

DIRITTO CIVILE

tre elaborati

(di cui uno con schema a raggiera)

Ingiustizia e autotutela nei rapporti tra privati, con particolare riferimento all'inadempimento degli obblighi di fare infungibili.

16

L'accostamento dei termini "ingiustizia" e "autotutela" può condurre lungo due direttrici di riflessione (tra loro strettamente legate): da un lato, quella relativa all'autotutela come forma di "reazione", in vario modo intesa, a fronte di una "ingiustizia"; dall'altro lato, quella relativa alla possibilità che la stessa autotutela si configuri come "ingiusta" (focalizzando quindi il discorso sui limiti dell'autotutela privata).

Principiando dall'esame del termine "ingiustizia", lo stesso richiama anzitutto la disciplina dell'illecito aquiliano contenuta nell'art. 2043 c.c. E' noto come l'ingiustizia del danno operi come criterio di selezione dei "fatti" che fanno sorgere l'obbligo di risarcimento in virtù del principio del *neminem laedere*. Il danno, per essere considerato ingiusto, deve essere non iure (i.e. non nell'esercizio di un diritto che compete al danneggiante) e *contra ius*, (ossia in violazione di una situazione soggettiva protetta in capo al danneggiato). In particolare, è stata a lungo reputata *contra ius* solo la lesione di diritti assoluti, segnatamente dei diritti reali e della persona. Col tempo, tuttavia, la giurisprudenza e la dottrina hanno esteso la portata di tale interpretazione. Via via sono stati intensi come "ingiuste" le lesioni ai diritti di credito (sono noti i primi casi degli anni '70 riguardanti le lesioni del diritto di credito dei club sportivo a seguito dell'uccisione del giocatore), delle situazioni di fatto (si pensi ai casi di spoglio violento o clandestino del possesso o della detenzione; al danno sofferto per la perdita di un sostegno economico ricevuto in via di fatto, es. dal convivente more uxorio), nonché degli interessi legittimi (cfr. Cass n. 500/99). Può sostenersi oramai che le nostre Corti ritengano risarcibile un danno subito a seguito della lesione di qualsiasi situazione protetta da parte dell'ordinamento, sia essa un diritto o un interesse legittimo, e ciò avviene conformemente al dettato costituzionale che impone la tutela di ogni situazione giuridica protetta (art. 24 Cost.) nonché prescrive un generale obbligo di solidarietà sociale tra i consociati (art. 2 Cost) (cfr. sulla portata costituzionale di tale evoluzione giurisprudenziale, Cass. SS.UU., 500/99).

Il termine "ingiustizia", tuttavia, può in senso lato operare anche in area diversa da quella della responsabilità extracontrattuale. Nell'ambito delle obbligazioni, l'inadempimento può in senso lato definirsi quale "ingiustizia". Si tratta, infatti, di un comportamento (del debitore o del creditore) tale da qualificarsi non iure (non anti-giuridico per l'ordinamento complessivamente considerato) e *contra ius* (i.e. posto in violazione di una situazione protetta in capo alla controparte, segnatamente quella che sorge con il nascere dell'obbligazione). A differenza dell'art. 2043 c.c., che ha posto all'interprete grandi difficoltà nel definire i confini dell'"ingiustizia", l'inadempimento contrattuale pone senz'altro minori problemi, dato che, una volta accertato che il debitore è responsabile ex art. 1218 c.c., tale comportamento risulta essere senz'altro "ingiusto" in quanto lede una situazione protetta. La situazione protetta è quella sorta mercè il fatto costitutivo dell'obbligazione che, per definizione, deve corrispondere ad un interesse del creditore (art. 1174) ritenuto meritevole di tutela da parte dall'ordinamento che provvede direttamente ad individuare le fonti delle obbligazioni (1173 c.c.) sottoponendo quelle il cui contenuto è demandato all'autonomia negoziale

delle parti ad un controllo di meritevolezza dei relativi interessi (cfr. art. 1322 co. 2 per i contratti innominati). Ne consegue che la lesioni di tali interessi non può che essere “ingiusta”.

Deve inoltre considerarsi, per completezza, il campo degli “obblighi”. Seppur con incertezze terminologiche, cui spesso incorre anche il legislatore, parte della dottrina individua gli obblighi come ambito più ampio di quello di obbligazioni (ponendosi i due concetti in rapporto di *genus a species*). Gli obblighi rappresentano doveri, di varia fonte (sia essa morale, sociale, ecc) che vengono giuridicizzati pur non entrando nel campo delle obbligazioni alla stregua dell’art. 1173 c.c. Segnatamente, si parla di obblighi, o anche di “doveri” nell’ambito del diritto di famiglia (cfr. gli “obblighi” nascenti dal matrimonio ex art. 143 c.c.; o i “doveri” verso i figli ex art. 147 c.c.). Ebbene, anche l’ inadempimento di tali obblighi può integrare una “ingiustizia”, tanto è vero che la giurisprudenza ne ammette il risarcimento del danno nell’ambito della responsabilità extracontrattuale (in aggiunta agli strumenti propri del diritto di famiglia).

Così rapidamente tratteggiato il significato e l’ambito del termine ingiustizia nel diritto privato, occorre precisare che tale termine non coincide con quello di illecito. L’ingiustizia (*rectius* il “danno ingiusto”, nella responsabilità aquilina) è uno degli elementi strutturali dell’illecito ma non si identifica con esso. Perché infatti un fatto possa qualificarsi come illecito, occorre non solo l’ingiustizia del danno, ma altresì occorre un’indagine circa l’elemento soggettivo del trasgressore, non essendovi illecito senza la colpa o il dolo (fermi restando tuttavia i casi di responsabilità oggettiva) e l’imputabilità del fatto allo stesso.

Può dunque ora esaminarsi il tema dell’autotutela nell’ambito del diritto dei privati. Con tale termine si intende, in senso lato, ogni reazione posta in essere direttamente dal soggetto, senza ricorso all’Autorità Pubblica, al fine di difendere un proprio interesse giuridicamente protetto. Come evidenzia l’origine etimologica della parola, si ha autotutela quando il soggetto si “fa giustizia da sè”. E’ quindi evidente come tale concetto si leghi strettamente a quello di “ingiustizia”, rappresentando una forma di reazione alla stessa.

Deve tuttavia da subito evidenziarsi come la stessa autotutela si configuri, di regola, essa stessa una “ingiustizia”. E’ infatti noto come il nostro ordinamento, e così con diverse forme tutti gli ordinamenti giuridici moderni, ponga un generale divieto di “giustizia privata”, in virtù di un generale principio compendiato nel brocardo *ne cives ad arma ruant*.

Si tratta di un generale principio frutto di una lunga evoluzione storica. Basti pensare al percorso che si è avuto sul punto nell’ambito del diritto romano. Alle origini, la debolezza delle incipienti strutture statali non consentì l’affermazione di un processo affidato ad organi pubblici rimanendo a lungo operanti le “autotutele” per le offese intercorse tra gruppi gentilizi e familiari diversi nonché, all’interno dei gruppi familiari, i tribunali domestici presieduti dal *pater familias*. Successivamente, nella fase della repubblica furono i consoli che si arrogarono progressivamente il potere di regolare pacificamente le controversie insorte tra i consociati, seppur con una lenta e lunga evoluzione dove i retaggi del passato continuavano ad operare (si pensi agli istituti della *manus inectio* stragiudiziale od esecutiva; all’impiego della forza consentito al derubato per catturare il ladro). Del resto, il ricorso al processo era allora una mera opzione per il cittadino, cui rimaneva consentita la via della “autodifesa”. Solo con l’avvento dell’età imperiale un numero significativo di atti di autotutela venne via via vietato (es. Marco Aurelio in un processo *extra ordinem* decise che un creditore dovesse perdere il credito dal momento che si fosse impossessato in via di autotutela di beni del creditore a fronte dell’inadempimento; una costituzione del IV sec. d.C prevedeva la perdita della lite per la parte che, prima della decisione del magistrato si impossessasse con la forza dell’immobile posseduto da altri). Si trattava, comunque, di previsioni relative a singoli casi e un generale principio di divieto di autotutela si affermò solo in epoca tardo antica, ferma restando, comunque, la legittimità dell’utilizzo della forza per legittima difesa (*vim vi repellere licet*).

Venendo al nostro tempo, il Legislatore pone un generale divieto di autotutela tra privati (al contrario, per la pubblica amministrazione che agisce nell’ambito dei propri poteri autoritativi, per antica tradizione vige un principio opposto che ammette l’autotutela, potendo la PA portare ad

esecuzione coattiva i propri provvedimenti, come ora positivizzato dagli art. 21quiquies della L. n. 241/90.)

Il generale divieto di autotutela privata è rintracciabile nell'art. 2907 c.c. che demanda alla Autorità Giudiziaria la difesa dei diritti, nonché si considerino gli art. 392 e 393 c.p. che puniscono penalmente l'esercizio arbitrario delle proprie ragioni.

Il ricorso a forme generalizzate di autotutela tra privati non potrebbe che minare l'aspirazione ad una pacifica convivenza e, pertanto, la risoluzione dei conflitti viene di regola, demandata all'autorità giudiziaria.

Tuttavia, ciò non toglie che singole ipotesi di autotutela siano previste e ammesse dall'ordinamento, seppur le stesse devono intendersi, stante il generale divieto di cui si è detto, quali ipotesi tassative e di stretta interpretazione. Peraltro, il legislatore circonda di ampi limiti tali rimedi, e uno sconfinamento dagli stessi non potrebbe che rendere il comportamento asseritamente adottato in "autotutela" una inammissibile forma di giustizia privata che costituirebbe, a sua volta, un illecito contrattuale o extracontrattuale.

Tra le ipotesi di autotutela previste dall'ordinamento può anzitutto menzionarsi l'arresto in flagranza consentito ai privati a fronte della commissione di fattispecie di reato perseguibili d'ufficio, ai sensi dell'art. 380 cpp. Si tratta, in senso lato, di una ipotesi di autotutela, seppur sono qui evidenti i chiari connotati pubblicistici della stessa essendo la finalità non solo quella di tutelare la vittima del reato, quanto soprattutto l'esigenza di assicurare alla giustizia presunti autori di illeciti penali (ed infatti l'arresto può essere eseguito non solo dalla persona offesa ma da chiunque).

Venendo alle ipotesi di autotutela rintracciabili nel codice civile, alcune ipotesi possono già evidenziarsi nell'ambito della responsabilità extracontrattuale. E' il caso della legittima difesa - prevista dall'art. 2044 c.c.- in base a cui non è responsabile chi cagiona il danno per legittima difesa. Tale norma, ha la funzione di elidere la anti giuridicità del comportamento realizzato per legittima difesa, ed i cui presupposti sono strettamente fissati dall'art. 52 c.p. cui l'ordinamento civile implicitamente rinvia. Si tratta di un'espressione del risalente principio *vim vi repellere licet* che rimane tuttora valido ed accolto dall'ordinamento. Infatti, nell'immediatezza di una violenza in atto, non è pensabile che debba aspettarsi l'ausilio dell'Autorità Pubblica, ben potendo invece il soggetto aggredito farsi tutela da sé nei limiti del necessario. Tale principio, seppur con molte cautele, viene esteso non solo al caso di violenza sulla persona, ma anche nel caso di difesa dei propri beni da un'aggressione, ammettendosi la auto-difesa del possesso finché la violenza dell'aggressore sia in atto.

Altra forma di autotutela prevista dal legislatore si esplica nel cd. diritto di ritenzione. In alcuni casi, il soggetto creditore di somme può ritenere una cosa del debitore che sia nella sua disponibilità al fine di soddisfare il proprio credito. Ciò viene previsto dall'art. 1152 c.c. per il possessore cui siano dovute indennità (che devono essere state domandate nel corso di un giudizio ivi fornendone almeno una prova generica) o garanzie (ordinate dall'autorità giudiziaria); norma simile è prevista a tutela del coerede che conferisca in collazione un immobile su cui abbia eseguito miglioramenti (art. 748 ult co. cc), dell'usufruttuario (ex art. 1011 c.c.), di colui che abbia eseguito prestazioni o spese per la conservazione o il miglioramento di beni mobili altrui (at. 2756 c.c. ult. co.), del vettore (art. 2761 ult. co.). Può altresì parlarsi di diritto di ritenzione quale forma di autotutela con riferimento al pegno gordiano, in base a cui il creditore può ritenere il pegno del debitore, pur costituito a garanzia di altro credito, ricorrendo i presupposti dettati dall'art. 2794 c.c.

Forme di autotutela sono rappresentate dalla possibilità per il venditore di far vendere la cosa per conto e a spese del compratore che non ne abbia pagato il prezzo (art. 1515 e 1516 c.c.); dal potere dell'acquirente di sospendere il pagamento se vi è pericolo di rivendica (art. 1481 cc).

