) e di diritti reali (tassatività e tipicità). In ragione di quanto precede, è preferibile seguire l'ordine testuale della traccia.

- **Struttura tipica ed effetti del patto commissorio**

Si deve partire dalle disposizioni del codice civile che lo contengono, rispettivamente in tema di garanzie reali (pegno e ipoteca) e personali (anticresi),

Art. 2744: È nullo il patto col quale si conviene che, in mancanza del pagamento del credito nel termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passi al creditore. Il patto è nullo anche se posteriore alla costituzione dell'ipoteca o del pegno

Art. 1963: *È nullo qualunque patto, anche posteriore alla conclusione del contratto, con cui si conviene che la proprietà dell'immobile passi al creditore nel caso di mancato pagamento del debito.*

L'ipotesi testualmente contemplata dalla legge è quella di un contratto di mutuo o altro atto costitutivo di obbligazione tra Tizio (creditore) e Caio (debitore) collegato a un contratto costitutivo di garanzia reale, contenente la clausola (ossia il patto commissorio vero e proprio) secondo cui la proprietà della cosa data in garanzia passa al creditore in caso di inadempimento del debitore, con contestuale estinzione del debito.

Si deve rilevare un certa affinità tra questa struttura negoziale e la *datio in solutum*, poiché in entrambi i casi il debito si estingue con una prestazione diversa, che consistere nel trasferimento della proprietà (art. 1197, comma 2 c.c.).

Nella previsione legislativa il patto commissorio, dunque, è accessorio a un contratto di garanzia. Trattandosi di nullità testuale che colpisce il solo patto, il contratto di garanzia resta salvo. Non trova, infatti, applicazione l'art. 1419, comma 1 c.c., atteso che l'espressa limitazione della nullità sancita dall'art. 2744 c.c. deroga alla regola sulla nullità parziale. Alcuni ritengono, invece, che l'esclusione della nullità del contratto di garanzia sarebbe evitata con l'applicazione dell'art. 1419, comma 2 c.c., in quanto il patto commissorio nullo sarebbe automaticamente sostituito dalla norma imperativa consistente nel principio che impone il ricorso alla giurisdizione esecutiva per far valere il credito insoddisfatto. Parte della dottrina, invece, ritiene che il 1419, comma 1 sia applicabile, occorrendo pertanto verificare se la clausola sia stata o meno determinante del consenso

All'ipotesi tipizzata dalla legge è assimilabile quella di vendita sospensivamente condizionata all'inadempimento: nel momento in cui il debitore non paga nel termine stabilito, la proprietà passa in capo al creditore, con contestuale estinzione del debito. Anche in quest'ipotesi, infatti, e l'effetto traslativo si verifica automaticamente al momento dell'inadempimento. Pertanto, interpretando estensivamente l'art. 2744, come riferibile a qualunque meccanismo che determini il trasferimento del bene contestualmente all'inadempimento, essa vi rientra.

In tale ipotesi, come in tutte quelle in cui il patto commissorio viene realizzato attraverso un contratto di alienazione in garanzia o altro schema negoziale alternativo a quello previsto dall'art. 2744, la nullità colpisce l'atto attraverso cui si programma l'effetto traslativo in funzione dell'inadempimento del debito, travolgendolo per intero.

- **Ratio del patto commissorio**

Molto si è discusso della funzione del divieto di patto commissorio, da cui dipende la soluzione del quesito specifico posto dalla traccia.

Nei lavori preparatori al codice civile il divieto trova giustificazione in ragioni di ordine morale e tecnico. La legge ha voluto impedire che il debitore debba sottostare alla volontà del creditore, spinto dal bisogno, conferirgli la facoltà di far propria la cosa data in pegno, in anticresi o in ipoteca, sperando di riscattarla nel tempo, soddisfacendo il suo debito. Ha voluto allo stesso tempo che i creditori posteriori a quello cui è concesso il patto commissorio non sentissero danno dall'eccessiva facoltà del creditore precedente, il quale farebbe proprio il bene, che era garanzia comune, senza sottoporlo all'asta. Il patto è nullo anche se posteriore alla costituzione dell'ipoteca, del pegno o dell'anticresi. Sono norme che il legislatore stabilisce secondo una personale valutazione delle condizioni sociali di dato periodo storico e affermare che taluno degli inconvenienti previsti può essere evitato o che addirittura in qualche caso non sussiste, non serve a infrangere il divieto stabilito per le generali esigenze. Il patto commissorio per sé stesso sarebbe molto vantaggioso per la rapidità delle transazioni, e se il legislatore ha sacrificato cotesta utilità di

carattere economico-commerciale al bisogno di proteggere la buona fede la condizione della parte più debole in determinate contrattazioni l'interprete deve rinunciare al tentativo di ridurre l'efficacia della norma.

In dottrina e in giurisprudenza la *ratio* del divieto è plurima:

- 1) esigenza di tutelare la posizione del debitore contro un accordo nettamente sbilanciato: norma antiusura;
- 2) necessità di rispettare la *par condicio creditorum* senza creare cause di prelazione non previste dall'ordinamento;
- 3) applicazione del principio costituzionale di solidarietà;
- 4) divieto di forme convenzionali di soddisfacimento delle obbligazioni contrarie all'ordine pubblico economico;
- 5) divieto di costituzione di garanzia reale atipica

L'analisi più convincente del divieto del patto commissorio deve probabilmente essere impostata muovendo dalla prospettiva negoziale, ossia guardando alla pattuizione come atto di esercizio dell'autonomia che l'ordinamento attribuisce e riconosce ai privati. In altri termini, il problema del patto commissorio non risiede nel fatto che esso assicura al creditore il soddisfacimento dell'interesse dedotto nel rapporto obbligatorio, perché questo è un risultato che il legislatore intende comunque salvaguardare, anche a costo di "impoverire" il debitore, come dimostra la disciplina della dazione in pagamento, atteso che l'art. 1197, comma 1 c.c. permette che la diversa prestazione eseguita (dunque, anche il trasferimento della proprietà) sia di valore maggiore. Il nodo di fondo dell'istituto sanzionato dall'art. 2744 c.c. consiste piuttosto nel corrispondere ad un cattivo esercizio di quell'autonomia negoziale che, in linea di principio, il legislatore riconosce ai privati per consentire loro il soddisfacimento dei rispettivi interessi.

• Prassi negoziali alternative

La giurisprudenza si è ormai assestata nel ritenere che l'art. 2744 c.c. costituisca una norma materiale, la quale pone un divieto di risultato.

L'intento elusivo del divieto legale del patto commissorio è configurabile allorché sussista, tra le diverse pattuizioni, un nesso di interdipendenza tale da far emergere la loro funzionale preordinazione allo scopo finale di garanzia piuttosto che a quello di scambio, sicché il giudice non deve limitarsi a verificare il solo tenore letterale delle clausole inserite nel contratto, o nei contratti, posti in essere dalle parti, ma è tenuto ad accertare la funzione economica sottesa alla fattispecie negoziale posta in essere, restando a tal fine irrilevanti sia la natura obbligatoria o reale del contratto, o dei contratti, sia il momento temporale in cui l'effetto traslativo sia destinato a verificarsi, sia, infine, quali siano gli strumenti negoziali destinati alla sua attuazione e perfino l'identità dei soggetti che abbiano stipulato i negozi collegati, complessi o misti.

La proibizione ivi prevista, e la correlativa sanzione della nullità, sono dunque applicabili ogniqualvolta i privati abbiano perseguito quel dato obiettivo, indipendentemente dalle modalità operative e/o procedurali concretamente utilizzate. Alla base di questa lettura estensiva della norma si colloca l'istituto della frode alla legge (art. 1344 c.c.), che non casualmente viene ripetutamente invocato per invalidare i molteplici assetti negoziali che giungono all'attenzione dei Giudici, anche quelli che, almeno a prima vista, presentano una configurazione assai distante dalla formulazione testuale della norma; emblematico in tal senso è il caso della procura a vendere l'immobile, che il debitore rilascia al creditore.

La suprema Corte ha più volte ritenuto che, mentre l'automatismo del vietato trasferimento di proprietà del bene costituisce un connotato della figura tipica di cui alla previsione dell'art. 2744

c.c., nelle ipotesi in cui non vi sia stata la concessione di pegno o ipoteca e l'illegittima finalità venga realizzata indirettamente in virtù di strumenti negoziali preordinati a tale particolare scopo, il requisito dell'anzidetto automatismo non può ritenersi esigibile, giacché la sanzione della nullità deriva dall'applicazione dell'art. 1344 c.c., per snaturamento della causa tipica del negozio, piegata all'elusione della norma imperativa di cui al citato art. 2744 c.c. In siffatti casi la coartazione del debitore, preventivamente assoggettatosi alla discrezione del creditore, è immanente all'atto negoziale, non disponendo il medesimo (come nella specie in cui era stata conferita procura irrevocabile a vendere il bene senza necessità di ulteriori consensi, approvazioni o ratifiche) di alcuna possibilità di evitare la perdita del bene costituito in sostanziale garanzia.

• **Indagine teorica**

Per spiegare questo orientamento giurisprudenziale, evitando che l'illustrazione appena fatta (ammesso che sia conosciuta con precisione dal candidato) appaia una mera trasposizione di nozioni memorizzate, senza effettiva comprensione del problema, si impone una riflessione sulla causa concreta e sulla distinzione tra illiceità della causa e frode alla legge, che faccia riferimento anche alla categoria del negozio indiretto e del collegamento negoziale, nella quale ricadono le ipotesi di schemi elusivi dell'art. 2744 c.c.

Il tema della distinzione tra illiceità diretta e indiretta può essere posticipato, onde fissare preliminarmente quali sono le specifiche figure negoziali per cui si pone.

Con riferimento alla causa si trascrive uno stralcio della preconcorsa 3 settembre 2024

Nell'ordinamento giuridico la causa è:

- un elemento essenziale del contratto (art. 1325, comma 2 c.c.);
- un elemento costitutivo dell'illecito (artt. 40 e 41 c.p.)¹.

Il principio di non contraddizione suggerisce che tra le due categorie vi sia quantomeno un nucleo comune.

Volendo operare una traslazione assoluta della causalità al contratto, si dovrebbe affermare che la causa del contratto è l'accordo: l'art. 1321 c.c. definisce il contratto come l'accordo “*per costituire, regolare, estinguere un rapporto giuridico patrimoniale*”. La disposizione lascia però nell'ombra il passaggio dall'accordo al rapporto giuridico contrattuale. Le primissime elaborazioni sul rapporto giuridico, infatti, erano avulse dalla causalità: era sufficiente, secondo la concezione giusnaturalistica, la volontà, la quale genera l'effetto giuridico in virtù di una prerogativa innata dell'individuo nella società. Quando fu chiaro che nel mondo giuridico non basta la volontà per creare l'effetto², si iniziò a parlare di causa in un diverso significato: non ciò che produce gli effetti giuridici, ma ciò che ne spiega la produzione da parte della volontà. Le leggi di natura spiegano le relazioni tra accadimenti materiali, la causa negoziale spiega la relazione tra volontà privata ed effetti giuridici.

La collocazione della causa nella teoria del contratto avviene sulla base di due disposizioni chiave del codice civile:

- l'art. 1321 individua il ruolo della causa nella cornice logica del contratto, come fondamento del rapporto di causalità tra accordo e rapporto contrattuale (“*accordo per costituire, regolare, estinguere ...*”). Quando il legislatore individua questo nesso, li pone il concetto di causa: essa è ciò che giustifica dal punto di vista dell'ordinamento giuridico il collegamento tra volontà delle parti ed effetti.

Definizione del contratto

PREMESSA MINORE	PREMESSA MAGGIORE	CONCLUSIONE
Accordo	Art. 1321 c.c. Causa	Effetti giuridici

¹ Tali norme si applicano anche all'illecito civile (Cass. sez. un., n. 581 del 2008).

² La volontà privata, che può essere capricciosa o irragionevole, non è sufficiente a far sorgere un rapporto giuridico, essendo necessario, invece, che il programma negoziale tenda a realizzare un interesse rilevante dal punto di vista socio-economico e non vietato dall'ordinamento.

- l'art. 1325 c.c. individua il ruolo della causa nella struttura del contratto, come elemento costitutivo, soggetta a un giudizio di meritevolezza (art. 1322, comma 2 c.c.) e di liceità (art. 1343 c.c.).

Struttura del contratto

PREMESSA MINORE	PREMESSA MAGGIORE	CONCLUSIONE
Accordo Causa Oggetto Forma	Art. 1325 c.c.	Contratto

In assenza di una definizione, il concetto di causa è stato elaborato dalla dottrina.

Abbandonata la concezione analitica, che riferisce la causa non al contratto ma alle obbligazioni (nella versione oggettiva di questa concezione, causa di ciascuna obbligazione è la controprestazione)³, a lungo ha primeggiato la teoria della causa in astratto, da cui origina la confusione tra causa e tipo, atteso che il tipo legale è di regola costruito sulla base dello schema causale astratto (es. vendita = scambio di cosa contro prezzo).

Oggi si ritiene che causa sia la funzione del contratto (economico-sociale o economico-individuale), o, secondo più recente e oramai dominante elaborazione, la **sintesi degli interessi reali** che il contratto è diretto a soddisfare⁴. Tale ultima accezione corrisponde alla formulazione dell'art. 1322, comma 2 c.c. (*“diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela”*).

Invero, le nozioni di causa in astratto e in concreto, più che essere incompatibili, si riferiscono a entità diverse.

Questa ricostruzione della causa è stata cristallizzata in giurisprudenza:

«Poiché il rapporto contrattuale si produce secondo lo schema fatto-norma-effetto, dove il fatto è dato dal singolo contratto e la norma dalla disposizione di legge che lo contempla, la causa, quale elemento del contratto, non può che riferirsi all'uno come all'altro. Il contratto sarà tipico, allorquando la causa concreta (ossia la causa del singolo contratto) sarà riconducibile a quella astratta (ossia la causa del tipo contrattuale), operando il procedimento logico di sussunzione del fatto nella norma. Altrimenti sarà atipico. Ma, anche in tal ultima ipotesi, in base al metodo tipologico, costantemente seguito dalla Corte di cassazione, esisterà pur sempre una causa tipica (o una pluralità di cause tipiche) che fungeranno da paradigma nella definizione del contratto atipico.

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

Volendo pervenire a una nozione unitaria deve guardarsi all'art. 1321 c.c., in cui la causa è nella particella “per” (“il contratto è l'accordo per costituire ... un rapporto giuridico patrimoniale”), essendo ciò che giustifica

³ Cass. sez. III, n. 10490 del 2006 cit.: «E' opinione corrente quella secondo cui la prima elaborazione del concetto di causa (sostanzialmente estranea all'esperienza romana come elemento costitutivo del negozio, che doveva corrispondere essenzialmente a "modelli" formali) sia stata il frutto della riflessione dei giuristi d'oltralpe che, tra il 1625 ed il 1699, distinguendo per la prima volta sul piano dogmatico i contratti commutativi dalle donazioni, individueranno nell'obbligazione di una parte verso l'altra il fondamento della teoria causale (e di qui, l'origine storica della perdurante difficoltà a superare la dicotomia contratto di scambio-liberalità donativa). [...] Tutte le possibili definizioni di causa succedutesi nel tempo (che un celebre civilista degli anni '40 non esita a definire "oggetto molto vago e misterioso") hanno visto la dottrina italiana in permanente disaccordo (mentre negli altri paesi il dibattito è da tempo sopito), scorrendosi, di volta in volta, di scopo della parte o motivo ultimo (la c.d. teoria soggettiva, ormai adottata dalla moderna dottrina francese, che parla di causa come But); di teoria della controprestazione o teoria oggettiva classica (che sovrappone, del tutto inconfondibilmente, il concetto di causa del contratto con quello di causa/fonte dell'obbligazione)».

⁴ Cass. sez. III, n. 10490 del 2006: «causa del contratto è la sintesi degli interessi reali che esso, al di là del modello anche tipico utilizzato, è diretto a realizzare. Causa, dunque, ancora iscritta nell'orbita della dimensione funzionale dell'atto, ma, questa volta, funzione individuale del singolo, specifico contratto posto in essere, a prescindere dal relativo stereotipo astratto, seguendo un iter evolutivo del concetto di funzione economico-sociale del negozio che, muovendo dalla cristallizzazione normativa dei vari tipi contrattuali, si volga infine a cogliere l'uso che di ciascuno di essi hanno inteso compiere i contraenti adottando quella determinata, specifica (a suo modo unica) convenzione negoziale». Questa concezione è stata costantemente ribadita dalla suprema Corte nella massima composizione: Cass., sez. un. 26973 del 2008; *id.*, n. 6538 del 2010; *id.*, n. 20448 del 2014; *id.*, n. 18213 del 2015; *id.*, n. 9140 del 16; *id.*, n. 18725 del 2017; *id.*, n. 22437 del 2018; *id.*, n. 5657 del 2023.

la produzione degli effetti giuridici per atto di autonomia privata, ossia, in sostanza, la legge di copertura del contratto e, più precisamente, del meccanismo di causalità giuridica che lega l'accordo al rapporto cui dà vita. Ciò premesso, si intuisce come tale legge appartenga alla realtà sociale ed economica, e il legislatore si limiti a codificarla nell'ordine giuridico. Ne discende che l'autorizzazione alla produzione di effetti giuridici e il tipo di effetti prodotti dipendono dalla valutazione degli scopi concretamente (cioè nella realtà) perseguiti dalle parti, ancorché ancorata in larga misura a parametri preventivamente definiti dall'ordinamento»⁵.

Tali osservazioni vanno integrate con quelle che si ricavano direttamente dall'art. 1322 c.c., il quale stabilisce: Muovendo dalla premessa che la causa concreta affianca quella tipica, il processo interpretativo mira a coglierle entrambe, ripartendosi in fasi:

- a) accertamento della causa concreta in via di interpretazione sistematica e teleologica dell'intero contenuto contrattuale;
- b) accertamento della causa astratta in via di interpretazione letterale dell'accordo contrattuale;
- c) qualificazione del contratto tramite un'operazione di raffronto tra causa concreta e causa astratta;
- d) giudizio di meritevolezza e liceità della causa.

