

TRACCE DEL CONCORSO A 340 POSTI

PREMESSA

Come di consueto si pubblica lo studio della commissione, affisso in aula in occasione della lezione pre-concorso, e la comparazione tra le tracce assegnate al concorso e quelle trattate al corso, indicando quando (a quale distanza dal concorso) e come (con quale grado di prossimità alla traccia concorsuale e di approfondimento) siano state esaminate. Questi dati permettono di valutare l'utilità per lo studente della selezione di argomenti probabili, essendo ovvio che in un corso prima o poi si tocchino quasi tutti gli argomenti, ma che se ciò viene fatto in maniera generica o a distanza di mesi dal concorso non c'è vantaggio competitivo. Da ultimo, occorre calcolare l'incidenza percentuale dell'argomento "buono", che dipende dal rapporto con il numero di argomenti segnalati.

TRACCE ASSEGNATE

Diritto amministrativo:

- Concorso, 7 luglio 2015 > *"Il candidato tratti della natura del ricorso straordinario al Capo dello Stato, del procedimento, e in particolare dell'ammissibilità dell'impugnativa del decreto decisorio e dei possibili rimedi in caso di non esecuzione, anche in forma specifica"*.
- Full immersion di diritto amministrativo, Roma 18 giugno 2015 e Milano 21 giugno 2015 > *La natura del ricorso straordinario al Capo dello Stato e i suoi riflessi*¹.

Il ricorso straordinario era segnalato nello studio della commissione tra gli argomenti probabili.

Diritto civile:

- Concorso, 8 luglio 2015 > *"Negoziazione degli strumenti finanziari, alea contrattuale e funzione speculativa. Profili di meritevolezza"*.
- Lezione pre-concorso, 6 luglio 2015 > *Contratto e mercato*²; *Distinzione tra causa e tipo negoziale*³ (entrambi già trattati nella seconda sessione mirata del corso intensivo 2015).

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

Diritto penale:

- Concorso, 10 luglio 2015 > *"Accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico: elementi costitutivi, luogo e tempo della consumazione e in particolare la relazione con la rivelazione ed utilizzazione di segreti d'ufficio"*.
- Corso intensivo 2015 – selezione di giurisprudenza > *Cass. sez. un. 4694/12*.

¹ Trattati:

- la natura giurisdizionale o amministrativa del ricorso;
- il procedimento;
- il ricorso alle sezioni unite avverso la decisione sul ricorso;
- l'ottemperanza.

In particolare, dopo l'analisi di Cons. Stato Ad. Pl. 9/13 e Corte Cost. 73/14, è stato illustrato il parere Cons. Stato I, 2553/2014, che contiene l'intera gamma dei profili coinvolti dalla traccia.

² Trattati:

- i contratti "macroeconomici" e la cd. commercializzazione del diritto civile;
- valenza prescrittiva o descrittiva delle categorie di operazioni economiche (bancarie, finanziarie, commerciali etc.);
- il neoformalismo come rimedio ai fallimenti del mercato a tutela – e non a compressione – dell'autonomia privata;
- la persistenza degli schemi del diritto civile classico (accordo, oggetto, causa, effetti, patologia).

³ Trattati:

- la concezione classica della causa;
- la concezione moderna della causa;
- giudizio di meritevolezza nei contratti tipici e atipici, con particolare riferimento a quelli gratuiti.

ANALISI DELLE TRACCE

Le tracce presentano un livello di difficoltà oscillante. Lineari quelle di amministrativo e penale, ma su argomenti secondari dei due ordinamenti. Più complessa quella di civile, con difficoltà di interpretazione, e l'incrocio tra argomenti classici del diritto privato e una tipologia ben nota – ma molto tecnica – di contratti commerciali.

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

DIRITTO AMMINISTRATIVO

“Il candidato tratti della natura del ricorso straordinario al Capo dello Stato, del procedimento, e in particolare dell'ammissibilità dell'impugnativa del decreto decisorio e dei possibili rimedi in caso di non esecuzione, anche in forma specifica”.

1. Problema conosciuto

Il tema richiede la ricostruzione della disciplina del ricorso straordinario alla luce della sua natura, giurisdizionale o amministrativa. In particolare i riflessi della qualificazione dell'istituto devono cogliersi con riferimento all'operatività del principio del contraddittorio e all'ammissibilità della tutela giurisdizionale, sotto il profilo dell'impugnazione della decisione ovvero della sua esecuzione nelle forme dell'ottemperanza. Il candidato, se adotta un'opzione sul problema della natura giuridica, deve indicare soluzioni di disciplina coerenti; ma è preferibile illustrare entrambe le tesi, eventualmente prendendo posizione in favore di una di esse alla fine.

2. Svolgimento

La prima parte regge l'architettura dell'elaborato e quindi deve essere oggetto di una trattazione sufficientemente ampia. Con sentenza n. 9 del 2013 il Consiglio di Stato nella massima composizione ha concluso per la natura “sostanzialmente” giurisdizionale⁴.

⁴ A fronte di un contrasto giurisprudenziale esistente in ordine alla natura giuridica del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, va confermato l'orientamento che riconosce natura sostanzialmente giurisdizionale del rimedio in parola e dell'atto terminale della relativa procedura, in tal senso deponendo le ultime novità normative che hanno interessato l'istituto e, in particolare, assumendo rilievo decisivo lo *ius superveniens* che ha attribuito carattere vincolante al parere del Consiglio di Stato, con il connesso riconoscimento della legittimazione dello stesso Consiglio a sollevare, in detta sede, questione di legittimità costituzionale.

La matrice sostanzialmente giurisdizionale del rimedio è corroborata dalle indicazioni ricavabili dal codice del processo amministrativo di cui al D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104. Merita menzione, in particolare, l'articolo 7, comma 8, che, nel quadro di una disciplina dedicata alla definizione del concetto e dell'estensione della giurisdizione amministrativa, limita la praticabilità del ricorso straordinario alle sole controversie devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo e, quindi, ai campi nei quali, in ragione della consistenza della posizione soggettiva azionata o in funzione della materia di riferimento, il giudice amministrativo è dotato di giurisdizione. La “giurisdizione” diventa quindi presupposto generale di ammissibilità del ricorso straordinario, non diversamente da quanto accade per il ricorso ordinario al giudice amministrativo. In tal guisa si sancisce l'attrazione del ricorso straordinario nel sistema della giurisdizione amministrativa di cui costituisce forma speciale e semplificata di esplicazione.

La rimozione della possibilità che il ricorso straordinario sia promosso in materie in cui il giudice amministrativo è privo di giurisdizione, rafforza, poi, il connotato dell'alternatività del rimedio, cancellando l'ipotesi di un ricorso straordinario concorrente, nelle materie estranee alla giurisdizione amministrativa, con quello giurisdizionale e, soprattutto, eliminando l'ostacolo che tale anomalia avrebbe rappresentato sulla strada della sostanziale giurisdizionalizzazione di siffatta tecnica di tutela.

Sullo stesso solco si pone anche la disciplina recata dall'articolo 48 del codice del processo amministrativo, che, al comma 1, contempla la facoltà di opposizione, ex art. 10 d.P.R. n. 1199/1971, in favore di qualsiasi «parte nei cui confronti sia stato proposto il ricorso straordinario».

La generalizzazione della facoltà di opposizione, testimoniata dall'uso di una formula che comprende anche lo Stato, oltre alle altre pubbliche amministrazioni, ai controinteressati e ai cointeressati, garantisce il pieno rispetto del contraddittorio e, soprattutto, assicura la compatibilità del nuovo assetto con la garanzia dell'effettività della di tutela

È una tesi non condivisibile: come nel mondo fisico, anche in quello normativo una cosa è (giurisdizionale) o non è. Nella specie non è, come affermato nel parere Cons. Stato sez. I, 2553/2014 (di cui era componente non relatore lo scrivente), che ha confutato le argomentazioni della Plenaria, analizzando l'evoluzione storica, il procedimento, la decisione e la tutela, concludendo per l'inammissibilità del ricorso in cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione⁵.

giurisdizionale (art. 24 Cost.) e con il principio del doppio grado di giudizio (art. 125 Cost) in quanto l'unicità del grado e la caratterizzazione semplificata dell'istruttoria trovano fondamento nell'accordo sostanziale tra le parti secondo uno schema consensuale non dissimile da quello che permea il ricorso per saltum ex art. 360, comma 2, c.p.c.

Va poi rimarcato che il successivo comma 3 dell'art. 48, laddove prevede che il tribunale amministrativo regionale che dichiara l'inammissibilità dell'opposizione deve disporre la restituzione del fascicolo per la «prosecuzione del giudizio in sede straordinaria», dà luogo ad una speciale forma *translatio iudicii* che, anche sul versante schiettamente terminologico, mostra di considerare il ricorso straordinario come la continuazione del medesimo giudizio incardinato con il ricorso al giudice amministrativo. Il giudizio che prosegue in sede straordinaria registra, quindi, il mutamento del rito ma non vede modificata la sua natura sostanzialmente giurisdizionale.

Va inoltre osservato che proprio la valorizzazione delle coordinate normative fin qui esaminate ha di recente indotto la Corte di Legittimità ad assegnare al decreto che definisce il ricorso straordinario la valenza di decisione costituente esercizio della giurisdizione riferibile, nel contenuto recato dal parere vincolante, al Consiglio di Stato, naturaliter sottoposta al sindacato delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione per soli motivi inerenti alla giurisdizione ex artt. 111, comma 8, Cost., 362, comma 1, c.p.c. e 110 c.p.a. (Cass., sezioni unite, 19 dicembre 2012, n. 23464).

Si deve per completezza osservare che, secondo il condivisibile orientamento interpretativo assunto dalla Corte di Cassazione con la sentenza in esame, siffatta costruzione ermeneutica è compatibile con il divieto di istituzione di nuovi giudici speciali sancito dall'articolo 102, comma 2, Cost. A sostegno dell'assunto depone la decisiva considerazione che, anche prima delle riforme che ne hanno messo in risalto la caratterizzazione giurisdizionale, la decisione sul ricorso straordinario esibiva, nel suo nucleo essenziale, la connotazione di decisione di giustizia pur se per vari aspetti non poteva parlarsi di «funzione giurisdizionale» nel significato pregnante dell'art. 102 Cost., comma 1, e art. 103 Cost., comma 1. Si deve allora convenire che, una volta depurato il procedimento, per il tramite della revisione operata dal legislatore ordinario, dagli aspetti non compatibili con il riconoscimento della «funzione giurisdizionale», la decisione del ricorso straordinario, nella parte in cui assume come unico sostrato motivazionale il parere del Consiglio di Stato, rientra a pieno titolo nella garanzia costituzionale dell'art. 103 Cost., comma 1, che fa salvi, come giudici speciali, il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa.

Per le stesse ragioni non si pone un problema di compatibilità, rispetto alla riserva di legge costituzionale relativa alla disciplina di condizioni, forme e termini di proponibilità dei giudizi di legittimità costituzionale (art. 137 Cost., comma 1), della ricordata previsione che legittima il Consiglio di Stato, in sede di emissione del parere sul ricorso straordinario, a sollevare la questione incidentale di legittimità costituzionale, dal momento che non è precluso al legislatore ordinario - nel rispetto del divieto di istituzione di nuovi giudici speciali - di riconoscere o confermare la natura giurisdizionale di una sede in cui una controversia è dibattuta tra le parti in contraddittorio ed è decisa da un giudice terzo ed imparziale ai sensi dell'art. 1 della L. cost. 9 febbraio 1948, n. 1, e dall'art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87, art. 23.

Va soggiunto che tale «revisione» è stata esplicitata dal legislatore con la normativa recata in materia di contributo unificato dall'art. 37, comma 6, del d.l. 6 luglio 2011 n. 98, convertito, con modificazioni, in legge 15 luglio 2011, n. 111, che, in sede di modifica dell'art. 113, comma 6-bis, del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese giustizia di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115, ha dettato la disciplina del contributo unificato per il ricorso straordinario, inserendo l'istituto *de quo* all'interno del complessivo sistema giudiziario.

La qualificazione della decisione su ricorso straordinario come decisione di giustizia inquadrabile nel sistema della giurisdizione amministrativa conducono a collocare il decreto che definisce il ricorso straordinario nel novero dei provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo (di cui all'articolo 112, comma 2, lettera b), del Cpa), con la conseguenza che il ricorso per l'ottemperanza deve essere proposto, ai sensi dell'articolo 113, comma 1, del codice del processo amministrativo, dinanzi allo stesso Consiglio di Stato nel quale si identifica «il giudice che ha emesso il provvedimento della cui ottemperanza si tratta».

⁵ La Sezione ritiene che la questione della avvenuta giurisdizionalizzazione o meno del ricorso straordinario e, conseguentemente, della proponibilità del ricorso per cassazione, ai sensi degli artt. 111, ottavo comma, Cost. e 362, primo comma, c.p.c., sia rilevante e meriti approfondimento.

Tale giurisdizionalizzazione è stata sostenuta da una recente giurisprudenza a seguito di significative innovazioni normative dell'istituto del ricorso straordinario (Cass. Civ. Sez. Unite, 19 dicembre 2012, n. 23464; C.d.S., A.P., 6 maggio 2013, n. 9; Corte Cost. 2 aprile 2014, n. 73; Cass. Civ. Sez. Unite, 14 maggio 2014, n. 10414).

Il ricorso straordinario trae origine dalle istanze in via di giustizia e di grazia proposte al sovrano nelle monarchie assolute e aventi ad oggetto sia provvedimenti giudiziari che amministrativi. Il re pronunciava sul ricorso, acquisito in un primo tempo il parere del Consiglio dei memoriali, successivamente, quando il Consiglio dei memoriali fu unito al Consiglio di Stato, il parere del Consiglio di Stato (Costituzioni generali di Vittorio Amedeo II del 1770). I ricorsi

avverso le sentenze furono attribuiti alla cognizione del Magistrato di Cassazione dall'art. 2 del regio editto 30 ottobre 1847, n. 653.

Lo Statuto Albertino del 4 marzo 1848, che pur mutava il complessivo quadro istituzionale, in relazione al Consiglio di Stato, si limitava a prevedere che una delle categorie fra le quali potevano essere scelti i senatori fosse quella dei magistrati del Consiglio di Stato dopo 5 anni di funzioni (art. 33, primo comma, n. 15), e a stabilire che si sarebbe dovuta emanare una legge sul riordinamento del Consiglio di Stato (art. 83, primo comma), e non conteneva alcuna disposizione sul ricorso straordinario.