Nell'ambito dei contratti con prestazioni corrispettive, vige un generale principio di autotutela compendiabile nella massima *inadimplenti non est adimplendum*. Pertanto nel caso di inadempimento della controparte (art. 1460 cc) o di sopraggiunto pericolo di inadempimento (art 1461 cc), la parte "diligente" potrà sospendere la propria prestazione se la controparte non adempie contemporaneamente (art. 1460 c.c., che fa comunque salve diverse previsioni contrattuali nonché il

generale principio di buona fede) o non presta le garanzie tali da eliminare il pericolo di inadempimento sopravvenuto (art. 1461 cc.).

Anche la diffida ad adempiere prevista dall'art. 1454 c.c. può ricondursi all'ambito dell'autotutela privata. Alla parte inadempiente l'altra può intimare di adempiere in un congruo termine, decorso inutilmente il quale il contratto si risolverà di diritto senza necessità dell'intervento del giudice.

Peculiari ipotesi di autotutela vigono anche nel diritto del lavoro. Segnatamente il diritto di sciopero è una forma di autotutela collettiva, costituzionalmente garantita, in base a cui i lavoratori collettivamente reagiscono ad una "ingiustizia" - *latu sensu* intesa – datoriale sospendendo la propria prestazione lavorativa. Così come forme di autotutela individuale sono previste in capo al lavoratore con il potere di sospendere la propria attività lavorativa (potere riconducibile alla disposizione dell'art. 1460 cc), ad es. ad un illegittimo *ius variandi* della prestazione lavorativa adottato dal datore di lavoro. Specularmente, il potere sanzionatorio del datore di lavoro, *ex lege* previsto e dettagliatamente regolamentato a tutela del lavoratore, può configurarsi quale forma di autotutela (art. 2106 c.c., Statuto dei Lavoratori e Contratti collettivi).

Alle forme di autotutela direttamente previste dalla legge, possono poi aggiungersi quelle – pur ammesse in via generale dall'ordinamento – ma che necessitano di un previo accordo tra le parti. A tale riguardo, si pensi alla caparra confirmatoria, prevista dall'art. 1385 c.c. La stessa ha senz'altro la funzione di garantire alla parte diligente una tutela diretta ed immediata, senza bisogno di ricorso all'autorità giudiziaria. Si tratta di una forma di autotutela astrattamente prevista per legge ma che necessita di una apposita previsione contrattuale tra le parti (si tratta segnatamente di contratto reale) la cui autonomia è comunque limitata dai principi costituzionali (cfr. giurisprudenza Corte Cost. che ha ritenuto nulla la caparra manifestamente iniqua per contrasto con l'art. 2 Cost.).

Tra le ipotesi di autotutela contrattualmente previste vi è poi l'ampio spettro delle "sanzioni private" di cui si dirà a breve.

Anche nell'ambito degli "obblighi" propri del diritto di famiglia, possono individuarsi mezzi di autotutela consentiti al privato. In particolare, a fronte di gravi violazioni dei doveri familiari, ove la convivenza risulti intollerabile, deve ritenersi che il coniuge possa venire meno al proprio obbligo di coabitazione, abbandonando la casa familiare.

Come si vede da tale rapida ricognizione delle fonti positive che codificano ipotesi di autotutela, nell'ambito della stessa *latu sensu* intesa, possono ricomprendersi tutte le forme di reazione ad una "ingiustizia", sia in ambito contrattuale che extracontrattuale, operate al di fuori del ricorso all'Autorità Pubblica, segnatamente a quella giurisdizionale.

Perché il privato possa agire in autotutela non sembra debbano ricorrere tutti i presupposti dell'illecito contrattuale o aquiliano, sembra piuttosto che sia sufficiente la presenza di una "ingiustizia", nel senso di un fatto *non iure e contra ius* come si è anzidetto, mentre si prescinde da un'indagine circa l'elemento soggettivo del soggetto inadempiente (es. per proporre l'eccezione di inadempimento, la diffida ad adempiere o per escutere la caparra confirmatoria non serve che l'altrui inadempimento sia imputabile al creditore ex art. 1218 c.c.).

Come si è visto, l'autotutela può trovare la propria fonte normativa esclusivamente nella legge (con successiva possibilità del privato di avvalersi dello strumento di autotutela in via unilaterale) ovvero nella legge con l'intermediazione della volontà delle parti.

L'autotutela può operare preventivamente o successivamente rispetto all'"ingiustizia" verificatasi e può garantire al privato diversi "gradi" di utilità. Può essere preventiva, garantendo al privato il ripristino dello status quo anteriore al sorgere dell'obbligazione (cfr. art. 1461 c.c.); può essere contestuale all'"ingiustizia" mirando ad eliderne o attenuarne le conseguenze pregiudizievoli (es. legittima difesa); può altresì essere successiva, intervenendo dopo che l'"ingiustizia" si è verificata. In tale ultimo caso, il privato che agisce in autotutela potrà ripristinare lo status quo anteriore al verificarsi dell'altrui inadempimento sciogliendosi dal vincolo obbligatorio (es. nella diffida ad adempiere; eccezione di inadempimento); ottenere soddisfazione eliminando (in tutto o in parte) le conseguenze pregiudizievoli dell'altrui inadempimento (es. il compratore che non

ottenendo il pagamento del prezzo e si autotutela vendendo coattivamente la cosa e soddisfacendosi così sul relativo ricavato); indurre la controparte ad adempiere al proprio obbligo (ciò avviene nelle ipotesi di diritto di ritenzione, avendo la stessa funzione di coazione indiretta al fine di “indurre” la controparte a pagare nonché volta ad evitare che il debitore sottragga alla garanzia patrimoniale il bene che viene ritenuto. La ritenzione non ha invece una funzione di “soddisfazione per equivalente” del debitore, il quale non può servirsi della cosa ritenuta e goderne dei frutti). Tali diverse funzioni possono peraltro combinarsi tra loro, si pensi all’eccezione di inadempimento ex art. 1460 c.c., che ha sia la funzione di coazione indiretta che quella di evitare che l’altrui inadempimento possa arrecare un maggior pregiudizio.

Si pone a tale riguardo il problema delle prestazioni infungibili, ossia di quegli obblighi che non possono essere eseguiti se non dalla persona dell’obligato (infungibilità soggettiva, es. obbligazioni *intuitu personae*) o che possano avere ad oggetto cose non surrogabili con altre (infungibilità oggettiva).

L’infungibilità dell’obbligazione viene in rilievo segnatamente per le obbligazioni di fare, seppur può riguardare anche quelle di dare.

Esistono peraltro diversi livelli di infungibilità, a seconda che si privilegi l’aspetto materiale o giuridico. Si ha infungibilità materiale quando la prestazione non è materialmente eseguibile da altre persone se non dal debitore (es. nei contratti *intuitu personae*, laddove ad es. “quel determinato quadro” non può che essere eseguito da quell’artista) o non può che avere ad oggetto specifiche cose (i.e. la consegna di cose non fungibili). Altresì, l’infungibilità può essere di tipo giuridico, in quanto la prestazione oggetto dell’obbligazione potrebbe ben essere materialmente eseguita da altri ma ciò non risulta possibile stanti i principi di autonomia e libertà posti dall’ordinamento a tutela della persona e della proprietà.

Sul punto, deve rilevarsi come l’infungibilità giuridica sia concetto elastico, la medesima prestazione può essere fungibile o infungibile a seconda di quale sia il soggetto che intenda “sostituirsi” all’obligato inadempiente.

Il giudice ben potrà eseguire coattivamente obblighi altrui, modificando così autoritativamente la sfera giuridica altrui e sostituendosi all’obligato nell’esecuzione della prestazione. In caso di prestazioni materialmente fungibili, l’Ufficio Esecutivo potrà coattivamente sostituirsi all’obligato nel consegnare una cosa, nel prestare un consenso (si pensi alla sentenza costitutiva pronunciata a fronte dell’inadempimento a stipulare il contratto definitivo in attuazione dell’obbligo assunto con il contratto preliminare), nel fare qualcosa (secondo quanto previsto dagli artt. 2930 ss. cc. E dal codice di rito).

Il limite che sussiste (tanto per i privati che) per il giudice riguarda piuttosto le prestazioni materialmente infungibili, ossia quelle prestazioni che possono essere eseguite solo dalla persona dell’obligato. In tali casi non è materialmente possibile che la prestazione sia eseguita da altri e il creditore può ottenere soddisfazione in forma specifica solo nel caso in cui sia proprio la persona del debitore ad eseguire la prestazione. Pertanto, il giudice non può sostituirsi coattivamente al debitore né può coattivamente costringerlo ad eseguire la stessa. Infatti, anche qualora sarebbe materialmente possibile costringere coattivamente il soggetto al *facere*, ciò è precluso dal divieto di cui all’art. 23 Cost. per cui nessuna prestazione personale può essere imposta se non in base alla legge, e il nostro ordinamento privatistico non consente che un soggetto sia coattivamente costretto ad un *facere*, cui pure si era obbligato.

Pertanto, in casi di obblighi di *facere* infungibili, i rimedi che il privato ha a disposizione, ricorrendo all’autorità giudiziaria, sono il risarcimento per equivalente o forme di coazione indiretta, volte ad “indurre” l’obligato ad adempiere attraverso misure *latu sensu* sanzionatorie. Tali misure possono essere di natura civile o penale e sono disposte dall’autorità giudiziaria. Si veda in proposito l’istituto delle *astreintes*, di derivazione francese, ora previsto in via generale all’art. 614bis c.p.c. (tale misura a seguito delle novelle legislative del 2015, è ora prevista per tutti gli obblighi diversi dal pagamento di somme di denaro, non solo per le prestazioni infungibili) e 114 c.p.a. (ma si noti che tutte le prestazioni della p.a. possono ritenersi fungibili, potendo sempre il

giudice, anche tramite un commissario ad acta, sostituirsi alla p.a). Per misure previste in specifici settori, cfr, ex multis, art. 18 ult. co. Statuto dei lavoratori per il ritardo nel reintegro del lavoratore sul posto di lavoro; art 124 del Codice della proprietà industriale D.lgs 30/2015; art. 140 Codice del Consumo; art. 8 ult. co. D.lgs. n. 231/2002 nel ritardo dei pagamenti commerciali: art. 709ter c.p.c. per il mancato adempimento agli obblighi verso i minori (con la peculiarità che in questo caso la “sanzione” è devoluta non alla parte privata lesa ma alla Cassa delle ammende).

Visti così i poteri del giudice, si possono meglio comprendere i limiti che incontrano i privati in sede di autotutela. Infatti, pur a fronte di prestazioni di per sé materialmente fungibili il privato non potrà sostituirsi all’obbligato stante il principio per cui non è possibile modificare l’altrui sfera giuridica unilateralmente. Pertanto, in tale ottica può dirsi che tutte le prestazioni sono per i privati giuridicamente infungibili. Il privato, a fronte dell’altrui inadempimento, non potrà sostituirsi alla controparte inadempiente (come invece può fare di regola l’Ufficio Esecutivo se si tratta di prestazioni materialmente fungibili). Le eccezioni a detta regola sono rare (es. la possibilità del venditore che non ha ricevuto il prezzo di vendere la cosa già passata in proprietà del compratore), quasi tutte le ipotesi di autotutela privata sopra esaminate, infatti, non consistono in esecuzioni coattive di obblighi altrui, bensì nella mancata esecuzione – giustificata dall’ordinamento – di obblighi che altrimenti graverebbero sul soggetto che agisce in autotutela (e.g. eseguire la propria prestazione; consegnare la cosa avuta in possesso, in usufrutto, ecc). Nè, tantomeno, il privato potrà obbligare coattivamente il soggetto inadempiente ad adempiere contro la sua volontà, non essendo ciò permesso al Giudice né, tantomeno, al privato che agisca in autotutela.

Gli strumenti disponibili per il privato in via di autotutela in caso di prestazioni infungibili appaiono assai esigui, seppur non del tutto inesistenti. Anche in questo caso, oltre agli strumenti già visti (segnatamente l’eccezione di inadempimento in caso di contratti a prestazioni corrispettive) può ritenersi che un ruolo rilevante possa essere sul punto assegnato all’autonomia contrattuale.

In particolare, i privati possono prevedere forme sanzionatorie e di coercizione indiretta. Non si tratta di uno strumento attuabile unicamente con riferimento a prestazioni infungibili, ma che senz’altro può assumere una propria pregnanza con riferimento a tale ambito.