La differenza tra le operazioni indicate ai punti a) e b) risiede nella diversa base del procedimento ermeneutico, poiché la causa in astratto si accerta considerando non l'intero contenuto negoziale, comprensivo di clausole accessorie, ma solo gli elementi essenziali, che concorrono a delineare il tipo legale. Se gli elementi del contratto non considerati dalla norma non impediscono che il contratto sia qualificato come tipico, allora questi elementi non rilevano ai fini del giudizio di tipicità, altrimenti il contratto che ne diverge non sarà sussumibile nel tipo.

Nell'esempio della vendita a prezzo vile, se si ritiene che la causa della vendita sia lo scambio in senso puramente giuridico, la vendita a prezzo vile vi rientra, ancorché causa concreta e causa astratta non coincidano. Essa è vendita perché la causa concreta è sussumibile nella causa astratta, sebbene non coincidano; tutti gli altri elementi non hanno nessuna rilevanza. Tra la vendita e la vendita a prezzo vile vi è un rapporto di specialità, sicché, mancando una norma che regoli la vendita a prezzo vile, essa ricade nella vendita.

Tesi tradizionale

PREMESSA MINORE	PREMESSA MAGGIORE	CONCLUSIONE
<i>Vendita a prezzo vile</i> (scambio di cosa contro prezzo irrisorio)	<i>Art. 1470 c.c.</i> (vendita = scambio di cosa contro prezzo)	<i>Vendita a prezzo vile = vendita</i>

Tale fenomeno è diretta conseguenza del potere del legislatore di selezionare gli elementi rilevanti ai fini della individuazione del tipo. Ciò non implica che gli altri elementi non abbiano influenza nella pattuizione, potendo anzi concorrere a modificare la disciplina derogabile del tipo (art. 1322, comma 1 c.c.).

Per converso, se tra il contratto concretamente stipulato e il tipo legale il rapporto è di incompatibilità, perché gli elementi aggiuntivi o specificativi del primo sono in conflitto con il profilo causale del secondo, allora la causa concreta non è riconducibile a quella astratta e il contratto è atipico. Così, se si ritiene che la causa della vendita sia lo scambio in senso economico, la vendita a prezzo vile non vi rientra, perché la causa concreta non è sussumibile nella causa astratta.

Tesi più recente

PREMESSA MINORE	PREMESSA MAGGIORE	CONCLUSIONE
<i>Vendita a prezzo vile</i> (scambio di cosa contro prezzo irrisorio)	<i>Art. 1470 c.c.</i> (vendita = scambio di cosa contro prezzo non irrisorio)	<i>Vendita a prezzo vile = non vendita</i>

⁵ Cons. Stato Ad. Pl., 3 luglio 2017, n. 3.

- **Indagine pratica**

Gli schemi negoziali suscettibili di eludere il divieto del patto commissorio sono numerosi. Consideriamo solo quelli più frequenti nella pratica.

1) Vendita risolutivamente condizionata all'adempimento

In tal caso la vendita non ha funzione di scambio ma di garanzia, come testimoniato dalla circostanza che il bene viene retrocesso automaticamente. Il meccanismo diverge da quello previsto dall'art. 2744 c.c., posto che il trasferimento del bene si verifica immediatamente e non in connessione all'inadempimento

2) Vendita con patto di riscatto o di retrovendita

La vendita con patto di riscatto o di retrovendita, pur non integrando direttamente un patto commissorio, può rappresentare un mezzo per sottrarsi all'applicazione del relativo divieto ogni qualvolta il versamento del prezzo da parte del compratore non si configuri come corrispettivo dovuto per l'acquisto della proprietà, ma come erogazione di un mutuo, rispetto al quale il trasferimento del bene risponda alla sola finalità di costituire una posizione di garanzia provvisoria, capace di evolversi in maniera diversa a seconda che il debitore adempia o meno l'obbligo di restituire le somme ricevute.

Il compratore, versando a titolo temporaneo il prezzo, assume le vesti sostanziali di un mutuante (creditore); il venditore, ricevendo il denaro e trasferendo a titolo temporaneo la cosa, assume le vesti sostanziali di un mutuatario (debitore), che ha concesso un bene in garanzia. Se il venditore non restituisce il denaro, il compratore trattiene il bene.

3) Sale and lease back

Nel leasing di ritorno A (impresa produttrice) vende a B (società di leasing) un bene strumentale, B lo concede in uso ad A con patto di riscatto al termine dell'uso. Questa operazione viene qualificata come un negozio misto bilaterale o un collegamento negoziale costituiti dalla vendita di un bene strumentale, dalla locazione del medesimo, dal patto di opzione sullo stesso al termine dell'utilizzazione, che la funzione di finanziamento dell'attività di impresa dell'utilizzatore, il quale riceve un prestito conservando il godimento del bene.

L'interferenza con il divieto di patto commissorio si ha solo in ipotesi di alterazione della funzione socialmente tipica (mediante clausole accessorie, modalità di esecuzione delle prestazioni, collegamento con preesistenti o contestuali), cioè allorché la vendita è stata piegata al rafforzamento della posizione della società di leasing, che in tal modo tenta di acquisire l'eccedenza del valore, abusando della debolezza del debitore. In questo scenario, la circostanza che il trasferimento – dall'utilizzatore al concedente – della proprietà del bene immobile sia finalizzato a soddisfare un'esigenza di liquidità del primo non suscita reazioni di per sé ostili; emerge anzi la consapevolezza circa la normalità di questo bisogno nello svolgimento fisiologico di un'attività imprenditoriale. Per altro verso, fin da subito la Corte regolatrice ha accompagnato questa apertura con un chiaro avvertimento circa l'importanza di evitare approfittamenti e/o arricchimenti a carico della parte presuntivamente debole. L'operazione negoziale deve quindi essere fin dall'inizio impostata in termini intrinsecamente bilanciati, nel senso di prevedere uno scambio effettivamente paritario tra il valore del bene e l'ammontare della liquidità erogata.

Questa impostazione, che guarda all'assetto iniziale (e, dunque, fisiologico) del contratto, si completa circa più tardi con un arresto nel quale la stessa Corte regolatrice, esaminando ora il profilo patologico dell'operazione, puntualizza che anche in occasione dell'estinzione del rapporto devono sussistere le opportune misure di salvaguardia (in particolare il patto marciano) per evitare sperequazioni a danno di una delle parti ed a vantaggio dell'altra.

Ecco due massime ricorrenti:

Il contratto di sale and lease back in forza del quale un'impresa vende un bene strumentale ad una società finanziaria, la quale ne paga il prezzo e contestualmente lo concede in locazione finanziaria alla stessa impresa venditrice, verso il pagamento di un canone e con possibilità di riacquisto del bene al termine del contratto per un prezzo normalmente molto inferiore al suo valore configura un contratto d'impresa socialmente tipico che, come tale, è, in linea di massima, astrattamente valido, ferma la necessità di verificare, caso per caso, la presenza di elementi sintomatici atti ad evidenziare che la vendita è stata posta in essere in funzione di garanzia ed è volta, pertanto, ad aggirare il divieto del patto commissorio. A tal fine, l'operazione contrattuale può definirsi fraudolenta nel caso in cui si accerti, con una indagine che è tipicamente di fatto, sindacabile in sede di legittimità soltanto sotto il profilo della correttezza della motivazione, la compresenza delle seguenti circostanze: l'esistenza di una situazione di credito e debito tra la società finanziaria e l'impresa venditrice utilizzatrice, le difficoltà economiche di quest'ultima, la sproporzione tra il valore del bene trasferito ed il corrispettivo versato dall'acquirente.

Il contratto di sale and lease back è nullo, per illiceità della causa in concreto, ove violi il divieto di patto commissorio, salvo che le parti, con apposita clausola (cd. patto marciano), abbiano preventivamente convenuto che al termine del rapporto - effettuata la stima del bene con tempi certi e modalità definite, tali da assicurare una valutazione imparziale ancorata a parametri oggettivi ed autonomi ad opera di un terzo - il creditore debba, per acquisire il bene, pagare l'importo eccedente l'entità del suo credito, sì da ristabilire l'equilibrio sinallagmatico tra le prestazioni e da evitare che il debitore subisca una lesione dal trasferimento del bene in garanzia. Resta peraltro ammissibile la previsione di differenti modalità di stima del bene, per come emerse nella pratica degli affari, purché dalla struttura del patto marciano in ogni caso risulti, anticipatamente, che il debitore perderà la proprietà del bene ad un giusto prezzo, determinato al momento dell'inadempimento, con restituzione della differenza rispetto al maggior valore, mentre non costituisce requisito necessario che il trasferimento della proprietà sia subordinato al suddetto pagamento, potendosi articolare la clausola marciiana nel senso di ancorare il passaggio della proprietà sia al solo inadempimento, sia alla corresponsione della differenza di valore.

Il patto marciano consiste in un accordo lecito tra creditore e debitore, in virtù del quale, se il debitore non adempie alla propria obbligazione, il bene dato in pegno o in ipoteca diventa di proprietà del creditore, con l'impegno però da parte di quest'ultimo di versare al debitore la differenza di valore tra l'importo del credito e il valore effettivo del bene acquisito. La differenza che emerge tra i due patti e che rende lecito il patto marciano e vietato il patto commissorio è proprio quest'ultimo aspetto, ossia che il rapporto creditore e debitore viene bilanciato dall'impegno del primo di riconoscere al secondo la differenza di valore tra il bene di cui acquisisce la proprietà e il valore del credito. In pratica, secondo quanto rilevato dalla migliore dottrina, la previsione della clausola marciiana all'interno degli schemi negoziali di cui sopra da un lato conferma l'agevole accesso al credito da parte degli operatori del mercato, in quanto offre al creditore una più comoda escussione della garanzia, dall'altro evita che il debitore subisca abusi legati all'eccedenza del valore del bene trasferito in funzione di garanzia rispetto all'ammontare del credito.

Ciò porterebbe a ritenere che il legislatore stia tendendo ad un ridimensionamento del divieto di patto commissorio. In questa direzione si porrebbe anche il d.lgs. n. 170/04 di attuazione della direttiva comunitaria 2002/47/CE con il quale il legislatore italiano ha previsto espressamente che ai contratti di garanzia finanziaria non si applica il divieto di cui all'art. 2744 c.c.. In pratica, dal

dato testuale degli artt. 1 lett.d) e 6 co.2 del citato decreto si riconosce esplicitamente validità al trasferimento della proprietà con funzione di garanzia fissando però dei precisi requisiti soggettivi. Dalla disciplina in parola ne discende l'esplicito riconoscimento nel nostro ordinamento delle alienazioni a scopo di garanzia seppur limitatamente ai contratti di garanzia finanziaria stipulati tra soggetti istituzionali e persone diverse da quelle fisiche, le quali, dunque, dovrebbero possedere conoscenze tali da non trovarsi in posizione di debolezza rispetto al creditore.

- **Illiceità diretta o indiretta delle forme negoziali alternative**

La traccia, parlando di forme negoziali elusive, sembra dare per scontato che gli schemi alternativi che violino il divieto siano affetti da illiceità indiretta.

Proprio la teoria della causa in concreto sembra mettere in crisi questa conclusione.

Se, infatti, si applicasse la teoria della causa in astratto, non vi sarebbe dubbio che le alienazioni in garanzia e gli altri schemi che rientrano nominalmente in un tipo legale ma producono il risultato del patto commissorio siano affetti da illiceità indiretta ex art. 1344 c.c., poiché i privati utilizzano uno schema contrattuale tipico per conseguire un risultato economico diverso da quello proprio del contratto concluso, che persegue finalità e produce effetti vietati dalla legge. Esso è classificabile non *contra legem*, bensì *in fraudem legis*, poiché la legge è violata in via indiretta.

Invece con l'avvento della teoria della causa concreta l'autonomia della figura è stata negata, trattandosi di ipotesi in cui un contratto tipico viene utilizzato dalle parti per il raggiungimento di uno scopo concreto vietato dalla legge, inquadrabile nell'art. 1343. Quest'ultimo trova applicazione rispetto non alla causa tipica, in sé lecita, ma a quella concreta, allorché l'operazione economica sia preordinata, nei suoi risvolti sostanziali, dinamici e reali, ad un risultato vietato dalla legge. L'ipotesi di cui all'art. 1344 c.c. è assorbita, poiché il giudice è comunque chiamato a valutare la ragione pratica dell'affare, perdendo di significato la differenza tra violazione della legge diretta od indiretta.

Si replica che la distinzione tra le due fattispecie risiede nel meccanismo negoziale illecito, che nell'art. 1344 c.c. consiste in un negozio indiretto, approntato mediante clausole accessorie o il collegamento contrattuale. Si tratta di un'operazione di aggiramento, mercé un contratto formalmente lecito ma sostanzialmente illecito, in quanto diretto alla produzione di effetti ulteriori o addirittura diversi da quelli tipici dello schema adoperato.

A questa contrapposizione sul piano dell'inquadramento dell'art. 1344 c.c. come norma autonoma o di mera specificazione dell'art. 1343 c.c. corrisponde una divergenza sul piano della ricostruzione strutturale.

Una parte della dottrina e della giurisprudenza ritiene che sia sufficiente l'elemento oggettivo, ossia l'elusione del divieto normativo. A tal proposito si distingue tra norme materiali e norme formali. Le prime vietano il raggiungimento di un risultato con un determinato mezzo, lasciando libere le parti di raggiungerlo con un mezzo diverso; le seconde vietano il raggiungimento di un risultato con qualunque mezzo, a prescindere da quello espressamente stigmatizzato dalla norma. Soltanto con riferimento alle seconde è possibile configurare l'elusione, quando le parti realizzano il medesimo risultato, ma con un mezzo diverso da quello testualmente vietato, per cui il contratto è formalmente rispettoso della legge, ma sostanzialmente contrario al suo spirito. Il risultato deve essere identico e non analogo, poiché tutte le norme che limitano l'autonomia privata devono ritenersi eccezionali e, dunque, di stretta interpretazione. Il fondamento della fattispecie è dunque, nello 'snaturamento' della causa, la quale, nonostante il nome contrattuale prescelto, sia stata piegata all'ottenimento di risultati economici che non le sono propri e che, anzi, risultano vietati dall'ordinamento. Sono due le reazioni a questa tesi. L'obiezione più risalente e tradizionale osserva che non vi sarebbe allora

alcuna differenza tra il contratto in frode alla legge di cui all'art. 1344 c.c. e il contratto con causa illecita di cui al precedente art. 1343 c.c., e questo apparirebbe quanto meno irragionevole. Secondo, invece, la ricostruzione dottrinale più recente, tutto ciò avrebbe assolutamente senso, al punto da doversi effettivamente ritenere che l'art. 1344 c.c. sia, nella sostanza, una norma ripetitiva di un concetto già espresso nell'art. 1343 c.c., e ciò soprattutto ove si abbracci la teoria della causa in concreto.

In base a quest'ultima impostazione non sarebbe più necessaria la ricostruzione dell'istituto in chiave soggettiva per dare rilievo ai motivi dei contraenti. La concezione soggettiva ritiene necessario, perché si possa parlare di frode alla legge, che all'elemento oggettivo si accompagni anche la volontà delle parti di eludere l'applicazione della norma imperativa ed è seguita dalla giurisprudenza più remota. In tal modo, peraltro, si finisce sostanzialmente per ricondurre la fattispecie nell'alveo della illiceità del motivo (che ovviamente, a questo punto, occorre pretendere che sia comune ad entrambe i contraenti, non potendo altrimenti assumere rilievo). Ma nella visione della causa concreta il comune motivo dei contraenti, ovvero lo scopo cui tende il negozio, non è altro che la causa stessa del contratto. A questa tesi aderisce la giurisprudenza più recente. La questione va risolta considerando il doppio profilo causale dei contratti tipici.

Illiceità diretta

PREMESSA MINORE	PREMESSA MAGGIORE	CONCLUSIONE
Causa tipica legale	Art. 1343 c.c.	Causa illecita
Causa concreta illegale		

Frode alla legge

PREMESSA MINORE	PREMESSA MAGGIORE	CONCLUSIONE
Causa tipica legale	Art. 1344 c.c.	Causa = illecita
Causa concreta legale, ma elusiva		

Perciò la frode alla legge viene realizzata tramite operazioni inquadrabili nel procedimento indiretto, come nei casi di alienazione in garanzia, o nel collegamento negoziale⁶.

• **Le ragioni del ridimensionamento dell'orientamento antielusivo**

Chiarito l'ambito di applicazione del combinato disposto degli art. 1344 e 2744 c.c., resta da spiegare perché nell'evoluzione giurisprudenziale si è manifestata un'apertura a considerare gli schemi negoziali alternativi che interferiscono con il divieto di patto commissorio leciti, purché l'interesse del debitore risulti sufficientemente protetto.

⁶ Nella prassi si segnalano:

- interposizioni reali, atte ad eludere un divieto di acquisto, mediante intermediazione di un mandatario senza rappresentanza, che prima compri e poi ritrasferisca il bene al mandante;
- il licenziamento seguito da una immediata riassunzione, volti a frazionare il rapporto di lavoro in modo da comprimere il TFR, che va computato in relazione alla complessiva durata dello stesso, eludendo l'applicazione dell'art. 2120 c.c.;
- l'esercizio del diritto di prelazione legale, seguito immediatamente da un atto dispositivo del bene acquistato, volta a eludere l'obbligo di esercitare il diritto per lo scopo riconosciuto dalla legge a suo fondamento (lo sfruttamento del bene).

La premessa è che l'art. 2744 c.c. è una norma a contenuto inderogabile, non già una norma inderogabile in senso stretto. Sono tali le norme che fissano limiti interni all'autonomia privata, come gli articoli 1173-1174-1321-1322 c.c., mentre l'art. 2744 fissa un limite esterno.

Dunque, il patto commissorio e le figure negoziali che realizzano risultati analoghi sono illeciti, non già immeritevoli. Per comprendere a pieno la differenza occorre fare riferimento al giudizio di meritevolezza. Si trascrive uno stralcio della preconcorsa 3 settembre 2024

L'art. 1322 c.c. stabilisce nei suoi due commi: *“Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge. Le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico”*.