Con la legge n. 3707 del 30 ottobre 1859 (una delle 4 leggi di riordino del contenzioso amministrativo, voluta dal Governo Rattazzi), sono disciplinate le attribuzioni consultive e giurisdizionali del Consiglio di Stato, che diviene il giudice supremo del contenzioso amministrativo. Gli artt. 15, comma primo, n. 4, e 16 di tale legge possono essere indicati come la prima fonte normativa espressa del ricorso straordinario al Capo dello Stato.

Tali disposizioni così recitano:

“Art. 15 – Oltre le materie alle quali è provveduto per leggi speciali, dovrà essere necessariamente inteso il parere del Consiglio di Stato: ... 4. sui richiami che si facciano al Re contro la legittimità di provvedimenti governativi, di carattere amministrativo, per quali già siano esaurite, o non si possano proporre in via gerarchica, le domande di riparazione.

Art. 16 – Nei casi di cui nei precedenti articoli 14 e 15 può il ministro, veduto lo avviso della sezione competente, richiedere il Presidente del Consiglio di Stato perché faccia emettere un secondo avviso dell'intero Consiglio a sezioni riunite”.

Con l'allegato D (“legge sul Consiglio di Stato”) alla legge n. 2248 del 20 marzo 1865 (“Per l'unificazione amministrativa del Regno d'Italia) la disposizione sul ricorso straordinario di cui all'art. 15 della legge n. 3707/1859, sopra riportato, fu trasfusa nell'art. 9, comma primo, n. 4, con l'aggiunta della specificazione di cui all'ultimo capoverso del n. 4:

“Art. 9 – Oltre i casi nei quali il voto del Consiglio di Stato è richiesto per legge dovrà domandarsi: ... 4. Sui ricorsi fatti al Re contro la legittimità di provvedimenti amministrativi sui quali siano esaurite e non possano proporsi domande di riparazione in via gerarchica. Nei casi previsti al n. 4 di questo articolo, quando il provvedimento sia contrario al parere del Consiglio di Stato, si farà constare dal decreto reale essersi pure udito il Consiglio dei Ministri”.

Quindi, in base alle fonti normative riportate, il ricorso straordinario è delineato dal legislatore come un rimedio generale di legittimità avverso provvedimenti definitivi, che non ha natura giurisdizionale ed in cui la tutela dell'interessato si realizza attraverso un procedimento amministrativo che si conclude con un atto amministrativo di giustizia avente la forma del decreto reale adottato su parere obbligatorio, ma non vincolante, del Consiglio di Stato (la difformità del parere doveva essere deliberata dal Consiglio dei ministri).

La Sezione rileva che la natura amministrativa dell'istituto in questione emerge in modo evidente dalle due leggi richiamate che entrambe trattano sia l'attività giurisdizionale (che nella previsione dell'art. 10 dell'allegato D alla legge del 1865 è residuale mentre nella legge del 1859 è generale), che l'attività amministrativa del Consiglio di Stato. La Sezione nota in proposito che con l'allegato D alla legge n. 2248 del 1865 i conflitti di attribuzione, che secondo la legge n. 3707/1859 (art. 17), di competenza del Consiglio di Stato, non rientravano nelle attribuzioni giurisdizionali di tale organo, sono divenuti oggetto di giurisdizione propria del Consiglio di Stato (art. 10, all. D alla legge n. 2248/1865). La materia del ricorso straordinario mantiene invece la originaria natura amministrativa.

Il ricorso straordinario è stato delineato dalle disposizioni richiamate quale rimedio di carattere generale avente natura amministrativa avverso atti definitivi, esperibile per sole ragioni di legittimità da chiunque fosse titolare di un interesse personale. La sua natura amministrativa o, comunque non giurisdizionale, come si è esposto, era connessa alla espressa volontà manifestata nelle fonti normative. La sua generalità, quindi la sua estensione alla tutela avverso la lesione dei diritti soggettivi, derivava dalla circostanza che la figura dell'interesse legittimo non era emersa, seppur negli atti parlamentari della seconda metà dell' '800 è stata utilizzata per indicare controversie che non rientravano nelle attribuzioni del giudice ordinario. È con la legge 31 marzo 1889, n. 5992, istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato per la Giustizia Amministrativa che la figura emerge sostanzialmente, con la conseguente lenta presa di coscienza di dottrina e giurisprudenza.

Ed è soltanto con la Costituzione della Repubblica Italiana che ad essa si dà formale ed espresso riconoscimento.

Quindi fino all'entrata in vigore del codice del processo amministrativo che con l'art. 7, comma 8 (“*Il ricorso straordinario è ammesso unicamente per controversie devolute alla giurisdizione amministrativa*”), ha limitato l'ambito delle controversie proponibili in sede di ricorso straordinario, la tutela del ricorso straordinario comprendeva anche tutte le controversie per lesione di diritti soggettivi derivanti da atto amministrativo, in concorrenza con la tutela innanzi al giudice ordinario. Ciò, come è stato sopra rilevato, è derivato dal fatto che, al momento della espressa, originaria previsione legislativa del ricorso straordinario, dopo l'avvento della monarchia costituzionale, la distinzione nell'ambito delle situazioni giuridiche soggettive fra diritto soggettivo e interesse legittimo non esisteva. In questo senso va precisata l'osservazione reiterata in dottrina e giurisprudenza secondo cui l'esperibilità del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica per la violazione di diritti soggettivi in regime di concorrenza con la giurisdizione ordinaria si basa su un orientamento interpretativo consolidatosi praeter legem.

Con l'introduzione della IV Sezione il rapporto fra ricorso giurisdizionale e ricorso straordinario è stato disciplinato dal secondo comma dell'art. 7 della legge n. 5992/1889 istitutiva della IV Sezione ("*[t]ale ricorso [alla sezione quarta] non è più ammesso quando, contro il provvedimento definitivo, si sia presentato ricorso al Re in sede amministrativa, secondo la legge vigente*"). Tale disposizione fu riportata tal quale al secondo comma dell'art. 28 del R.D. n. 6166 del 2 giugno 1889. Va da sé che il ricorso straordinario in tale testo unico è menzionato all'art. 12 del Titolo II concernente le attribuzioni consultive del Consiglio di Stato e non nel Titolo III concernente le attribuzioni giurisdizionali.

Con la legge 7 marzo 1907, n. 62, istitutiva della V Sezione avente natura giurisdizionale, fu anche previsto il termine di 180 giorni per la proposizione del ricorso straordinario (art. 2, nella parte in cui ha modificato l'art. 12, primo comma, n. 4, della legge n. 6166/1889), in precedenza esperibile senza un termine specificamente previsto da una fonte normativa. Con tale legge fu anche introdotta una disposizione di favore nei confronti del ricorso giurisdizionale (art. 4 che ha aggiunto un capoverso all'art. 28 della legge n. 6166/1889). Secondo il nuovo capoverso "*...quando il provvedimento si riferisce direttamente ad altri interessati, il ricorso al Re non può essere proposto se non siano decorsi i termini per impugnare il provvedimento stesso in sede giurisdizionale, ovvero quando nessuno degli interessati abbia dichiarato entro 15 giorni dalla ricevuta comunicazione del ricorso al Re di fare opposizione. In caso contrario il giudizio avrà luogo in sede giurisdizionale*".

Questi caratteri sostanziali sono stati ripetuti nel R.D. n. 638 del 17 agosto 1907 (artt. 12 e 26), e nel R.D. n. 1054 del 26 giugno 1924 recante Testo Unico delle leggi sul Consiglio di Stato (artt. 16 e 34).

La Costituzione della Repubblica italiana non fa espresso riferimento al ricorso straordinario; dai lavori dell'Assemblea costituente emerge che l'espressione "di tutela della giustizia nell'amministrazione" contenuta nell'art. 100 Cost. sia riferita anche alla funzione consultiva e, in particolare al ricorso straordinario (discussione sulla proposta Romano soppressiva della formula "di tutela della giustizia nell'amministrazione"; interventi degli onorevoli Bozzi, Ruini e, in maniera più argomentata, Tosato – A.C. pag. 1574).

La dottrina ha chiarito anche che la norma di cui all'art. 87 Cost. non esclude il permanere in capo al Presidente della Repubblica delle attribuzioni di carattere amministrativo già spettanti al Re. Peraltro il legislatore ordinario ha confermato la vigenza dell'istituto con l'art. 7 della legge 21 dicembre 1950, n. 1018 ("*Modificazioni al testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato*"). Tale vigenza è stata anche confermata dalla previsione del ricorso straordinario al Presidente della Regione, di cui all'art. 23, terzo comma, dello statuto della Regione siciliana. Con l'entrata in vigore della Costituzione veniva quindi riaffermato il carattere amministrativo dell'istituto, in ordine al quale il Ministro era competente per l'istruzione e la decisione, la garanzia era data dal parere, pur non vincolante del Consiglio di Stato, organo di tutela della giustizia nell'amministrazione ai sensi dell'art. 100 Cost., la forma era quella del decreto del Presidente della Repubblica.

La Sezione, comunque, osserva che fin dall'entrata in vigore della Costituzione, la posizione costituzionale del Presidente della Repubblica, quale capo dello Stato rappresentante dell'unità nazionale e quindi garante dei supremi principi dell'ordinamento, non ha consentito di qualificare la sua partecipazione al procedimento per ricorso straordinario, che si conclude con un atto a sua firma, quale meramente formale o simbolica.

La disciplina del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica ha, quindi, trovato una sistemazione normativa negli articoli da 8 a 15 del decreto legislativo di cui al d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199, recante titolo "*Semplificazione dei procedimenti in materia di ricorsi amministrativi*".

L'intervento della Corte costituzionale, prima (CC. n. 148/1982), che ha esteso la potestà di chiedere la trasposizione in sede giurisdizionale alla autorità emanante il provvedimento impugnato diversa dallo Stato, del legislatore, poi, che ha attribuito la potestà di trasposizione anche allo Stato (art. 48, comma 1, c.p.a.), in quanto emanante il provvedimento impugnato, ha attribuito a ciascuna delle parti del ricorso straordinario la potestà di ottenere che il ricorrente abbia l'onere di trasporre il suo ricorso in sede giurisdizionale.

Quindi prima delle "significative innovazioni normative" che hanno indotto la giurisprudenza a qualificare la natura del ricorso amministrativo come giurisdizionale (Cass. Civ. Sez. Unite, 19 dicembre 2012, n. 23464; C.d.S., A.P., 6 maggio 2013, n. 9; Corte Cost. 2 aprile 2014, n. 73; Cass. Civ. Sez. Unite, 14 maggio 2014, n. 10414), il ricorso straordinario era ritenuto un ricorso di natura amministrativa alternativo al ricorso al giudice amministrativo (sul presupposto che tale procedura fosse stata accettata da ciascuna delle parti), concorrente con l'azione avanti al giudice ordinario, con formalità semplificate che doveva dar luogo ad un giudizio di breve durata e che forniva quindi uno strumento semplificato di tutela avverso le illegittimità degli atti della Amministrazione.

La Sezione rileva che il rapporto tra Amministrazione che svolge l'istruttoria e Consiglio di Stato in sede consultiva che formula il parere è elemento di arricchimento per entrambi.

Le significative innovazioni normative che hanno indotto la Corte di cassazione a mutare la sua giurisprudenza sono, in particolare, gli interventi attuati con l'art. 69, l. 18 giugno 2009, n. 69 che, con il primo comma, ha attribuito al Consiglio di Stato in sede di procedimento per ricorso straordinario la potestà di sollevare questione di costituzionalità e, al secondo comma, ha eliminato il potere governativo di non uniformarsi al parere del Consiglio di Stato in sede di procedimento per ricorso straordinario, per cui il parere del Consiglio di Stato è divenuto vincolante per il Ministro istruttore e proponente, nonché la norma di cui all'art. 7, comma 8, c.p.a. che limita il ricorso straordinario alle controversie devolute alla giurisdizione amministrativa.

La Sezione è del parere che le innovazioni, di cui al richiamato art. 69, abbiano accresciuto la forza della tutela offerta ai soggetti dell'ordinamento dal rimedio del ricorso straordinario, ma non ne abbiano mutato la essenziale natura di rimedio amministrativo che può esistere nel sistema della attuale Costituzione e, in particolare, dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, perché parallelo ad esso vi è il necessario rimedio giurisdizionale. La innovazione di cui all'art. 7, comma 8, della legge delegata per il riordino del processo amministrativo, è stata ritenuta coerente con la delega della richiamata sentenza della Corte costituzionale n. 73/2014 sulla base del mutamento di giurisprudenza della Corte di cassazione qui oggetto di esame.

Il rimedio, certamente peculiare e non inquadrabile interamente nelle ordinarie categorie, deve la sua attuale vigenza alla tradizione, nel senso che si è ritenuto che trattandosi di uno strumento di tutela aggiuntivo fosse un istituto che valeva la pena mantenere.

La Sezione osserva che:

1. l'istituto mantiene caratteri, i quali costituiscono la sua struttura essenziale, che appaiono incompatibili con la natura giurisdizionale ad esso attribuita;
2. le innovazioni normative possono non apparire tali da determinare il mutamento della natura dello strumento di tutela in questione;
3. secondo una interpretazione sistematica che tenga conto della giurisprudenza della Corte EDU in materia di ricorso straordinario appare doversi escludere l'attribuzione della natura giurisdizionale.