Possono citarsi al riguardo le “sanzioni”, non strettamente di natura risarcitoria, applicate in virtù di previsioni contrattuali quali conseguenza della violazione o inadempimento del contratto medesimo. Si tratta di “pene” previste liberamente dalle parti nell’esercizio della loro autonomia negoziale e tra le quali la clausola penale, prevista dal nostro codice civile all’art. 1383, rappresenta il principale punto di riferimento. In tale figura sono ravvisate (pur con le incertezze in dottrina circa la natura della stessa) finalità risarcitorie (sotto forma di liquidazione anticipata del danno sofferto dal soggetto inadempiente) e sanzionatorie (in quanto è previsto normalmente il versamento di una somma superiore al danno effettivamente arrecato). Anche in questo caso l’autonomia privata è astretta da limiti, essendo assegnato al giudice il potere di ridurre una clausola iniqua.

Altre forme di pene private di fonte negoziale sono rintracciabili nelle sanzioni previste per le formazioni associative e in generale nell’ambito di organizzazioni private. Si pensi alle pene disciplinari nelle associazioni, che possono caratterizzarsi come sanzioni anche di natura non patrimoniale, quali possono essere ammonizioni, censure, e financo la estromissione del socio dall’associazione. Si pensi altresì alle sanzioni per mancato rispetto del regolamento condominiale previste dallo stesso regolamento, cfr. art. 70 disp. att. cod. civ; o ancora le sanzioni nel rapporto di lavoro subordinato previste e disciplinate dalla legge e dai contratti collettivi).

Così come non è escluso che clausole “sanzionatorie” possano essere inserite dalle parti nei più disparati contratti, anche alla luce dell’art. 1322 c.c.

Si pensi al riguardo ai contratti di tipo “esistenziale”, volti a regolare interessi segnatamente di tipo non patrimoniale tra le parti. In questi casi, risulta particolarmente evidente come il creditore, a fronte di un inadempimento, potrebbe risultare largamente inappagato da un risarcimento pecuniario per equivalente. Pertanto, il contratto potrebbe prevedere forme di coercizione indiretta volte a indurre il creditore ad adempiere, sul modello delle *astreintes* disposte dal giudice.

Si possono inoltre immaginare forme convenzionali di “rafforzamento” di obblighi che trovano la loro fonte originaria non nel contratto: esempio paradigmatico è quello della clausola penale che accede ad un dovere morale o sociale, es. il pagamento di un debito di gioco (art. 2034 c.c.), la cui ammissibilità può tuttavia essere contestata se si considera che l’obbligo giuridico principale non trova cittadinanza nel diritto positivo.

Tali pattuizioni contrattuali - che possono inquadrarsi nella più generale e discussa categoria delle “pene private” - presentano sia un profilo *latu sensu* “punitivo”, che una funzione di prevenzione, volta ad indurre la parte ad adempiere (o a non protrarre l’inadempimento). Pertanto, dette sanzioni possono allora inquadrarsi nel perimetro degli strumenti di autotutela privata.

Anche in questo caso, stante l’infungibilità della prestazione e l’impossibilità di costringere coattivamente un soggetto ad un *facere*, il rimedio non garantisce una sicura soddisfazione ma mira a rafforzare l’obbligo assunto, analogamente a quanto avviene in sede giudiziaria con l’applicazione delle *astreintes* o delle sanzioni penali. Potrà trattarsi di clausole che, a fronte dell’inadempimento, fanno sorgere ulteriori obblighi (ad es. pagamento di penali), o incidono sull’assetto delle obbligazioni reciproche delle parti, ovvero incidono su uno status contrattualmente assunto dall’obligato, ecc. Ovviamente, qualora si tratti di previsioni che comunque comportano il sorgere di ulteriori obblighi a carico della parte inadempiente, sarà sempre possibile in fatto che la stessa non adempia anche agli ulteriori obblighi sorti in virtù della clausola sanzionatoria. In tali casi l’autotutela privata mostra i suoi limiti, rendendosi necessario il ricorso all’autorità giudiziaria.

Anche con riferimento a tali pattuizioni, si pone un problema con riferimento ai limiti che incontra l’autonomia privata. Dette sanzioni contrattuali, così come più in generale le “pene private”, sono state a lungo criticate dalla dottrina e guardate con sospetto, sembrando piuttosto un retaggio di tempi primordiali del diritto. Del resto, è frutto di una moderna conquista di civiltà quella di aver separato la riparazione del danno (che spetta al privato danneggiato), dalla punizione (affidata all’autorità pubblica, e in epoche ancor più recenti, segnatamente al potere giurisdizionale), separando così responsabilità civile e penale. In sintesi, il principio di fondo dovrebbe essere quello per cui la potestà di punire spetta allo Stato, quale estrinsecazione della sovranità e non può essere esercitata dal privato o per la soddisfazione di interessi meramente privati. Tuttavia, nel caso delle sanzioni anzidette le stesse si pongono in una zona intermedia tra la punizione ed il risarcimento del danno, avendo quale propria finalità quella di “indurre” l’obligato ad adempiere.

Con specifico riferimento alle sanzioni di origine contrattuale, autorevole dottrina negli anni ‘70 aveva espresso forti perplessità, ritenendo le stesse in contrasto con un generale principio di “uguaglianza reciproca” tra le parti del contratto, rinvenibile in una lettura del codice civile conforme a Costituzione e segnatamente al principio di uguaglianza. Tuttavia, non risulta che tali auspici abbiano trovato riscontro in sede giurisprudenziale o da parte del legislatore ordinario, risultando piuttosto diffuse clausole contrattuali sanzionatorie, specialmente nei contratti associativi. Senz’altro, trattandosi di previsioni contrattuali, le stesse dovranno essere oggetto ad uno scrutinio di liceità della causa e di meritevolezza degli interessi secondo gli ordinari strumenti di controllo che l’ordinamento si riserva sugli atti di autonomia privata. Superato tale vaglio, può ritenersi che forme di autotutela privata, pattiziamente previste dalle parti, possano trovare cittadinanza nel nostro ordinamento.

15

Il termine “ingiustizia” non trova espressa menzione all’interno del nostro ordinamento pur essendo esso ontologicamente volto a prevenire e rimediare alla stessa offrendo strumenti per assicurare la “Giustizia” nei rapporti sociali così come concepita dei diversi momenti storici.

D’altra parte, in significati più specifici, l’ordinamento conosce l’attributo “ingiusto” il quale trova largo impiego nell’ambito del codice penale con riferimento ai sostantivi “danno” e “profitto”; tale termine si presenta però quale elemento normativo di fattispecie che rinvia all’ordinamento

civile al quale dunque occorre fare riferimento al fine di coglierne la portata. L'indagine deve dunque prendere le mosse dall'unica norma del codice civile che esplicitamente lo menziona: l'art. 2043 c.c. che, in particolare, riferisce l'attributo "ingiusto" al danno quale elemento della fattispecie tipica di responsabilità extracontrattuale.

Al fine pertanto di cogliere il significato più tecnico del concetto di "ingiustizia" occorre soffermarsi brevemente sull'elaborazione dottrinale che si è sviluppata in merito a tale espressione per poi valutare se la stessa possa trovare applicazione anche in settori ulteriori rispetto a quello della responsabilità aquiliana.

L'art. 2043 c.c. costituisce la norma di riferimento principale in materia di responsabilità civile la quale, in termini condizionalistici, può essere riformulata nel seguente modo: "*se taluno commette un fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto dal quale derivano danni-conseguenza, allora egli è obbligato al risarcimento dei danni-conseguenza*".

La fattispecie si compone di numerosi elementi tra i quali spicca il "danno ingiusto", sintagma sul quale la dottrina si è a lungo interrogata.

Secondo una prima impostazione, ormai largamente superata, che accoglieva una concezione sanzionatoria della responsabilità extracontrattuale quale responsabilità secondaria volta a reagire alle lesioni di posizioni giuridiche sancite altrove nell'ordinamento, l'attributo dell'ingiustizia era mal riferito al danno e doveva invece essere riferito alla condotta per articolarsi in una duplice valutazione: la condotta ingiusta doveva essere "*contra ius*" ossia lesiva di una posizione di diritto soggettivo e "*non iure*", ossia non giustificata dal sistema giuridico.

La successiva elaborazione, in linea con l'adesione alla teoria della funzione riparatoria della responsabilità ed alla sua natura primaria ed atipica, ha invece valorizzato il dato letterale della disposizione ritenendo, correttamente, che l'attributo ingiusto fosse riferito al danno pur recependo, variandone il contenuto, la medesima struttura dell'ingiustizia.

Secondo tale impostazione, oggi non più posta in discussione, il danno cagionato dal soggetto per poter essere qualificato come ingiusto deve infatti essere, da un lato, "non iure" ossia non giustificato dall'ordinamento (in questo coincidendo con quanto già affermato nella precedente elaborazione), dall'altro "contra ius" da intendersi in senso più ampio, non quindi come pregiudizievole per una posizione di diritto soggettivo, ma (e questo fu il risultato di una progressiva estensione del concetto in esame) come lesivo di qualsiasi interesse avente tutela nell'ordinamento (financo gli interessi legittimi). In breve, il sintagma danno ingiusto venne ad essere interpretato come clausola generale la quale postula un rinvio all'intero ordinamento giuridico alla luce del quale occorre compiere un bilanciamento, una comparazione delle rispettive discipline e tutele, al fine di valutare se il sacrificio della posizione lesa possa trovare o meno giustificazione nell'attuazione dell'interesse del soggetto attivo della condotta in virtù della sua preminenza.

Il concetto di ingiustizia così delineato con riferimento al danno cagionato (evento di danno) diviene dunque uno degli elementi, di più, l'elemento principe, cui si connette la qualifica operata dall'ordinamento di "fatto illecito" da cui consegue, in ragione del procedimento di sussunzione del fatto nella norma, l'effetto del sorgere dell'obbligazione al risarcimento del danno (artt. 2043 e 1173 c.c. che individua quale fonte dell'obbligazione proprio il "fatto illecito").

Emerge quindi una stretta correlazione tra ingiustizia del danno e illiceità del fatto (e risarcibilità).

Al fine di cogliere se tale significato tecnico di ingiustizia possa trovare più ampia rilevanza all'interno dell'ordinamento, non solo con riferimento ai rapporti di tipo non cooperativo (detti anche competitivi), ma anche nei rapporti cooperativi cui sembrano maggiormente riconducibili obblighi di fare infungibili, occorre indagare l'ingiustizia del danno all'interno della responsabilità contrattuale.

Il passaggio nell'analisi si giustifica in base al dato che, acquisito che l'ingiustizia del danno appare quale elemento essenziale sul quale si incardina la qualifica di illiceità da cui scaturisce il sorgere dell'effetto risarcitorio, al fine di valutare se implicitamente il "danno ingiusto" sussiste

anche nell'ambito dei rapporti di cooperazione, sembra opportuno fare riferimento alla disposizione che con l'art. 2043 c.c. condivide l'effetto per valutare se all'identità del termine condizionato corrisponda una comunanza di elementi nel termine condizionante (protasi, o nel caso in esame: fattispecie) con particolare riferimento al danno ingiusto.

L'art.1218 c.c. non fa alcuna menzione all'ingiustizia del danno né all'illiceità del fatto, ma all'interpretazione letterale occorre, per completezza, far seguire un'analisi sistematica.

Prima facie infatti, l'art. 1218 c.c. sembra avere quali elementi di fattispecie solo condotta (ossia l'inadempimento) e il danno conseguenza oggetto di risarcimento.

A ben vedere però, tramite una valorizzazione dell'art. 1227 c.c. il quale fa riferimento nei suoi due commi a due differenti tipi di danni e di decorsi causali in cui il danneggiato concorre, emerge plasticamente l'esistenza, non solo dei danni conseguenza (non risarcibili ove evitabili con l'ordinaria diligenza ex art. 1227, comma 2, c.c.), ma anche dell'evento di danno, ossia del danno ingiusto (cui fa riferimento il primo comma dell'art. 1227 c.c.). La disposizione illumina così la reale struttura della fattispecie di responsabilità contrattuale rimasta implicita nell'art. 1218 c.c. in quanto norma volta a disciplinare l'onere della prova. Del resto ad una lettura più attenta della disposizione che apre il capo III del titolo I del libro IV del codice civile, non sfugge il riferimento all'imputazione che, secondo la migliore dottrina, fa riferimento tanto all'imputazione di tipo soggettivo quanto all'imputazione di tipo oggettivo (che collega condotta ed evento di danno).

In definitiva pare allora potersi affermare che la fattispecie di responsabilità contrattuale ricalchi la struttura della responsabilità extracontrattuale componendosi di: condotta, nesso causale (da accertare secondo i principi generali dell'ordinamento in materia di causalità espressi negli artt. 40 e 41 c.p.), evento di danno (danno ingiusto), nesso di causalità giuridica (così come disciplinato dall'art. 1223 c.c. ed interpretato secondo la teoria della regolarità causale) e danni conseguenza (patrimoniali e non patrimoniali che costituiscono oggetto dell'obbligazione risarcitoria quale effetto della sussunzione del fatto nella norma).

Ne consegue che di danno ingiusto può parlarsi anche con riferimento alla lesione del diritto di credito derivante dall'inadempimento (totale, parziale, inesatto o relativo) di un'obbligazione assunta.