Nel determinare il contenuto del contratto i privati hanno due opzioni: creare un contenuto che sia riconducibile ad un tipo legale, ovvero che ne sia divergente. A tale alternativa corrisponde la distinzione tra comma 1 e comma 2. Il primo comma si riferisce ai contratti tipici e riguarda l'atipicità di contenuto, che non determina una fuoriuscita del contratto dal tipo legale; il secondo comma si riferisce ai contratti atipici. Prevedendo che le parti possano *“anche”* concludere contratti atipici, il secondo comma fa riferimento alla seconda opzione, la quale presuppone che il regolamento di interessi ecceda il contenuto tipico di un contratto.

Nella prassi i privati hanno in mente uno schema di interessi e cercano di organizzarlo in modo che rientri in un tipo legale, perché offre garanzie maggiori; sul tipo operano le variazioni idonee a soddisfare gli specifici interessi che perseguono. L'art. 1322, comma 1 riflette questa prassi, mentre l'art. 1322, comma 2 contempla l'ipotesi in cui il contenuto dell'accordo presenti elementi irriducibili a un tipo.

In tal caso ultimo è espressamente previsto che il giudice valuti gli interessi perseguiti, e tale valutazione, essendo di merito, postula un sindacato intrinseco sull'atto, teso ad accertare se la sua finalità – *id est* il risultato perseguito – sia meritevole di tutela giuridica.

Nel noto caso di scuola della locazione di un balcone per assistere ad un corteo, l'interesse pratico sotteso al godimento è ininfluenza nella qualificazione del contratto, e però può essere valorizzato deducendo lo svolgimento del corteo come condizione sospensiva, ovvero come presupposto del contratto. Tale specificazione è valutabile ai sensi dell'art. 1322, comma 1 c.c. e non già comma 2, perché il contratto rimane di locazione. Ogni qualvolta tra il contratto concretamente concluso e il modello legale vi è un rapporto di specialità, per aggiunta o specificazione, salvo che la legge preveda una norma speciale, il contratto ricade nella norma generale. Il codice civile, regolando numerosi contratti tipici, costruiti su schemi piuttosto ampi, ha dato la possibilità ai privati di creare molteplici regolamenti negoziali, che sono riconducibili al tipo pur presentando importanti specificità.

Per i contratti atipici il giudizio di meritevolezza è direttamente prescritto dal legislatore, per i contratti tipici sembra assorbito dal procedimento di qualificazione, nel senso che, valutando la rispondenza del contratto al tipo legale, si compie questo giudizio, perché, se il contenuto negoziale è sussumibile nello schema legale, significa che gli elementi concreti che lo connotano non elidono la valutazione di meritevolezza compiuta *a priori* dal legislatore.

Recentemente, però, si sta affermando un orientamento secondo cui al giudizio di meritevolezza in astratto, compiuto nell'ambito del procedimento di qualificazione, si unisce un giudizio di meritevolezza in concreto: il primo ha per oggetto il tipo, o, più correttamente, la causa tipica, il secondo la causa concreta, peraltro apprezzata nella sua valenza umanistica, non in quella economica⁷. Tale orientamento recupera la valutazione degli elementi particolari contenuti nello specifico contratto stipulato, onde verificare la loro compatibilità con i principi che guidano il giudizio di meritevolezza. La perplessità di tale approccio interpretativo è costituita dal fatto che l'art. 1322 c.c. distingue chiaramente tra il giudizio sul contenuto e quello sulla causa: il primo di liceità, il secondo di meritevolezza. Ciò dovrebbe comportare che, se il contratto ricade nel tipo, gli elementi che lo eccedono debbono essere valutati, ma sotto il profilo della liceità.

La scelta del legislatore di riconoscere e disciplinare taluni modelli, lasciando ai privati la libertà di modificarne il contenuto tipico fino al punto in cui le modifiche non alterino il modello e sottoponendo tali modifiche a un controllo di liceità, suggerisce la seguente soluzione.

⁷ Cfr. l'assicurazione della responsabilità civile con clausola *claims made* e i derivati finanziari.

L'art. 41, comma 2 Cost. prevede che l'iniziativa economica privata *“Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana”*. La particella disgiuntiva “o” vale a indicare la diversità del parametro: il primo attiene ai limiti interni dell'autonomia privata, afferenti al rispetto della struttura socio-economica delineata dal nostro ordinamento (*“utilità sociale”*); il secondo ai limiti esterni dell'autonomia privata, afferenti al rispetto dei valori giuridici inderogabili (*“salute, ambiente, sicurezza, libertà, dignità umana”*).

Il primo è il giudizio di meritevolezza, il secondo di liceità. Tale distinzione si riflette sui parametri di giudizio: il giudizio di meritevolezza attiene alla conformità dello scopo negoziale alle leggi socio-economiche, il giudizio di liceità è condotto alla stregua della legge giuridica.

Ciò è confermato dall'art. 1343 c.c., secondo cui *“La causa è illecita quando è contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume”*.

L'art. 41, comma 2 Cost. non richiede che i privati perseguano l'utilità sociale (come fa, invece, il comma 3 dello stesso articolo), bensì solo che la loro attività non sia in contrasto con essa. Ne consegue che i contratti sono ammessi purché compatibili con la struttura socio-economica, non essendo invece necessario che siano socialmente utili.

Nell'ambito dei contratti tipici il legislatore adotta un criterio più restrittivo (l'utilità sociale), perché la tipizzazione conferisce al contratto una patente di validità e una disciplina dispositiva, che semplifica il rapporto tra le parti, ferma la possibilità di derogarvi. In tali ipotesi il giudizio di ammissibilità causale si compie tramite l'accertamento della tipicità, ossia mediante il procedimento logico di sussunzione della causa concreta in quella tipica. In tal modo sono contemporaneamente soddisfatte le esigenze cui le teorie della causa concreta e della causa astratta rispondono: l'individualizzazione del giudizio causale, commisurato allo specifico patto posto in essere dai privati; l'ancoraggio a un paradigma generale, capace di fornire un criterio di valutazione ordinamentale a contratti che aspirano al pieno riconoscimento.

Nei contratti atipici, invece, opera il criterio più elastico (quello, appunto, della compatibilità), poiché la causa concreta non deve misurarsi in base a una causa astratta, che non c'è, ancorché indizi della sua ammissibilità possano desumersi dalla prossimità (per analogia, combinazione, prevalenza) a uno o più modelli positivamente riconosciuti a livello

L'assimilazione a un tipo non sempre è possibile e, comunque, fornisce soltanto un indizio di meritevolezza, poiché l'autonomia privata non può essere costretta entro una forzata tipizzazione.

Tornando all'esempio della vendita a prezzo vile, qualora si escluda che essa integri il contratto di vendita, occorre valutarne l'ammissibilità come contratto atipico, dunque sottoporlo al giudizio di meritevolezza in concreto, cioè sulla base del raffronto con i principi della struttura socio-economica, senza la mediazione dei modelli legislativi di contratto.

In tale operazione si deve muovere dalla ricerca degli interessi perseguiti dalle parti. A giustificare una cessione immobiliare a prezzo irrisorio difficilmente possono esservi interessi patrimoniali, come quelli legati al risparmio dei costi di gestione o ad altri rapporti che esistono tra le parti, ma ciò è possibile. Si immagini che il cedente sia socio della società acquirente e la cessione abbia lo scopo di un conferimento o comunque di un aiuto all'attività di impresa, come nei casi di immobile strumentale. Più verosimilmente, il trasferimento sarà sorretto da interessi non patrimoniali: al di là dell'ipotesi della liberalità, che risolve il problema della qualificazione dell'atto a monte, è ipotizzabile una causa solidaristica, che oramai si è venuta affrancando dalla donazione, acquistando autonomia nel diritto dei privati. In queste ipotesi, trattandosi di funzioni legalmente o socialmente tipiche, non vi sono dubbi sull'esito positivo del giudizio di compatibilità con l'utilità sociale.

Più interessante l'ipotesi in cui l'interesse non patrimoniale non sia rintracciabile nell'ordinamento giuridico o sociale, come potrebbe essere un interesse legato a una religione non ufficiale. Così quando il cedente sia persuaso che sull'immobile gravi una maledizione, da cui si possa liberare solo vendendo l'immobile, sul presupposto che solo un acquisto oneroso possa realizzare il passaggio a un altro soggetto dell'incantesimo malefico. La sporadicità dell'interesse può anzitutto portare a classificarlo come motivo, piuttosto che come causa. La teoria della causa in concreto, infatti, ha ridotto ma non eliminato la distanza tra causa e motivo. Adottando come criterio quello dell'ingresso o meno nel contenuto negoziale, l'interesse esoterico connota il profilo causale se inserito nell'accordo, oggettivandosi. Valutarne la compatibilità con l'utilità sociale è più complesso. Nel mercato immobiliare le cessioni sottocosto prive di una giustificazione comunemente accettata sono guardate con sfavore.

Dismissioni di beni immobili per ragioni futili, capricciose, del tutto soggettive, alterano la dinamica del mercato dal lato dell'offerta. Non è tuttavia scontato che l'interesse sia futile o arbitrario, quindi nemico del progresso della comunità. L'ordine giuridico è legittimato a impedire le contrattazioni irrazionali, sicché se l'interesse individuale è il prodotto di percorsi mentali deviati, di una rappresentazione immaginaria, o di convincimenti assurdi, esso non è meritevole di tutela. Viceversa, se il bene della vita perseguito (liberarsi dalla maledizione) è il frutto di un credo – ancorché metafisico – che abbia un riconoscimento nella società, il suo perseguimento non può essere impedito in forza di una valutazione difforme. Ad esempio il fenomeno delle possessioni demoniache, ancorché non riconosciuto dalla scienza, è parte integrante della religione cattolica, e gli interessi dei credenti che vi si ricollegano non possono essere qualificati come socialmente dannosi.

Rammentato che la causa 'copre' il rapporto causale tra accordo ed effetti giuridici, qualunque interesse pratico deve essere esaminato alla luce della legge di funzionamento del mondo cui afferisce. Allora se c'è un sapere che offre una spiegazione valida per una certa comunità, ancorché si tratti di una spiegazione metafisica, l'interesse non è capriccioso. Se c'è un credo religioso, c'è comunque un sistema di pensiero, e l'ordinamento giuridico non può rifiutarlo *a priori*. Diversamente, se la finalità che anima l'operazione sia puramente personale e priva di qualsiasi riconoscimento nella comunità di appartenenza.

Il patto commissorio non contraddice la struttura socio-economica, ma si pone in conflitto con valori inderogabili. Il divieto è una scelta di politica legislativa, frutto del bilanciamento tra i valori del mercato che il patto commissorio assicura ed altri valori che si ritiene di privilegiare. Laddove però questi ultimi non siano compromessi in modo eccessivo, la scelta può cambiare.

Diritto penale

- **Traccia**

«Il candidato, delineate le nozioni di progressione criminosa e di reato progressivo, esamini la fattispecie della c.d. lottizzazione abusiva, soffermandosi sul bene giuridico protetto, sulla natura e sul momento consumativo del reato, con particolare riferimento alla posizione del sub-acquirente del singolo lotto o immobile frazionato»

- **Analisi logica**

La traccia ha una struttura bipartita generale/particolare, ma quattro parti: generale maggiore (reato progressivo e progressione criminosa) / generale minore (lottizzazione abusiva) / particolare maggiore (oggetto giuridico, natura, consumazione) / particolare minore (responsabilità del sub-acquirente). Il fulcro è nel rapporto tra generale e particolare, che devono essere collegati.

Problema conoscitivo: la lottizzazione abusiva è un reato progressivo? la progressione determina un coinvolgimento del sub-acquirente? Come vedremo c'è una divergenza tra la nozione comunemente accolta di reato progressivo o di progressione criminosa e la natura progressiva della lottizzazione abusiva, che può trarre in inganno il candidato.

- **Reato progressivo e progressione criminosa**

Reato progressivo e progressione criminosa hanno in comune di essere una sequenza crescente di reati collegati, in cui il maggiore assorbe i minori.

Tra i criteri risolutivi del concorso di norme vi è il principio di consunzione, che opera tra fattispecie in rapporto di sussidiarietà, senza che questa sia fissata da clausola di riserva. La differenza è che nei casi di sussidiarietà è il legislatore che stabilisce la prevalenza di una norma sull'altra, sicché l'interpretazione ha fondamento letterale; altrimenti questa operazione è

interamente rimessa all'interprete, sulla base di un'indagine teleologica e sistematica. Altri autori ravvisano il fondamento del principio di consunzione nell'art. 84 c.p.

Secondo il principio di consunzione quando una norma risulta di più ampia portata rispetto ad un'altra, tale da assorbirne il contenuto, troverà applicazione esclusivamente la prima. I presupposti sono:

- a) pluralità di fatti astrattamente costituenti fattispecie di reato;
- b) maggiore gravità di una di esse;
- c) capacità della stessa di assorbire il disvalore dell'altra.

Le applicazioni di questo principio sono:

- reato complesso;
- reato progressivo;
- progressione criminosa;
- antefatto e post-fatto non punibili

• **Reato progressivo**

Il reato progressivo è un istituto di elaborazione dottrinale, che si configura quando «una fattispecie legale penale, astrattamente considerata, ne contiene un'altra, per modo che la sua realizzazione non può verificarsi se non passando attraverso la realizzazione di quella che vi si trova contenuta».

La categoria è stata mutuata dalla elaborazione tedesca in materia di «reato passaggio», di cui non si volle riprendere la denominazione per non accentuare la rilevanza del reato minore, che resta assorbito dal maggiore.

In base a tale definizione, sostanzialmente condivisa dagli autori, il reato progressivo si delinea come un'ulteriore ipotesi di unificazione legislativa di più reati, che diverge dal reato complesso in quanto caratterizzato da un vincolo – ontologico o teleologico – di successione tra i diversi fatti criminosi, con la conseguenza che esso trova sufficiente fondamento nella norma che lo prevede, senza necessitare di una previsione generale quale l'art. 84 c.p.

Autorevole dottrina ritiene che il reato progressivo sia una specie del reato complesso in senso lato, in quanto indica quei reati che contengono come elemento (necessario o eventuale) un reato minore, onde la commissione di un reato maggiore implica (necessariamente o eventualmente) il passaggio attraverso il reato minore. In definitiva, mentre per il reato complesso è sufficiente che un reato sia contenuto in un altro, per il reato progressivo occorre altresì un'offesa crescente allo stesso bene giuridico.

Essendo una categoria che non trova una norma di parte generale, ma è elaborata sulla base di singole norme incriminatrici, a queste occorre guardare per la sua analisi.

L'art. 584 c.p. punisce “*chiunque, con atti diretti a commettere uno dei delitti preveduti dagli articoli 581 e 582, cagiona la morte di un uomo*”. La fattispecie di omicidio preterintenzionale sembra essere costituita da due fatti astrattamente costituenti reato (percosse o lesioni ed omicidio colposo), caratterizzandosi per la continuità materiale e di bene giuridico protetto che sussiste tra percosse o lesioni e la morte che ne è conseguenza. Pertanto parte della dottrina inquadra l'omicidio preterintenzionale nella categoria del reato complesso.

In senso contrario, tuttavia, può osservarsi che la morte non viene addebitata a titolo di colpa e che i reati di percosse o lesioni non debbano necessariamente perfezionarsi, essendo sufficiente che siano posti in essere atti di tentativo, se non una semplice attività preparatoria. In particolare, poiché l'evento morte non integra il delitto di omicidio colposo, l'omicidio preterintenzionale non è la somma algebrica di due fatti autonomamente costituenti reato, ma l'unificazione di un fatto

costituente reato e di un altro fatto che è punito a vario titolo dal codice penale, ma che nella norma in esame viene incriminato per un nuovo titolo.

Piuttosto, l'omicidio preterintenzionale rientra nella categoria del reato progressivo, dal momento che i fatti che lo costituiscono hanno natura omogenea e si estrinsecano in una lesione progressiva dell'integrità fisica.

Altra ipotesi controversa di reato progressivo è la fattispecie di devastazione e saccheggio (art. 419 c.p.), secondo cui *“Chiunque, fuori dei casi preveduti dall'articolo 285, commette fatti di devastazione o di saccheggio è punito con la reclusione da otto a quindici anni. La pena è aumentata se il fatto è commesso su armi, munizioni o viveri esistenti in luogo di vendita o di deposito”*. L'opinione prevalente ritiene che tutti i reati lesivi di interessi patrimoniali e strumentali alla tutela dell'ordine pubblico (es. danneggiamento) restino assorbiti dai fatti devastazione e saccheggio, secondo il tipico meccanismo del reato progressivo; sussisterà, invece, il concorso con tutti gli altri reati lesivi della incolumità pubblica (ad es. l'incendio) o che presentino fatti caratterizzati da violenza alle persone (ad. es. l'omicidio). La dottrina minoritaria esclude l'inquadramento dell'ipotesi in esame nel reato progressivo, ravvisando piuttosto un rapporto strutturale tra i delitti di devastazione e saccheggio e i delitti contro il patrimonio che li costituiscono, da valutare in base all'art. 15 c.p.

Ipotesi emblematica di reato progressivo è il delitto di maltrattamenti contro familiari o conviventi (art. 572 c.p.), che contiene quelli di ingiuria (abrogato art. 594 c.p.), percosse (art. 581 c.p.) e minaccia (art. 612 c.p.).

L'art. 572, comma 1 c.p. punisce con la reclusione da tre a sette anni *“Chiunque, fuori dei casi indicati nell'articolo precedente, maltratta una persona della famiglia o comunque convivente, o una persona sottoposta alla sua autorità o a lui affidata per ragioni di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia, o per l'esercizio di una professione o di un'arte”*. Il verbo “maltrattare” comprende una pluralità di comportamenti, reiterati nel tempo, che di per sé possono costituire autonomi reati contro la persona, ma sono assorbiti nel delitto di maltrattamenti, in quanto necessariamente strumentali al suo perfezionamento.