Per quanto riguarda i caratteri del procedimento e del decreto del Presidente della Repubblica, atto conclusivo del procedimento stesso, la Sezione rileva che tali caratteri sono indicativi della natura amministrativa dell'istituto e della decisione in quanto:

- a) la tipicità degli atti giurisdizionali, come ha rilevato la dottrina, esclude che una sentenza possa essere adottata nella forma del decreto del Presidente della Repubblica, in quanto tale tipicità non ammette la distinzione fra giurisdizione sostanziale e formale. Inoltre, nella sua funzione di garante dei principi supremi dell'Ordinamento, il Capo dello Stato, quale rappresentante dell'unità nazionale, ha un controllo su tutti gli atti a sua firma, che si realizza attraverso l'esercizio di una valutazione del merito costituzionale di tali atti, volto a garantire i principi supremi dell'ordinamento e i diritti inalienabili della persona (in senso conforme: C.d.S. Sez. I e II riunite, 7 maggio 2012, n. 2131/2012, 4648/2010);
- b) la conoscenza degli atti del procedimento che attiene al contraddittorio si realizza attraverso la domanda di accesso degli interessati, secondo la regola dei procedimenti amministrativi (in tal senso: C.d.S., Sez. I e II riunite, 7 maggio 2012, n. 2131/12, 4648/10) e quindi non vi è pienezza di contraddittorio;
- c) l'istruttoria di regola è svolta dal Ministro competente per materia, che può essere parte;
- d) il decreto del Presidente della Repubblica decisorio del ricorso straordinario può essere impugnato ai sensi dell'art. 10, terzo comma, d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199 innanzi al giudice amministrativo, per vizi di forma e procedura, da tutte le parti evocate; può essere impugnato per qualsiasi vizio dal controinteressato pretermesso (vedasi sul punto C.d.S. in s.g., Sez. III, 19 marzo 2014, che ha ritenuto la richiamata disposizione vigente, pur non contestando il presupposto della natura sostanzialmente giurisdizionale della decisione del ricorso straordinario);
- e) nella stessa fase del procedimento che si conclude con il parere del Consiglio di Stato manca la possibilità dell'udienza pubblica;
- f) il parere, su richiesta dell'Amministrazione referente, prima della emissione del decreto presidenziale, può essere riesaminato dalla Sezione per le ragioni che potrebbero dar luogo a revocazione, per intervenute innovazioni normative e per contrasto giurisprudenziale;
- g) il chiaro disposto dell'art. 7 del d.P.R. 6.4.1984, n. 426 (recante norme di attuazione dello statuto speciale di autonomia per la Regione Trentino Alto Adige sulla istituzione del Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento e della Sezione autonoma per la Provincia di Bolzano), al comma terzo dispone testualmente: *“nelle materie di competenza della sezione autonoma di Bolzano non è ammesso il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica”*.

Non essendo il ricorso straordinario, a norma della Costituzione, collocato nella sezione delle “norme sulla giurisdizione”, ben può subire restrizioni, sul piano sia formale che sostanziale, con norma di attuazione dello Statuto di autonomia, atteso che è costituzionalmente garantita (art. 113) solo la piena tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi assunta con sentenza. La sentenza delle Sezioni Unite civili n. 23464/2012 si fa carico della questione della compatibilità della forma del procedimento per ricorso straordinario con i parametri del processo giurisdizionale, ma non considera questi elementi della realtà ai fini della interpretazione, limitandosi, con una inversione logica, a dare indicazioni al legislatore (*“Ma laddove l'interpretazione adeguatrice non riesca a modellare il procedimento per ricorso straordinario in termini tali da renderlo pienamente compatibile sul piano costituzionale, c'è spazio per il legislatore per avanzare ulteriormente nel processo di revisione dell'istituto”*).

Anche l'equiparazione fra la attuale vicenda della “giurisdizionalizzazione giurisprudenziale” del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e quella delle Commissioni tributarie, realizzata con la sentenza della Corte costituzionale 19 dicembre 1974, n. 287, appare non persuasiva. Infatti per quanto concerne la vicenda più antica vi era la necessità di trovare un giudice per le controversie in materia di valutazione estimativa e ciò fu realizzato, con la richiamata sentenza della Corte costituzionale, considerando che il legislatore, con la riforma tributaria prevista dalla

Ciò premesso, dalla qualificazione come giurisdizionale o amministrativo del ricorso straordinario discendono conseguenze diverse sul piano del procedimento e dell'ammissibilità della tutela, impugnatoria o esecutiva.

Tesi amministrativa: fermo quanto previsto espressamente dalla legge in ordine alle modalità di proposizione del ricorso, alla facoltà di opposizione, all'istruttoria, alla tutela cautelare, alla possibilità di sollevare eccezione di legittimità costituzionale, al parere del Consiglio di Stato, al decreto del Presidente della Repubblica, si pongono alcuni problemi con riguardo agli aspetti non

legge delega 9 ottobre 1971, n. 825 e attuata con la legge delegata in materia di contenzioso tributario, di cui al d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 636, aveva esercitato il potere di revisione, che la VI disp. trans. prevede per gli organi speciali di giurisdizione al momento dell'entrata in vigore della Costituzione e aveva così risolto il contrasto esistente qualificando quale giurisdizionale la natura delle Commissioni tributarie. Nel caso del ricorso straordinario, come si è rilevato, la sua natura amministrativa è confermata dall'art. 100, primo comma, della Costituzione, la sua attuale vigenza è fondata sulla parallela esistenza di un giudice amministrativo ed il ricorso è ammissibile se nessuna parte abbia optato per il procedimento giurisdizionale (anziché all'entrata in vigore del codice del processo amministrativo come sopra rilevato il ricorso straordinario era concorrente con l'azione innanzi al giudice civile). Inoltre non vi è stata una riforma legislativa generale che ne abbia inteso revisionarne la natura, ma soltanto alcune disposizioni la cui ratio è stata quella di accrescere l'effettività della tutela offerta dal ricorso straordinario aumentando le garanzie e la possibilità di difesa a beneficio delle parti, mantenendo la peculiare, sperimentata natura e struttura di rimedio giustiziale amministrativo.

Per quanto concerne le innovazioni normative che hanno indotto il mutamento di giurisprudenza, la limitazione operata dall'art. 7, comma 8, c.p.a. non pare un elemento rilevante ai fini della natura del rimedio.

Per quanto riguarda le innovazioni introdotte dall'art. 69, l. n. 69/2009, va rilevato che, come ha segnalato la dottrina, la circostanza che il Ministro proponente sia vincolato al parere del Consiglio di Stato non ha incidenza sulla natura del procedimento e del provvedimento conclusivo e che la legittimazione a sollevare questione di legittimità costituzionale non appare determinante, in quanto tale legittimazione è stata riconosciuta ad organi nell'esercizio di funzioni non giurisdizionali quale la Corte dei Conti, nell'esercizio del controllo sugli atti del Governo (Corte Cost. 18 novembre 1976, n. 226). Certamente l'interpretazione di una fonte normativa non è legata alla volontà del produttore della fonte, ma quest'ultima è comunque un elemento da tenere in considerazione e nel caso in esame non vi è nessun dato che possa far ritenere che il legislatore abbia voluto far cosa diversa dal limitarsi ad accrescere l'effettività della tutela offerta dal ricorso straordinario. Come la Sezione ha notato, il ricorso straordinario, pur non indicato espressamente in Costituzione, era stato considerato dai costituenti nell'ambito dell'art. 100 Cost. e, sulla base delle indicate innovazioni normative, non può ritenersi trasferito nel contenitore forgiato dall'art. 103 Cost.

Da ultimo la Sezione ritiene essenziale valutare la giurisprudenza della Corte EDU in ordine al ricorso straordinario.

La Corte di Strasburgo, XIII Sezione, con la sentenza 28 settembre 1999, ha deciso il ricorso proposto dal signor Costantino Nardella, il quale si doleva della violazione dell'art. 6 della Convenzione, per la lunga durata di un procedimento per ricorso straordinario da lui proposto avverso il diniego della concessione di un assegno di studio. La Corte ha premesso che il ricorso straordinario è un ricorso amministrativo non giurisdizionale avverso un provvedimento finale (*"Il s'agit d'un recours administratif non contentieux à l'encontre d'un acte définitif."*), alternativo al ricorso giurisdizionale innanzi al giudice amministrativo (*"Le recours extraordinaire est exclusif du recours juridictionnel administratif"*), che consente soltanto un controllo di legittimità (*"permet seulement un contrôle de la légalité"*). Poiché il ricorso giurisdizionale offre maggiori garanzie rispetto al ricorso straordinario (*"[p]uisque ce dernier offre des garanties majeures par rapport au recours extraordinaire"*), il controinteressato può, entro un termine di sessanta giorni dalla notificazione, richiedere che il ricorso sia trattato innanzi al giudice amministrativo (*"l'autre partie (contreinteressato) peut, dans un délai de soixante jours à compter de la notification, demander à ce que le recours soit porté devant le juge administratif"*). Il recente innovativo indirizzo giurisprudenziale, promosso dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione, prescinde dall'incidenza che esso tende a produrre nell'ordinamento nazionale, come modificato dalle disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, così come interpretato dalla Corte EDU. La Sezione è dell'opinione che, anche sulla base di una interpretazione sistematica, considerati i valori che l'ordinamento esprime, questo strumento di tutela, che si aggiunge alla tutela giurisdizionale, e costituisce anche mezzo di deflazione del contenzioso amministrativo, che i costituenti vollero mantenere con la previsione del primo comma dell'art. 100, abbia mantenuto la sua originaria natura e peculiarità di rimedio amministrativo, al quale le recenti innovazioni legislative hanno attribuito una maggiore forza. La nuova qualificazione della natura dell'istituto, cioè la sua dichiarata giurisdizionalizzazione, non rappresenterebbe un accrescimento della tutela complessiva e impoverirebbe il sistema delle tutele nell'ordinamento. L'estendersi della giurisdizionalizzazione nell'ordinamento, di per sé, non può ritenersi elemento positivo.

Alla luce delle esposte considerazioni è assorbita la questione dell'avvenuta preclusione alla proposizione del ricorso per cassazione, ai sensi dell'art. 111, ottavo comma della Costituzione e dell'art. 362 c.p.c., a seguito della mancanza di qualsiasi contestazione nel corso del procedimento per la decisione del ricorso straordinario della competenza del Consiglio di Stato ad emettere il parere (Cass. Civ., Sez. Unite, 14 maggio 2014, n. 10414).

disciplinati. Il più importante tra questi è la partecipazione del ricorrente all'istruttoria, che deve avvenire nelle forme del procedimento amministrativo e non in quelle del processo, quindi con una limitata esplicazione del principio del contraddittorio, che può realizzarsi solo attraverso istanza di accesso agli atti formulata in ricorso, ovvero d'ufficio qualora il Consiglio di Stato ritenga utile acquisire memorie o documenti dal ricorrente. Altro problema riguarda il ventaglio di azioni proponibili, che deve ritenersi limitato a quella di annullamento, attesa la natura impugnatoria dell'istituto. Di un certo rilievo è anche la possibilità di avanzare richiesta di riesame del parere sulla base degli stessi vizi che sarebbero proponibili in sede di revocazione, ma prima del decreto del Presidente della Repubblica.

È senz'altro ammissibile, oltre al ricorso per revocazione espressamente previsto, l'impugnazione davanti al giudice amministrativo. L'art. 10, comma 3 d.p.r. 1199/71 dispone che il controinteressato che non abbia esercitato l'opzione per la sede giurisdizionale può impugnare la decisione solo per vizi di forma e di procedura suoi propri, che la giurisprudenza ha individuato in quelli verificatisi nella fase successiva alla pronuncia del parere del Consiglio di Stato (ad. plen. 22/80; sez. IV 800/96; sez. VI 3831/06). A seguito dell'entrata in vigore dell'art. 48 del Codice del processo amministrativo, che attribuisce la facoltà di opposizione in favore di qualsiasi parte nei cui confronti sia stato proposto il ricorso straordinario riferimento ai controinteressati, la citata limitazione opera solo per le parti che abbiano scelto, o accettato, che la controversia fosse decisa nella sede straordinaria: ossia al ricorrente da un lato, e dall'altro lato alle controparti che, avendo avuto la possibilità di chiedere la trasposizione alla sede giurisdizionale, non se ne siano avvalse. Se ne ricava che il controinteressato non ritualmente evocato può impugnare la decisione senza limiti, dunque anche per vizi inerenti al parere del Consiglio di Stato (e, s'intende, alle fase procedurali anteriori).

Il rimedio tradizionale per l'ipotesi di mancata esecuzione del decreto decisorio – nelle ipotesi in cui questo non sia autoesecutivo – è quello dell'azione avverso il silenzio inadempimento eventualmente formatosi sull'istanza di adozione delle misure idonee a dare attuazione alla decreto del Capo dello Stato, nel cui ambito ottenere – già in sede di cognizione se trattasi di attività vincolata – l'adozione degli atti amministrativi necessari per il soddisfacimento del bene della vita. Tuttavia, pur riconoscendo natura amministrativa a tale decreto, a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 112, comma 2, lett. d) del Codice del processo amministrativo, è ipotizzabile l'azione di ottemperanza, assimilando il decreto decisorio ai provvedimenti del giudice amministrativo equiparati alle sentenze passate in giudicato per i quali non sia previsto il rimedio dell'ottemperanza. Ne consegue che il ricorso per l'ottemperanza deve essere proposto, ai sensi del successivo art. 113, comma 2, dinanzi al Tar del Lazio, nella cui circoscrizione operano il Presidente della Repubblica, il Ministro proponente ed il Consiglio di Stato in sede consultiva.

Tesi giurisdizionale: i passaggi del procedimento comuni all'altra tesi sono quelli normativamente previsti, mentre divergono le soluzioni in tema di contraddittorio, azioni, riesame. Più precisamente, a voler seguire rigorosamente la qualificazione del ricorso straordinario come giurisdizionale si dovrebbe certamente ammettere – nel silenzio del legislatore – la piena operatività del contraddittorio e garantire al ricorrente – a prescindere da una sua domanda – la conoscenza degli atti del procedimento e il diritto a interloquire sulle deduzioni delle altre parti, anche producendo documenti. Ferma restando l'inammissibilità di azioni incompatibili con il modello impugnatorio del procedimento, dovrebbe ritenersi possibile la conversione dell'azione di annullamento in azione di accertamento a fini risarcitori e l'azione avverso il silenzio. Da escludersi il riesame prima del decreto decisorio, incompatibile con la natura di "giudizio" del procedimento.

Ulteriori possibili riflessi della tesi sono la possibilità di sollevare la pregiudiziale comunitaria e l'ammissibilità dei mezzi di prova previsti nella giurisdizione di legittimità.

Sul piano della tutela avverso il decreto decisorio, oltre al ricorso per revocazione è ammissibile l'opposizione di terzo e il ricorso in cassazione per motivi di giurisdizione. Invece, dovrebbe escludersi l'impugnativa giurisdizionale. Tuttavia, Cons. St. sez. III, n. 1346 del 2014 ha ritenuto che, pur aderendo alla tesi giurisdizionale, l'impugnativa davanti al giudice amministrativo è ammessa, poichè l'art. 10, comma 3 d.p.r. 1199/71 non è stato espressamente abrogato, né può dirsi abrogato per incompatibilità con le nuove disposizioni, che sono state concepite con lo scopo di accrescere le garanzie e le possibilità di difesa, a beneficio delle parti. L'esclusione di ogni possibilità di impugnazione (fino al punto di sacrificare il controinteressato che eccepisca di non aver ricevuto la notifica del ricorso) sarebbe un effetto contrario alle intenzioni del legislatore.