La differenza tra le due norme in merito all'ingiustizia sembra potersi rinvenire nell'osservazione per cui se nella responsabilità aquiliana all'ingiustizia del danno (causa) segue la qualifica di illiceità del fatto (conseguenza); nella responsabilità contrattuale i rapporti causa-effetto si invertono per cui il fatto pare essere illecito (causa) in quanto contrario all'obbligo assunto e quindi (conseguenza) ingiusto il danno ad esso causalmente collegato (violazione del diritto di credito).

Può rinvenirsi, inoltre, come nel primo caso l'ingiustizia segua ad una violazione del principio di non contraddizione nei confronti dell'ordinamento (ossia delle regole) all'interno del quale il soggetto opera, nel secondo caso derivi invece dalla violazione del principio di non contraddizione rispetto a quanto lo stesso soggetto si è obbligato a fare: in definitiva l'ordinamento pare configurare come ingiusta la lesione delle posizioni lese dalla violazione di uno dei principi cardine della logica classica, il principio di non contraddizione.

Così individuato il significato e l'ambito di rilevanza del concetto di danno ingiusto occorre allora verificare quando esso si realizzi nelle ipotesi di inadempimento di obblighi di fare infungibili, questione cui è preliminare l'indagine circa le fonti dei medesimi.

Gli obblighi di fare infungibili, ossia aventi ad oggetto una prestazione che consiste in un fare che non può essere posto in essere da soggetti diversi rispetto al debitore, possono essere rinvenuti sia in ambito pubblicistico (es. il vecchio servizio di leva obbligatorio o l'obbligo di esercitare la funzione di giudice popolare a seguito del provvedimento di nomina) che in ambito privatistico: è questo il settore che occorre approfondire, anche in considerazione della successiva trattazione in materia di autotutela nei rapporti tra privati.

In ambito privatistico gli obblighi di fare infungibili possono trovare origine in una pluralità di atti o fatti, per lo più riconducibili all'ambito negoziale.

L'ipotesi più semplice che viene in considerazione è quella per cui l'obbligo ad una prestazione di fare infungibile derivi da contratto (l'art. 1173 c.c. si apre, infatti, stabilendo che "obbligazioni derivano da contratto"). Come noto, infatti, i soggetti dell'ordinamento giuridico possono, nell'ambito dell'autonomia negoziale di cui sono dotati, manifestare la propria volontà al fine di obbligarsi nei confronti di altri soggetti, in particolare essi possono raggiungere un accordo "per costituire, regolare o estinguere un rapporto giuridico patrimoniale". In ambito contrattuale sono numerosissime le ipotesi immaginabili avendo riguardo sia ai contratti tipici che ai contratti atipici, tra tutti basti pensare ad un contratto d'opera (art. 2222 c.c.) stipulato da un famoso pittore per la realizzazione di un ritratto o anche al contratto di lavoro subordinato. In entrambi i casi la personalità dell'adempimento risulta essenziale al fine del soddisfacimento dell'interesse del creditore: l'adempimento dell'obbligo è infungibile.

Ulteriore ipotesi è quella dei negozi unilaterali la cui atipicità è stata sdoganata tramite il superamento delle numerose obiezioni che tradizionalmente avevano supportato l'affermazione della tipicità dei negozi unilaterali.

In particolare, in primo luogo si è escluso ogni fondamento logico all'affermazione che riteneva doversi essere una simmetria tra la fonte del rapporto giuridico e la struttura del medesimo; in secondo luogo è stata superata l'osservazione, basata su una mera legge probabilistica, che l'obbligazione è strumento del mercato e che basandosi lo stesso sugli scambi e quindi su accordi almeno bilaterali, l'obbligazione non potesse trovare fonte – se non in casi eccezionali – in atti atipici; in terzo luogo è stato temperato il principio di indifferenza del terzo (come emerge chiaramente dall'art. 1411 c.c.) ed infine (e soprattutto) è stata superato l'unico ostacolo serio che si frapponeva al riconoscimento dell'atipicità degli atti negoziali unilaterali: la tassatività delle promesse unilaterali ex art. 1987 c.c..

Autorevole dottrina aveva tentato di superare tale impedimento tramite il riferimento all'art. 1333 c.c. da intendersi quale norma generale sugli atti negoziali unilaterali atipici, ma a ben vedere tale interpretazione si rivelava inevitabilmente contraria alla lettera della legge ove l'art. 1333 c.c., sia nella rubrica che nel testo della disposizione, parla chiaramente di "contratto" (che ai sensi dell'art. 1321 c.c. si pone in relazione di identità con l'accordo, ossia con l'incontro di volontà che per sussistere postula l'esistenza di almeno due volontà), con ciò escludendo che possa riferirsi ad una manifestazione unilaterale di volontà.

A confutazione decisiva del presunto ostacolo normativo è stato, invece, posto l'art. 1324 c.c. a sensi del quale "le norme che regolano i contratti", tra le quali è certamente da ricomprendersi anche l'art. 1322 c.c. che autorizza i privati alla creazione di schemi negoziali atipici, "si osservano, in quanto compatibili, per gli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale". Da ciò deriva, tramite una semplice operazione di sostituzione, che l'art. 1322 c.c. [in quanto norma compatibile che regola i contratti], si applica anche agli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale, ossia, anche i negozi unilaterali possono avere contenuto atipico.

A sua volta ad implementare questa direzione, l'evoluzione dell'ordinamento verso la depatrimonializzazione (o meglio, antropologizzazione) del sistema, ponendo al centro la persona quale detentore di interessi non solo patrimoniali, ma anche personali, ha condotto all'affermazione della possibilità di assumere obbligazioni rivolte al soddisfacimento di interessi non patrimoniali, così ampliando ancor più la possibilità per i negozi unilaterali atipici (così come per i contratti) di essere fonti di obbligazioni di fare (anche non fungibili).

Ulteriore fonte è rinvenibile all'interno del *tertium genus* di cui all'art. 1173 c.c. "ogni altro atto o fatto idoneo a produrre obbligazioni in conformità con l'ordinamento giuridico": tra le ipotesi note e rinvenibili all'interno del titolo IV può essere la gestione di affari altrui per cui, ex art. 2028 c.c., "chi, non essendovi obbligato, assume scientemente la gestione di un affare altrui" (fatto) "è tenuto a continuarla e a condurla a termine finché l'interessato non sia in grado di provvedervi da se stesso": l'effetto rappresentato quindi dal sorgere di un'obbligazione di fare che per come può atteggiarsi nel caso concreto, potrebbe anche (seppur con difficoltà) ipotizzarsi come infungibile.

Altre ipotesi di obblighi di fare non fungibili si rinvencono all'interno dei settori famiglia e successioni. Con riferimento alle successioni può farsi riferimento all'onere (art. 647 c.c.). Più emblematica l'ipotesi della famiglia, ove all'atto del matrimonio segue l'assunzione dei doveri imposti dalla legge all'art. 143 c.c. (fedeltà, assistenza morale e materiale, collaborazione nell'interesse della famiglia ecc.) ed alla filiazione seguono gli obblighi previsti all'art. 147 c.c. (mantenere, istruire, educare e assistere moralmente i figli) certamente infungibili.

Così individuate le principali fonti di obblighi di fare non fungibili, è possibile affermare, in considerazione di quanto acquisito nell'analisi iniziale che ove un soggetto abbia liberamente assunto un obbligo (dotato di rilevanza giuridica) o tale obbligo sia derivato in capo allo stesso a seguito di un determinato fatto o atto, la violazione del medesimo nelle forme dell'inadempimento determina, ove non giustificato da altre norme ("sine iure"), e ove determini la lesione di un interesse protetto dal sistema secondo una valutazione condotta alla stregua dell'intero ordinamento ("*contra ius*") un'ingiustizia (o, secondo la locuzione utilizzata nel codice, un "danno ingiusto").

Per completezza occorre fare un breve riferimento alle ipotesi in cui l'obbligo assunto non abbia rilevanza nell'ordinamento giuridico per volontà delle parti (es. *gentlemen's agreements*) o per connotati intrinseci della prestazione stessa ad esempio non suscettibile di valutazione economica o priva di patrimonialità (connotati indispensabili per l'esistenza di un'obbligazione ex art. 1174 c.c.), ma abbia valore solo nell'ordinamento sociale. In questo caso potrà sempre in senso lato parlarsi di ingiustizia, ma non tecnicamente e le reazioni saranno affidate a meri meccanismi sociali e sanzioni previste nell'ordinamento di rilevanza dello stesso obbligo. L'unica rilevanza che tali obblighi assumono all'interno del sistema giuridico privatistico è quella derivante dallo spontaneo adempimento cui è connessa la disposizione di cui all'art. 2034 c.c. volta a derogare alla precedente norma in materia di indebito oggettivo, e che, a contrario, sancisce la totale irrilevanza dell'inadempimento degli obblighi morali o sociali.

Al contrario, ove l'obbligo (imposto dalla legge quale effetto dello schema norma-fatto-effetto o assunto volontariamente secondo lo schema di produzione di effetti norma potere negoziale – effetto) abbia rilevanza per l'ordinamento giuridico, il medesimo si preoccupa di fornire strumenti volti alla prevenzione (tramite regolamentazione) e alla reazione dell'ingiustizia.

Il mezzo emblematico è quello della tutela giurisdizionale dei diritti (art. 2907 c.c.) che può essere compendiata nella forme della tutela per equivalente, tramite risarcimento del danno contrattuale (come nel caso di inadempimento di obblighi convenzionalmente assunti) o extracontrattuale (come nel caso di inadempimento di obblighi di natura familiare), o della tutela in forma specifica volta a far ottenere al soggetto leso la piena soddisfazione dell'interesse che mirava a soddisfare mediante attuazione anche coattiva della medesima prestazione oggetto dell'obbligo.

Tale forma di tutela soffre però di un importante limite che viene in rilievo proprio con riferimento agli obblighi di fare infungibili: nel caso di inadempimento di obblighi di fare infatti l'ordinamento può spingersi fino all'esecuzione forzata per cui, in base all'art. 2931 c.c. l'avente diritto può ottenere che l'obbligo sia eseguito a spese dell'obbligato, ma, si noti bene "a spese dell'obbligato", non da parte sua; ne deriva che il soggetto che può veder realizzato il proprio interesse solo mediante un adempimento personale del soggetto obbligato (ossia proprio il caso degli obblighi di fare infungibili) rimane sprovvisto di una tutela specifica: oltre alla condanna all'adempimento non potrà andare dovendosi, nel caso di rifiuto dell'obbligato di adempiere, accontentare di una tutela per equivalente. A fronte di tale lacuna gli interpreti prima (predicando un'applicazione dell'art. 650 c.p.) e il legislatore poi hanno cercato di introdurre strumenti di coercizione indiretta: in tale quadro si inserisce l'art. 614 bis cpc in base al quale il giudice, su richiesta di parte, con il provvedimento di condanna può fissare "*la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'adempimento del provvedimento*".

La tutela giurisdizionale nel nostro ordinamento è la regola, a fronte della violazione di una posizione giuridica tutelata, il soggetto leso non può farsi giustizia da sé, ma, al contrario, deve rivolgersi ad un giudice per ottenere un provvedimento volto all'applicazione della legge.

Il tradizionale principio secondo cui ai privati è preclusa l'autotutela privata è confermato dalla previsione nel codice penale delle fattispecie incriminatrici di cui agli artt. 392 (esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza sulle cose) e 393 (esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza alle persone) gli illeciti sono infatti chiaramente plurioffensivi, al di là dell'esercizio della violenza contro cose o persone (indicativi della tutela di ulteriori beni giuridici) le norme sono collocate nell'ambito del titolo III "delitti contro l'autorità giudiziaria" al fine di tutelare il monopolio esclusivo della giurisdizione per la risoluzione di controversie assicurando così la pace sociale (che sarebbe gravemente compromessa ove si riconoscesse la possibilità senza limiti al privato di farsi giustizia da sé).

A bilanciare il rigore di questa impostazione viene in considerazione il principio di sussidiarietà orizzontale, enunciato nella Carta costituzionale all'art. 118, comma 4 secondo cui "Stato [...] favorisc[e] l'autonoma iniziativa dei cittadini [...] per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà".

Il principio di sussidiarietà orizzontale, quale paradigma ordinatore dei rapporti tra pubblico e privato, postula un dovere di non ingerenza dello stato nelle ipotesi in cui la cittadinanza sia in grado di far fronte ai propri bisogni ed un dovere di azione sussidiaria ove per noncuranza o incapacità tali bisogni restino insoddisfatti, trova pacifica applicazione nell'ambito dei settori mercato (si pensi alla fuoriuscita dello stato dal mercato mediante privatizzazioni e liberalizzazioni) e società (si pensi all'avvento della disciplina avente ad oggetto l'impresa sociale); meno pacifica è l'applicazione del principio di sussidiarietà al nucleo duro delle competenze statali di cui certamente fa parte il settore giurisdizionale.