Qualora, però, il reato passaggio ecceda la soglia di offesa del reato di maltrattamenti, anche se affine sotto il profilo dell'oggettività giuridica, assume natura autonoma. Ciò è dimostrato dal comma 2 della disposizione: *“Se dal fatto deriva una lesione personale grave, si applica la reclusione da quattro a nove anni; se ne deriva una lesione gravissima, la reclusione da sette a quindici anni; se ne deriva la morte, la reclusione da dodici a ventiquattro anni”*. Le lesioni gravi o gravissime e la morte aggravano il delitto di maltrattamenti, mentre le lesioni lievi restano assorbite.

• **Progressione criminosa**

La dottrina maggioritaria definisce la progressione criminosa come il passaggio contestuale da un reato meno grave ad un reato più grave, contenente il primo, per effetto di risoluzioni successive. La nozione, pur corretta, non appare sufficiente a distinguere la progressione criminosa dal reato vicenda criminale. Ciò sta a indicare che il reato progressivo è un istituto previsto dalla legge, anche se non da una norma generale, la progressione criminosa è una categoria dogmatica, utile a descrivere una fenomenologia delittuosa.

Mancando chiari referenti normativi a fondamento della progressione criminosa, la dottrina si divide sul suo inquadramento.

Antitetiche le tesi di chi, sul presupposto che sussidiarietà e consunzione siano principi generali dell'ordinamento, assegna alla progressione criminosa funzione meramente descrittiva di uno dei casi di assorbimento, e chi, postulando il concorso di reati come principio regolatore, conclude nel

sensu che la progressione criminosa non possa derogarvi, in assenza di un'espressa previsione legale.

Altra parte della dottrina ritiene che la progressione criminosa costituisca un fenomeno intermedio tra il concorso di norme sullo stesso fatto (a cui l'accomuna l'essere configurabile solo in corrispondenza di fattispecie in rapporto di specialità e da cui si differenzia per il succedersi delle deliberazioni criminose) e il concorso di reati (avendo con esse in comune le successive risoluzioni, ma differenziandosi perché queste presuppongono un rapporto di eterogeneità tra fattispecie). Da tale premessa si inferisce che, nel silenzio della legge, la progressione debba risolversi nel senso della sussistenza di un solo reato per *analogia iuris*, «in quanto esistono i presupposti per la applicazione del principio sopraordinato al concorso apparente di norme anziché di quello sopraordinato al concorso di reati. Essa infatti è più simile, per *ratio* di disciplina, alle ipotesi di concorso apparente che a quelle di concorso di reati».

Alcuni esempi varranno a chiarire i termini della questione.

Si pensi ad un soggetto che in un contesto temporale ristretto compia atti violenti di libidine, cui segua la congiunzione carnale. Antecedentemente all'entrata in vigore dell'art. 609-bis c.p. la condotta – da apprezzarsi come unitaria – era sussumibile nell'ambito delle fattispecie incriminatrici di cui agli artt. 519 e 521 c.p., ma la disciplina del concorso formale eterogeneo di reati (art. 81, comma 1 c.p.) appariva inadeguata, in ragione dell'unicità di disvalore del fatto concreto. L'entrata in vigore dell'art. 609-bis, che comprende al suo interno gli abrogati reati di cui agli artt. 519 e 521 c.p., permette di ravvisare nel compimento di atti di libidine violenti e di congiunzione carnale in uno stesso contesto spazio-temporale un concorso apparente. Tale soluzione fa leva sul concetto di progressione criminosa, trattandosi di attività prossime, naturalisticamente e giuridicamente, che determinano un'offesa crescente allo stesso bene giuridico. Si obietta che di progressione criminosa potrebbe parlarsi solo qualora esistesse un apprezzabile divario temporale tra le due condotte, mancando altrimenti la pluralità di deliberazioni che caratterizza la figura ed essendo ravvisabile un unico reato in base alla teoria generale dell'azione. Siffatta argomentazione non convince, poiché l'unitarietà della condotta non implica di per sé unicità del reato, essendo identificabili autonomi eventi lesivi.

Anche in giurisprudenza prevale la tesi del concorso apparente, che, soprattutto prima dell'abrogazione degli artt. 519 e 521 c.p., era giustificata attraverso il ricorso al principio dell'assorbimento.

Caso emblematico di progressione criminosa è quello della morte – dolosamente causata – che si verifichi a distanza di tempo dalla condotta di aggressione. Astrattamente vi è concorso tra il delitto di lesioni personali e quello di omicidio volontario, ma è evidente che – essendo unico il processo causale e unica la volontà – il reato è unico.

Anche in tal caso si osserva che non di concorso apparente di norme trattasi, ma di unicità del reato, e, tuttavia, vale sempre rilevare che gli eventi lesivi sono più d'uno, e solo in virtù del concetto di progressione criminosa si può ritenere che il secondo assorbe il primo.

Comparando tale ipotesi a quella dell'omicidio preterintenzionale, pure costituito dagli eventi di lesioni e morte, emerge nitidamente la differenza tra progressione criminosa e reato progressivo: mentre nella seconda ipotesi l'azione è diretta a causare le lesioni ma non la morte, sicché il distacco tra i delitti di lesioni ed omicidio è più netto e l'unificazione può essere operata solo dal legislatore, nella prima ipotesi l'azione è diretta a causare la morte, e nel suo progredire determina anche le lesioni, sicché il passaggio tra i due delitti è repentino sul piano giuridico e l'unificazione può essere operata dall'interprete.

Il raffronto appena fatto può essere altresì utile per identificare la distinzione tra i principi di assorbimento e consunzione, che non per tutti sono sinonimi. In particolare, mentre l'assorbimento sembra operare nei casi codificati (reato complesso e reato progressivo), negli altri (progressione criminosa e antefatto o postfatto non punibili) è più appropriato riferirsi al principio di consunzione, in cui reato più grave "consuma" – e non già "assorbe" – il disvalore di quello meno grave.

- **La lottizzazione abusiva**

Art. 30 DPR 380/2001 (TU edilizia)

1. Si ha lottizzazione abusiva di terreni a scopo edificatorio quando vengono iniziate opere che comportino trasformazione urbanistica od edilizia dei terreni stessi in violazione delle prescrizioni degli strumenti urbanistici, vigenti o adottati, o comunque stabilite dalle leggi statali o regionali o senza la prescritta autorizzazione; nonché quando tale trasformazione venga predisposta attraverso il frazionamento e la vendita, o atti equivalenti, del terreno in lotti che, per le loro caratteristiche quali la dimensione in relazione alla natura del terreno e alla sua destinazione secondo gli strumenti urbanistici, il numero, l'ubicazione o la eventuale previsione di opere di urbanizzazione ed in rapporto ad elementi riferiti agli acquirenti, denunciino in modo non equivoco la destinazione a scopo edificatorio.

Art. 44 DPR 380/2001 (TU edilizia)

1. Salvo che il fatto costituisca più grave reato e ferme le sanzioni amministrative, si applica:

c) l'arresto fino a due anni e l'ammenda da 15493 a 51645 euro nel caso di lottizzazione abusiva di terreni a scopo edilizio, come previsto dal primo comma dell'articolo 30. La stessa pena si applica anche nel caso di interventi edilizi nelle zone sottoposte a vincolo storico, artistico, archeologico, paesistico, ambientale, in variazione essenziale, in totale difformità o in assenza del permesso.

L'ipotesi di cui al comma 1, prima parte è definita **lottizzazione materiale**, e si ha con l'esecuzione di opere in aree non adeguatamente urbanizzate che determinino una illecita trasformazione urbanistica o edilizia del territorio. Al fine della fattispecie in esame è necessario guardare non alle singole opere edilizie (che potrebbero anche essere eseguite sulla base di un regolare titolo abilitativo), bensì al quadro d'insieme, considerando la complessiva trasformazione urbanistico-edilizia che si intende perseguire mediante le opere medesime. Così, viene riconosciuta la lottizzazione abusiva materiale quando venga realizzato un sistema di interventi che portino ad un aggravio del carico insediativo del territorio non consentito dagli strumenti di pianificazione. Secondo la giurisprudenza, inoltre, ricorre una lottizzazione abusiva di tipo materiale anche nel caso cambio di destinazione d'uso di un complesso immobiliare formato da singoli elementi legittimamente edificati, se in tal modo si è imposto al territorio un carico urbanistico diverso da quello in origine previsto, e tale quindi da necessitare un adeguamento degli standard.

L'ipotesi di cui al comma 2, seconda parte è definita **lottizzazione negoziale**, e consiste nel compimento di atti di disposizione tra vivi comportanti il frazionamento dei lotti finalizzato in modo non equivoco ad uno scopo edificatorio non consentito dalla strumentazione urbanistica vigente. In particolare, non è sufficiente che venga disposto il frazionamento del terreno mediante molteplici atti di vendita, ma devono ricorrere anche altri elementi indiziari del cosiddetto intento lottizzatorio elencati in maniera non tassativa dall'articolo 30, come il numero, l'ubicazione e le dimensioni dei lotti frazionati oppure l'eventuale previsione di opere di urbanizzazione. Non è necessario che tali indici sussistano in concorso tra loro, ma è sufficiente anche la presenza di uno solo di essi, purché sia idonea a riconoscere la volontà di realizzare la lottizzazione. L'attuale orientamento giurisprudenziale prevalente fa rientrare tra gli atti equivalenti al frazionamento e alla

vendita anche i contratti preliminari di alienazione dei lotti che si collochino in un quadro indiziario coerente con un intento edificatorio.

La ratio e il bene giuridico si evincono dallo “scopo edificatorio”, il quale sottintende un insediamento umano (abitazioni, uffici, ecc.). Si vuole evitare che le trasformazioni del territorio portino ad un aggravio del carico urbanistico non consentito dagli strumenti di pianificazione. Il bene protetto è la funzione di programmazione urbanistica e, in via mediata, l'ordinato sviluppo del territorio.

Si ha lottizzazione abusiva fondamentalmente in tre casi. Il primo è quello in cui si utilizzi un suolo libero realizzandovi, in via contemporanea o successiva, una pluralità di edifici a prescindere dalle opere di urbanizzazione primaria o secondaria che si richiederebbero. Il secondo è quello in cui, pur in presenza di opere di urbanizzazione già esistenti, non si tenga conto della necessità di attuare le previsioni dello strumento urbanistico generale attraverso una pianificazione intermedia adeguata al nuovo intervento. Il terzo è quello in cui si violino puramente e semplicemente le previsioni dello strumento urbanistico generale, che non consente, nemmeno per tramite di un piano attuativo, di intervenire in quella zona con le modalità in concreto adottate.

• **Natura giuridica e consumazione**

La giurisprudenza è consolidata sulla seguente ricostruzione.

«La lottizzazione abusiva è un reato (eventualmente) permanente, la cui permanenza cessa con l'ultimazione della condotta lottizzatoria, ovvero con la ultimazione dell'attività giuridica o materiale volta alla trasformazione del territorio, per cui nel caso si tratti di lottizzazione mista – negoziale e materiale – la permanenza del reato può dirsi cessata non già al momento dell'atto notarile di acquisto dei lotti, né alla data dell'accertamento, bensì al momento in cui erano state ultimate le opere abusive costruite nei lotti. Si tratta insomma di un reato progressivo nell'evento, che giunge a compimento solo con la ultimazione della costruzione, ciò anche quando le attività edificatorie sono portate a termine da persone diverse da quelle che hanno proceduto alla divisione dei terreni in lotti, alla loro vendita e/o all'esecuzione di alcune opere, in quanto la permanenza cessa solo quando l'intero programma lottizzatorio viene attuato. Alla luce di ciò, il momento consumativo del reato di lottizzazione abusiva 'mista' si individua, per tutti coloro che concorrono o cooperano nel reato, nel compimento dell'ultimo atto integrante la condotta illecita, che può consistere nella stipulazione di atti di trasferimento, nell'esecuzione di opere di urbanizzazione o nell'ultimazione dei manufatti che compongono l'insediamento; ne consegue che, ai fini del calcolo del tempo necessario per la prescrizione, per il concorrente non è rilevante il momento in cui è stata tenuta la condotta di partecipazione, ma quello di consumazione del reato, che può intervenire anche a notevole distanza di tempo».

«La contravvenzione di lottizzazione abusiva configura un reato progressivo nell'evento, che sussiste anche quando l'attività posta in essere sia successiva agli atti di frazionamento o ad opere già eseguite, atteso che tali iniziali attività, pur integrando la configurazione del reato, non esauriscono il percorso criminoso che si protrae con gli interventi successivi che incidono sull'assetto urbanistico, in quanto l'esecuzione di opere di urbanizzazione primaria e secondaria compromette ulteriormente le scelte di destinazione e di uso del territorio riservate alla competenza pubblica. Pertanto, il reato di lottizzazione abusiva si può integrare anche quando l'attività posta in essere è successiva agli atti di frazionamento o ad opere già eseguite perché tali attività iniziali, pur integrando la figura di reato, non ne definiscono l'iter criminoso che si perpetuano negli interventi che incidono sull'assetto urbanistico, tanto sul presupposto che il reato in questione è, per un verso, un reato a carattere permanente e progressivo e, per altro verso, un reato a condotta

libera, con la conseguenza che, in primo luogo, non si riscontra alcuna coincidenza tra il momento in cui la condotta assume rilevanza penale e il momento di cessazione del reato, in quanto anche la condotta successiva alla commissione del reato può dare luogo ad una situazione antigiuridica di pari efficacia criminosa; in secondo luogo, il reato di lottizzazione abusiva si realizza anche mediante atti negoziali diretti al frazionamento della proprietà, con previsioni pattizie rivelatrici dell'attentato al potere programmatico dell'autorità deputata al governo del territorio, ciò non significava che l'azione criminosa si esaurisce in questo tipo di condotta, perché la esecuzione ulteriore di opere di urbanizzazione primaria e secondaria compromette le scelte di destinazione e di uso del territorio riservate alla competenza statale o comunale».

- **La posizione del sub-acquirente**

Trattandosi di contravvenzione, essa è punibile indifferentemente a titolo di dolo e colpa.

La giurisprudenza afferma che l'acquirente non può considerarsi, solo per tale sua qualità, terzo estraneo al reato di lottizzazione abusiva, ben potendo egli tuttavia, benché compartecipe al medesimo accadimento materiale, dimostrare di avere agito in buona fede, senza rendersi conto cioè – pur avendo adoperato la necessaria diligenza nell'adempimento degli anzidetti doveri di informazione e conoscenza – di partecipare ad un'operazione di illecita lottizzazione. Quando, invece, l'acquirente sia consapevole dell'abusività dell'intervento - o avrebbe potuto esserlo spiegando la normale diligenza - la sua condotta si lega con intimo nesso causale a quella del venditore ed in tal modo le rispettive azioni, apparentemente distinte, si collegano tra loro e determinano la formazione di una fattispecie unitaria ed indivisibile, diretta in modo convergente al conseguimento del risultato lottizzato». In specie, è irrilevante la circostanza che il ricorrente sia stato subacquirente. In quanto, neppure l'acquisto del subacquirente può essere considerato legittimo con valutazione aprioristica limitata alla sussistenza di detta sola qualità, allorché si consideri che l'utilizzazione delle modalità dell'acquisto successivo ben potrebbe costituire un sistema elusivo, surrettiziamente finalizzato a vanificare le disposizioni legislative in materia di lottizzazione negoziale.

Un problema che si pone è quello della confisca dei terreni venduti. Si trascrive in proposito uno stralcio della preconcorsa 5 settembre 2024.

CEDU, Grande Camera 28 giugno 2018 G.I.E.M c. Italia

«Con riferimento al principio per il quale un soggetto non può essere punito per un atto relativo alla responsabilità di altri, una confisca disposta nei confronti di soggetti o enti che non siano parti nel procedimento che la infligge è incompatibile con l'articolo 7 della Cedu.

*È compatibile con l'articolo 7 della Cedu la confisca urbanistica disposta a seguito del proscioglimento per intervenuta prescrizione allorquando sia comunque accertata la sussistenza del **reato di lottizzazione abusiva** in tutti i suoi elementi costitutivi, oggettivi e soggettivi.*

Risulta violato l'articolo 1 del Protocollo n. 1 alla Convenzione Edu laddove venga disposta la confisca obbligatoria in caso di accertamento del reato di lottizzazione abusiva in quanto tale provvedimento della pubblica autorità interferisce con la proprietà privata in modo sproporzionato rispetto allo scopo perseguito.

Nelle due note sentenze relative al caso Sud Fondi - inerenti proprio la confisca dell'ecomostro di Punta Perotti (emesse dalla Seconda Sezione della Corte Edu il 20 gennaio 2009 e 20 maggio 2012), i giudici europei riconoscevano la natura di sanzione sostanzialmente "penale" della confisca urbanistica (a differenza della veste formale amministrativa che veniva sostenuta, anche a tutt'oggi, dalla Corte di cassazione) per il suo carattere punitivo - alla stregua degli Engel criteria - e del suo conseguire alla commissione di un reato. Pertanto, la sua applicazione in concreto era in contrasto con l'articolo 7 della Cedu dal momento che la base legale dell'infrazione (la fattispecie incriminatrice che configurava il reato di lottizzazione abusiva) non rispondeva ai requisiti di accessibilità e di prevedibilità per il destinatario della norma, il quale non si trovava nelle condizioni al momento del fatto di prevedere che gli sarebbe stata inflitta una sanzione.

La Suprema corte però è sempre rimasta ferma nel ritenere che per disporre la confisca urbanistica il proprietario della res non deve essere necessariamente condannato, laddove sia accertata la sussistenza del reato di lottizzazione abusiva in tutti i suoi elementi (oggettivo e soggettivo) anche se per una causa diversa, qual è, ad esempio, l'intervenuto decorso della prescrizione, ma non si pervenga alla condanna del suo autore e all'inflizione della pena (ex plurimis, sezione terza, n. 21188 del 2009).