In ordine ai rimedi per l'ipotesi di mancata esecuzione, è applicabile l'art. 112, comma 2, lett. b) del Codice del processo amministrativo, che prevede l'azione di ottemperanza per l'attuazione delle sentenze esecutive e degli altri provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo, ai quali ultimi apparterebbero i decreti decisori in esame. Ne consegue che il ricorso per l'ottemperanza deve essere proposto, ai sensi dell'art. 113, comma 1, dinanzi allo stesso Consiglio di Stato, nel quale si identifica il giudice che ha emesso il provvedimento della cui ottemperanza si tratta. È configurabile altresì il rimedio risarcitorio, da azionare in via autonoma o congiuntamente all'ottemperanza.

3. Conclusioni

Emerge nitidamente come la tesi giurisdizionale, oltre a violare il principio del terzo escluso, viepiù considerando la regola dell'alternatività, violi il principio di non contraddizione: vi sono dei caratteri strutturali del procedimento, fissati dal legislatore, incoerenti con la giurisdizione e il processo, quali l'assenza di udienza pubblica e del doppio grado di giudizio, l'ammissibilità dell'impugnazione al giudice amministrativo, l'istruttoria svolta dall'Amministrazione, che sarebbe – nell'ipotesi in cui si tratti dell'autorità emanante – parte e terza contemporaneamente.

Quando una tesi, pur sostenuta autorevolmente e con dovizia di argomenti, urta i principi della logica formale, lo scienziato non può che rifiutarla. Ciò, ovviamente, non tocca il candidato alla magistratura, che può non prendere posizione o aderire alla tesi prevalente, benchè erronea.

DIRITTO CIVILE

“Negoziazione degli strumenti finanziari, alea contrattuale e funzione speculativa. Profili di meritevolezza”.

1. Problema conoscitivo

Il tema verte sul rapporto tra causa e tipo nei contratti speculativi negoziati nei mercati finanziari, come si evince dalla circostanza che dei quattro nuclei concettuali della traccia, tre (“alea contrattuale”, “funzione speculativa”, “meritevolezza”) richiamino espressamente il concetto di causa e che i contratti di investimento – e in particolare quelli di negoziazione di strumenti finanziari – siano nominati, quindi in astratto riconosciuti come meritevoli⁶. È possibile che, non essendo semplicissimo giungere a tale conclusione, la Commissione accetti anche elaborati

⁶ Che è, peraltro, l'impostazione data in letteratura e in giurisprudenza all'argomento: TUCCI A., *La negoziazione degli strumenti finanziari derivati e il problema della causa del contratto*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2013, I, 68 ss. (Sommaro: 1. Il vizio “genetico” dei contratti derivati fra teoria e “realtà sociale” – 2. Regole di validità e regole di condotta nei contratti di investimento – 3. “Copertura” e “speculazione” fra causa e tipo – 4. Complessità dell'operazione e meritevolezza degli interessi.

sbilanciati sulla tematica dei contratti di investimento. In tale prospettiva si può dare spazio anche alla responsabilità – precontrattuale o contrattuale – dell’intermediario finanziario, che a rigore è un profilo secondario, poiché la traccia si occupa della fattispecie e non del rapporto, sicché la violazione delle regole di comportamento poste dal Tuf è rilevante soprattutto nella misura in cui dia luogo a vizi genetici, per deviazione del contratto speculativo dallo scopo tipico.

2. Svolgimento

- *La negoziazione degli strumenti finanziari.*

La definizione del concetto è ricavabile dalla lettura del Tuf⁷ e dalla cultura media dell’aspirante magistrato⁸. In particolare, l’attività di negoziazione rientra tra i servizi di investimento, definiti dall’art. 1, comma 5, in primo luogo la cd. negoziazione per conto proprio, con cui si intende l’attività di acquisto e vendita di strumenti finanziari, in contropartita diretta e in relazione a ordini dei clienti. Considerato che la traccia si riferisce all’alea contrattuale ed alla funzione speculativa, non è difficile capire che la tecnica negoziale da esaminare è la stipulazione di contratti derivati, che – come lo stesso nome suggerisce – sono strumenti finanziari di secondo

⁷ Ai sensi dell’art. 1, comma 2:

Per “strumenti finanziari” si intendono:

a) valori mobiliari;

b) strumenti del mercato monetario;

c) quote di un organismo di investimento collettivo del risparmio;

d) contratti di opzione, contratti finanziari a termine standardizzati («future»), «swap», accordi per scambi futuri di tassi di interesse e altri contratti derivati connessi a valori mobiliari, valute, tassi di interesse o rendimenti, o ad altri strumenti derivati, indici finanziari o misure finanziarie che possono essere regolati con consegna fisica del sottostante o attraverso il pagamento di differenziali in contanti;

e) contratti di opzione, contratti finanziari a termine standardizzati («future»), «swap», accordi per scambi futuri di tassi di interesse e altri contratti derivati connessi a merci il cui regolamento avviene attraverso il pagamento di differenziali in contanti o può avvenire in tal modo a discrezione di una delle parti, con esclusione dei casi in cui tale facoltà consegue a inadempimento o ad altro evento che determina la risoluzione del contratto;

f) contratti di opzione, contratti finanziari a termine standardizzati («future»), «swap» e altri contratti derivati connessi a merci il cui regolamento può avvenire attraverso la consegna del sottostante e che sono negoziati su un mercato regolamentato e/o in un sistema multilaterale di negoziazione;

g) contratti di opzione, contratti finanziari a termine standardizzati («future»), «swap», contratti a termine («forward») e altri contratti derivati connessi a merci il cui regolamento può avvenire attraverso la consegna fisica del sottostante, diversi da quelli indicati alla lettera f), che non hanno scopi commerciali, e aventi le caratteristiche di altri strumenti finanziari derivati, considerando, tra l’altro, se sono compensati ed eseguiti attraverso stanze di compensazione riconosciute o se sono soggetti a regolari richiami di margini;

h) strumenti derivati per il trasferimento del rischio di credito;

i) contratti finanziari differenziali;

j) contratti di opzione, contratti finanziari a termine standardizzati («future»), «swap», contratti a termine sui tassi d’interesse e altri contratti derivati connessi a variabili climatiche, tariffe di trasporto, quote di emissione, tassi di inflazione o altre statistiche economiche ufficiali, il cui regolamento avviene attraverso il pagamento di differenziali in contanti o può avvenire in tal modo a discrezione di una delle parti, con esclusione dei casi in cui tale facoltà consegue a inadempimento o ad altro evento che determina la risoluzione del contratto, nonché altri contratti derivati connessi a beni, diritti, obblighi, indici e misure, diversi da quelli indicati alle lettere precedenti, aventi le caratteristiche di altri strumenti finanziari derivati, considerando, tra l’altro, se sono negoziati su un mercato regolamentato o in un sistema multilaterale di negoziazione, se sono compensati ed eseguiti attraverso stanze di compensazione riconosciute o se sono soggetti a regolari richiami di margini.

3. Ai sensi dell’art. 1, comma 3: Per “strumenti finanziari derivati” si intendono gli strumenti finanziari previsti dal comma 2, lettere d), e), f), g), h), i) e j), nonché gli strumenti finanziari previsti dal comma 1-bis, lettera d).

Il comma 1-bis, lettera d) si riferisce a qualsiasi altro titolo che comporta un regolamento in contanti determinato con riferimento ai valori mobiliari, a valute, a tassi di interesse, a rendimenti, a merci, a indici o a misure.

⁸ Appare francamente eccessivo che un laureato in giurisprudenza di età superiore ai 25 anni e che studia per il concorso in magistratura non abbia nozioni elementari di contratti finanziari, che sono patrimonio di conoscenza dell’uomo comune in un’epoca caratterizzata dalla globalizzazione economica e dall’influenza dei mercati finanziari, persino sul debito sovrano, nonché dalla tendenza dei risparmiatori a investire in titoli negoziati nei mercati regolamentati. L’attuale crisi origina proprio dalla bolla speculativa del 2008.

grado, ossia contratti il cui prezzo sia basato sul valore di mercato di un altro strumento finanziario, definito sottostante (azioni, indici finanziari, valute, tassi d'interesse o anche materie prime). Gli utilizzi principali degli strumenti derivati sono la copertura di un rischio finanziario e la speculazione. I derivati sono oggetto di contrattazione in molti mercati finanziari, e soprattutto in mercati al di fuori dei centri borsistici ufficiali, ossia in mercati alternativi alle borse vere e proprie, detti OTC, *over the counter*. Le caratteristiche strutturali degli strumenti derivati negoziati OTC comportano una coincidenza fra la negoziazione del prodotto e la conclusione del singolo e specifico contratto, fra intermediario e cliente. Al riguardo, ha riscosso notevole fortuna fra gli interpreti un modello ricostruttivo del rapporto fra intermediario e cliente incentrato sul binomio "contratto quadro" / "singole operazioni di investimento" e sulla qualificazione giuridica di questo rapporto in termini di contrapposizione fra contratto di mandato (il contratto quadro) e successiva attuazione dell'incarico, mediante l'esecuzione degli ordini di volta in volta impartiti dal cliente⁹. A questo punto poteva accennarsi alla questione delle conseguenze della violazione delle regole di condotta degli intermediari – in particolare art. 21 Tuf – risolta da S.U. n. 26724/07, secondo cui può aversi responsabilità precontrattuale o contrattuale, ma non nullità¹⁰.

- L'alea contrattuale e la funzione speculativa.

Alea significa rischio: il contratto aleatorio viene descritto come il negozio bilaterale contraddistinto dall'assunzione di un rischio, legato alla circostanza che la validità o il prezzo del contratto dipendono da un evento incerto. La caratteristica principale dei contratti aleatori è, dunque, l'incertezza del risultato economico. Non esiste tuttavia una disposizione che definisca o individui i contratti aleatori. Della categoria ci sono tracce nel codice civile all'art. 1472, comma 2, che contempla un'ipotesi di vendita aleatoria cod.civ.; all'art. 1998, che menziona i premi ed altre utilità aleatorie prodotte da titoli di credito, mentre la disciplina è scolpita dagli artt. 1448, 1469, che stabiliscono l'inapplicabilità dei rimedi previsti per i contratti a prestazioni corrispettive, consistenti nella rescissione per lesione e nella risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta. Proprio il riferimento ai contratti a prestazioni corrispettive induce a classificare i contratti aleatori tra quelli sinallagmatici, in cui il rischio incide su entrambe le parti (cd. alea bilaterale), anche se una sola delle prestazioni è collegata a un evento incerto. Gli esempi più noti sono i contratti di rendita vitalizia (l'obbligazione di corrispondere la rendita dura finché dura la vita di una persona designata dalle parti, la quale può essere sia il beneficiario della rendita che un terzo) e assicurazione (l'assicuratore si obbliga a rivalere all'assicurato, entro i limiti convenuti, del danno ad esso prodotto da un sinistro, ovvero a pagare un capitale o una rendita al verificarsi ad un evento attinente alla vita umana, ovvero a risarcire a terzi il danno che dovrebbe essere risarcito dall'assicurato). La caratteristica dei contratti aleatori tipizzati è di intervenire su di un rischio esistente in natura e ciò li rende astrattamente meritevoli di tutela.

Quando il rischio è artificiale, il contratto assume una funzione speculativa. Il codice civile conosce i tipi del gioco¹¹ e della scommessa¹², disciplinati dall'art. 1933, secondo cui "*Non compete*

⁹ TUCCI A., *op. cit.*

¹⁰ Costituisce principio tradizionale dei contratti la distinzione tra norme di comportamento dei contraenti e norme di validità del contratto: la violazione delle prime, tanto nella fase prenegoziale quanto in quella attuativa del rapporto, ove non sia altrimenti stabilito dalla legge, genera responsabilità e può essere causa di risoluzione del contratto, ove si traduca in una forma di non corretto adempimento del generale dovere di protezione e degli specifici obblighi di prestazione gravanti sul contraente, ma non incide sulla genesi dell'atto negoziale, quanto meno nel senso che non è idonea a provocarne la nullità.

¹¹ Il gioco è una competizione con finalità ricreativa che si conclude con la vittoria di singoli o di gruppi secondo determinate regole; tali regole non sono giuridiche e possono al più rilevare come presupposto di fatto per

azione per il pagamento di un debito di giuoco o di scommessa, anche se si tratta di giuoco o di scommessa non proibiti. Il perdente tuttavia non può quanto abbia spontaneamente pagato dopo l'esito di un giuoco o di una scommessa in cui non vi sia stata alcuna frode. La ripetizione è ammessa in ogni caso se il perdente è un'incapace". L'ordinamento giuridico sembra, dunque, guardare con sfavore alla funzione speculativa. Al riguardo la dottrina tradizionale, che muove dalla concezione astratta della causa quale conclamata funzione economico-sociale del negozio, ravvisa l'immeritevolezza di tali contratti sul piano dell'utilità sociale. Tuttavia, la circostanza che i giochi e le scommesse non proibiti, in quanto privi di azzardo, non siano considerati nulli, ma diano vita a obbligazioni naturali, e la presenza di giochi e scommesse tutelate (artt.1934 e 1935 c.c.), impone all'interprete una valutazione più articolata. Decisivo è cogliere la ragione per cui "corse di ogni specie", "competizioni sportive" e "lotterie legalmente autorizzate" generano rapporti idonei a creare vincoli giuridici. Gli elementi su cui si basa il riconoscimento sono due: l'organizzazione¹³ e il controllo statale¹⁴. La riserva allo Stato di alcune attività di gioco e l'esercizio da parte dello stesso di un potere di controllo sono funzionali al soddisfacimento dell'interesse che la collettività mostra di avere verso i giochi ed, al contempo, consentono di prevenire eventuali pericoli di turbativa per l'ordine pubblico, assicurando allo Stato entrate finanziarie da destinare a fini di interesse generale. L'attività di raccolta di giochi e scommesse ha natura di servizio pubblico e l'intervento statale persegue principalmente lo scopo di garantire la regolarità e la moralità del servizio e di prevenire la sua possibile degenerazione criminale. Non è quindi la funzione speculativa in sé a non essere apprezzata dall'ordinamento giuridico, quanto le sue distorsioni, sicchè, allorquando esse siano neutralizzate dal doppio requisito dell'organizzazione e del controllo pubblico, i contratti speculativi sono ammessi.

l'applicazione di regole giuridiche. Il debito di gioco è il debito avente ad oggetto la posta, cioè la somma di denaro o altro bene che un partecipante deve all'altro in base all'esito dell'attività ludica.