A ben vedere però la pregnanza del principio di sussidiarietà fa sì che esso sia idoneo a permeare ogni settore così che, proprio nel campo della giustizia, ove il pesante carico di contenzioso che grava sulla macchina giudiziaria ne preclude il perfetto ed agile funzionamento, possono rinvenirsi quali applicazioni del suddetto principio: da un lato, il ricorso all'arbitrato (artt. 806 e ss. cpc) che però richiede sempre una pattuizione in tal senso dei soggetti della disputa e dall'altro, maggiormente aderenti all'impostazione del principio in esame, i recenti provvedimenti normativi in materia di mediazione (dlgs. 28/2010) e negoziazione assistita (d.l. 132/2012 conv. con legge 162/2014) i quali, pur postulando un intervento obbligatorio di soggetti privati nella risoluzione di controversie, più che implicare una partecipazione nell'applicazione della legge comportano un intervento volto alla riduzione del contenzioso mediante la trasformazione della controversia giuridica in controversia economica.

La permanenza del principio, pur se mitigato, dell'impossibilità del privato di farsi giustizia da sé non esclude però la presenza di norme nell'ordinamento civile (così come penale) che attribuiscono all'individuo un minimo potere di autotutela di cui si impone prima un'analisi generale e solo successivamente un'applicazione alle ipotesi di inadempimento di obblighi di fare infungibili.

Considerato che per autotutela sembra doversi intendere la possibilità che il privato reagisca o prevenga un danno derivante da fatto altrui in totale autonomia, senza pertanto ricorrere alla tutela giurisdizionale o a terzi imparziali (arbitri) o alla collaborazione di controparte (es. come si vedrà, la transazione), e quindi in esecuzione di un diritto potestativo che non risponda allo schema di produzione di effetti norma-fatto-potere sull'an- intermediazione giudiziale-effetto, ma allo schema norma-fatto-potere sull'an- effetto, le ipotesi di autotutela riconosciute dall'ordinamento sembrano poter essere suddivise in due gruppi: previste contrattualmente e previste dalla legge.

Le ipotesi previste contrattualmente sono quelle in cui i contraenti hanno disposto in ordine alle conseguenze dell'inadempimento di una o entrambe le parti dell'obbligo che può avere origine sia contrattuale (sia tramite il medesimo atto negoziale, sia mediante un atto negoziale collegato) che non.

Di esse fa parte la clausola penale disciplinata all'art. 1382 e ss. c.c., ossia la clausola mediante la quale le parti convengono che in caso di inadempimento dell'obbligo il contraente

inadempiente è tenuto ad una determinata prestazione (la quale ha l'effetto, ex art. 1382 c.c., di limitare il risarcimento alla prestazione promessa).

A tale gruppo può essere riconducibile, ancora, la clausola risolutiva espressa mediante la quale i contraenti possono convenire che il contratto si risolva di diritto al verificarsi dell'inadempimento di una determinata prestazione e della dichiarazione della parte di volersi avvalere della clausola risolutiva. (art. 1456 c.c.).

Ancora, è possibile immaginare che, nell'ambito dell'autonomia negoziale concessa dall'art. 1322 c.c., le parti si accordino prevedendo determinate sanzioni "private" al verificarsi dell'inadempimento. È chiaro che in questi casi non essendo le clausole tipizzate dal legislatore ove si voglia azionare il contratto in sede giudiziale il giudice dovrà prestare particolare attenzione alla liceità della clausola valutando, inoltre, se a seguito della nullità della medesima il contratto ne venga travolto o rimanga valido nella parte non colpita da nullità ai sensi dell'art. 1419 c.c..

Alle ipotesi previste dalla legge sono invece riconducibili tutte quelle norme tramite cui il codice permetta al privato, senza necessità di rivolgersi al giudice, un'azione diretta a tutelarsi contro inadempimento dell'obbligo altrui.

Astrattamente possono essere ricondotte a tale gruppo le cause di giustificazione espressamente menzionate nel codice civile agli artt. 2045 e 2046 c.c. le quali per sembrano trovare più fertile applicazione nell'ambito dei comportamenti illeciti che nei casi di inadempimento di obblighi. La funzione delle cause di giustificazione è quella di rendere lecito, per tutto l'ordinamento giuridico (così che si deve ritenere che in ambito civile trovino applicazioni tutte le scriminanti previste in ambito penale agli artt. 50 e ss. c.p.) un comportamento che altrimenti sarebbe sottoposto ad una valutazione di illiceità: in altre parole le cause di giustificazione si innestano nella premessa maggiore del sillogismo che conduce alla qualificazione negativa del fatto elidendola.

In ambito contrattuale possono essere ricondotte a tale categoria le norme di cui agli artt. 1454, 1460, 1461 e 1385 c.c..

In base all'art. 1454 c.c. la parte inadempiente può intimare all'altra parte per iscritto di adempiere entro un congruo termine decorso il quale il contratto sarà risolto di diritto.

In base all'art. 1460 c.c., nelle ipotesi di contratti a prestazioni corrispettive, una parte può rifiutarsi di adempiere la sua obbligazione se l'altro non adempie o non offre di adempiere contemporaneamente la propria.

Così anche la norma successiva 1461 secondo cui ciascun contraente può sospendere l'esecuzione della prestazione da lui dovuta se le condizioni patrimoniali dell'altro contraente sono divenute tali da porre in evidente pericolo il conseguimento della controprestazione.

Ancora, a cavallo tra rimedio contrattuale e legale, la caparra conformatoria, per cui se al momento della conclusione del contratto una parte dà all'altra a titolo di caparra una somma di denaro (o una certa quantità di cose fungibili), in caso di inadempimento si applicherà la disciplina di cui all'art. 1385 c.c..

Nell'ambito dei contratti di lavoro subordinato, in parallelo alla possibilità contrattuale delle parti di prevedere sanzioni "private", il codice civile dispone all'art. 2106 c.c. la possibilità per il datore di lavoro di applicare sanzioni disciplinari (così come disciplinate all'art. 7 l. 300/70) in caso di inadempimento dei doveri di diligenza (art. 2104 c.c.) e fedeltà (art. 2105 c.c.).

Al di fuori dell'ambito contrattuale è emblematica l'ipotesi del diritto di ritenzione ex art. 1152 c.c. in capo al possessore in buona fede fino alla corresponsione delle indennità previste all'art. 1151 c.c..

Dopo l'analisi di alcune delle norme che possono essere ricondotte all'autotutela nei rapporti tra privati, merita un cenno la possibilità per le parti stipulare un contratto di transazione, ossia il contratto con cui (art. 1965 c.c.) le parti pongono fine ad una lite già iniziata o prevengono una lite che può sorgere facendosi reciproche concessioni.

La transazione è quindi il mezzo tipico tramite cui le parti che non vogliono ricorrere al giudice possono comporre una disputa, sembra allora potersi parlare di autotutela in senso lato, ma

al tempo stesso non si ritiene che la medesima possa rientrare nel concetto di autotutela intesa in senso stretto in quanto la parte che viene lesa per reagire a tale ingiustizia non ha a disposizione un diritto potestativo ad ottenere la transazione, ma potrà solo cercare l'accordo di controparte per realizzare il proprio interesse.

Così delineato il quadro generale, occorre individuare quali di queste forme di autotutela possono trovare applicazione in caso di inadempimento di obblighi di fare infungibili, l'analisi può essere svolta più agevolmente facendo riferimento alla fonte di origine dell'obbligo.

Chiaro che ove l'obbligo abbia fonte contrattuale potranno essere posti in essere tutte le forme di autotutela indicate in relazione ai contratti e dunque, tra quelle previste dalla legge: diffida ad adempiere (con conseguente possibilità di risolvere di diritto il contratto ex art. 1454 c.c.), eccezioni di inadempimento e sospensione dell'esecuzione della prestazione in caso di mutamento delle condizioni patrimoniali di controparte (artt. 1460 e 1461 c.c.), quali rimedi che permettono al contraente che potrebbe subire una lesione dall'inadempimento altrui di non adempiere la propria prestazione al fine di limitare il danno non subendo anche la perdita derivante dall'adempimento della propria prestazione, caparra confirmatoria che permette al creditore insoddisfatto di trattenere la caparra o chiedere il doppio della stessa ex art. 1385 c.c., ove si tratti di un obbligo di fare infungibile derivante da un contratto di lavoro subordinato al datore spetteranno poi poteri sanzionatori ex art. 2106 c.c.; tra quelle che possono essere previste contrattualmente: clausola penale (che permette al soggetto leso dall'inadempimento di ottenere la prestazione pattuita in luogo dell'adempimento ex art. 1382 c.c.), clausola risolutiva espressa (che permette al creditore insoddisfatto di risolvere il contratto di diritto a seguito dell'inadempimento di controparte) e sanzioni "private" pattuite dalle parti.

Nel caso in cui l'obbligo abbia origine in una fonte negoziale unilaterale l'autotutela concessa dall'ordinamento pare ridursi considerevolmente le ipotesi previste per i contratti corrispettivi (artt. 1454, 1460, 1461, 1456, 1385 c.c.) non possono trovare applicazione in quanto incompatibili, ma di più, essendo tutte rivolte o alla risoluzione del contratto o alla sospensione dell'esecuzione della propria prestazione, non avrebbero alcuna utilità nei confronti del soggetto che aspira ad ottenere l'adempimento di un obbligo altrui assunto unilateralmente. Non sembrano, invece, rinvenirsi ostacoli nella possibilità che le parti, a seguito dell'assunzione unilaterale dell'obbligo, provvedano mediante un successivo contratto a prevedere le conseguenze dell'eventuale inadempimento es. clausola penale o "sanzioni private".

Nel caso in cui l'obbligo infungibile abbia fonte nella gestione di affari altrui, come nell'ipotesi precedente, sembra possibile rinvenire la possibilità di una successiva negoziazione in ordine alle conseguenze dell'eventuale inadempimento dell'obbligo di fonte legale.

In materia di successione, ove l'obbligo scaturisca da un onere è l'art. 648 c.c. che dispone le conseguenze dell'inadempimento, conseguenze che possono essere fatte valere solo per via giudiziaria, da qualunque interessato.

Infine, con riferimento agli obblighi in materia familiare l'unica forma di autotutela che sembra essere prevista è quella menzionata all'art. 146 c.c. in base al quale ove il coniuge violi l'obbligo alla coabitazione e provveda ad allontanarsi senza giusta causa dalla residenza familiare rifiutando di tornarvi, allora l'ordinamento concede all'altro coniuge la sospensione dell'obbligo di assistenza morale e materiale.

I rimedi che conducono allo scioglimento di quello che è ormai un vincolo sempre meno perpetuo, ossia separazione e divorzio, pur essendo inquadrabili come diritti potestativi, richiedono pur sempre un'intermediazione giudiziale, cosicché non paiono inquadrabili nell'ambito dell'autotutela intesa in senso stretto.