Visto il contrasto ancora esistente sul punto, la Corte Edu veniva chiamata nuovamente a pronunciarsi sul punto e, nella decisione sul caso Varvara, del 29 ottobre 2013, sembrava chiaramente propendere per la necessità di una formale sentenza di condanna quale condicio sine qua non per infliggere la confisca urbanistica: «sarebbe infatti incoerente esigere, da una parte, una base legale accessibile e prevedibile e permettere, dall'altra, una punizione quando, come nel caso di specie, la persona interessata non è stata condannata. Nella presente causa, la sanzione penale inflitta al ricorrente, quando il reato era estinto e la sua responsabilità non era stata accertata con una sentenza di condanna, contrasta con i principi di legalità penale appena esposti dalla Corte e che sono parte integrante del principio di legalità che l'articolo 7 della Cedu impone di rispettare. La sanzione controversa non è quindi prevista dalla legge ai sensi dell'articolo 7 della Cedu ed è arbitraria» (§§ 71 e 72).

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 49 del 2015 evita di addentrarsi nelle quaestio - dichiarandole inammissibili - riconoscendo in primis che, a seguito della sentenza Sud Fondi del 20 gennaio 2009, la confisca urbanistica costituisce sanzione penale ai sensi dell'articolo 7 della Cedu e può pertanto venire disposta solo nei confronti di colui la cui responsabilità sia stata accertata in ragione di un legame intellettuale (coscienza e volontà) con i fatti. Tuttavia, sostiene la tesi secondo la quale un giudizio di colpevolezza potrebbe essere formulato validamente anche nell'ambito di determinate sentenze di proscioglimento per estinzione del reato (già avallata sempre nella sentenza n. 239 del 2009), purché sia adeguatamente assolto l'obbligo di motivazione, attenendosi ad adeguati standard probatori e rifuggendo da clausole di stile che non siano capaci di dare conto dell'effettivo apprezzamento compiuto. La Consulta afferma che «nell'ordinamento giuridico italiano la sentenza che accerta la prescrizione di un reato non denuncia alcuna incompatibilità logica o giuridica con un pieno accertamento di responsabilità. Quest'ultimo, anzi, è doveroso qualora si tratti di disporre la confisca urbanistica. Si tratta quindi non della forma della pronuncia ma della sostanza dell'accertamento».

Con un inaspettato dietro front, recependo le sollecitazioni della sentenza costituzionale n. 49 del 2015, la Corte di Strasburgo ritiene non contraria alla Cedu la confisca urbanistica disposta a seguito di un sostanziale accertamento della condanna, senza presentarne la forma. Inequivocabile sul punto, la Corte Edu: è «necessario guardare oltre le apparenze e il linguaggio adoperato e concentrarsi sulla realtà della situazione, essendo legittimata la Corte a guardare oltre il dispositivo del provvedimento, e tenere conto della sostanza, essendo la motivazione una parte integrante della sentenza» (§ 259). Tenuto anche conto della complessità dei relativi procedimenti penali di lottizzazione abusiva e del breve termine prescrizione, la Grande Chamber ritiene che l'inflizione della confisca urbanistica, anche qualora sia sopraggiunta la prescrizione del reato, sia compatibile con le garanzie di cui all'articolo 7 della Cedu, purché tutti gli elementi costitutivi del reato di lottizzazione siano stati sostanzialmente accertati.

Nell'odierna sentenza, invece, la confisca può considerarsi prevista dalla legge, quindi passa al secondo controllo: quello relativo alla proporzionalità della limitazione del diritto di proprietà rispetto allo scopo perseguito con la confisca. L'esito di tale accertamento cui giungono i giudici di Strasburgo è negativo in quanto l'obbligatorietà della confisca edilizia non consente all'autorità giudiziaria alcuna modulazione dell'inflizione della "pena" sia con riferimento all'an né con riguardo al quantum. Inoltre, sul versante processuale, la circostanza che agli enti ricorrenti non sia stata data la possibilità di partecipare al processo, si ravvisa la violazione del diritto al contraddittorio.

Cass. sez. III, n. 5936/19

«In tema di reati edilizi, in base alla nuova disposizione di cui all'articolo 578-bis del Cpp, il proscioglimento per intervenuta prescrizione maturato nel corso del processo, sulla base di una lettura costituzionalmente (cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 49/2015) e convenzionalmente orientata (alla luce della pronuncia della Corte Edu, Grande Camera, del 28 giugno 2018, G.i.e.m. srl contro Italia), non osta alla confisca del bene oggetto di lottizzazione abusiva, a condizione che il reato venga accertato nei suoi elementi oggettivo e soggettivo, attuando tutte le garanzie proprie delle pronunce formali di condanna».

- **Critica alla tesi del reato progressivo**

La giurisprudenza insiste sul concetto di “reato progressivo nell’evento”, ma del reato progressivo, nell’accezione tecnica, manca il fondamento, ossia i reati passaggio. Per la stessa ragione deve escludersi che si tratti di progressione criminosa.

Di progressione nell’evento si può parlare, invece, in un altro senso: quello di protrazione dell’evento consumativo del reato, con separazione tra il momento di perfezionamento e quello di consumazione, caratteristica per vero comune a tutte le ipotesi di reato permanente, ma che qui si colora per la circostanza che lo stesso momento consumativo non è preventivamente identificabile, potendo la condotta protrarsi sin quando il frazionamento, materiale o negoziale, prosegue. In analogia con taluni reati progressivi, come i maltrattamenti in famiglia.

- **Critica alla tesi della responsabilità colposa del sub-acquirente**

Se, come ritiene la giurisprudenza, il terzo sub-acquirente è punito a titolo di concorso nel reato commesso dai lottizzatori, anche laddove ignorasse l’illiceità della lottizzazione, ma abbia omesso di adempiere ai propri doveri di informazione, si tratterà di concorso colposo in delitto doloso.

Si trascrive uno stralcio della preconcorso 2 settembre 2024

Peraltro la giurisprudenza prevalente ammette anche il concorso colposo a delitto doloso: la suprema Corte ha confermato la condanna del medico psichiatra, il quale, sospendendo in maniera imprudente il trattamento farmacologico cui era sottoposto il paziente ricoverato in una comunità, ne aveva determinato lo scoppio, ritenuto la causa della crisi nel corso della quale lo stesso paziente aveva aggredito ed ucciso uno degli operatori che lo accudivano (Cass. sez. IV, 14 novembre 2007, n. 10795)

La motivazione si snoda in tre passaggi:

- la scindibilità del fatto di reato concorsuale⁸;
- il superamento degli argomenti contrari⁹;
- l’ammissibilità del *concorso colposo in delitto doloso*¹⁰.

⁸ «Va premesso, pur non essendo questa la sede per addentrarsi in ricostruzioni teoriche, che la premessa da cui questa Corte ritiene di dover partire è costituita dal riconosciuto superamento delle teorie che si rifanno al concetto di unitarietà del fatto reato di natura concorsuale (ritenuto un “dogma” da parte di un illustre Autore pur contrario alla tesi dell’ammissibilità del concorso colposo nel delitto doloso). Le difficoltà di inquadramento teorico di queste forme di partecipazione soggettiva eterogenea (i problemi si pongono anche per la partecipazione dolosa nel delitto colposo) si attenuano riconoscendo la pluralità dei fatti reato nei casi in cui l’evento sia unico».

⁹ «Esaminando le obiezioni alla tesi che ritiene ammissibile il concorso in precedenza indicate ritiene invece la Corte che queste obiezioni (certamente serie) siano superabili. È infatti proprio l’esame congiunto delle due norme indicate (art. 42 c.p., comma 2 e art. 113 c.p.) che consente questa risposta; la compartecipazione è stata espressamente prevista nel solo caso del delitto colposo perché, nel caso di reato doloso, non ci si trova in presenza di un atteggiamento soggettivo strutturalmente diverso ma di una costruzione che comprende un elemento ulteriore - potrebbe dirsi “in aggiunta” - rispetto a quelli previsti per il fatto colposo, cioè l’aver previsto e voluto l’evento (sia pure con la sola accettazione del suo verificarsi, nel caso di dolo eventuale). Insomma il dolo è qualche cosa di più, non di diverso, rispetto alla colpa e questa concezione è stata riassunta nella formula espressa da un illustre studioso della colpa che l’ha così sintetizzata: “non c’è dolo senza colpa”. Se questa ricostruzione è plausibile la conseguenza è che non fosse necessario prevedere espressamente l’applicabilità del concorso colposo nel delitto doloso perché se è prevista la compartecipazione nell’ipotesi più restrittiva non può essere esclusa nell’ipotesi più ampia che la prima ricomprende e non è caratterizzata da elementi tipici incompatibili. Questa rilettura incrina anche il valore dell’obiezione che si fonda sulla previsione dell’art. 42 c.p., comma 2: non si tratterebbe di una previsione implicita di un reato colposo ma di una ricostruzione che ha disciplinato espressamente un aspetto del problema sul presupposto che la disciplina riguardasse anche il tema più generale».

¹⁰ «Quando ci si trovi in presenza di cause colpose indipendenti l’applicabilità delle regole sul concorso di cause è espressamente prevista, sotto il profilo causale, dall’art. 41 c.p., il cui comma 3, prevede espressamente che questa disciplina si applichi anche quando la causa preesistente, simultanea o sopravvenuta consista nel fatto illecito altrui. Ma proprio perché le condotte sono indipendenti le medesime andranno autonomamente valutate e per ciascuna di esse andrà accertato se abbia fornito un contributo causale al verificarsi dell’evento e se la condotta causalmente efficiente sia caratterizzata dai requisiti tipici della colpa. In questi casi, proprio per l’indipendenza delle azioni, ogni condotta va separatamente individuata e, ciò che assume particolare rilievo per la soluzione del nostro problema, diviene irrilevante

Fissata l'astratta ammissibilità della figura, la Suprema Corte precisa i requisiti del contributo colposo rilevante a titolo concorsuale, soffermandosi sul contenuto della regola cautelare inosservata, che deve essere diretta ad evitare la condotta criminale del terzo. Tale orientamento è stato confermato in seguito, da ultimo affermandosi che risponde di concorso colposo in omicidio doloso il dirigente della Questura che non vigili sul sottoposto violento (Cass. sez. IV, 20 settembre 2011, n. 34385).

Più di recente, tuttavia, la Corte ha affermato che *«È inammissibile il concorso colposo nel delitto doloso, in primo luogo perché, in assenza di una esplicita previsione legale, il rinvenimento di una disciplina “implicita” deve risultare incontrovertibile allorquando ne deriverebbe una espansione in malam partem del penalmente rilevante; in secondo luogo, perché l'articolo 42, comma 2, del Cp, stabilendo che “nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come delitto se non l'ha commesso con dolo, salvi i casi di delitto preterintenzionale o colposo espressamente preveduti dalla legge», richiede l'espressa previsione per la responsabilità colposa, che mancherebbe per il concorso colposo nel delitto doloso. Infine, perché l'articolo 113 del Cp, secondo cui «nel delitto colposo, quando l'evento è stato cagionato dalla cooperazione di più persone, ciascuna di queste soggiace alle pene stabilite per il delitto stesso», deve intendersi nel senso della limitazione del concorso colposo alla sola ipotesi di delitto colposo»¹¹.*

Alla luce di quest'ultimo orientamento, pertanto, la posizione dell'acquirente andrebbe rivalutata.

Chi vuole perorare la tesi del concorso colposo dovrebbe sostenere che questo è ammissibile perché trattasi di contravvenzione, indifferentemente punibile a titolo di dolo o colpa.

Altrimenti o la punibilità può residuare solo a titolo di concorso di cause indipendenti. Tuttavia, così opinando, non sarebbe sufficiente che il contributo del terzo alla commissione dell'illecito abbia efficacia agevolatrice, occorrendo invece che assurga a condicio sine qua non del reato. Il che, per il sub-acquirente, è da escludersi. Conclusione forse doverosa in uno Stato di diritto.

che uno o più dei contributi causali possa avere carattere doloso perché la disciplina sulla causalità contenuta nel citato art. 41 c.p., riguarda sia i reati colposi che quelli dolosi.

Se per il riconoscimento della partecipazione colposa indipendente al reato doloso non esistono ostacoli insuperabili è agevole concludere che sarebbe irragionevole, nel caso di cooperazione, escludere la partecipazione colposa al delitto doloso solo perché l'agente è consapevole dell'altrui condotta dolosa. Il dappiù costituito da questa consapevolezza aggrava infatti, e non attenua, il disvalore sociale della condotta: quale spiegazione razionale potrebbe trovare una soluzione affermativa sulla compartecipazione al reato doloso quando manca la consapevolezza di questa condotta e non quando questa consapevolezza esista? Deve dunque concludersi, sul tema esaminato, che è ammissibile il “concorso” colposo nel delitto doloso sia nel caso di cause colpose indipendenti che nel caso di cooperazione colposa e purché, in entrambi i casi, il reato del partecipe sia previsto anche nella forma colposa e la sua condotta sia caratterizzata da colpa».

¹¹ Nella specie, un soggetto si era recato in un ufficio pubblico dove, prima di suicidarsi, aveva esploso colpi di pistola nei confronti di alcune dipendenti di quell'ufficio, che riteneva responsabili dell'adozione di provvedimenti per sé sfavorevoli, causandone la morte. La Corte ha annullato la sentenza di condanna a carico del medico di base, che, senza adeguata considerazione delle condizioni del suo paziente, aveva redatto il certificato medico che aveva consentito il rilascio del porto d'armi, cui era stato addebitata la cooperazione colposa in omicidio, ritenendo concettualmente inammissibile il concorso colposo in un reato doloso; la Corte, peraltro, ha rinviato al giudice di merito, onde verificare la sussistenza eventuale dei presupposti per ravvisare il concorso colposo di cause indipendenti nel reato.

Diritto amministrativo

- **Traccia**

Gli atti di organizzazione delle Pubbliche Amministrazioni tra potere amministrativo e autonomia privata.

- **Analisi logica**

Strutturalmente è una traccia del terzo tipo, perché menziona un intero settore del sistema amministrativo (l'organizzazione), di cui occorre individuare istituti riconducibili a categorie opposte dell'attività amministrativa. La sbavatura concettuale della formulazione (potere amministrativo: capacità di diritto privato = discrezionalità amministrativa: autonomia privata) non impedisce al candidato di comprendere il significato della traccia, che si proietta sulla dialettica tra poteri di organizzazione di natura pubblicistica e privatistica.

L'apertura sempre maggiore del diritto amministrativo al diritto privato ha riguardato non solo l'attività esterna, ma anche quella interna, ossia la funzione di organizzazione: l'art. 1, comma 1 bis della legge 241 del 1990, nel prevedere che *“La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente”*, si riferisce ad entrambe.

La difficoltà è quella di individuare i settori dell'organizzazione amministrativa – la cui disciplina per dettato costituzionale (art. 97) è riservata alla legge e agli atti di diritto pubblico – in cui sono ammissibili forme giuridiche privatistiche.

Evidentemente si tratta di ipotesi in cui la privatizzazione ha riguardato l'attività di organizzazione ma non la pubblica amministrazione (altrimenti si andrebbe fuori traccia): il pubblico impiego. Un riferimento alla società pubbliche originate dal fenomeno delle privatizzazioni era comunque appropriato, nella misura in cui queste conservano natura sostanzialmente pubblica: si tratta delle figure rientranti nella nozione comunitaria di organismo di diritto pubblico (molte società a capitale pubblico che svolgono servizi economici di interesse generale) o in quelle delle società a capitale pubblico di cui all'art. 29 della legge 241/90 (che svolgono funzioni amministrative. Infine, opportuno era anche il riferimento alle convenzioni organizzative tra amministrazioni, adottate tramite accordi.

- **Inquadramento sistematico delle forme dell'attività amministrativa**

Si trascrive uno stralcio della dispensa della lezione 21 ottobre 2023.

In uno sforzo di razionalizzazione dell'esistente – che non pretenda di leggere le norme in base ad aprioristiche costruzioni dogmatiche, ma queste rielabori sulla base del diritto positivo – il quadro dell'attività amministrativa può essere tripartito.

1) Attività amministrativa funzionale. E' il rapporto di livello I, modellato sullo schema norma - potere - effetto. Comprende l'attività autoritativa e quella non autoritativa ove la legge disponga in tal senso (clausola di salvezza contenuta nell'art. 1, comma 1-bis). Ad essa si applica il diritto pubblico, ad iniziare dai principi generali (art. 1, comma 1 legge 241/90). L'attività autoritativa spetta alla giurisdizione amministrativa di legittimità. L'attività non autoritativa spetta alla giurisdizione amministrativa esclusiva. Ciò vale anche per l'attività svolta dai soggetti privati (art. 1, comma 1-ter).

2) Attività paritetica. E' il rapporto di livello II, modellato sullo schema norma - fatto - effetto. Comprende l'attività privata, l'attività contrattuale ad evidenza pubblica, l'attività amministrativa di diritto comune (art. 1, comma 1-bis). Ad essa si applica il diritto privato. Spetta alla giurisdizione ordinaria.

3) Attività amministrativa intermedia. E' il rapporto di combinazione tra livello I e II. Ad essa si applica l'art. 11 legge 241/90 e, in base alle fasi del rapporto ed alla rilevanza nella concreta fattispecie dell'interesse pubblico, il diritto pubblico o quello privato. Spetta alla giurisdizione amministrativa esclusiva.

- **Nozione di “atto di organizzazione”**

Si trascrive uno stralcio della dispensa della lezione 13 gennaio 2024.

La tradizione scientifica impone che lo studio dell'organizzazione amministrativa vada distinto per oggetto: l'attività ed i modelli teorici che presiedono alla creazione della struttura (organizzazione in senso dinamico: il processo di produzione), l'apparato amministrativo (organizzazione in senso statico: il prodotto).

Tratteremo, dunque, innanzitutto della funzione di organizzazione, quindi dell'articolazione della pubblica amministrazione (Stato, enti pubblici, autonomie locali, beni pubblici, personale).

Sul piano metodologico la materia dell'organizzazione si mostra ostile ad una rappresentazione lineare, risentendo dell'assenza di una legge generale come la 241/90 in materia di attività e presentando, al contrario, norme sparpagliate in fonti di vario genere e frutto di sovrapposizioni temporali.