¹² La scommessa è il contratto con il quale le parti, assumendo reciprocamente il rischio dell'esito di un gioco o dell'esattezza di una loro opinione, si obbligano l'una verso l'altra a pagare la posta pattuita nel caso in cui l'esito si verifichi in modo sfavorevole, oppure l'affermata opinione risulti sbagliata.

¹³ In tutte le attività ludiche contemplate dalla disciplina pubblicistica è sempre presente la figura di un soggetto pubblico o privato che organizza e gestisce il gioco consentendo, poi, ad una pluralità di persone di parteciparvi. In particolare l'organizzatore assume un ruolo ed una funzione diversa, a seconda del gioco di cui si tratta: così l'organizzatore può assumere la veste di scommettitore oppure la semplice funzione di intermediario. L'organizzatore è egli stesso uno scommettitore, nel caso in cui l'attribuzione patrimoniale spettante ai vincitori sia predeterminata. In questi casi, tra i quali rientrano ad esempio il lotto e le lotterie, viene ad essere posto in essere un rapporto bilaterale tra l'organizzatore ed il giocatore, in cui il rischio del gioco è a carico del primo, il quale si obbliga a corrispondere quanto prestabilito al/ai vincitori. L'organizzatore riveste, invece, la funzione di intermediario nell'ipotesi in cui l'attribuzione patrimoniale spettante ai vincitori non sia predeterminata, in quanto dipendente dal numero dei partecipanti al gioco. In questa ipotesi, in cui rientrano i concorsi pronostici e, in generale, tutti i giochi a totalizzatore, il rapporto è posto in essere tra gli stessi giocatori, i quali effettuano una puntata che confluisce in un fondo comune successivamente ripartito tra i vincitori. L'organizzatore, in questa seconda tipologia di gioco, non è parte del rapporto, ma è soltanto colui che organizza il gioco, prendendo contatto con i giocatori, costituisce il fondo comune e, quindi, lo ripartisce tra i vincitori, senza per questo accollarsi l'alea del gioco.

¹⁴ Lo Stato, da un lato, tutela l'ordine pubblico e il buon costume, che potrebbero essere compromessi dalla pericolosità sociale insita nel gioco; dall'altro, soddisfa l'interesse dell'erario al percepimento della tassazione alla fonte di ogni singola giocata, sottraendo così al privato sfornito di concessione amministrativa la disponibilità della fruizione del "servizio gioco" in assenza dell'intermediazione del Ministero delle Finanze. Il controllo statale si realizza secondo due forme diverse. In primo luogo, attraverso l'esercizio esclusivo di alcune attività di gioco da parte dello Stato o di altri enti pubblici (è il caso, ad esempio, del lotto, delle lotterie nazionali e dei concorsi pronostici); in secondo luogo, sottoponendo la possibilità di effettuare i giochi ad apposita autorizzazione amministrativa, la quale si configura come un elemento necessario per la rilevanza giuridica del gioco (come avviene, ad esempio, nelle ipotesi delle lotterie locali, delle tombole e delle pesche).

- I derivati.

I derivati sono contratti speculativi per eccellenza, che si differenziano dalle altre attività di investimento sia perché il valore atteso non si fonda su stime statistiche solide, ma deriva da una attività previsionale puramente soggettiva, sia perché presentano una forte volatilità, nel senso che possono variare il loro prezzo in modo consistente anche in pochi giorni di tempo. Ciò espone l'investitore a grandi rischi. La speculazione su strumenti derivati si realizza in prevalenza comprando o vendendo questi strumenti senza essere in possesso del prodotto sottostante, cioè agendo allo scoperto.

L'art. 23, comma 5 Tuf stabilisce che *“Nell’ambito della prestazione dei servizi di investimento, agli strumenti finanziari derivati nonché a quelli analoghi individuati ai sensi dell’articolo 18, comma 5, lettera a), non si applica l’articolo 1933 del codice civile”*. È centrale nella soluzione della traccia chiedersi perché il legislatore ha ritenuto i derivati astrattamente meritevoli di tutela, a differenza del gioco e della scommessa non proibiti. La risposta a tale quesito involge l'analisi del diritto dei contratti macroeconomici, cioè di quei contratti che si inseriscono nel mercato, il che postula una modifica del rapporto tra legge e autonomia privata in presenza di difetti che attengono al funzionamento del mercato, ossia al tasso di reale competitività, trasparenza, accessibilità, che deve caratterizzare un sistema concorrenziale. Tra i fallimenti del mercato che maggiormente incidono sulla contrattazione si annoverano l'assenza di concorrenza, le asimmetrie informative, la posizione di debolezza di una parte, fenomeni che sono suscettibili di alterare l'equilibrio del contratto.

Per comprendere il concetto di equilibrio occorre muovere dal postulato che nei contratti a prestazioni corrispettive il contenuto del rapporto rispecchia una legge economica, ispirata al principio di utilità marginale, secondo cui le parti tendono ad incontrarsi nel punto più alto consentito dalle rispettive curve di indifferenza. Se tale legge funziona si realizza la giustizia commutativa, protetta dall'ordinamento attraverso prescrizioni di carattere formale, ancorate all'art. 3, comma 1 Cost.. Quando la contrattazione avviene in condizioni anormali la legge non opera e l'ordinamento giuridico tende ad attuare la giustizia distributiva, che trova riconoscimento negli articoli 2, 3 comma 2 e 41 della Costituzione, correggendo la pattuizione per allinearla ai valori del mercato e della solidarietà, considerati complementari, quali referenti dello sviluppo economico-sociale della comunità.

La giustizia distributiva ha molti profili, che vanno dall'integrità del consenso contrattuale, al comportamento secondo buona fede, alla funzione concreta dello scambio, nonché svariati istituti giuridici di attuazione, quali l'invalidità del contratto, l'integrazione o la modificazione del contenuto, la responsabilità di uno dei contraenti. L'impostazione più recente, frutto di molteplici spinte ma cui il ruolo prevalente è detenuto dal diritto europeo, accresce le possibilità di controllo sul contratto nel quadro macroeconomico, e prende il nome di neoformalismo negoziale. Nel diritto dell'intermediazione finanziaria questa tendenza è espressa, oltre che da un controllo preventivo sui soggetti che svolgono professionalmente attività e servizi di investimento, dalla previsione di una serie di obblighi incombenti nella prestazione di detti servizi e nella stipula dei relativi contratti (artt. 21 e 23 Tuf).

Da tali rilievi si comprende la ragione per cui i derivati sono ammessi: al profilo di meritevolezza della speculazione immanente all'economia globale ed alla società del rischio¹⁵, in

¹⁵ Le teorie economiche, pur partendo da postulati diversi, concordano nel ritenere la speculazione un elemento fondamentale del mercato poiché assicura liquidità e concorre alla formazione di un prezzo efficiente.

cui si affermano nuove forme di produzione e circolazione della ricchezza legate al concetto di smaterializzazione, si accompagna il controllo giuridico sull'attività negoziale, preordinato ad evitare abusi del potere economico e a garantire la razionalità dello scambio, anche in un contesto dominato dall'alea.

- Profili di meritevolezza.

Nella giurisprudenza recente si ritiene che i derivati con funzione meramente speculativa siano ammessi, individuandosi la causa nell'alea accettata dalle parti in relazione allo scambio di due rischi connessi, che derivano dalla entità degli importi che matureranno a carico dei contraenti, e quindi dei differenziali che potranno risultare a carico o a favore di ciascuno (ciascuno assume il rischio che il proprio parametro vari in termini a sé sfavorevoli, e favorevoli alla controparte, che quindi risulti a suo carico il differenziale, e non a suo favore)¹⁶. Emblematico è il contratto di swap su tassi d'interesse (IRS), ossia l'accordo con il quale le parti stabiliscono che, a scadenze periodiche ed eguali per entrambe, ognuna di esse dovrà pagare all'altra gli interessi su una certa somma capitale, detta "nozionale". Le prestazioni corrispettive, per quanto omogenee fra loro, possono essere diverse, anche di molto, sotto il profilo della loro entità, poiché diverso è il saggio d'interesse applicabile a ciascuna delle parti: di regola, l'uno fisso e l'altro variabile.

Vi è tuttavia un orientamento secondo cui, se il contratto stipulato dall'investitore a copertura di rischio si presenti – per come effettivamente congegnato dall'intermediario finanziario – quale negozio essenzialmente speculativo, debba considerarsi nullo per mancanza di causa in concreto¹⁷. La natura speculativa dell'IRS potrebbe essere desunta da taluni dati oggettivi, che si riallacciano al modo in cui le parti hanno di volta in volta inteso strutturare l'operazione finanziaria. A questo fine, l'indice più attendibile sarebbe l'inesistenza, in capo all'investitore, di un debito pregresso che funga da parametro di riferimento per la fissazione del capitale, il quale, in tale ipotesi, costituirebbe un semplice fattore astratto, posto a fondamento di un'operazione che consente ad entrambi i contraenti di speculare sull'andamento dei tassi d'interesse. Ma, più in generale, si può dire che tanto meno gli elementi dello swap, come la durata, il nozionale ed i tassi d'interesse applicabili ai contraenti, si adattano alla situazione debitoria dell'investitore tanto più il contratto, nel suo complesso, assume una connotazione di tipo speculativo. Si è sostenuto, cioè, che lo swap debba ritenersi nullo, per difetto genetico della causa, quando l'intermediario, nel configurare il contenuto del negozio, faccia in modo di assicurarsi, fin dal principio, un risultato a lui favorevole, eliminando, così, quella bilateralità dell'alea che dovrebbe caratterizzare, sotto il profilo strutturale, l'intera operazione finanziaria.

Tale contrapposizione di opinioni illumina il fulcro del problema, ossia la differenza tra causa e tipo. La distinzione affonda le radici nella storia del pensiero civilistico: la concezione astratta della causa tende a sovrapporre i due istituti, che invece sono divaricati dalla teoria della causa concreta, cui aderisce la giurisprudenza più recente¹⁸.

¹⁶ Per tutte, Tribunale di Milano, 23.06.2014.

¹⁷ Trib. Monza, 17.7.2012; Trib. Ravenna, 8.7.2013.

¹⁸ Cass. sez. III, n. 10490 del 2006: la teoria della funzione giuridica ovvero della funzione tipica, fino a quella accolta dal codice civile del 1942, della causa quale funzione economico-sociale del contratto, ricordando anche teorie anticausali di derivazione tedesca). Oggi prevale (solo eccezionalmente sostenuta nella giurisprudenza della Cassazione) quella concreta, secondo cui 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

La difficoltà di distinguere i due concetti dipende dalla scelta del legislatore di costruire i contratti tipici come modelli causali, cioè incentrando la definizione sulla causa. Ma sul piano logico la differenza è chiara, poiché il tipo è il modello legale di regolamentazione di interessi, la causa è la sintesi degli interessi reali delle parti: nello schema fatto-norma-effetto, la causa si colloca nel fatto, il tipo nella norma. Inoltre, il tipo non si identifica nella causa, ma la contiene, poiché la sua struttura corrisponde a quella del contratto in generale, comprensiva dell'accordo e dell'oggetto. Può allora concludersi nel senso che ogni tipo legale ha una sua causa, ma, da un lato, non coincide con essa, dall'altro la causa tipica non è la causa del singolo contratto.

Ciò premesso, il giudizio di meritevolezza può essere riferito tanto ai contratti atipici (per i quali l'art. 1322, comma c.c. espressamente lo prevede), quanto ai contratti tipici. I contratti tipici ricevono una valutazione di meritevolezza dal legislatore, che si riferisce alla causa astratta, cioè alla causa enunciata nella descrizione normativa del contratto. La valutazione di meritevolezza in concreto ha per oggetto la causa dello specifico contratto e si opera mediante un procedimento di sussunzione del fatto (il contratto effettivamente stipulato) nella norma (il tipo contrattuale). Si pensi alla vendita a prezzo vile: per chi ritiene che la nozione di vendita fissata dal codice civile si fondi su una nozione formale di scambio (il nesso di corrispettività tecnico-giuridica) essa ricade nel tipo della vendita ed è meritevole; per chi aderisce a una nozione economica di scambio (la proporzionalità tra i valori scambiati), essa non ha la causa della vendita e la sua meritevolezza andrà valutata sulla base di altre combinazioni di interessi, tipiche o atipiche.

In assenza di un modello legale che semplifichi il giudizio di meritevolezza, riconducendolo alla conformità tra causa concreta e causa tipica, detto giudizio andrà svolto esclusivamente in concreto, sulla base della compatibilità (ma non della coerenza) con l'utilità sociale, come si evince dall'art. 41, comma 2 Cost.

I derivati sono contratti tipici, o almeno nominati, e la meritevolezza in astratto è per essi plasticamente sancita, ivi compresi quelli meramente speculativi. Ciò non toglie che detta figura possa essere ritenuta nulla per difetto di causa, allorché il contenuto concreto della pattuizione produca un'alterazione dello schema tipico, che lo renda inadeguato a perseguire l'interesse dell'investitore, esposto a un rischio inutile o assurdo.

essi hanno inteso compiere i contraenti adottando quella determinata, specifica (a suo modo unica) convenzione negoziale.

Cass. sez. un., n. 6538 del 2010: ai sensi dell'articolo 64 della legge fallimentare, la valutazione di gratuità od onerosità di un negozio va compiuta con esclusivo riguardo alla causa concreta, costituita dallo scopo pratico del negozio, e cioè dalla sintesi degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato; per cui la relativa classificazione non può più fondarsi sulla esistenza o meno di un rapporto sinallagmatico e corrispettivo tra le prestazioni sul piano tipico ed astratto, ma dipende necessariamente dall'appezzamento dell'interesse sotteso all'intera operazione da parte del solvens, quale emerge dall'entità dell'attribuzione, dalla durata del rapporto, dalla qualità dei soggetti e soprattutto dalla prospettiva di subire un depauperamento collegato o non collegato ad un sia pur indiretto guadagno o a un risparmio di spesa.

Cass. sez. un., n. 4628 del 2015: in presenza di contrattazione preliminare relativa a compravendita immobiliare che sia scandita in due fasi, con la previsione di stipula di un contratto preliminare successiva alla conclusione di un primo accordo, il giudice di merito deve preliminarmente verificare se tale accordo costituisca già esso stesso contratto preliminare valido e suscettibile di conseguire effetti ex articolo 1351 e 2932 del codice civile, ovvero anche soltanto effetti obbligatori ma con esclusione dell'esecuzione in forma specifica in caso di inadempimento. Riterrà produttivo di effetti l'accordo denominato come preliminare con il quale i contraenti si obblighino alla successiva stipula di un altro contratto preliminare, soltanto qualora emerga la configurabilità dell'interesse delle parti a una formazione progressiva del contratto basata sulla differenziazione dei contenuti negoziali e sia identificabile la più ristretta area del regolamento di interessi coperta dal vincolo negoziale originato dal primo preliminare. La violazione di tale accordo, in quanto contrario a buona fede, potrà dar luogo a responsabilità per la mancata conclusione del contratto stipulando, da qualificarsi di natura contrattuale per la rottura del rapporto obbligatorio assunto nella fase precontrattuale.