Rimane la possibilità che i coniugi abbiano disciplinato il rapporto coniugale tramite un contratto di tipo esistenziale prevedendo ipotesi di sanzioni "private" nel caso di inadempimento degli obblighi previsti *ex lege* e degli eventuali ulteriori obblighi assunti tramite l'accordo. In merito all'ammissibilità dei contratti esistenziali molto ancora si discute, ma il loro riconoscimento non sembra poter essere negato, come è già stato osservato infatti, la progressiva antropologizzazione

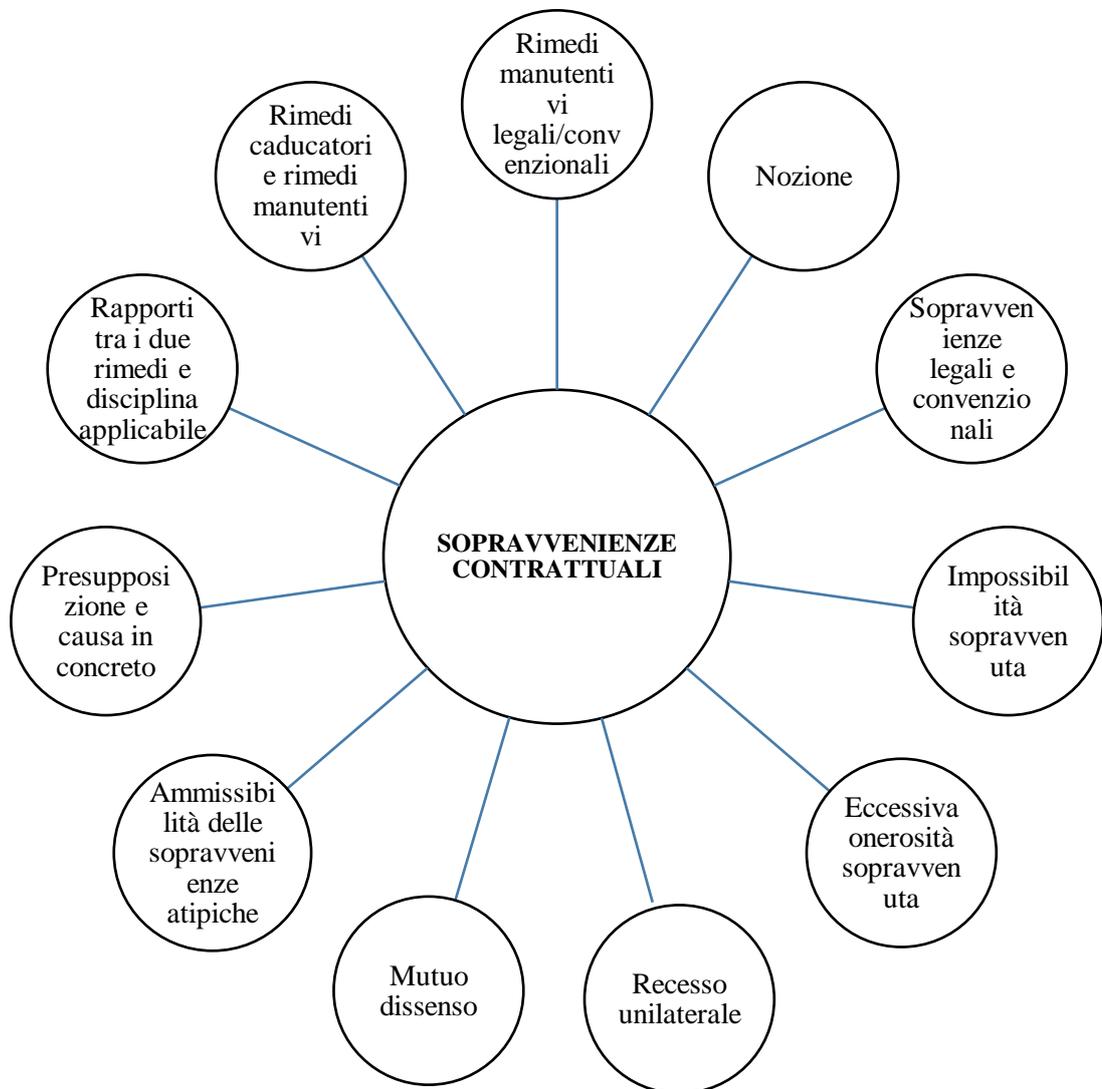
del sistema ha concesso la possibilità dell'utilizzo degli strumenti originariamente previsti per la realizzazione di interessi patrimoniali anche per il soddisfacimento di interessi patrimoniali (si pensi all'impresa sociale), a tale evoluzione non sfugge il contratto il quale ben può essere sorretto da una causa esistenziale intesa come sintesi di interessi non patrimoniali facenti capo al creditore (il quale ben può avere un interesse non patrimoniale come sancito espressamente dall'art. 1174 c.c.) e al debitore in cui il silenzio della legge in ordine alla qualificazione dell'interesse di cui deve essere portatore lascia intendere che lo stesso possa essere sia patrimoniale che non patrimoniale. A ben vedere poi, in ambito matrimoniale, il contratto esistenziale trova un ulteriore rinforzo in ordine alla sua ammissibilità: è lo stesso art. 144 c.c., infatti che prevede la possibilità per i coniugi di concordare "tra loro l'indirizzo della vita familiare".

In conclusione pare dunque potersi affermare che l'autotutela privata nel nostro ordinamento, nonostante l'emersione del principio di sussidiarietà orizzontale, mantenga un ruolo marginale a fronte della violazione di obblighi, rivolto più che altro a sospendere l'esecuzione della controprestazione in chiave preventiva o a risolvere il vincolo sinallagmatico instaurato tra le parti. In quest'ottica dunque l'autotutela permette al creditore di un obbligo di fare infungibile rimasto insoddisfatto solo di non aggravare la propria condizione impedendo la perdita ulteriore che deriverebbe dall'esecuzione della propria prestazione, non invece, in alcun modo, di ottenere la soddisfazione dell'interesse cui mirava mediante l'instaurazione del vincolo cooperativo (limite di cui soffre peraltro anche la stessa tutela giurisdizionale che nel caso di obblighi infungibili può solo limitarsi a forme di coercizione indiretta ex art. 614 bis cpc).

Da questo punto di vista l'ordinamento, la cui funzione è quella di razionalizzare le relazioni umane sembra suggerire all'operatore economico ormai entrato in rapporto con un operatore irrazionale (potendosi definire tale il soggetto che a fronte un obbligo, anche liberamente assunto, rifiuti di adempierlo) a risolvere il rapporto, ossia, utilizzando i termini di una nota teoria volta a studiare i comportamenti di operatori razionali all'interno di relazioni cooperative e non cooperative, ad "uscire dal gioco" ed ancor prima a selezionare accuratamente il soggetto cui affidare la soddisfazione dell'interesse sotteso ad un obbligo di fare non fungibile.

Le maggiori possibilità di autotutela sembrano invece poter scaturire dalla capacità previsionale degli operatori che, non facendo completo affidamento sulla "razionalità" della controparte, possono decidere di disciplinare tramite contratto le eventuali conseguenze dell'inadempimento prevedendo una clausola penale o altre "sanzioni private", anche in questo caso però l'interesse sotteso all'obbligo di fare infungibile rimarrà insoddisfatto e ove le sanzioni o la clausola penale abbiano ad oggetto ulteriori sanzioni infungibili ancora soffriranno di tale limitazione.

Alterazioni dell'equilibrio del contratto successive alla sua stipulazione. Mezzi di tutela per il contraente svantaggiato.



Sopravvenienze contrattuali:

- Nozione di sopravvenienze contrattuali: circostanze che, intervenendo dopo la conclusione del contratto e prima della sua completa esecuzione, incidono sul regolamento contrattuale e mutano il contesto giuridico, economico o sociale nel quale il contratto è stato stipulato. Distinzione tra rimedi caducatori e rimedi manutentivi.
- Sopravvenienze legali (in particolare, impossibilità sopravvenuta ex art. 1463 cc ed eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione ex art. 1467 cc) e sopravvenienze convenzionali (ad esempio, condizione risolutiva).
- Risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta della prestazione: richiamo dell'art. 1256 cc, disciplina dell'art. 1463 cc. Nozione di impossibilità: 1) tesi originaria che interpreta l'impossibilità in senso oggettivo ed assoluto; 2) tesi recente che interpreta tale requisito con maggiore flessibilità, facendo riferimento al principio di buona fede.
- Risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione: disciplina dell'art. 1467 cc, concetto di evento straordinario e imprevedibile.

- Riferimenti al recesso unilaterale e al mutuo dissenso.

Ammissibilità di sopravvenienze atipiche:

- Secondo la tesi tradizionale di dottrina e giurisprudenza sarebbero idonee ad influire sul contratto solo le sopravvenienze codificate dalla legge o le sopravvenienze previste dalle parti, per 4 ragioni: 1) principio di vincolatività del contratto ex art. 1372 cc; 2) principio della volontà implicita; 3) principio della certezza dei rapporti giuridici; 4) argomento a contrario.
- La giurisprudenza e la dottrina più recenti hanno affermato il principio secondo cui nei contratti che impegnano il tempo il contratto deve essere revisionato non solo nei casi tipizzati e nei casi previsti dalle parti ma in via generale in presenza di fatti sopravvenuti che impediscano la realizzazione del programma contrattuale o che turbino l'equilibrio contrattuale, per 5 motivi: 1) clausola *rebus sic stantibus*; 2) irrilevanza di un principio di volontà implicita; 3) principio comunitario del sindacato sull'equilibrio contrattuale; 4) principio di buona fede; 5) convenzioni europee in materia contrattuale.

Rimedi applicabili per i casi di sopravvenienze atipiche:

- Gli strumenti giuridici utilizzabili in caso di sopravvenienze non codificate sono la causa in concreto e la presupposizione.
- Per effetto della presupposizione, un contratto deve essere risolto o modificato ove vengano meno o non si verificano quei presupposti, di fatto o diritto, comuni ad entrambe le parti, o se assunti da una sola parte conosciuti dall'altra parte, che siano stati determinanti del consenso.
- Per effetto della causa in concreto, se le parti stipulano il contratto per una causa specifica e il contratto non è di immediata esecuzione, il venir meno della perseguibilità della causa conduce alla risoluzione della stipulazione contrattuale per impossibilità sopravvenuta, in base ad una interpretazione estensiva dell'art. 1463 cc.
- Rapporti tra presupposizione e causa in concreto: dopo l'avvento della teoria della causa in concreto, la presupposizione ha un minore ambito di applicazione, che comprende i presupposti non causali e i presupposti influenti non sull'*an* della stipulazione ma sull'equilibrio contrattuale.
- Disciplina applicabile: 1) nel caso del venir meno della causa in concreto, secondo la giurisprudenza la disciplina applicabile è quella della impossibilità sopravvenuta ex art. 1463 cc; 2) nel caso della presupposizione, si sono contese il campo più tesi: parte della dottrina ha richiamato il recesso, altra dottrina ha richiamato alla impossibilità sopravvenuta, altri hanno fatto riferimento alla disciplina della condizione, infine taluni hanno fatto riferimento alla disciplina della eccessiva onerosità sopravvenuta (tesi prevalente).

Ambito applicativo dei rimedi caducatori e dei rimedi manutentivi:

- In relazione ai contratti relazionali, che realizzano operazioni di lunga durata nel tempo, il rimedio caducatorio non tutela la parte che ha subito la sopravvenienza, perchè essa ha impiegato molteplici risorse per l'esecuzione del contratto e quindi ha interesse alla prosecuzione dello stesso; in questi casi, il rimedio che meglio tutela l'interesse della parte che ha subito la sopravvenienza è il rimedio manutentivo, che mantiene in vita il contratto adeguandolo al nuovo contesto.
- Riferimenti normativi (artt. 1564, 1668, comma 2 cc) e recente giurisprudenza favorevole al riconoscimento di un generale potere correttivo del giudice.
- Distinzione tra rimedi manutentivi convenzionali e rimedi manutentivi legali.
- I rimedi convenzionali derivano dall'inserimento nel contratto di clausole tese a disciplinare le conseguenze derivanti da sopravvenienze perturbatrici nel senso del mantenimento del contratto: clausole di adeguamento automatico, arbitraggio, clausole di *ius variandi*, clausole di rinegoziazione.

- Fallimento della rinegoziazione, operatività dell'art. 1453 cc e dubbi sull'applicabilità dell'art. 2932 cc: 1) La tesi tradizionale è negativa sul punto, sulla base della considerazione che l'intervento giudiziale è teso a sindacare l'autonomia negoziale e non a sostituirla; 2) La tesi più recente opina diversamente, affermando che il principio di conservazione sarebbe un principio generale dell'ordinamento giuridico, e che quindi non ci sarebbero ostacoli ad un intervento giudiziale.
- I rimedi legali sono i rimedi, previsti dalla legge, che comportano l'adeguamento del contratto alle sopravvenienze, esempi: artt. 1432, 1450, 1467, 1464, 1492, 1660, 1710, comma 2 cc. Riferimento alla recente tesi secondo cui da queste norme e dal canone di buona fede sarebbe ricavabile un principio generale di conservazione, in forza del quale la parte contrattuale più forte è tenuta a porre in essere gli sforzi collaborativi necessari per riequilibrare il contratto (vi sarebbe un generale obbligo di rinegoziazione).
- Problema di stabilire se in caso inadempimento di tale obbligo il rimedio sia solo la domanda di risarcimento del danno e di risoluzione del contratto o anche la domanda di intervento costitutivo del giudice ex art. 2932 cc: 1) tesi tradizionale negativa; 2) tesi recente favorevole all'esercizio dell'azione ex art. 2932 cc.

15,5

Il fenomeno delle alterazioni dell'equilibrio del contratto successive alla sua stipulazione richiede l'analisi delle cosiddette sopravvenienze contrattuali.

Per sopravvenienze contrattuali si intendono le circostanze che, intervenendo dopo la conclusione del contratto e prima della sua completa esecuzione, incidono sul regolamento contrattuale e mutano il contesto giuridico, economico o sociale nel quale il contratto è stato stipulato; questo mutamento può pregiudicare la funzione del contratto e l'interesse di una delle parti rispetto al contratto, come aggravamento del sacrificio o come minore utilità del contratto.

La tematica in oggetto concerne, dunque, i contratti di durata, caratterizzati da un ampio decorso temporale tra il momento del perfezionamento del contratto e il momento del completamento dell'esecuzione del contratto stesso.