Possono, comunque, individuarsi almeno due settori normativi fondamentali: la Costituzione, le leggi Bassanini e il Testo Unico delle autonomie locali con riguardo all'articolazione dello Stato e delle autonomie locali; il Testo Unico sul pubblico impiego con riguardo agli aspetti generali dell'organizzazione amministrativa. Detto testo, infatti, non si limita a disciplinare il rapporto di servizio del dipendente pubblico, ma descrive le fonti e la struttura dell'organizzazione cui il dipendente è preposto. La sua duplice rilevanza non è sufficiente, tuttavia, per giustificare una trattazione disgiunta, sicché taluni concetti relativi alla funzione di organizzazione, che trovano un referente positivo nel citato Testo Unico, sono oggi accennati, ma saranno approfonditi nell'apposita lezione.

[...]

In materia di organizzazione vige il principio di riserva relativa di legge e legalità bilaterale. Occorre, peraltro, considerare la riserva di amministrazione. [...]

La funzione organizzatrice spetta all'amministrazione in sé, in quanto l'organizzazione deve essere “modellata sugli interessi che deve curare”, mentre la disciplina legislativa deve limitarsi a individuare i tratti fondamentali dell'organizzazione in modo tale da assicurare l'imparzialità e il buon andamento dell'azione amministrativa

[...]

L'autonomia organizzativa è comunemente intesa come la capacità di un ente o di un organo di darsi la propria struttura organizzativa. Ad essa si accompagna, di regola, anche un'autonomia regolamentare, nella quale si traduce la capacità di auto-organizzarsi. Fondamento normativo dell'autonomia organizzativa è l'art. 97 Cost. a tenore del quale “I pubblici uffici sono organizzati secondo le disposizioni di legge”, ponendo una riserva che la dottrina interpreta pacificamente come relativa, a differenza di quella di cui all'art. 95 Cost. in materia di organizzazione e numero dei ministeri, che ha carattere assoluto. Distinta dall'autonomia organizzativa è quella organizzatoria.

Fatta questa distinzione è opportuno ricordare che l'autonomia organizzativa si estrinseca nell'attività di auto-organizzazione, che è quella attività attraverso la quale si istituiscono gli enti e gli organi, si provvede alla dotazione ed alla distribuzione delle risorse materiali ed umane, e si stabiliscono rapporti tra organi ed uffici al fine di poter svolgere efficacemente la propria attività. Benché non si tratti di attività funzionale, in quanto non direttamente preordinata alla cura degli interessi pubblici, gli atti di autorganizzazione vengono equiparati a quelli funzionali in ragione della loro strumentalità rispetto a questi ultimi e del principio di buona amministrazione di cui all'art. 97 Cost., nonché in forza della necessità di consentire un controllo sull'utilizzazione del denaro pubblico ad essi connessa. Tale equiparazione vale anche sotto il profilo della tutela del privato, il quale è legittimato ad impugnare un atto di organizzazione che ritenga lesivo della sua posizione giuridica soggettiva.

Da decenni la dottrina si è impegnata nel ricostruire il profilo dogmatico della funzione di organizzazione. Le metodologie seguite sono state fundamentalmente due.

La prima, più datata, origina dalla concezione antropomorfa dello Stato e fa leva sul rapporto tra soggettività pubblica e azione amministrativa. In tale prospettiva l'attività di organizzazione è concepita come mero ponte tra il momento soggettivo e quello oggettivo del potere pubblico. Se l'organizzazione, intesa come apparato, è proiezione della personalità dello Stato e struttura di sostegno dell'azione, l'attività di organizzazione è priva di autonomia, essendo attività puramente servente alla preparazione dell'atto amministrativo.

La seconda, preferita dalla dottrina più recente, utilizza un criterio funzionale. Secondo tale impostazione l'organizzazione è astratta prefigurazione dell'azione. In senso statico è la struttura di cui dispone il soggetto investito di compiti amministrativi, preordinati al soddisfacimento dell'interesse generale. In senso dinamico è attività di predisposizione della struttura all'esercizio di questi compiti e di indirizzo dell'azione amministrativa

verso il raggiungimento dei fini. Per dirla con le parole di un illustre autore << la strumentalità dell'organizzazione non rappresenta un passivo ed esteriore asservimento di essa all'attività sostanziale di soddisfazione dei fini e degli interessi, ma è partecipazione attiva, cooperazione al movimento, avvio del movimento nella direzione scelta: la decisione organizzativa si rileva, quindi, necessariamente come decisione di indirizzo dell'attività... appunto perché modellata sugli interessi che deve curare, l'organizzazione reagisce su tali interessi e ne influenza la realizzazione, assumendo una funzione attiva e direttiva nell'intero processo di soddisfazione di essi >> .

La connessione tra organizzazione e azione amministrativa è positivamente scolpita dall'art. 5, comma 1 d.lgs. 165/2001 ("Le amministrazioni pubbliche assumono ogni determinazione organizzativa al fine di assicurare ... la rispondenza al pubblico interesse dell'azione amministrativa").

Per quanto la connotazione strumentale dell'attività di organizzazione continui ad apparire centrale, oggi quasi nessuno dubita dell'autonomia giuridica dell'auto-organizzazione, perfettamente definibile come potestà pubblica, che si svolge attraverso atti autoritativi previsti da norme. Anzi, è stato osservato che non solo è venuta meno ogni pretesa di netta separazione tra l'area dell'organizzazione e la parte sostanziale della sfera amministrativa, ma la stessa distinzione tra le due aree non può più predicarsi con sicurezza, perché le relazioni di continuità che esistono rendono arduo identificare una linea di confine. Molte situazioni possono, infatti, essere considerate sia in chiave di organizzazione che di attività (l'istruttoria amministrativa, il piano, i beni pubblici, la responsabilità dei dipendenti, i concorsi nel pubblico impiego, le convenzioni e i contratti che legano amministrazioni tra loro o con i privati, i servizi pubblici).

Oltre che il frutto di una riflessione dogmatica, la natura esterna e non meramente interna dell'attività di organizzazione è il precipitato delle profonde modifiche che, a partire dagli anni '90, hanno caratterizzato il sistema amministrativo ed, in particolare, della valorizzazione del principio di buon andamento non solo come strumento di contenimento della spesa pubblica, ma anche, se non soprattutto, come presupposto per l'erogazione di un servizio rispondente alle esigenze della collettività, sempre più vista come utenza e sempre meno come destinataria di un provvedimento. L'interesse egoistico che qualifica la concezione tradizionale dell'attività di auto-organizzazione perde il suo primato, emergendo già in questa fase l'interesse dei cittadini che l'ente pubblico è chiamato a curare.

La norma fondamentale in tema di attività di organizzazione è l'art. 2, comma 1 T.U. sul pubblico impiego:

Le amministrazioni pubbliche definiscono, secondo principi generali fissati da disposizioni di legge e, sulla base dei medesimi, mediante atti organizzativi secondo i rispettivi ordinamenti, le linee fondamentali di organizzazione degli uffici; individuano gli uffici di maggiore rilevanza e i modi di conferimento della titolarità dei medesimi; determinano le dotazioni organiche complessive. Esse ispirano la loro organizzazione ai seguenti criteri:

- a) funzionalità rispetto ai compiti e ai programmi di attività, nel perseguimento degli obiettivi di efficienza, efficacia ed economicità. A tal fine, periodicamente e comunque all'atto della definizione dei programmi operativi e dell'assegnazione delle risorse, si procede a specifica verifica e ad eventuale revisione;*
- b) ampia flessibilità, garantendo adeguati margini alle determinazioni operative e gestionali da assumersi ai sensi dell'articolo 5, comma 2;*
- c) collegamento delle attività degli uffici, adeguandosi al dovere di comunicazione interna ed esterna, ed interconnessione mediante sistemi informatici e statistici pubblici;*
- d) garanzia dell'imparzialità e della trasparenza dell'azione amministrativa, anche attraverso l'istituzione di apposite strutture per l'informazione ai cittadini e attribuzione ad un unico ufficio, per ciascun procedimento, della responsabilità complessiva dello stesso;*
- e) armonizzazione degli orari di servizio e di apertura degli uffici con le esigenze dell'utenza e con gli orari delle amministrazioni pubbliche dei Paesi dell'Unione europea.*

• **Poteri pubblici e privati nel T.U. sul pubblico impiego**

Si trascrive uno stralcio della dispensa della lezione 13 gennaio 2024

A) La macro organizzazione

il già citato elenco contenuto nell'art. 1, comma 2 n. 421 del 23 ottobre 1992 (richiamato nell'art. 45 d.lgs. 29/93) – la previsione dell'art. 45 d.lgs. 29/93 non è stata ripetuta e l'art. 2, comma 1 T.U. ritaglia in limiti più ristretti la materia riservata all'attività di organizzazione

art. 2, comma 1

1. Le amministrazioni pubbliche definiscono, secondo principi generali fissati da disposizioni di legge e, sulla base dei medesimi, mediante atti organizzativi secondo i rispettivi ordinamenti, le linee fondamentali di organizzazione degli uffici; individuano gli uffici di maggiore rilevanza e i modi di conferimento della titolarità dei medesimi; determinano le dotazioni organiche complessive. Esse ispirano la loro organizzazione ai seguenti criteri:

- a) funzionalità rispetto ai compiti e ai programmi di attività, nel perseguimento degli obiettivi di efficienza, efficacia ed economicità. A tal fine, periodicamente e comunque all'atto della definizione dei programmi operativi e dell'assegnazione delle risorse, si procede a specifica verifica e ad eventuale revisione;*
- b) ampia flessibilità, garantendo adeguati margini alle determinazioni operative e gestionali da assumersi ai sensi dell'articolo 5, comma 2;*
- c) collegamento delle attività degli uffici, adeguandosi al dovere di comunicazione interna ed esterna, ed interconnessione mediante sistemi informatici e statistici pubblici;*
- d) garanzia dell'imparzialità e della trasparenza dell'azione amministrativa, anche attraverso l'istituzione di apposite strutture per l'informazione ai cittadini e attribuzione ad un unico ufficio, per ciascun procedimento, della responsabilità complessiva dello stesso;*
- e) armonizzazione degli orari di servizio e di apertura degli uffici con le esigenze dell'utenza e con gli orari delle amministrazioni pubbliche dei Paesi dell'Unione europea.*

art. 5, comma 1

Le amministrazioni pubbliche assumono ogni determinazione organizzativa al fine di assicurare l'attuazione dei principi di cui all'articolo 2, comma 1, e la rispondenza al pubblico interesse dell'azione amministrativa.

Tipici atti di macro organizzazione sono quelli di cui all'art. 6 T.U.

art. 6, comma 1

Nelle amministrazioni pubbliche l'organizzazione e la disciplina degli uffici, nonché la consistenza e la variazione delle dotazioni organiche sono determinate in funzione delle finalità indicate all'articolo 1, comma 1, previa verifica degli effettivi fabbisogni e previa consultazione delle organizzazioni sindacali rappresentative ai sensi dell'articolo 9. Nell'individuazione delle dotazioni organiche, le amministrazioni non possono determinare, in presenza di vacanze di organico, situazioni di soprannumerari di personale, anche temporanea, nell'ambito dei contingenti relativi alle singole posizioni economiche delle aree funzionali e di livello dirigenziale. Ai fini della mobilità collettiva le amministrazioni effettuano annualmente rilevazioni delle eccedenze di personale su base territoriale per categoria o area, qualifica e profilo professionale. Le amministrazioni pubbliche curano l'ottimale distribuzione delle risorse umane attraverso la coordinata attuazione dei processi di mobilità e di reclutamento del personale

La legalità opera a un doppio livello (a causa della commistione tra rapporto organico e rapporto di servizio):

1. bilaterale -> legge - amministrazione (l'organizzazione degli uffici)
2. trilaterale -> legge - amministrazione - dipendente (la gestione del rapporto)

All'attenuarsi della legalità (per effetto del buon andamento) corrisponde la privatizzazione. È il fenomeno che abbiamo indicato non come ridimensionamento (abolizione del pubblico) ma come ristrutturazione (adesione a schemi privatistici) dell'amministrazione. La tecnica è quella della recezione dell'ordinamento privatistico. L'attenuarsi della legalità opera su entrambi i livelli

In materia di organizzazione vi è la devoluzione della attività di organizzazione a fonti secondarie e ad atti amministrativi – il limite è dato dalla riserva di legge (gli aspetti che rientrano nell'organizzazione dell'apparato devono essere disciplinati dalla legge e dagli atti di organizzazione sulla base di previsioni di legge) – riferimenti normativi T.U. – art. 2, comma 1 e art. 5, comma 1 – **qualificazione – attività autoritativa.**

In materia di rapporto vi è la devoluzione della disciplina del rapporto a fonti negoziali (e non autoritative su base legale) della disciplina del rapporto – il limite è dato dalla riserva di amministrazione (se l'art. 97 contenesse una riserva di amministrazione non vi sarebbe possibilità di delegare a fonti negoziali la disciplina del rapporto) – riferimenti normativi T.U. art. 2, commi 2 e 3 (cfr. artt. 51, commi 1 e 2) e art. 5, comma 2 (cfr. art. 16, comma 1 lett. h e 17, lett. e) – **qualificazione – attività amministrativa di diritto comune.**

A ciascuno di questi aspetti corrisponde un diverso impatto sull'interesse legittimo

In materia di organizzazione vi è persistenza di interessi legittimi.

In materia di rapporto di lavoro vi è la scomparsa di interessi legittimi (se l'attività della p.a. non è retta dal principio di legalità non si può configurare l'esercizio di un potere pubblico e, dunque, l'esistenza di interessi legittimi).

B) La micro organizzazione e la gestione dei rapporti di lavoro

la micro organizzazione concerne i singoli uffici, la gestione dei rapporti di lavoro concerne la regolamentazione dell'attività del dipendente da parte del datore di lavoro

art. 5, comma 2

Nell'ambito delle leggi e degli atti organizzativi di cui all'articolo 2, comma 1, le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro, nel rispetto del principio di pari opportunità, e in particolare la direzione e l'organizzazione del lavoro nell'ambito degli uffici sono assunte in via esclusiva dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro, fatte salve la sola informazione ai sindacati ovvero le ulteriori forme di partecipazione, ove previsti nei contratti di cui all'art. 9.

La gestione dei rapporti con i dipendenti avviene nell'ambito dei poteri del privato datore di lavoro, tenuto al rispetto della comune normativa lavoristica e dei contratti collettivi, sicchè non è configurabile un'attività funzionalizzata e quindi procedimentalizzata

Cass. lav. 11589/03

È manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 29 d. lgs. n. 80 del 1998, nella parte in cui, attribuendo al giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni e, dunque, la tutela degli interessi legittimi nascenti dal rapporto di pubblico impiego, violerebbe l'art. 103, primo comma, Cost. (che attribuisce ai giudici amministrativi le controversie "per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi").

La pretesa risarcitoria, fondata su un asserito comportamento omissivo illecito della pubblica amministrazione datrice di lavoro, ossia dell'Azienda sanitaria locale che ingiustificatamente (in tesi) ritarda l'istituzione del servizio libero-professionale intramurario, così arrecando danni economici e di carriera ai medici dipendenti già optanti, trova la sua origine (causa petendi) nel rapporto di lavoro subordinato, e perciò rientra nella previsione di cui all'art. 29 Dlgs. 80/98.

Per effetto della legge 23 ottobre 1992 n. 421, con cui è stata conferita delega al Governo per la riforma, tra l'altro, del pubblico impiego, questo è stato ricondotto "sotto la disciplina del diritto civile" (art. 2, comma 1, lett. a). Più in particolare, attraverso il d. lgs. n. 29 del 1993, che ha dato attuazione alla detta legge di delega, le posizioni soggettive dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni sono state modificate, nel senso che nei rapporti di lavoro non è dato di identificare interessi legittimi di diritto pubblico, ai quali si riferisce l'art. 103 Cost., come è dimostrato dall'applicazione del codice civile, sia pure nei limiti della specialità del rapporto e del perseguimento degli interessi generali (art. 2, comma 2, d. lgs. 3 febbraio 1993 n. 29); dal fatto che l'amministrazione opera coi "poteri del privato datore di lavoro", adottando tutte le misure inerenti all'organizzazione ed alla gestione dei rapporti (art. 4, comma 2, d. lgs. ult.cit.); nonché dall'art. 68, comma 2, d. lgs. n. 80 del 1998, che parla espressamente di "diritti" dell'impiegato, coi connesso potere del giudice ordinario di emettere nei confronti delle pubbliche amministrazioni tutti i provvedimenti di accertamento, costitutivi e di condanna.

Una volta fondato il rapporto di lavoro su base paritetica, ad esso rimane estranea ogni connotazione autoritativamente discrezionale (così Corte cost. 16 luglio 1987 n. 268). Più precisamente, quand'anche la lesione lamentata dal prestatore di lavoro derivi dall'esercizio di poteri discrezionali dell'amministrazione datrice di lavoro, la situazione soggettiva lesa dovrà qualificarsi, alla stregua delle più recenti classificazioni civilistiche, come interesse legittimo di diritto privato, da riportare, quanto alla tutela giudiziaria, all'ampia categoria dei "diritti" di cui all'art. 2907 cod.civ.

Di recente la sentenza di queste Sezioni unite n. 500 del 22 luglio 1999 ha notato come la concentrazione della tutela, operata dal d. lgs. n. 80 del 1998 attraverso la ripartizione per materie, delle posizioni soggettive lese dall'esercizio illegittimo della funzione pubblica implica la volontà di collocare, quanto alla giurisdizione, le due

posizioni soggettive poste dagli artt. 24 e 113 Cost. su un piano di pari dignità (e comunque non definite in modo immutabile sulla Carta fondamentale).

Dopo la privatizzazione del pubblico impiego gli atti del datore di lavoro hanno perso natura pubblicistica e vanno qualificati come atti paritetici, ancorché espressione del potere di supremazia gerarchica. Ad essi sono applicabili

a) non le norme sul procedimento amministrativo ma il T.U. 165/01 e la contrattazione collettiva

b) non i vizi di legittimità dell'atto amministrativo, ma le categorie proprie del diritto civile (inesistenza, nullità, annullabilità, inefficacia), sulla cui base avviene il sindacato giurisdizionale – ne consegue, tra l'altro, l'irrelevanza dei motivi soggettivi salva l'ipotesi di illiceità ex art. 1418 e 1345 c.c.