Alla prima ipotesi appartengono i contratti di IRS negoziati in funzione di copertura del rischio derivante dalla variazione del tasso di interessi, in relazione a un mutuo o a un'apertura di credito a tempo determinato, accordati ma non attuati, quindi non idonei a generare alcun rischio da coprire. Situazione in cui può predicarsi una vera e propria mancanza di causa, non essendo logicamente configurabile una copertura di un rischio insussistente.

Alla seconda ipotesi appartengono le rinegoziazioni dei derivati conclusi per la copertura di un rischio, per contenere le perdite derivanti dal primo rapporto, perdendo la loro originaria funzione¹⁹. In effetti un'operazione di copertura deve presentare caratteristiche strutturali tali da neutralizzare o quanto meno attenuare un rischio preesistente alla sua conclusione. Così non ha funzione assicurativa un'operazione che evidenzia un disallineamento genetico con l'indebitamento sottostante o, addirittura, che non risulti in alcun modo collegabile a un preesistente indebitamento. Parimenti, la presenza di leve finanziarie appare difficilmente conciliabile con una funzione di copertura, poiché viene a generare un rischio nuovo, che può aggravare quello già esistente.

In questa prospettiva può ripensarsi alla rigidità della distinzione tra regole di condotta e regole di validità posta dalla suprema Corte, nel senso di non poter escludere che la violazione degli obblighi di informazione e, più in generale, di diligenza, correttezza, trasparenza da parte dell'intermediario, che sfoci nell'incauta negoziazione da parte dell'investitore, possa ripercuotersi in un vizio genetico, tale da giustificare l'applicazione della disciplina della nullità²⁰. Il discrimine con altri rimedi, quali la responsabilità o la risoluzione, andrebbe collocato sul versante della natura – genetica o funzionale – dell'alterazione: l'utilizzazione deviante di un modello astrattamente meritevole, tale da trasformare l'operazione finanziaria in una scommessa insensata per il cliente, conduce a un giudizio di immeritevolezza della causa concreta.

L'esito è, invece, quello dell'illiceità della causa quando la negoziazione di di strumenti finanziari derivati avvenga con enti pubblici, per i quali la normativa vigente consente la conclusione di derivati solo a copertura del rischio originato da un preesistente indebitamento.

¹⁹ La rinegoziazione viene normalmente attuata tramite la risoluzione anticipata del contratto, con contestuale stipulazione di un nuovo contratto, i cui parametri sono, a questo punto, del tutto sganciati dall'indebitamento sottostante, essendo, per contro, consegnati in modo da consentire al cliente il differimento nel tempo degli effetti dell'addebito conseguente alla risoluzione anticipata del primo contratto, a fronte di uno squilibrio genetico delle prestazioni a carico delle parti. Donde (ma non sempre) il pagamento, da parte della banca, di una somma "a pronti", che, appunto, dovrebbe compensare (almeno in parte) il diverso valore delle reciproche prestazioni. Evidente, a questo punto dello svolgimento del rapporto, l'emersione di una incongruenza tipologica del secondo contratto, che non può in alcun modo assolvere a una funzione di copertura, rispetto all'originario indebitamento sottostante del cliente, ma, semmai, (tentare di) neutralizzare il pericolo di perdite future, mediante un'operazione chiaramente speculativa in quanto rispondente a una logica non troppo dissimile da quella che induce un giocatore a porre in essere una nuova scommessa, per neutralizzare l'esito negativo della prima, talora amplificando il rischio, in virtù della previsione di leve finanziarie, secondo un meccanismo difficilmente controllabile da parte del giocatore.

²⁰ Nello svolgimento di questa indagine, è di fondamentale importanza non arrestarsi alla considerazione atomistica dello strumento finanziario, ma tenere conto della complessità dell'operazione, quale risultante dal collegamento fra lo strumento finanziario derivato e il parallelo rapporto sottostante. Il richiamo stereotipato alla natura aleatoria delle operazioni in derivati, puntualmente riscontrabile nella modulistica predisposta dagli intermediari, non può recidere il collegamento con il rapporto sottostante, che incide sulla stessa qualificazione dello strumento finanziario in termini di contratto aleatorio. In altri termini, non v'è dubbio che se un intermediario e un cliente concludono un contratto di interest rate (o currency) swap si espongono all'alea della variazione del valore del sottostante (tasso d'interesse o tasso di cambio), essendo, a ben vedere, oggetto dello scambio proprio il differenziale di valore nel tempo. Sennonché, l'esposizione a un rischio acquista un diverso significato, allorché la negoziazione di uno strumento finanziario derivato sia volta a neutralizzare (o a ridurre) un diverso e preesistente rischio, al quale il cliente è esposto, in virtù dell'attività d'impresa. In questo caso, una corretta "strutturazione" dell'operazione dovrebbe far sì che l'eventuale flusso negativo di pagamenti, dovuto all'andamento del rapporto originato dalla negoziazione del derivato, sia compensato dal flusso speculare, conseguente allo svolgimento del rapporto che ha originato il rischio da coprire.

3. Conclusioni

La difficoltà della traccia, più che nella dimensione tecnica degli strumenti finanziari, risiedeva nell'applicazione agli stessi delle categorie classiche del diritto civile, elaborate per un ambito diverso, governato dal dogma formale dell'autonomia privata e dalla teoria del negozio giuridico. In effetti il diritto dei contratti macroeconomici interviene sui presupposti e non sulla struttura del contratto, disciplinando il mercato e i comportamenti dei suoi attori, più che la fattispecie negoziale. Tuttavia, non si tratta di un ordinamento alternativo a quello del codice civile, come dimostrano le due norme di rinvio allo stesso contenute nel codice del consumo.

Se la Commissione seguirà questa linea – che è quella più confacente ad evidenziare l'idoneità del candidato allo svolgimento delle funzioni giudiziarie – allora davvero la traccia risulterà estremamente selettiva.

L'impiego del metodo scientifico permette di superare i problemi creati dalla traccia, collocando la questione della meritevolezza della funzione speculativa nella teoria dei giochi.

Gli scopi del gioco sono quelli fissati dall'art. 5, comma 1 Tuf, secondo cui *“La vigilanza sulle attività disciplinate dalla presente parte ha per obiettivi:*

- a) la salvaguardia della fiducia nel sistema finanziario;*
- b) la tutela degli investitori;*
- c) la stabilità e il buon funzionamento del sistema finanziario;*
- d) la competitività del sistema finanziario;*
- e) l'osservanza delle disposizioni in materia finanziaria”.*

La struttura del gioco è bifasica, avendosi nella fase di formazione del contratto una relazione competitiva, in quella di esecuzione una relazione cooperativa.

Le regole del gioco sono quelle fissate – in generale – dal codice civile e – in particolare – dal Tuf nella parte relative ai servizi di investimento. La specificità di dette regole è sintetizzata nell'art. 21, comma, lett. a) Tuf, secondo cui *“Nella prestazione dei servizi e delle attività di investimento e accessori i soggetti abilitati devono: comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, per servire al meglio l'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati”.* Ciò costituisce una limitazione della natura competitiva del gioco negoziale, dettata dalla asimmetria delle posizioni di partenza, che impedirebbe al normale dispiegarsi dell'autonomia privata il raggiungimento dell'equilibrio di Nash.

Questo equilibrio si individua in un assetto di strategie (una per ciascun giocatore) rispetto al quale nessun giocatore ha interesse a cambiare se l'altro non cambia. Ciò implica non solo l'assunzione di un rischio bilaterale (essendo evidente che, se l'alea è unilaterale, il soggetto che ne è gravato ha interesse a modificare il proprio comportamento indipendentemente dall'altro), ma anche la razionalità individuale delle scelte. Contratti speculativi che comportino una penalizzazione dell'interesse del cliente sotto uno di questi profili, impediscono il raggiungimento dell'equilibrio di Nash e, dunque, fuoriescono dalla valutazione di astratta meritevolezza formulata dal legislatore.

Esemplificando, affinché un derivato possa essere dichiarato nullo, si deve accertare, all'esito di una prognosi postuma, che le perdite subite dall'investitore sono dipese, anziché da eventi casuali ed estranei al controllo delle parti, dalla concreta configurazione del negozio, a nulla rilevando la teorica possibilità che il valore a cui è ancorato il derivato non sia in assoluto immune da rischi per lo stesso intermediario, quando esso si presenti all'atto della negoziazione inconfutabilmente a proprio vantaggio.

DIRITTO PENALE

“Accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico: elementi costitutivi, luogo e tempo della consumazione e in particolare la relazione con la rivelazione ed utilizzazione di segreti d’ufficio.”

1. Problema conoscitivo

Il tema verte sulla ricostruzione e qualificazione della condotta di accesso abusivo a un sistema informatico, di cui occorre individuare struttura e, conseguentemente, perfezionamento e rapporti con altra – contestuale o successiva – condotta di rivelazione dei segreti d’ufficio prelevati dal sistema informatico violato.

2. Svolgimento

- L’accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico.

L’art. 615 ter c.p., inserito con la legge n. 547 del 1993 sui crimini informatici, prevede che:

“Chiunque abusivamente si introduce in un sistema informatico o telematico protetto da misure di sicurezza ovvero vi si mantiene contro la volontà espressa o tacita di chi ha il diritto di escluderlo, è punito con la reclusione sino a tre anni.

La pena è della reclusione da uno a cinque anni: 1) se il fatto è commesso da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio, con abuso dei poteri, o con violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio, o da chi esercita anche abusivamente la professione di investigatore privato, o abuso della qualità di operatore del sistema; 2) se il colpevole per commettere il fatto usa violenza sulle cose o alle persone, ovvero se è palesemente armato; 3) se dal fatto deriva la distruzione o il danneggiamento del sistema o l’interruzione totale o parziale del suo funzionamento, ovvero la distruzione o il danneggiamento dei dati, delle informazioni o dei programmi in esso contenuti.

Qualora i fatti di cui ai commi primo e secondo riguardino sistemi informatici o telematici di interesse militare o relativi all’ordine pubblico o alla sicurezza pubblica o alla sanità o alla protezione civile o comunque di interesse pubblico, la pena è, rispettivamente, della reclusione da uno a cinque anni e da tre a otto anni. Nel caso previsto dal primo comma il delitto è punibile a querela della persona offesa; negli altri casi si procede a querela della persona offesa”.

Il legislatore ha inserito la suddetta previsione nel titolo XII (delitti contro la persona), capo III (delitti contro la libertà individuale), sezione IV (delitti contro la inviolabilità del domicilio) del codice penale, ritenendo, come attestato dalla Relazione ministeriale di accompagnamento alla l.n.547/93, che «i sistemi informatici o telematici costituiscono un’espansione ideale dell’area di rispetto pertinente al soggetto interessato, garantito dall’art. 14 della Costituzione e penalmente tutelata nei suoi aspetti più essenziali e tradizionali agli artt.614 e 615 del codice penale».

Prima di allora in dottrina si paventava la possibilità di utilizzare l’art. 614 c.p., sulla base di un’interpretazione estensiva del concetto di domicilio. Tesi chiaramente inaccettabile, non solo perché in violazione del divieto di analogia in materia penale, ma anche perché fondata sull’identificazione del bene giuridico protetto nel cd. domicilio informatico, mentre l’interesse tutelato appare piuttosto quello della riservatezza dei dati personali, conservati in un archivio elettronico, e, più generale, la protezione dell’ICT (*information communication technology*).

Sulla relazione esistente tra la riservatezza individuale e la libertà domiciliare ha riflettuto la dottrina più sensibile alle ripercussioni dell’evoluzione delle tecnologie informatiche sull’ordinamento giuridico, evidenziando il progressivo emergere dal *right to privacy* della c.d. libertà informatica, che si manifesta nel diritto del cittadino di impedire la diffusione di informazioni di carattere personale, privato, riservato e di controllare l’utilizzo dei dati concernenti la propria persona inseriti in banche dati.

- La struttura e il perfezionamento del reato.

Secondo l'orientamento dominante si tratta di un reato di azione. La tesi non può essere accolta, per il semplice motivo che l'ordinamento penale non conosce reati di pura condotta²¹. Tuttavia, nello svolgimento del tema, si terrà conto di questo orientamento.

La fattispecie è duplice, essendo punite tanto la condotta di chi “abusivamente si introduce in un sistema informatico o telematico protetto da misure di sicurezza” quanto quella di chi “vi si mantiene contro la volontà espressa o tacita di chi ha il diritto di escluderlo”. L'analisi del reato può avvenire scomponendo in nuclei concettuali omogenei le due fattispecie:

- 1) “introdursi”, ovvero “mantenersi” ;
- 2) “in un sistema informatico o telematico protetto da misure di sicurezza”;
- 3) “abusivamente”, ovvero “contro la volontà espressa o tacita di chi ha il diritto di escluderlo”.

I primi due elementi sono stati definiti da una recente pronuncia della suprema Corte²², chiamata a risolvere il quesito «se, ai fini della determinazione della competenza per territorio, il luogo di consumazione del delitto di accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico, di cui all'art. 615-ter, cod. pen., sia quello in cui si trova il soggetto che si introduce nel sistema o, invece, quello nel quale è collocato il server che elabora e controlla le credenziali di autenticazione fornite dall'agente».

L'art. 1 della Convenzione Europea di Budapest del 23 novembre 2001, definisce sistema informatico “qualsiasi apparecchiatura o gruppi di apparecchiature interconnesse o collegate, una o più delle quali, in base ad un programma, compiono l'elaborazione automatica dei dati”. La suprema Corte approfondisce tale definizione, adottando la nozione più ampia di computer o unità di elaborazione dati²³.

La condotta illecita commessa in un ambiente informatico o telematico assume delle specifiche peculiarità, per cui la tradizionale nozione – elaborata per una realtà fisica nella quale le conseguenze sono percepibili e verificabili con immediatezza – deve essere rivisitata e adeguata alla dimensione virtuale²⁴.