Le sopravvenienze costituiscono una tipica ipotesi di rischio correlato al contratto: in particolare, mentre una parte del contratto è pregiudicata dalla sopravvenienza la controparte è avvantaggiata dalla sopravvenienza stessa, e la parte che subisce il pregiudizio può esperire dei rimedi. In particolare, come si analizzerà in modo più approfondito nel prosieguo della trattazione, di fronte ad una sopravvenienza contrattuale i rimedi esperibili possono essere di due tipi: lo scioglimento del vincolo contrattuale (rimedio caducatorio) o l'adeguamento del contratto alla sopravvenienza (rimedio manutentivo).

E' possibile distinguere tra sopravvenienze legali e sopravvenienze convenzionali.

Le sopravvenienze legali sono quelle disciplinate dal codice civile, e in particolare si tratta dell'impossibilità sopravvenuta e dell'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione, rispettivamente previste dagli artt. 1463 e ss. cc e dagli artt. 1467 e ss. cc; in queste situazioni, il soggetto che ha subito la sopravvenienza può esperire un rimedio caducatorio, la risoluzione del contratto.

Le sopravvenienze convenzionali si hanno quando le parti del contratto considerano la circostanza che si verifichino delle sopravvenienze e prevedono determinati effetti al verificarsi delle stesse; l'ipotesi paradigmatica di sopravvenienza convenzionale è la condizione risolutiva, che fa riferimento ad un evento futuro ed incerto: si tratta di un rimedio caducatorio, perchè al verificarsi della sopravvenienza si scioglie il vincolo contrattuale.

Quanto alla risoluzione per impossibilità sopravvenuta, il codice civile disciplina gli effetti dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione sia in relazione ai modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento agli artt. 1256 e ss. cc sia in materia di risoluzione del contratto agli artt. 1463 e ss. cc; precisamente, in base all'art. 1256 e ss. cc, in caso di impossibilità

definitiva della prestazione per causa non imputabile al debitore l'obbligazione si estingue e il debitore è liberato; ove l'obbligazione estinta derivi da un contratto a prestazioni corrispettive, ai sensi dell'art. 1463 cc la parte liberata *“non può chiedere la controprestazione, e deve restituire quella che abbia già ricevuta, secondo le norme relative alla ripetizione di indebito”*: quindi, nei contratti sinallagmatici la sopravvenuta impossibilità di una prestazione estingue non solo l'obbligazione del contraente tenuto all'esecuzione della stessa ma anche l'obbligazione della controparte, così determinando la caducazione del contratto.

L'orientamento tradizionale della dottrina e della giurisprudenza ha interpretato il termine *“impossibilità”* in senso oggettivo ed assoluto; segnatamente, l'impossibilità è oggettiva quando dipende da un fattore esterno rispetto alla sfera del debitore (come il caso fortuito, la forza maggiore, il fatto del terzo), mentre è assoluta quando la prestazione non può essere eseguita dal debitore nemmeno adoperando la massima diligenza. Invece, secondo l'indirizzo interpretativo più recente, in base al principio di buona fede è impossibile la prestazione che comporta un impiego di forze psicofisiche o di costi economici particolarmente gravoso.

In merito alla risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, ai sensi dell'art. 1467 cc nei contratti a prestazioni corrispettive la parte, la cui prestazione è diventata eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari ed imprevedibili, può chiedere la risoluzione del contratto; però, la risoluzione può essere evitata se la controparte offre di modificare equamente le condizioni del contratto (art. 1467, comma 3 cc).

Secondo la dottrina, un evento è straordinario quando è di rara verifica in relazione alle sue dimensioni e alla sua intensità, mentre è imprevedibile quando un soggetto di media diligenza non ne avrebbe potuto prevedere il verificarsi, avuto riguardo alle circostanze concrete sussistenti al momento della conclusione del contratto.

Giova precisare che l'art. 1467, comma 2 cc stabilisce che *“la risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto”*, riferendosi al fattore di rischio insito in ogni contrattazione.

In tema di sopravvenienze, rilevano poi il recesso unilaterale e il mutuo dissenso.

Quanto al recesso, si tratta di un negozio giuridico unilaterale ricettizio attraverso il quale la parte di un contratto ne dispone lo scioglimento, in deroga al principio *pacta sunt servanda* ex art. 1372 cc.

Il recesso è un istituto eccezionale che opera solo ove previsto dalla legge o dalla convenzione pattizia. Quindi, il recesso può essere legale, quando è previsto dalla legge (ad esempio, artt. 1569, 1750, 1810, 1833 cc), o convenzionale, quando è previsto dalle parti nel contratto, secondo la disciplina indicata dall'art. 1373 cc.

In punto di sopravvenienze contrattuali, viene in considerazione il cosiddetto recesso impugnazione, con cui la parte reagisce appunto ad una sopravvenienza del contratto; ad esempio, ai sensi dell'art. 1537 cc nella vendita immobiliare a misura, se la misura effettiva risulta superiore a quella indicata nel contratto, l'acquirente deve corrispondere il supplemento del prezzo, ma ha facoltà di recedere qualora l'eccedenza oltrepassi la ventesima parte della misura dichiarata.

Infine, le parti del contratto possono fare fronte alle sopravvenienze tramite l'istituto del mutuo dissenso (o mutuo consenso), che è l'accordo contrattuale con cui le parti sciolgono un contratto precedentemente stipulato, estinguendone gli effetti; tale istituto è previsto dall'art. 1372, comma 1, secondo periodo cc, secondo cui il contratto *“non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge”*. Da questa disposizione si evince che i casi di risoluzione del contratto sono tutti tipici, mentre l'unica figura generale di risoluzione del contratto che non ha bisogno di tipizzazione è il mutuo dissenso: ciò perchè se le parti nella loro autonomia privata possono decidere di creare un rapporto contrattuale, allo stesso modo le parti stesse possono esercitare l'autonomia contrattuale in senso opposto, cioè in chiave risolutoria del contratto precedentemente creato.

Ciò premesso, la tematica delle sopravvenienze contrattuali pone tre problemi principali: l'ammissibilità di sopravvenienze atipiche, l'individuazione dei rimedi applicabili per i casi di

sopravvenienze atipiche e la perimetrazione dell'ambito applicativo dei rimedi caducatori e di quello dei rimedi manutentivi.

Quanto al primo aspetto, la dottrina e la giurisprudenza hanno affrontato la questione se i casi di sopravvenienze incidenti sulla sorte del contratto siano ipotesi eccezionali o ipotesi che rispecchiano un principio generale.

Una prima tesi ritiene che le ipotesi di sopravvenienze incidenti sulla sorte del contratto siano ipotesi eccezionali; ne deriva che, al di fuori delle fattispecie specificamente codificate dalla legge o previste dalle parti, vige un principio di irrilevanza delle sopravvenienze, e quindi di inidoneità degli avvenimenti successivi alla stipula del contratto ad incidere sulla permanente efficacia del contratto stesso.

Invece, una seconda tesi ritiene che le ipotesi di sopravvenienze incidenti sulla sorte del contratto siano ipotesi che rispecchiano un principio generale; ne deriva che tutte le sopravvenienze che turbano l'equilibrio contrattuale sono destinate ad incidere sulla permanente efficacia del contratto, anche al di fuori delle ipotesi espressamente previste dalla legge o dalle parti.

Occorre meglio precisare le due tesi sopra descritte.

Secondo la tesi tradizionale di dottrina e giurisprudenza, monolitica fino alla fine degli anni '70, sarebbero idonee ad influire sul contratto solo le sopravvenienze codificate dalla legge (sopravvenienze tipiche, come l'eccessiva onerosità sopravvenuta ex art. 1467 cc, l'impossibilità sopravvenuta ex art. 1463 cc, nel caso dell'appalto il caso di cui all'art. 1664 cc) o le sopravvenienze previste dalle parti (sopravvenienze convenzionali) con clausole apposite che prevedano rimedi per ovviare alle sopravvenienze preventivate, e non anche le sopravvenienze atipiche.

Tale tesi è basata sulle seguenti quattro argomentazioni.

Innanzitutto, in base al principio di vincolatività del contratto ex art. 1372 cc, il contratto ha forza di legge tra le parti, e quindi al di fuori dei casi tipizzati esso non può essere sciolto.

Inoltre, in forza al principio della volontà implicita, se le parti non hanno previsto le sopravvenienze idonee ad incidere in via risolutoria o modificativa sul contratto, esse hanno implicitamente ritenuto che queste sopravvenienze siano irrilevanti in relazione alla permanenza in vita del contratto; quindi, il silenzio delle parti sarebbe sintomatico, perchè se le stesse avessero voluto dare rilievo a fatti sopravvenuti li avrebbero regolati stabilendone la rilevanza in sede contrattuale.

In terzo luogo, il principio di certezza dei rapporti giuridici sarebbe scalfito dalla affermazione secondo cui ogni contratto che impegna il tempo è destinato ad essere risolto o modificato per gli avvenimenti che si verificano nel corso della sua vita.

Infine, in base ad un argomento a contrario, le norme che danno rilevanza alle sopravvenienze contrattuali, quali quelle sulla eccessiva onerosità, sull'impossibilità sopravvenuta e in tema di appalti, sono norme eccezionali e dimostrano che il principio generale è di segno opposto, al quale esse derogano; se il principio generale fosse quello della rilevanza di ogni sopravvenienza significativa, sarebbero inutili le norme specifiche, posto che ribadirebbero un principio già desumibile in via generale.

In definitiva, per tale teoria i fatti sopravvenuti al contratto non previsti dalla legge nè dalle parti nel contratto sono giuridicamente irrilevanti e non producono la caducazione nè la modificazione del programma contrattuale.

La giurisprudenza e la dottrina più recenti hanno mutato approccio, con un cambio di ottica simile a quello in tema di sindacabilità giudiziale dell'equilibrio contrattuale generico; in quel caso si è passati dalla tesi dell'irrilevanza dell'equilibrio contrattuale alla tesi della rilevanza dello stesso in base alla buona fede, almeno nei rapporti asimmetrici; similmente, in questo caso si è passati dalla tesi della irrilevanza delle sopravvenienze che turbano questo equilibrio alla tesi della rilevanza delle sopravvenienze stesse, entro certi limiti.

Questa tesi è sposata dalla giurisprudenza prevalente, che ha affermato il principio secondo cui nei contratti che impegnano il tempo il contratto deve essere revisionato non solo nei casi

tipizzati (sopravvenienze tipiche) e nei casi previsti dalle parti (sopravvenienze convenzionali), ma in via generale in presenza di fatti sopravvenuti che impediscano la realizzazione del programma contrattuale o che turbino l'equilibrio contrattuale, che quindi possono influire in senso caducatorio o modificativo sulla disciplina e sulla sorte del contratto (sopravvenienze atipiche).

Gli argomenti indicati a sostegno della teoria in questione sono i cinque seguenti.

In primo luogo, il principio *pacta sunt servanda* ex art. 1372 cc, secondo cui il contratto ha forza di legge tra le parti, varrebbe a condizione che non siano modificate le situazioni in base alle quali il contratto era stato pattuito; dunque, la vincolatività del contratto sarebbe subordinata alla mancata modifica sostanziale delle circostanze tenute presenti dalle parti al momento della pattuizione (ciò si condensa nel brocardo *rebus sic stantibus*). Quindi, il principio ex art. 1372 cc va inteso nel senso che il contratto ha forza di legge tra le parti subordinatamente al mantenimento di quelle circostanze che hanno giustificato la stipulazione dello stesso, dato che il vincolo contrattuale è basato non su previsioni astratte ma su circostanze concrete.

In seconda istanza, non si potrebbe dare rilievo al principio della volontà implicita, secondo cui le sopravvenienze che le parti non hanno previsto sono state dalle stesse considerate implicitamente irrilevanti; infatti, questo principio vale per le circostanze prevedibili ma non anche per le circostanze imprevedibili; quindi, tutti i contratti che impegnano il tempo non possono contenere alcuna volontà implicita perchè sono fisiologicamente incompleti, non potendo prevedere le circostanze imprevedibili.

In terza battuta, la intangibilità dell'equilibrio contrattuale è stata fortemente depotenziata dall'introduzione del principio comunitario del sindacato sull'equilibrio contrattuale; in particolare, così come il giudice può in via generale valutare l'originario squilibrio del contratto, egli può dare rilevanza anche agli squilibri sopravvenuti, dovuti a circostanze imprevedibili e non imputabili ad alcuna delle parti.

Ancora, il principio di buona fede impone di dare rilevanza a sopravvenienze che perturbino in modo rilevante il programma iniziale; in particolare, da un lato sul piano interpretativo la buona fede impone di interpretare il contratto nel senso che lo stesso si giustifica in base a determinati presupposti e non può essere mantenuto in vita se questi presupposti sono venuti meno, dall'altro lato sul piano integrativo-esecutivo la buona fede impedisce che la parte pretenda l'esecuzione del contratto senza modifiche, pur sapendo che l'equilibrio contrattuale è venuto meno; quindi, la buona fede impone di dare rilievo, sul piano dell'incidenza sul contratto, a quelle circostanze che cambino radicalmente lo scenario sulla base del quale il contratto è stato stipulato.