Resta la questione dell'interferenza degli atti gestionali con gli atti organizzativi, che pone il problema dell'affievolimento dei diritti soggettivi inerenti al rapporto ad interessi legittimi.

La tesi negativa non ravvisa un rapporto di presupposizione tra provvedimento pubblicistico (il quale ultimo ha natura di atto generale di organizzazione, e atto di gestione del rapporto, ma al più un'efficacia riflessa)

Secondo la tesi positiva gli atti di organizzazione possono porsi in rapporto di presupposizione diretta con l'atto di gestione, come nell'ipotesi in cui a seguito di una revisione di ufficio pubblico per adeguamento alla pianta organica o perché lo stesso risulta sovradimensionato vengano emessi atti di trasferimento del personale; sono i casi in cui l'atto gestionale appare come necessariamente consequenziale al provvedimento

• **Rapporto tra atto di organizzazione e atto di gestione**

Si trascrive uno stralcio della dispensa della preconcorsione 5 settembre 2024

Ai sensi dell'art. 63 TU pubblico impiego le controversie relative agli atti espressione del potere organizzativo pubblicistico spettano alla giurisdizione amministrativa di legittimità in quanto non rientrano nell'ambito del rapporto di lavoro (1° comma, "*ancorché vengano in questione atti amministrativi presupposti... L'impugnazione davanti al giudice amministrativo dell'atto amministrativo rilevante nella controversia non è causa di sospensione del processo*").

Il rapporto di presupposizione tra atto amministrativo ed atto gestorio è limitato agli atti di macro-organizzazione. Se si ritiene che il rapporto abbia natura mediata, la cognizione del giudice ordinario sull'atto amministrativo avrebbe carattere incidentale e sarebbe riconducibile all'art. 5 L.A.C. Se, invece, si qualifica il rapporto come diretto, l'atto organizzativo assorbe l'atto paritetico consequenziale (si pensi ad un trasferimento di un dipendente a seguito di revisione dell'ufficio), degradando il diritto soggettivo ad interesse legittimo, e sono astrattamente possibili tre soluzioni:

a) la cognizione sull'atto amministrativo avrebbe natura principale e dunque sarebbe vietata al giudice ordinario – tesi da respingere perché svuota di contenuto il potere di disapplicazione sull'atto presupposto attribuito dall'art. 63, comma 1

b) la cognizione sull'atto amministrativo avrebbe natura principale ma sarebbe ammessa in deroga all'art. 4 L.A.C. – tesi da respingere nella misura in cui ammette una giurisdizione del g.o. su interessi legittimi

c) la cognizione sull'atto amministrativo avrebbe natura principale ma sarebbe ammessa esplicandosi in un giudizio non di illegittimità dell'atto ma di illiceità, avendo come referente soggettivo il diritto del lavoratore e come parametro gli artt. 1175 e 1375

La giurisprudenza ritiene la giurisdizione ordinaria, ma non chiarisce quale sia la natura del rapporto di presupposizione, se diretto o mediato. Le Sezioni Unite sembrano aderire alla prima tesi, poiché, se l'atto di organizzazione avesse solo efficacia indiretta sulla posizione del dipendente, costui dovrebbe impugnarlo dinanzi al giudice amministrativo. Per fare chiarezza è bene considerare la categoria della causalità: l'atto di organizzazione è condicio sine qua non della lesione, ma la causa efficiente è l'atto di gestione: dunque il rapporto tra atto di organizzazione e lesione della posizione del dipendente è mediato, l'illegittimità dell'atto di organizzazione è una questione pregiudiziale (art. 5 L.A.C.)

S.U. 3677/09 – atti di gestione – rapporto di presupposizione con atti macro-organizzazione

Due dirigenti si dolgono direttamente degli atti di gestione del rapporto (revoca degli incarichi dirigenziali e poi, a seguito della soppressione, di tutte le posizioni dirigenziali, della dichiarazione di eccedenza e della successiva messa in mobilità) adottati a seguito del provvedimento di variazione della pianta organica del Comune

Le controversie sorte tra il dipendente e la pubblica amministrazione cui egli appartiene, anche se vi siano coinvolti atti amministrativi di macrorganizzazione illegittimamente emanati dalla stessa amministrazione, rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario. Infatti, tali atti sono passibili di disapplicazione in tutti i casi in cui essi costituiscano provvedimenti presupposti di atti di gestione negoziale del rapporto di lavoro del pubblico dipendente.

Nei precedenti in cui la Corte di Cassazione ha affermato la giurisdizione amministrativa il provvedimento amministrativo non veniva in considerazione quale atto presupposto della gestione del rapporto di lavoro, perché il nuovo modulo organizzativo così introdotto non incideva direttamente sulla posizione del singolo dipendente, ma su queste aveva solo una efficacia indiretta e, d'altra parte, il pregiudizio di cui astrattamente avrebbero potuto risentire poteva essere eliminato non già dalla disapplicazione, ma dall'annullamento del provvedimento amministrativo.

Non è consentito al titolare del diritto soggettivo, che risente degli effetti di un atto amministrativo, di scegliere, per la tutela del diritto, di rivolgersi al giudice amministrativo per l'annullamento dell'atto, oppure al giudice ordinario per la tutela del rapporto di lavoro previa disapplicazione dell'atto presupposto, essendo consentita esclusivamente l'instaurazione del giudizio davanti al giudice ordinario, nel quale la tutela è pienamente assicurata dalla disapplicazione dell'atto e dagli ampi poteri riconosciuti a quest'ultimo dal secondo comma del menzionato art. 63.

Poiché l'art. 63 del d.lgs. n. 165 del 2001 conferisce al giudice del rapporto la possibilità di verificare la legittimità del provvedimento amministrativo presupposto di autorganizzazione (giacché il datore di lavoro pubblico è astretto in ciò ad una precisa disciplina, a differenza del datore di lavoro privato) e di disapplicarlo ove ne ravvisi la contrarietà alle regole, la disapplicazione conduce necessariamente a negare ogni effetto, tra le parti, all'atto generale di organizzazione, privando così di fondamento l'atto di gestione consequenziale.

Si obietta che il giudice, nel ripristinare la posizione sostanziale lesa del dipendente, non può però ignorare che l'atto organizzativo generale, non solo esiste, ma sarebbe anche definitivamente stabile, non essendo stato eliminato dal giudice amministrativo, a cui nessuno ha fatto ricorso, e non potendo essere annullato dal giudice ordinario, di talché il giudice del lavoro potrebbe fornire solo quei rimedi che siano compatibili con il provvedimento generale presupposto. Nella specie, non essendovi più le posizioni dirigenziali rivestite dai ricorrenti, non sarebbe possibile disporre la riassegnazione agli interessati delle precedenti mansioni dirigenziali, e non resterebbe che la tutela risarcitoria.

Vi è tuttavia da considerare che la legge non ha escluso l'operatività del meccanismo della disapplicazione dell'atto organizzativo illegittimo nei casi in cui, come nella specie, l'atto di gestione del rapporto di lavoro sia meramente applicativo di esso; risulta quindi "insito nel sistema" che il provvedimento di macro organizzazione (non sottoposto ad annullamento) da un lato rimanga operativo in via generale, e, dall'altro, essendo privato di effetti nei confronti del dipendente interessato, non valga a sorreggere l'atto di gestione consequenziale, comportando il pieno ripristino della situazione precedente, non potendosi ipotizzare una disapplicazione "dimidiata", ristretta al solo aspetto risarcitorio.

Nel caso in esame, l'attribuzione del solo risarcimento non costituirebbe effettiva "disapplicazione" dell'illegittimo provvedimento presupposto, perché questo continuerebbe a giustificare la revoca dell'incarico dirigenziale e i conseguenti provvedimenti. Invero, in tal caso, la situazione che si viene a creare non sembra dissimile rispetto a quanto avviene nel lavoro privato, in relazione alle pronunzie di reintegra nel posto di lavoro conseguenti a sentenze che ravvisino la illegittimità del licenziamento e che intervengano a distanza di tempo: anche in questi casi la posizione lavorativa, il reparto, le funzioni precedentemente svolte possono non esistere più, eppure non per questo si è mai ritenuto di negare la pronunzia di reintegra nel posto di lavoro, giacché una cosa è il tipo di provvedimento che il giudice può emettere, altra cosa è la sua idoneità ad essere eseguito in forma specifica. Si tratta invero dei consueti limiti che incontra la tutela del lavoratore e che attengono non già al giudizio di cognizione ma alla fase esecutiva, in cui peraltro non può escludersi l'adempimento spontaneo da parte del datore.

D'altra parte, ai sensi del secondo comma dell'art. 63 d.lgs. 165/2001 il giudice adotta, nei confronti delle P.A., tutti i provvedimenti di accertamento, costitutivi e di condanna ritenuti necessari e, precisa la disposizione, che siano richiesti dalla natura dei "diritti" tutelati, e non vi è dubbio che il dipendente vanti un diritto soggettivo, di talché è consentito condannare la P.A. ad un fare a seguito della disapplicazione. Precisandosi che, in ogni

caso, la riassegnazione è limitata alla durata residua di cui all'atto di attribuzione originario, dedotto il periodo di illegittima sottrazione.

La riconosciuta ammissibilità della tutela specifica comporta il ripristino dell'originario rapporto di lavoro dirigenziale, ai sensi dell'art. 1453, per cui i anche i dirigenti possono scegliere - in alternativa alla risoluzione - l'esecuzione del rapporto contrattuale.

Resta ferma la giurisdizione amministrativa qualora la domanda, pur veicolata sull'atto gestionale, abbia ad oggetto l'atto di organizzazione.

S.U. 4481/17

Rientrano nella giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo le controversie nelle quali, pur chiedendosi la rimozione del provvedimento di conferimento di un incarico dirigenziale (e del relativo contratto di lavoro), previa disapplicazione degli atti presupposti, la contestazione operata dal ricorrente investe direttamente il corretto esercizio del potere amministrativo, che si assume non essere conforme a legge.

La ricorrente ha chiesto l'annullamento per asseriti vizi di legittimità d'un atto di macro organizzazione, tale essendo il summenzionato regolamento di organizzazione degli uffici e servizi della Regione Lazio n. 1/2002, nella parte in cui esclude nelle procedure di selezione pubblica di ricerca dei dirigenti di area la valutazione comparativa dei titoli dei partecipanti esterni al ruolo regionale. In tal caso non può operare il potere di disapplicazione previsto dall'art. 63, comma 1, del d.lgs. n. 165/01, conformemente all'istituto generale di cui all'art. 5, all. E, legge n. 2248/1865. Il potere di disapplicazione presuppone che sia dedotto in causa un diritto soggettivo su cui incida un provvedimento amministrativo ritenuto illegittimo, mentre nel caso in esame si deduce una situazione giuridica suscettibile di assumere la consistenza di diritto soggettivo soltanto all'esito della rimozione del provvedimento di macro organizzazione (cfr, altresì, Cass. S.U. 27 maggio 1999, n. 308; 23 novembre 1995, n. 12104; 9 novembre 1992, n. 12073).

Parte ricorrente invoca a sostegno del proprio ricorso Cass. S.U. nn. 11387, 11711, 11712 e 11713 del 2016, ma si tratta di precedenti giurisprudenziali in cui questa Corte ha distinto la giurisdizione amministrativa sugli atti autoritativi organizzativi da quella ordinaria sulla residua parte della domanda (concernente il mantenimento d'un incarico dirigenziale revocato alla parte attrice).

E infatti la citata sentenza n. 11387 del 2016 ha statuito che la controversia nella quale un dirigente, a seguito del mancato conferimento di un incarico, prospetti un pregiudizio professionale derivante dall'adozione di atti di macro organizzazione correlati all'esercizio di poteri autoritativi (nella specie, rivolti a ridefinire le strutture amministrative e a stabilire i criteri e le modalità di attribuzione degli incarichi dirigenziali) al fine di ottenerne l'annullamento, la rimozione degli effetti ed un nuovo esercizio del potere amministrativo, spetta alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo in quanto implica la deduzione di una posizione di interesse legittimo, rispetto alla quale il rapporto di lavoro non costituisce l'effettivo oggetto del giudizio e gli effetti pregiudizievoli derivano direttamente dall'atto presupposto di cui si contesta la legittimità.

Cons. Stato, sez. VI, 17 marzo 2017, n. 1220

è sussistente la giurisdizione del giudice amministrativo in tema d'impugnazione "in parte qua" di un d.m., posto che viene in rilievo la stessa regola ordinatoria posta a presidio dell'ingresso in graduatoria dato che oggetto di contestazione sono atti di macro-organizzazione. La pubblica amministrazione, infatti, con l'adozione dei provvedimenti in esame, a prescindere dalla loro natura di atti normativi o amministrativi generali, definisce le linee fondamentali di organizzazione degli uffici, determinando anche le dotazione organiche complessive. La giurisdizione compete, pertanto, al giudice amministrativo. Né, in senso contrario, potrebbe rilevare la questione relativa all'incidenza "diretta" o "indiretta" di tali provvedimenti sui singoli rapporti di lavoro, trattandosi di un profilo che non ne muta la intrinseca natura e dunque le regole di riparto della giurisdizione. Questo aspetto può, al più, assumere rilevanza ai fini della individuazione dell'ambito del potere disapplicativo del giudice ordinario e se cioè esso può essere esercitato soltanto quando il provvedimento amministrativo di macro-organizzazione rilevi in via "indiretta" ai fini della risoluzione della controversia in linea con la regola generale posta dall'art. 5, l. 20 marzo 1865, n. 2248, All. E, ovvero anche quando esso venga in rilievo quale fonte "diretta" della lesione della posizione soggettiva individuale fatta valere in giudizio.

• Conferimento incarichi dirigenziali

Si trascrive uno stralcio della dispensa della preconcorsione 5 settembre 2024

La giurisdizione spetta al giudice ordinario per espressa disposizione dell'art. 63, comma 1 TU. Dopo un lungo dibattito è stato chiarito che questa previsione è coerente con il criterio di riparto diritto soggettivo / interesse legittimo, essendo nomina e revoca degli incarichi di cui all'art. 19 atti paritetici, espressione della capacità di diritto privato del datore di lavoro.

SU 24877/17

In tutti i casi nei quali vengano in considerazione atti amministrativi presupposti, ove si verta in tema di conferimento e revoca di incarichi dirigenziali nelle pubbliche amministrazioni, è consentita esclusivamente l'instaurazione del giudizio davanti al giudice ordinario, nel quale la tutela è pienamente assicurata dall'eventuale disapplicazione (dell'atto presupposto) e dagli ampi poteri riconosciuti al giudice ordinario medesimo dal comma 2 dello stesso art. 63 d.lgs. 165 del 2001. Se è vero che sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo rispetto ad atti di alta amministrazione, nondimeno va considerato che, avendo l'art. 63 cit. espressamente attribuito alla giurisdizione del giudice ordinario anche le controversie in tema di conferimento e revoca di incarichi dirigenziali nelle pubbliche amministrazioni, ormai tali atti sono da considerarsi come mere determinazioni negoziali e non più atti di alta amministrazione, venendo in tal caso in considerazione come atti di gestione del rapporto di lavoro rispetto ai quali l'amministrazione stessa opera con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro".

Con la sentenza in epigrafe la Suprema Corte ha confermato quanto statuito in entrambi i gradi di giudizio dai giudici amministrativi. La controversia aveva ad oggetto l'impugnativa proposta da un consigliere regionale avverso i decreti con cui un Presidente di Regione aveva nominato il direttore generale e i vice direttori generali dell'Agenzia Regionale per la Protezione Ambientale. Con le sentenze di primo (Tar Lazio n. 3132 del 2015) e di secondo (Consiglio di Stato n. 784 del 2016) grado i giudici amministrativi hanno declinato la propria giurisdizione in base al rilievo che le nomine dirigenziali non sono atti di alta amministrazione, ma atti gestori di rapporti lavorativi.

SU 8799/17

in tema di impiego pubblico privatizzato, ai sensi dell'art. 63, comma 1, del d.lgs. n. 165 del 2001, sono attribuite alla giurisdizione del giudice ordinario tutte le controversie inerenti ad ogni fase del rapporto di lavoro, incluse quelle concernenti l'assunzione al lavoro ed il conferimento di incarichi dirigenziali, mentre la riserva in via residuale alla giurisdizione amministrativa, contenuta nel comma 4 del citato art. 63, concerne esclusivamente le procedure concorsuali, strumentali alla costituzione del rapporto con la P.A. Ne consegue che appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario la cognizione della controversia relativa alla procedura di interpello per il conferimento di incarichi dirigenziali generali priva di natura concorsuale - sebbene aperta a soggetti esterni - in difetto della previsione di una commissione esaminatrice, della formazione di una griglia di punteggi riferita ai titoli prescritti e della formazione di una graduatoria finale di merito, sicché la valutazione comparativa dei candidati è di carattere discrezionale

SU 21671/13

in tema di impiego pubblico privatizzato, nell'ambito del quale anche gli atti di conferimento di incarichi dirigenziali rivestono la natura di determinazioni negoziali assunte dall'amministrazione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro, le norme contenute nell'art. 19, primo comma, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, obbligano l'amministrazione datrice di lavoro al rispetto dei criteri generali di correttezza e buona fede (art. 1175 e 1375 cod. civ.), applicabili alla stregua dei principi di imparzialità e di buon andamento di cui all'art. 97 Cost. Poiché, dunque, il superamento di un concorso pubblico, indipendentemente dalla nomina, consolida nel patrimonio dell'interessato una situazione giuridica individuale di diritto soggettivo, il mancato conferimento dell'incarico dirigenziale, per un errore nell'attribuzione dei punteggi in sede di approvazione della graduatoria concorsuale, è configurabile come inadempimento contrattuale, suscettibile di produrre un danno risarcibile....; la sua cognizione spetta alla giurisdizione del giudice ordinario; infatti, con l'approvazione della graduatoria si esaurisce l'ambito riservato al procedimento amministrativo e all'attività autoritativa dell'amministrazione, subentrando una fase in cui i comportamenti dell'amministrazione vanno ricondotti all'ambito privatistico, espressione del potere negoziale della p.a. nella veste di datrice di lavoro, da valutarsi alla stregua dei principi civilistici in ordine all'inadempimento delle obbligazioni (art. 1218 c.c.), anche secondo i parametri della correttezza e della buona fede

La giurisdizione amministrativa è affermata nei casi in cui la domanda sostanzialmente abbia ad oggetto atti di organizzazione a monte:

SU 4881/17 cit.