²¹ F. BELLOMO, *Nuovo Sistema del diritto penale*, vol. 2, cap. IX, § 5.2.2, ed. Diritto e Scienza S.r.l., 2011.

²² Cass. sez. un., n. 17325 del 2015, cui si riferiscono i prossimi passaggi.

²³ Per “sistema informatico” si intende un complesso di apparecchiature destinate a compiere una qualsiasi funzione utile all'uomo attraverso l'utilizzazione (anche parziale) di tecnologie informatiche che sono caratterizzate, per mezzo di una attività di codificazione e decodificazione, dalla registrazione o memorizzazione tramite impulsi elettronici, su supporti adeguati, di dati, cioè, di rappresentazioni elementari di un fatto, effettuata attraverso simboli (bit) in combinazioni diverse, e dalla elaborazione automatica di tali dati, in modo da generare informazioni costituite da un insieme più o meno vasto di informazioni organizzate secondo una logica che consente loro di esprimere un particolare significato per l'utente. In generale, un dispositivo elettronico assurge al rango di sistema informatico o telematico se si caratterizza per l'installazione di un software che ne sovrintende il funzionamento, per la capacità di utilizzare periferiche o dispositivi esterni, per l'interconnessione con altri apparecchi e per la molteplicità dei dati oggetto di trattamento. Nell'ambito della protezione offerta dall'art. 615-ter c.p. ricadono anche i sistemi di trattamento delle informazioni che sfruttano l'architettura di rete denominata client-server, nella quale un computer o terminale (il client) si connette tramite rete ad un elaboratore centrale (il server) per la condivisione di risorse o di informazioni, che possono essere rese disponibili a distanza anche ad altri utenti. La tutela giuridica è riservata ai sistemi muniti di misure di sicurezza perché, dovendosi proteggere il diritto di uno specifico soggetto, è necessario che questo abbia dimostrato di volere riservare l'accesso alle persone autorizzate e di inibire la condivisione del suo spazio informatico con i terzi.

²⁴ In altre parole, il concetto di azione penalmente rilevante subisce nella realtà virtuale una accentuata modificazione fino a sfumare in impulsi elettronici; l'input rivolto al computer da un atto umano consapevole e volontario si traduce in un trasferimento sotto forma di energie o bit della volontà dall'operatore all'elaboratore elettronico, il quale procede automaticamente alle operazioni di codificazione, di decodificazione, di trattamento, di trasmissione o di memorizzazione di informazioni. L'azione telematica viene realizzata attraverso una connessione tra sistemi informatici distanti tra loro, cosicché gli effetti della condotta possono esplicarsi in un luogo diverso da quello in cui l'agente si trova; inoltre, l'operatore, sfruttando le reti di trasporto delle informazioni, è in grado di interagire contemporaneamente sia sul computer di partenza sia su quello di destinazione. È stato notato che nel cyberspace i criteri tradizionali per

Non può essere condivisa, allora, la tesi secondo la quale il reato di accesso abusivo si consuma nel luogo in cui è collocato il server che controlla le credenziali di autenticazione del client, in quanto, in ambito informatico, deve attribuirsi rilevanza, più che al luogo in cui materialmente si trova il sistema informatico, a quello da cui parte il dialogo elettronico tra i sistemi interconnessi e dove le informazioni vengono trattate dall'utente.

Ritiene la Corte che l'accesso inizia con l'unica condotta umana di natura materiale, consistente nella digitazione da remoto delle credenziali di autenticazione da parte dell'utente, mentre tutti gli eventi successivi assumono i connotati di comportamenti comunicativi tra il client e il server. L'ingresso o l'introduzione abusiva, allora, vengono ad essere integrati nel luogo in cui l'operatore materialmente digita la password di accesso o esegue la procedura di login, che determina il superamento delle misure di sicurezza apposte dal titolare del sistema, in tal modo realizzando l'accesso alla banca-dati.

Da tale impostazione, coerente con la realtà di una rete telematica, consegue che il luogo del commesso reato si identifica con quello nel quale dalla postazione remota l'agente si interfaccia con l'intero sistema, digita le credenziali di autenticazione e preme il testo di avvio, ponendo così in essere l'unica azione materiale e volontaria che lo pone in condizione di entrare nel dominio delle informazioni che vengono visionate direttamente all'interno della postazione periferica. Anche in tal senso rileva non il luogo in cui si trova il server, ma quello decentrato da cui l'operatore, a mezzo del client, interroga il sistema centrale che gli restituisce le informazioni richieste, che entrano nella sua disponibilità mediante un processo di visualizzazione sullo schermo, stampa o archiviazione su disco o altri supporti materiali.

Detta soluzione viene trasferita all'ipotesi nella quale un soggetto autorizzato ad introdursi nel sistema, dopo un accesso legittimo, vi si intrattenga contro la volontà del titolare o eccedendo i limiti dell'autorizzazione. In questo caso, non può farsi riferimento all'azione con la quale l'agente ha utilizzato le sue credenziali e dato l'avvio al sistema, dal momento che tale condotta è lecita e costituisce mero presupposto materiale della condotta incriminata. È rilevante invece la condotta immediatamente posteriore alla scadenza del termine recato dall'autorizzazione o alla manifestazione di volontà contraria all'uso dell'elaboratore da parte del titolare. Impropriamente la suprema Corte qualifica tale condotta come omissiva, giacché essa non consiste in un'inerzia, ma nella prosecuzione dell'uso del sistema informatico. "Mantenersi nel sistema informatico", infatti, non significa semplicemente non uscire dal sistema, allontanandosi dalla postazione o chiudendo l'accesso, ma continuare a dialogare con esso attivamente.

Conclude la Corte, affermando che «il luogo di consumazione del delitto di accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico, di cui all'art. 615-ter c.p., è quello nel quale si trova il soggetto che effettua l'introduzione abusiva o vi si mantiene abusivamente».

Resta da definire il concetto di "abusivamente".

In dottrina si ritiene che l'abusività si abbia quando l'introduzione avvenga in modo clandestino, fraudolento o, comunque, senza il consenso del titolare del sistema, non essendo però necessaria una manifestazione – sia pure implicita – di volontà contraria, invece richiesta nell'ipotesi di mantenimento nel sistema dopo un accesso lecito.

collocare le condotte umane nel tempo e nello spazio entrano in crisi, in quanto viene in considerazione una dimensione smaterializzata (dei dati e delle informazioni raccolti e scambiati in un contesto virtuale senza contatto diretto o intervento fisico su di essi) ed una complessiva delocalizzazione delle risorse e dei contenuti (situabili in una sorte di meta-territorio).

Occorre tuttavia valutare l'abusività in reazione all'oggetto del reato, costituito da un sistema protetto da misure di sicurezza, la cui presenza vale a rendere manifesto e univoco un divieto di accesso al sistema informatico, al pari di come un ostacolo fisico con la scritta "vietato entrare" indica il limite di un fondo altrui. Ne discende che l'introduzione è abusiva quando avviene aggirando gli strumenti di protezione e contro la volontà espressa o tacita del titolare del sistema.

La suprema Corte ha esaminato l'ipotesi in cui l'accesso sia autorizzato, ma avvenga per finalità diverse da quelle consentite, essendo stata chiamata a decidere «se integri la fattispecie criminosa di accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico protetto la condotta di accesso o di mantenimento nel sistema posta in essere da soggetto abilitato ma per scopi o finalità estranei a quelli per i quali la facoltà di accesso gli è stata attribuita»²⁵.

La risposta è stata che «integra la fattispecie criminosa di accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico protetto, prevista dall'art. 615 ter cod. pen., la condotta di accesso o di mantenimento nel sistema posta in essere da soggetto che, pure essendo abilitato, violi le condizioni ed i limiti risultanti dal complesso delle prescrizioni impartite dal titolare del sistema per delimitarne oggettivamente l'accesso. Non hanno rilievo, invece, per la configurazione del reato, gli scopi e le finalità che soggettivamente hanno motivato l'ingresso al sistema»²⁶. La soluzione è corretta, poiché l'avverbio "abusivamente" è una clausola di illiceità speciale, che descrive con un concetto valutativo l'elemento oggettivo del reato, non già prevede un dolo specifico.

Le condotte incriminate sono imputate soggettivamente a titolo di dolo generico, consistente nella coscienza e volontà di introdursi abusivamente o mantenersi in un sistema informatico protetto.

²⁵ Cass. sez. un., n. 4604 del 2012.

²⁶ Queste Sezioni Unite ritengono che la questione di diritto controversa non debba essere riguardata sotto il profilo delle finalità perseguite da colui che accede o si mantiene nel sistema, in quanto la volontà del titolare del diritto di escluderlo si connette soltanto al dato oggettivo della permanenza (per così dire fisica) dell'agente in esso. Ciò significa che la volontà contraria dell'avente diritto deve essere verificata solo con riferimento al risultato immediato della condotta posta in essere, non già ai fatti successivi. Rilevante deve ritenersi, perciò, il profilo oggettivo dell'accesso e del trattenimento nel sistema informatico da parte di un soggetto che sostanzialmente non può ritenersi autorizzato ad accedervi ed a permanervi sia allorquando violi i limiti risultanti dal complesso delle prescrizioni impartite dal titolare del sistema (nozione specificata, da parte della dottrina, con riferimento alla violazione delle prescrizioni contenute in disposizioni organizzative interne, in prassi aziendali o in clausole di contratti individuali di lavoro) sia allorquando ponga in essere operazioni di natura ontologicamente diversa da quelle di cui egli è incaricato ed in relazione alle quali l'accesso era a lui consentito. In questi casi è proprio il titolo legittimante l'accesso e la permanenza nel sistema che risulta violato: il soggetto agente opera illegittimamente, in quanto il titolare del sistema medesimo lo ha ammesso solo a ben determinate condizioni, in assenza o attraverso la violazione delle quali le operazioni compiute non possono ritenersi assentite dall'autorizzazione ricevuta. Il dissenso tacito del *dominus loci* non viene desunto dalla finalità (quale che sia) che anima la condotta dell'agente, bensì dall'oggettiva violazione delle disposizioni del titolare in ordine all'uso del sistema. Irrilevanti devono considerarsi gli eventuali fatti successivi: questi, se seguiranno, saranno frutto di nuovi atti volitivi e pertanto, se illeciti, saranno sanzionati con riguardo ad altro titolo di reato (rientrando, ad esempio, nelle previsioni di cui agli artt. 326, 618, 621 e 622 cod. pen.). Ne deriva che, nei casi in cui l'agente compia sul sistema un'operazione pienamente assentita dall'autorizzazione ricevuta, ed agisca nei limiti di questa, il reato di cui all'art. 615ter cod. pen. non è configurabile, a prescindere dallo scopo eventualmente perseguito; sicché qualora l'attività autorizzata consista anche nella acquisizione di dati informatici, e l'operatore la esegua nei limiti e nelle forme consentiti dal titolare dello *ius excludendi*, il delitto in esame non può essere individuato anche se degli stessi dati egli si dovesse poi servire per finalità illecite. Il giudizio circa l'esistenza del dissenso del *dominus loci* deve assumere come parametro la sussistenza o meno di un'obiettiva violazione, da parte dell'agente, delle prescrizioni impartite dal dominus stesso circa l'uso del sistema e non può essere formulato unicamente in base alla direzione finalistica della condotta, soggettivamente intesa. Vengono in rilievo, al riguardo, quelle disposizioni che regolano l'accesso al sistema e che stabiliscono per quali attività e per quanto tempo la permanenza si può protrarre, da prendere necessariamente in considerazione, mentre devono ritenersi irrilevanti, ai fini della configurazione della fattispecie, eventuali disposizioni sull'impiego successivo dei dati.

- La relazione con la rivelazione ed utilizzazione di segreti d'ufficio.

La traccia si riferisce all'ipotesi in cui il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio accede ad un sistema informativo – pubblico ma anche privato²⁷ – dove sono allocati dati coperti dal segreto d'ufficio e poi li rivela. Detta situazione dà luogo a un concorso tra l'art. 615 ter, comma 2, n. 1) c.p. e l'art. 336 c.p.

L'art. 615 ter, comma 2, n. 1) prevede che *“La pena è della reclusione da uno a cinque anni: 1) se il fatto è commesso da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio, con abuso dei poteri, o con violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio, o da chi esercita anche abusivamente la professione di investigatore privato, o abuso della qualità di operatore del sistema”*.

L'art. 336 c.p. prevede che *“Il pubblico ufficiale o la persona incaricata di un pubblico servizio, che, violando i doveri inerenti alle funzioni o al servizio, o comunque abusando della sua qualità, rivela notizie di ufficio, le quali debbano rimanere segrete, o ne agevola in qualsiasi modo la conoscenza, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni. Se l'agevolazione è soltanto colposa, si applica la reclusione fino a un anno. Il pubblico ufficiale o la persona incaricata di un pubblico servizio, che, per procurare a sé o ad altri un indebito profitto patrimoniale, si avvale illegittimamente di notizie di ufficio, le quali debbano rimanere segrete, è punito con la reclusione da due a cinque anni. Se il fatto è commesso al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto non patrimoniale o di cagionare ad altri un danno ingiusto, si applica la pena della reclusione fino a due anni”*²⁸.

In sostanza, la differenza tra le due disposizioni è che il soggetto investito del *munus*, violando i doveri funzionali, rispettivamente acquisisce la notizia coperta dal segreto d'ufficio e la divulga. Detti comportamenti, realizzati in stretta successione, fanno pensare ad un fenomeno unitario, e quindi suggeriscono all'interprete di non dare per scontato il concorso di reati.

In effetti il termine “relazione” doveva mettere il candidato sull'avviso che, ancor prima di valutare il concorso di reati, occorreva individuare i nessi empirici tra le condotte. Sia il rivelare o agevolare la conoscenza, che l'avvalersi delle notizie coperte dal segreto d'ufficio, sono condotte che presuppongono l'avvenuta acquisizione delle stesse, nella specie realizzata a seguito di accesso abusivo a un sistema informatico. Dunque, nella fenomenologia tipica, la situazione in esame si articola in tre fasi:

- 1) accesso abusivo al sistema informatico;
- 2) prelievo delle notizie coperte dal segreto d'ufficio;
- 3) rivelazione o utilizzazione delle notizie coperte dal segreto d'ufficio.

La pretesa unitarietà del fenomeno sul piano oggettivo si dissolve, essendo palese che, per quanto poste in essere in tempi ravvicinati, si tratta di condotte ontologicamente distanti.