SU 11387/16

in tema di lavoro pubblico privatizzato, la controversia nella quale un dirigente, a seguito del mancato conferimento di un incarico, prospetti un pregiudizio professionale derivante dall'adozione di atti di macro-organizzazione correlati all'esercizio di poteri autoritativi (nella specie, rivolti a ridefinire le strutture amministrative e a stabilire i criteri e le modalità di attribuzione degli incarichi dirigenziali) al fine di ottenerne l'annullamento, la rimozione degli effetti ed un nuovo esercizio del potere amministrativo spetta alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo in quanto implica la deduzione di una posizione di interesse legittimo, rispetto alla quale il rapporto di lavoro non costituisce l'effettivo oggetto del giudizio e gli effetti pregiudizievoli derivano direttamente dall'atto presupposto di cui si contesta la legittimità

• Società pubbliche

Si trascrive uno stralcio della preconcorsa 5 settembre 2024

Le società per azioni a capitale pubblico sono un fenomeno estremamente variegato, originato da due ceppi: i processi di privatizzazione degli enti pubblici economici, la creazione – specie a livello locale – di società per la gestione efficientistica di servizi e funzioni pubbliche.

La questione della natura giuridica impatta sulla disciplina applicabile: sia dal lato privatistico (tutto il diritto societario), sia dal lato pubblicistico (controllo della Corte dei conti, accesso, procedimenti di evidenza pubblica in materia di appalti e reclutamento dei dipendenti, riparto di giurisdizione, natura soggettiva degli agenti ai fini penalistici, responsabilità da reato).

L'individuazione dell'esatta natura giuridica delle investe l'alternativa ermeneutica tra un modello a struttura privatistica ed uno a carattere pubblicistico.

Il diritto europeo, nella cornice dei processi di liberalizzazione economica e senza interferire direttamente nei processi di privatizzazione, consente alle società pubbliche di svolgere attività di impresa, nonché attività di servizio di interesse generale, economico o non, purché si rispettino le regole antitrust e le procedure di garanzia di scelta del contraente o del socio.

I modelli affermatasi nel diritto nazionale erano riconducibili a due categorie:

- società a prevalente regolamentazione privatistica, che svolgono attività di impresa ovvero attività di servizio pubblico economico, sia pure con deroghe di diritto pubblico¹²;
- società a prevalente regolamentazione pubblicistica, rappresentate dalle società che svolgono funzioni pubbliche (art. 29 della legge 241 del 1990), dalle società *in house* e dalle società strumentali di cui all'art. 13 decreto legge n. 223 del 2006¹³.

Il riordino delle società pubbliche è avvenuto per effetto della riforma Madia. La norma di delega (art. 18 legge 124/2015) valorizza i principi, alcuni dei quali di derivazione comunitaria, posti a tutela della concorrenza e della generale trasparenza ed efficacia dell'azione amministrativa, e fissa criteri direttivi che introducono misure volte a favorire la gestione corretta ed efficiente delle società a partecipazione pubblica, tra cui meritano attenzione:

La delega ha avuto attuazione con il d.lgs. 176/2016 (Testo Unico delle società partecipate).

L'art. 2 fissa i concetti chiave:

[...].

¹² In particolare responsabilità amministrativa per danno erariale subito dai soggetti pubblici partecipanti e procedimento di evidenza pubblica e conseguente giurisdizione amministrativa esclusiva nei contratti di appalto.

¹³ “1. Al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori, le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, debbono operare esclusivamente con gli enti costituenti ed affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti. 2. Le società di cui al comma 1 sono ad oggetto sociale esclusivo e non possono agire in violazione delle regole di cui al comma 1”.

Il d.lgs. si applica alle società a partecipazione pubblica, diretta o indiretta e, solo se espressamente previsto, alle società quotate

L'art. 3 prevede:

[..]

In tal modo il legislatore ha rinunciato a una classificazione formale delle società autonoma rispetto ai tipi civilistici (s.p.a. e s.r.l.), lasciando all'interprete il compito di ricostruirla in via sistematica.

L'art. 4, nella parte che interessa, stabilisce:

[...]

Il comma 1 fissa il vincolo di scopo, il comma 2 fissa il vincolo di attività: alle società pubbliche non è consentito svolgere attività di impresa.

Fissati i vincoli di scopo e di attività, il legislatore ha sancito la natura privatistica delle società pubbliche, con l'art. 1, comma 3: *“Per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato”*.

Tale affermazione incontra due limiti:

- il primo è costituito dallo stesso Testo Unico, che contiene una molteplicità di deroghe, anche di ispirazione pubblicistica, al diritto comune delle società;
- il secondo è dato da singole disposizioni normative dettate per le società che svolgono attività di interesse generale (anche economico) o, comunque, volte al perseguimento di una missione pubblica.

Manca un riferimento alle norme generali di diritto amministrativo, che sono, essenzialmente, quelle contenute nella legge n. 241 del 1990 e nel Codice dei contratti pubblici. La prima, non espressamente abrogata, trova applicazione, in virtù del richiamo effettuato alle società a partecipazione pubblica dall'art. 29 della stessa legge, nel caso in cui esse svolgono funzioni amministrative. La seconda trova applicazione in tutti i casi in cui le predette società pongono in essere attività nel settore dei contratti di appalto.

Gli articoli 6-9 disciplinano la fase costitutiva, gli articoli 10-15 disciplinano la gestione, dettando regole derogatorie in più punti rispetto al diritto societario, sia di natura privatistica, che pubblicistica.

L'art. 16 disciplina le società *in house*, soffermandosi sulle novità introdotte dalle direttive europee. In particolare il comma 1 stabilisce che *“Le società in house ricevono affidamenti diretti di contratti pubblici dalle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo o da ciascuna delle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo congiunto solo se non vi sia partecipazione di capitali privati, ad eccezione di quella prescritta da norme di legge e che avvenga in forme che non comportino controllo o potere di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata”*. Il comma 3 stabilisce che *“Gli statuti delle società di cui al presente articolo devono prevedere che oltre l'ottanta per cento del loro fatturato sia effettuato nello svolgimento dei compiti a esse affidati dall'ente pubblico o dagli enti pubblici soci”*.

L'art. 17 disciplina le società miste, sempre nell'ottica dell'affidamento diretto di appalti e concessioni, fissando come condizione che la quota di partecipazione del soggetto privato sia non inferiore al trenta per cento e la selezione del medesimo si svolga con procedure di evidenza pubblica, che abbiano a oggetto, al contempo, la sottoscrizione o l'acquisto della partecipazione societaria da parte del socio privato e l'affidamento del contratto di appalto o di concessione oggetto esclusivo dell'attività della società mista.

Di interesse è l'art. 19, sulla gestione del personale, tema al crocevia tra diritto civile e diritto amministrativo, che codifica l'applicazione ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle società a controllo pubblico del codice civile e delle leggi sul lavoro subordinato nell'impresa, nonché l'applicazione al reclutamento del personale dei principi di selezione previsti dal T.U. sul pubblico impiego.

La novità è data dalla devoluzione delle procedure di reclutamento alla giurisdizione ordinaria, laddove le procedure di reclutamento dei dipendenti pubblici privatizzati, ai cui principi la norma si ispira, spettano alla giurisdizione amministrativa di legittimità, avendo natura concorsuale. Si tratta di una scelta discutibile, poiché, se il procedimento di evidenza pubblica è imposto dalla legge, le posizioni dei partecipanti hanno natura di interesse legittimo.

Le disposizioni successive contengono norme finanziarie, finalizzate alla riduzione del numero delle società partecipate, e transitorie.

Sul riordino delle società partecipate la giurisprudenza ha preso una posizione chiara.

S.U. ord. 24591 del 2016 – nomina degli organi

Le azioni concernenti la nomina o la revoca di amministratori e sindaci delle società a totale o parziale partecipazione pubblica sono sottoposte alla giurisdizione del giudice ordinario, anche nel caso in cui le società stesse siano costituite secondo il modello del c.d. in house providing.

Cass. lav. 19925/2019 – procedure di reclutamento del personale

Ai sensi dell'articolo 18, comma 2, del decreto legge n. 112 del 2008, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 133 del 2008, le società a partecipazione pubblica devono procedere alle assunzioni mediante procedure selettive nel rispetto dei principi che sottendono la regola del concorso pubblico ex articolo 97 della costituzione. ne consegue che l'omesso esperimento delle suddette procedure determina la nullità del contratto a tempo determinato, ai sensi dell'articolo 1418, comma 1, del codice civile, e lo stesso non può essere convertito in rapporto a tempo indeterminato.

S.U. 11257/22 – procedimenti di scelta del partner privato – avvenuta conclusione mancato affidamento del servizio

Nei contratti di appalto o di concessione oggetto esclusivo dell'attività di una società mista, con l'avvenuta cessione delle quote e la conclusione della procedura di selezione indicata dall'art. 17 del d.lgs. n. 175 del 2016 per l'ingresso della socio privato nella compagine originaria, si attua la fattispecie della società mista pubblico-privata e, contemporaneamente, si chiude la fase involgente la giurisdizione esclusiva; dopo di che niente altro rileva che l'esercizio dei conseguenti comuni poteri di natura privatistica, tali da assoggettare la controversia agli ordinari criteri di riparto in base alla posizione che la domanda, sotto il profilo del petitum sostanziale, è diretta a tutelare

• Le convenzioni organizzative

Si trascrive uno stralcio della preconcorso 5 settembre 2024

Le convenzioni organizzative tra PA hanno ad oggetto l'istituzione o la disciplina in comune di attività o servizi tra organi o enti amministrativi. Riguardo alla loro natura giuridica si era acceso in un acceso dibattito, ormai da tempo sopito, che oscillava tra la soluzione regolamentare, preferita dalla dottrina, secondo la quale la convenzione sarebbe stata una norma organizzativa interna, e quella negoziale, accolta dalla giurisprudenza, secondo la quale la convenzione appartiene invece alla *species* dei contratti normativi¹⁴.

Un esempio di convenzione organizzativa è offerto dall'art. 30 del d.lgs. n. 267/2000, che recita testualmente, nei suoi quattro commi: *“Al fine di svolgere in modo coordinato funzioni e servizi determinati, gli enti locali possono stipulare tra loro apposite convenzioni. Le convenzioni devono stabilire i fini, la durata, le forme di consultazione degli enti contraenti, i loro rapporti finanziari ed i reciproci obblighi e garanzie. Per la gestione a tempo determinato di uno specifico servizio o per la realizzazione di un'opera lo Stato e la regione, nelle materie di propria competenza, possono prevedere forme di convenzione obbligatoria fra enti locali, previa statuizione di un disciplinare-tipo. Le convenzioni di cui al presente articolo possono prevedere la costituzione di uffici comuni, che operano con personale distaccato dagli enti partecipanti, ai quali affidare l'esercizio delle funzioni pubbliche in luogo degli enti partecipanti all'accordo, ovvero la delega di funzioni da parte degli enti partecipanti all'accordo a favore di uno di essi, che opera in luogo e per conto degli enti deleganti”*.

Attraverso le convenzioni organizzative gli enti stipulanti non creano un ente separato, come invece avviene attraverso la costituzione di un consorzio, ma esercitano le proprie funzioni in forma associata.

Le convenzioni menzionate dall'articolo in esame si dividono in due categorie: convenzioni facoltative e convenzioni obbligatorie.

Quanto alle prime, contemplate dal comma 1 della disposizione, l'oggetto deve consistere nell'esercizio di una funzione amministrativa (sia quelle attribuite a titolo originario che quelle delegate) o nella gestione di un servizio (ex art. 112 d.lgs. n. 267/2000, ossia i servizi pubblici locali consistenti nella produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali). Discussa in dottrina è l'interpretazione dell'attributo *“determinati”*, riferito alle funzioni e ai servizi: secondo alcuni esso imporrebbe che una singola convenzione dovrebbe limitarsi alla gestione di un unico servizio o di un'unica funzione; secondo

¹⁴ Cass. sez. un., n. 1101/1963.

altri esso indicherebbe esclusivamente il divieto di convenzioni che genericamente facciano riferimento a servizi e funzioni pubbliche locali, senza indicare il contenuto e le modalità di espletamento ed erogazione coordinati.

Accanto alle convenzioni facoltative, il comma 3 dell'art. 30 prevede le convenzioni obbligatorie, le quali, a differenza delle prime, possono avere ad oggetto esclusivamente la realizzazione di un'opera pubblica o la gestione a tempo determinato di un servizio. Le convenzioni obbligatorie, che hanno un contenuto predefinito, sono espressione della volontà dello Stato o della Regione, che nelle materie di propria competenza possono prevederle con atti normativi o meno. L'intervento statale o regionale non toglie che le convenzioni siano il prodotto di una regolamentazione consensuale tra gli enti locali, integrata sulla base del disciplinare-tipo predisposto dallo Stato o dalla Regione e posto a regolare in via generale le clausole della convenzione.

La natura delle convenzioni organizzative facoltative è stata approfondita in giurisprudenza¹⁵, affermandosi che la fattispecie convenzionale rappresenta una forma associativa tra enti locali finalizzata allo svolgimento coordinato di funzioni e servizi determinati, tant'è che l'art. 30, comma 2 del d.lgs. n. 267/2000 stabilisce espressamente che dette convenzioni devono stabilire i fini, la durata, le forme di partecipazione degli enti contraenti, i loro rapporti finanziari ed i reciproci obblighi e garanzie. Secondo la giurisprudenza, gli elementi indicati dalla disposizione devono ritenersi essenziali ai fini dell'iscrizione dell'atto nella categoria delle convenzioni organizzative. In particolare, è soprattutto l'elemento finalistico rappresentato dallo svolgimento coordinato di determinati servizi e funzioni che vale a distinguere queste ultime dai c.d. protocolli di intesa, i quali sono normalmente caratterizzati dall'assunzione da parte degli enti interessati di una serie di impegni di carattere politico-programmatico, da attuarsi in via autonoma con propri provvedimenti o iniziative.

Frequente nella prassi è la stipula di tali convenzioni per l'espletamento dei servizi di polizia stradale, che determinano una deroga alla regola della competenza territoriale degli appartenenti al Corpo che agiscono nell'interesse di un altro Comune parte della convenzione, con le conseguenze che ne derivano sotto il profilo della legittimità degli atti da questi posti in essere¹⁶.

La figura ha trovato un fondamento di carattere generale nell'art. 15 della legge n. 241 del 1990, che disciplina gli accordi di programma, di cui si tratterà nell'apposita sede, benché parte della dottrina rilevi che tali accordi si avvicinino maggiormente al *genus* di cui all'art. 11 della stessa legge.

Considerazioni sul concorso

Le prime due tracce erano risolvibili con l'ausilio dei codici e il ragionamento. Più difficile, ma comunque possibile, era risolvere la traccia di amministrativo senza conoscere l'argomento.

Come sempre la Scuola è molto più avanti nella selezione e illustrazione delle tracce probabili, che peraltro avviene a brevissima distanza dal concorso. Questo vantaggio competitivo si aggiunge a quelli che derivano dal metodo scientifico di preparazione.

Di seguito l'analisi comparata delle *performance* della Scuola e del Resto d'Italia in tutti i concorsi degli ultimi dieci anni, calcolata in base al rapporto tra vincitori e partecipanti, che è l'unico dato materiale in grado di spiegare l'incidenza dell'insegnamento sul risultato degli studenti.

¹⁵ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 1 ottobre 2010, n. 7274.

¹⁶ Cfr. Cass. civ., sez. II, 24 dicembre 2009, n. 27325, che argomenta anche in base alla legge 7 marzo 1986, n. 65 (*Legge-Quadro sull'ordinamento della polizia municipale*), che aveva previsto la possibilità per i Comuni di gestire il servizio di polizia municipale nelle forme associative previste dalla legge dello Stato (art. 1, comma 2), demandando al regolamento comunale del servizio di polizia municipale, adottato dai Comuni singoli o associati, di stabilire “*che l'ambito ordinario delle attività sia quello del territorio dell'ente di appartenenza o dell'ente presso cui il personale sia stato comandato*” (art. 4, comma 1, n. 3) e di osservare il criterio per cui “*le missioni esterne per soccorso in caso di calamità e disastri, o per rinforzare altri Corpi e servizi in particolari occasioni stagionali o eccezionali, sono ammesse previa esistenza di appositi piani o di accordi tra le amministrazioni interessate, e di esse va data previa comunicazione al prefetto*” (art. 4, comma 1, n. 4, lett. c).

<i>Magistratura</i>	Diritto e Scienza	Resto d'Italia	Podio
2011	15,5%	6,2%	2°
2012	18,58%	8,5%	2°
2014	20%	4,32%	1°
2015	20,87%	5,64%	1°
2016	18,10%	5,5%	3°
2017	22,32%	5,29%	/
2018	20,46%	5,52%	/
2019	19,04%	4,03%	3°
2021	26,61%	3,28%	1°
2022	23%	9,27%	/
2023	23,7%	7,05%	/
<i>Procuratore Stato</i>	Diritto e Scienza	Resto d'Italia	Podio
2015	15,6%	3,1%	3°
2017	15%	4,9%	2°
2019	12,5%	3,6%	1°
2021	15%	5,1%	/
<i>Tar</i>	Diritto e Scienza	Resto d'Italia	Podio
2018	24%	6%	1° - 2° - 3°
2019	22,7%	6,9%	3°
2021	28,1%	14,3%	/
2023	20%	6,9%	3°
<i>Avvocato Stato</i>	Diritto e Scienza	Resto d'Italia	Podio
2018	45,5%	17,8%	1°
2021	50%	27,6%	/
2023	71,4%	42%	2°
<i>Consiglio di Stato</i>	Diritto e Scienza	Resto d'Italia	Podio
2022	25%	7%	
2023	50%	10%	1° - 2°