²⁷ È ben possibile, infatti, che in un'archivio formalmente privato siano legittimamente contenute informazioni provenienti da un pubblica amministrazione e da queste trasmesse a privati che sono autorizzati a riceverle.

²⁸ Reato di pericolo concreto, perchè la rivelazione del segreto è punibile, non già in sé e per sé, ma in quanto suscettibile di produrre nocimento, alla pubblica amministrazione o ad un terzo, a mezzo della notizia da tenere segreta. Ne consegue che il reato non sussiste, oltre che nella generale ipotesi della notizia divenuta di dominio pubblico, qualora notizie d'ufficio ancora segrete siano rivelate a persone autorizzate a riceverle (e cioè che debbono necessariamente esserne informate per la realizzazione dei fini istituzionali connessi al segreto di cui si tratta) ovvero a soggetti che, ancorché estranei ai meccanismi istituzionali pubblici, le abbiano già conosciute.

Reato a dolo generico, consistente nella volontà consapevole della rivelazione e nella coscienza che la notizia costituisce un segreto di ufficio, essendo, perciò, irrilevante il movente ovvero la finalità della condotta e senza che possa aver alcun valore esimente l'eventuale errore sui limiti dei propri e degli altrui poteri e doveri in ordine a dette notizie

Sul piano della qualificazione giuridica ciò implica che nell'ipotesi in esame non può applicarsi al concorso tra le norme incriminatrici il principio di specialità, che non opera qualora i fatti criminosi siano materialmente distaccati, ma solo quando appartengano ad unico episodio di vita²⁹.

Ai fini di valutare la natura apparente del concorso resta da considerare il principio dell'assorbimento, che però, oltre a non essere riconosciuto dalla giurisprudenza più recente, non è applicabile al caso considerato, difettando quella relazione statistica che deve legare due fattispecie criminose perché sia configurabile un antecedente o un postfatto non punibili, nel senso che un reato deve rappresentare l'antecedente o conseguente dell'altro secondo l'*id quod plerumque accidit*.

A tal riguardo giova premettere che l'ipotesi di cui all'art. 615 ter, comma 2, n. 1) c.p. è una fattispecie aggravata del reato base, e non già un reato autonomo³⁰.

Il reato di accesso abusivo commesso dal pubblico ufficiale non rappresenta un antecedente tipico del reato di rivelazione ed utilizzazione di segreti d'ufficio, potendo avere ad oggetto dati di altra natura, così come – *mutatis mutandis* – la rivelazione del segreto d'ufficio non è un conseguente necessario dell'accesso abusivo commesso dal pubblico ufficiale, se questo ha un oggetto diverso dal segreto d'ufficio.

Ma anche nell'ipotesi in cui l'accesso abusivo abbia ad oggetto notizie coperte dal segreto d'ufficio il rapporto non è necessario, poiché il colpevole potrebbe non rivelarle, così come – all'inverso – la rivelazione di segreti d'ufficio potrebbe non essere preceduta da un accesso abusivo al sistema informatico, qualora si tratti di notizie conosciute *aliunde*.

Vi è dunque concorso di reati e non resta che domandarsi se si tratti di concorso materiale, concorso formale, continuazione. Il concorso formale va escluso, proprio perché le azioni sono distinte, mentre – normalmente – può ritenersi la continuazione, essendo fisiologico che prelievo dei dati a seguito di accesso abusivo e loro rivelazione o utilizzazione siano realizzati in esecuzione di un medesimo disegno criminoso³¹.

La relazione tra i due reati non si esaurisce nell'ipotesi sin qui descritta, essendo possibile che il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio agevoli la conoscenza del segreto d'ufficio da parte di un terzo, fornendogli gli strumenti per accedere al sistema informatico protetto. In tal caso a suo carico sarebbe configurabile un concorso formale tra il reato di cui all'art. 326 c.p. e quello di cui all'art. 615 ter, imputatogli a titolo di concorso materiale ex art. 110 c.p. nel fatto commesso dal terzo.

In questa ipotesi, trattandosi di un'unica azione, occorre valutare l'applicazione del principio di specialità. La soluzione è negativa, perché i due reati hanno diversa oggettività giuridica e, comunque, si tratta di specialità in concreto. A conforto della doppia punibilità vi è anche l'art. 615 quater, che dimostra come la volontà del legislatore sia quella di sanzionare – anche fuori dei casi di concorso nel reato di cui al 615 ter – chi fornisca a terzi gli strumenti per accedere al sistema informatico protetto.

²⁹ F. BELLOMO, *Nuovo Sistema del diritto penale*, vol. 3, cap. XVIII, § 1.1, ed. Diritto e Scienza S.r.l., 2012.

³⁰ Cass. sez. un., n. 4604 del 2012, sull'essenziale considerazione che nei casi previsti dall'art. 615 ter, comma secondo, n. 1, cod. pen. non vi è immutazione degli elementi costitutivi delle condotte illecite descritte dal primo comma, in quanto il riferimento è pur sempre a quei fatti reato, i quali vengono soltanto integrati da qualità peculiari dei soggetti attivi delle condotte, con specificazioni meramente dipendenti dalle fattispecie di base. L'aggravante si riferisce a soggetti che possono legittimamente contattare il sistema informatico (secondo le prescrizioni e le limitazioni imposte dal titolare), stante il collegamento funzionale con lo stesso per ragioni inerenti i propri compiti professionali, ma che accedono ad esso e vi si trattengono in violazione dei doveri inerenti allo loro funzione nonché dei limiti dell'uso legittimo loro riconosciuti.

³¹ Così nel caso deciso da Sez. Un. *cit.*

Dal lato del terzo che abbia ricevuto le credenziali, invece, sussiste solo il reato di accesso abusivo, non essendo configurabile il concorso nel reato di agevolazione della conoscenza del segreto d'ufficio, posto che egli si limita ad apprendere la notizia del segreto, non a violarlo. Si tratta, precisamente, di un concorso necessario improprio nel reato del pubblico ufficiale, che postula un soggetto destinatario della condotta incriminata.

3. Conclusioni

La traccia, benchè istituzionale, presentava qualche insidia e, comunque, metteva alla prova l'abilità argomentativa del candidato, il quale era chiamato a scrutinare una fattispecie nata nella società dell'informazione, figlia del progresso tecnologico e, quindi, non ben definibile sulla base delle categorie tradizionali e, in particolare, della concezione naturalistica dell'azione.

A ben guardare il ragionamento condotto dalle Sezioni Unite nel 2015 si presta a qualche equivoco proprio su questo punto, nel tentativo di risolvere la questione con il – pur lodevole – richiamo a concetti scientifici³².

Mancano, infatti, nell'analisi delle Sezioni Unite le premesse gnoseologiche dell'operazione, che vanno ravvisate nella qualificazione dell'art. 615 ter come norma del 1° tipo, in quanto riposa su leggi appartenenti al dominio delle scienze esatte. Con l'avvertimento che non si tratta – come di consueto – delle scienze naturali (fisica *in primis*), ma della scienza dell'informazione, che è una disciplina di tipo matematico. Ciò consente di giustificare il riferimento a concetti come “spazio virtuale” o “cyberspazio”³³, che sono luoghi ideali, il cui collegamento con la realtà – ineliminabile in un ordinamento avvinto dal principio di materialità – è assicurato proprio dal tasso convenzionale che caratterizza tutte le scienze formalizzate.

Più utile forse la pronuncia del 2012, che, oltre a fissare le modalità tipiche di realizzazione del reato³⁴, illumina il quesito finale.

³² «Va rilevato, infatti, come il sito ove sono archiviati i dati non sia decisivo e non esaurisca la complessità dei sistemi di trattamento e trasmissione delle informazioni, dal momento che nel cyberspazio (la rete internet) il flusso dei dati informatici si trova allo stesso tempo nella piena disponibilità di consultazione (e, in certi casi, di integrazione) di un numero indefinito di utenti abilitati, che sono posti in condizione di accedervi ovunque. Non è allora esatto ritenere che i dati si trovino solo nel server, perché nel reato in oggetto l'intera banca dati è “ubiquitaria”, “circolare” o “diffusa” sul territorio, nonché contestualmente compresente e consultabile in condizioni di parità presso tutte le postazioni remote autorizzate all'accesso. A dimostrazione della unicità del sistema telematico per il trattamento dei dati, basti considerare che la traccia delle operazioni compiute all'interno della rete e le informazioni relative agli accessi sono reperibili, in tutto o in parte, sia presso il server che presso il client. Né può in contrario sostenersi, come afferma l'orientamento che in questa sede si ritiene di non condividere, che le singole postazioni remote costituiscano meri strumenti passivi di accesso al sistema principale e non facciano altrimenti parte di esso. Da un punto di vista tecnico-informatico, il sistema telematico deve considerarsi unitario, essendo coordinato da un software di gestione che presiede al funzionamento della rete, alla condivisione della banca dati, alla archiviazione delle informazioni, nonché alla distribuzione e all'invio dei dati ai singoli terminali interconnessi».

³³ La dimensione immateriale che mette in comunicazione i computer di tutto il mondo in un'unica rete che permette agli utenti di interagire tra loro, ossia come lo spazio concettuale dove le persone interagiscono usando tecnologie per la comunicazione mediata dal computer.

³⁴ «Le condotte punite da tale norma, a dolo generico, consistono pertanto:

a) nell'introdursi abusivamente in un sistema informatico o telematico protetto da misure di sicurezza: da intendersi come accesso alla conoscenza dei dati o informazioni contenuti nel sistema, effettuato sia da lontano (attività tipica dell'hacker) sia da vicino (da persona, cioè, che si trova a diretto contatto dell'elaboratore);

b) nel mantenersi nel sistema contro la volontà, espressa o tacita, di chi ha il diritto di esclusione: da intendersi come il persistere nella già avvenuta introduzione, inizialmente autorizzata o casuale, continuando ad accedere alla conoscenza dei dati nonostante il divieto, anche tacito, del titolare del sistema. Ipotesi tipica è quella in cui l'accesso di un soggetto sia autorizzato per il compimento di operazioni determinate e per il relativo tempo necessario (ad esempio, l'esecuzione di uno specifico lavoro ovvero l'installazione di un nuovo programma) ed il soggetto medesimo, compiuta l'operazione espressamente consentita, si intrattenga nel sistema per la presa di conoscenza, non autorizzata, dei dati».

CONCLUSIONI

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

Il corso.

Quando si valuta se una traccia è stata – in tutto o in parte – trattata, fermo restando che il fattore temporale è decisivo, come pure il rapporto con il numero di argomenti selezionati, occorre preliminarmente fissare l'oggetto della traccia e il contenuto della lezione. Da quanto illustrato nelle pagine precedenti si evince che:

1) la traccia di amministrativo è stata trattata appena tre settimane prima del concorso pressochè integralmente, posto che per giungere alla soluzione della natura giuridica del ricorso straordinario è stata esaminata la disciplina positiva, tanto del procedimento quanto dell'impugnativa, e per contro dalla qualificazione del ricorso straordinario discendono deduttivamente i restanti aspetti richiesti dalla traccia. Occorre sottolineare che il riferito parere del Consiglio di Stato, I sezione, oltre ad essere l'ultima pronuncia sulla questione, è la più completa e ripropone con forza la tesi amministrativa, che ben pochi candidati avranno considerato. Un elemento che consente un importante salto di qualità all'elaborato.

2) la traccia di civile era centrata sulla causa (aleatoria, speculativa, concreta), mentre gli strumenti finanziari – in particolare i derivati – erano l'ambito di applicazione dell'istituto, peraltro da inquadrarsi nel contesto del rapporto tra contratto e mercato, senza il quale sarebbero sfuggite le coordinate sistematiche per l'inquadramento della materia, sicchè anche le più approfondite conoscenze sul tema specifico dei derivati non avrebbero salvato il candidato da una trattazione nozionistica e lontana dal problema conoscitivo. A differenza dei derivati, che – superato uno scoglio di diffidenza più apparente che reale – erano individuabili e definibili sulla base di poche e facilmente reperibili norme e di conoscenze tecniche elementari, il tema del rapporto tra contratto e mercato e quello del rapporto tra causa e tipo non erano ricostruibili nel tempo a disposizione.

Si capisce bene, dunque, come l'aver trattato il giorno prima delle prove concorsuali entrambi gli argomenti – peraltro già toccati nelle sessioni mirate dell'intensivo – rappresenta un decisivo contributo al successo dell'elaborato. Si potrà obiettare che, avendo rilevato dallo studio della commissione e ivi indicato agli studenti presenti alla lezione pre-concorso i contratti di investimento – e i derivati in particolare – come argomento probabile, si sarebbe potuto trattarli in detta lezione, come fatto con l'omissione (poi effettivamente inserita nella terna) il giorno di pausa precedente alla prova di diritto penale. Ma tra i derivati e l'omissione c'è molta differenza e le probabilità che una commissione assegni i primi è notevolmente inferiore a quella che assegni i secondi: procedere scientificamente non significa prevedere le – pur legittime – stravaganze di una commissione, ma i comportamenti razionali.

3) La traccia di penale era centrata su due sentenze delle Sezioni Unite, di cui quella di maggior rilievo – del 2012 – era stata segnalata nell'apposita selezione del corso intensivo. Codeste segnalazioni hanno un rilievo specifico, perché gli argomenti selezionati tra sessioni mirate dell'intensivo e full immersion sono pochi (dieci-dodici in tutto). La direttiva per gli studenti al termine del corso intensivo, ossia circa due mesi prima delle prove, è di studiare esclusivamente gli argomenti ivi trattati – privilegiando le sessioni mirate – e la giurisprudenza selezionata che non sia già ricompresa nelle lezioni, aggiungendo poi gli argomenti svolti nella full immersion.

È evidente, dunque, che il semplice rispetto delle indicazioni di studio date e l'attenzione in sede di lezione pre-concorso, avrebbe messo l'allievo in *pole position* al momento delle prove.

Il concorso.

La maggior parte dei candidati si domanderanno se l'intelligenza e la preparazione di un aspirante magistrato siano adeguatamente saggiate da argomenti come il ricorso straordinario, gli strumenti finanziari, l'accesso abusivo ai sistemi informatici, tutti obiettivamente ai margini dell'ordinamento giuridico.

La questione va diversamente impostata. A prescindere che le tracce non sono così mediocri come può apparire a prima lettura, sono proprio gli argomenti meno battuti a rivelare che, per il successo nel concorso (come nella vita), a contare è essenzialmente una cosa: l'uso della ragione. A questo sono allenati gli studenti della Scuola, per questo le percentuali di vincitori fino ad oggi sono state – e credo saranno – di gran lunga superiori alla media nazionale.