Infine, tutte le convenzioni europee in materia contrattuale, e in particolare le Convenzioni Unidroit, Lando e il Codice Europeo dei contratti danno una rilevanza generale alle sopravvenienze che perturbino la pattuizione contrattuale, imponendo in presenza delle stesse il riequilibrio o la caducazione del contratto.

Riconosciuta la rilevanza delle sopravvenienze non codificate, la dottrina e la giurisprudenza hanno individuato gli strumenti giuridici utilizzabili per reagire alle stesse. Quanto alle sopravvenienze che incidono negativamente sulla perseguibilità dello scopo del contratto (sopravvenienze causali), vale la regola della causa in concreto. Quanto alle sopravvenienze che incidono negativamente su altri profili del contratto (sopravvenienze non causali, o acausali), vale il principio della presupposizione.

Quindi, i rimedi applicabili sono due, atipici e generali, la presupposizione e la causa in concreto, in particolare in quest'ultimo caso il venir meno della causa in concreto determina la risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta di utilizzo della prestazione ex art. 1463 cc.

La presupposizione è un istituto, elaborato dalla dottrina ottocentesca e poi utilizzato dalla giurisprudenza italiana, in base al quale un contratto deve essere risolto o modificato ove vengano meno o non si verificano quei presupposti, di fatto o diritto, comuni ad entrambe le parti, o se assunti da una sola parte conosciuti dall'altra parte, che siano stati determinanti del consenso.

Con maggiore impegno esplicativo, le caratteristiche della presupposizione sono sette: può trattarsi di un presupposto di fatto o di diritto, quindi storico o giuridico; può trattarsi di un

presupposto presente o futuro; deve essere un presupposto obiettivo ed esterno (obiettivo nel senso di non essere collegato alla volontà di una parte, esterno nel senso di non essere oggetto dell'impegno contrattuale); deve essere un presupposto comune alle parti, nel senso di presupposto condiviso dalle parti sul piano degli interessi o nel senso di presupposto che riguarda l'interesse di una parte conosciuto dall'altra parte; il presupposto deve essere percepito dalle parti come certo; il presupposto deve essere determinante del consenso, nel senso che deve essere percepito dalle parti come dotato di valore determinante per la costituzione del vincolo contrattuale; la natura determinante del presupposto può concernere l'an della stipulazione o il programma contrattuale, quindi nel senso che senza di esso il contratto non sarebbe stato stipulato o nel senso che il contratto sarebbe stato stipulato ma a condizioni diverse.

In definitiva, in base alla teoria della presupposizione qualora non si verificano o vengano meno presupposti determinanti del consenso, di fatto o di diritto, comune alle parti o conosciuti da entrambe le parti, il contratto non può rimanere in vita senza subire una caducazione o una modificazione che riequilibri la stipulazione contrattuale.

Un altro strumento efficace per contrastare le sopravvenienze contrattuali è quello della causa in concreto; in particolare, come ribadito da una pluralità di recenti pronunce, la causa del contratto va intesa non più come funzione economico-sociale che il legislatore assegna in astratto a tutti i negozi appartenenti ad un determinato tipo contrattuale, ma come funzione economico-individuale del contratto specifico posto in essere dalle parti; sicchè, è evidente che questa funzione economico-individuale non è più solo un requisito genetico, nel senso che la sua mancanza o la sua illiceità produce la nullità del contratto, ma è anche un requisito funzionale, perchè se le parti stipulano il contratto per una causa specifica e il contratto non è di immediata esecuzione, il venir meno della perseguibilità della causa conduce alla risoluzione della stipulazione contrattuale per impossibilità sopravvenuta; ciò in base ad una interpretazione estensiva dell'art. 1463 cc, che comprende non più solo la sopravvenuta impossibilità della prestazione per il debitore ma anche la sopravvenuta impossibilità di utilizzo della prestazione per soddisfare l'interesse del creditore ex art. 1174 cc, che è il requisito teleologico dell'obbligazione ma anche componente della causa concreta dell'intera pattuizione contrattuale.

Quindi, la presupposizione ed il principio della rilevanza funzionale della causa confermano l'adesione dell'ordinamento giuridico all'idea della rilevanza di tutte le sopravvenienze significative che turbano l'iniziale assetto di interessi dettato dalle parti, e cioè della rilevanza delle sopravvenienze atipiche (oltre a quelle previste dalle parti nel contratto e a quelle tipiche regolate dagli artt. 1463 e 1467 in tema di impossibilità sopravvenuta e di eccessiva onerosità sopravvenuta); ne deriva che producono la risoluzione del contratto non solo le sopravvenienze codificate dalla legge o previste nel contratto ma tutte le sopravvenienze che impediscano l'attuazione del programma negoziale.

Chiarito che nel nostro sistema il principio della influenza generale delle sopravvenienze è attuato tramite la presupposizione (per il venir meno dei presupposti determinanti del consenso) e mediante la causa concreta (per il venir meno della perseguibilità del programma contrattuale per sopravvenienze non imputabili), va chiarito il rapporto tra questi due istituti giuridici.

Sul punto, in seguito all'avvento della causa in concreto come requisito funzionale del contratto, l'istituto della presupposizione, pur avendo un più ristretto ambito di applicazione, rimane decisivo per affrontare le sopravvenienze che non turbano la causa del contratto ma incidono su altri aspetti del programma contrattuale.

Si pensi, in particolare, a due casi.

In primo luogo, vengono in rilievo i presupposti che attengono ad aspetti del contratto che incidono sulla sua eseguibilità per profili diversi dalla causa; per esempio, si tratta del caso in cui nel contratto si sia specificato che il bene viene acquistato il quanto l'acquirente otterrà un finanziamento; questa circostanza non attiene alla causa, ma attiene alla fonte di erogazione del compenso, e quindi la mancata erogazione del mutuo non incide sulla causa in concreto ma costituisce applicazione della presupposizione.

Inoltre, vanno considerate le circostanze per effetto delle quali le parti avrebbero concluso il contratto a condizioni diverse; qui viene scalfito l'equilibrio contrattuale e non la causa del contratto.

Quindi, per i presupposti non causali e per i presupposti influenti non sull'*an* della stipulazione ma sull'equilibrio contrattuale continua ad avere rilevanza la presupposizione.

Diversa è la disciplina applicabile nei due casi, del venire meno della causa in concreto e della presupposizione.

Nel caso del venire meno della causa in concreto, secondo la giurisprudenza la disciplina applicabile è quella della impossibilità sopravvenuta ex art. 1463 cc, che, salvi i casi della impossibilità parziale o temporanea, impedisce il mantenimento in vita del contratto.

E' più difficile individuare la disciplina applicabile alla presupposizione: parte della dottrina ha richiamato il recesso, altra parte della dottrina ha avuto riguardo all'impossibilità sopravvenuta (che sarebbe applicabile in via analogica), altri hanno fatto riferimento alla disciplina della condizione, infine taluni hanno indicato la disciplina della eccessiva onerosità sopravvenuta.

Secondo l'opinione prevalente, non sarebbero percorribili le prime tre tesi, dovendosi applicare la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta ex art. 1467 cc

Orbene, la tesi del recesso non sarebbe accettabile, perchè nel nostro sistema il recesso è un istituto tipico, posto che si può recedere nei casi previsti dalla legge, pena la violazione del principio della forza di legge del contratto ex art. 1372 cc.

Inoltre, la disciplina dell'impossibilità sopravvenuta non sarebbe pertinente, sia perchè riguarda casi in cui il programma contrattuale non è perseguibile sul piano dell'*an* mentre qui si tratta anche di casi in cui il problema non è l'*an* ma l'equilibrio contrattuale, sia perchè nella disciplina dell'impossibilità manca un rimedio finalizzato alla conservazione del contratto.

Infine, la tesi della applicabilità delle norme del codice civile sulla condizione non sarebbe ammissibile, perchè si scontra contro il rilievo che la presupposizione si basa sulla certezza dell'avvenimento, mentre la condizione si basa sulla circostanza che l'evento sia futuro ed incerto; inoltre, la finzione di avveramento della condizione appare poco consona ai connotati della presupposizione.

Andrebbe, allora, applicata la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta ex art. 1467 cc, costituendo il fenomeno più omogeneo a quello della presupposizione; in particolare, sia la presupposizione che l'eccessiva onerosità si basano sulla clausola *rebus sic stantibus*, legata al venire meno dei presupposti tenuti presenti al momento della pattuizione; peraltro, questa disciplina consente di ottenere il mantenimento del contratto, attraverso la riduzione ad equità, mentre invece la condizione risolutiva e l'impossibilità sopravvenuta conducono alla caducazione del contratto.

Occorre, a questo punto, analizzare il rapporto tra i rimedi caducatori e i rimedi manutentivi.

Ebbene, il rimedio caducatorio potrebbe non soddisfare l'interesse della parte pregiudicata dalla sopravvenienza. In generale, il rimedio caducatorio risulta uno strumento di tutela inidoneo in tutti i contratti che realizzano operazioni di lunga durata nel tempo, tecnicamente complesse ed economicamente impegnative, quindi operazioni che una volta avviate sono difficilmente reversibili in quanto implicano una relazione molto intensa tra le parti (cd. contratti relazionali: si pensi ad un appalto di grandi opere).

Dunque, a fronte di un contratto relazionale, che soggiace ad un elevato rischio di sopravvenienze, il rimedio caducatorio è inopportuno in quanto non tutela la parte che ha subito la sopravvenienza, perchè essa ha impiegato molteplici risorse per l'esecuzione del contratto e quindi ha interesse alla prosecuzione dello stesso; sicchè, il rimedio che meglio tutela l'interesse della parte che ha subito la sopravvenienza è il rimedio manutentivo, che mantiene in vita il contratto adeguandolo al nuovo contesto.

Non a caso, in relazione ai contratti di durata tipici l'ordinamento manifesta una avversità nei confronti dei rimedi caducatori; ora, la regola generale che vale per tutti i contratti è che la risoluzione del contratto necessita di un inadempimento di non scarsa importanza, ma per i contratti di durata la legge richiede un inadempimento più pregnante.

Ad esempio, con riferimento alla somministrazione (art. 1564 cc), la risoluzione può essere esperita solo se l'inadempimento ha notevole importanza e sia tale da menomare la fiducia nei successivi adempimenti.

Ancora, con riguardo all'appalto (art. 1668, comma 2 cc), il rimedio caducatorio richiede un vizio che rende l'opera del tutto inadatta alla sua destinazione, mentre in un contratto istantaneo come la vendita tale rimedio postula un vizio che semplicemente rende la cosa inadatta all'uso.

Ciò posto, la dottrina e la giurisprudenza hanno affrontato la tematica se nel nostro sistema siano ammissibili in via generale, oltre ai rimedi caducatori, anche i rimedi manutentivi e conservativi, tesi non a caducare il contratto ma a ripristinarne l'equilibrio perturbato dalla sopravvenienza, sempre che questa sopravvenienza non sia radicale e non incida in modo indefettibile sul programma contrattuale.

La giurisprudenza tradizionale ha sostenuto la eccezionalità delle norme che attribuiscono al giudice il potere di sostituire o di riequilibrare le clausole negoziali diventate inique, sicché il giudice non potrebbe riequilibrare il contratto al di fuori dei casi previsti dalla legge.

Viceversa, la giurisprudenza più recente dà rilevanza all'esigenza di conservazione del contratto ed afferma la tendenziale generalizzazione dell'intervento correttivo del giudice. Una volta risposto positivamente a tale quesito, ci si è chiesti quale sia l'intensità del potere che il giudice ha nel modificare l'equilibrio contrattuale al fine di evitare la caducazione della pattuizione contrattuale.

Orbene, l'esigenza di conservazione può essere perseguita attraverso due tipologie di rimedi manutentivi, i rimedi convenzionali e i rimedi legali.

I rimedi convenzionali derivano dall'inserimento nel contratto di clausole tese a disciplinare le conseguenze derivanti da sopravvenienze contrattuali; si tratta di clausole che nel diritto europeo dei contratti vengono denominate clausole di *hardship*; nel dettaglio, vengono in rilievo principalmente quattro tipi di clausole contenute nei rimedi tesi ad evitare la caducazione del contratto nel caso di sopravvenienze che lo squilibrano.

Sul punto, vengono innanzitutto in considerazione le clausole di adeguamento automatico, o di indicizzazione, in forza delle quali i valori del contratto sono adeguati al mutamento dei valori di riferimento.

Vi sono, inoltre, le clausole che rimettono la modifica del contratto, resa necessaria dalla sopravvenienza, alla determinazione di un terzo (cd. arbitraggio).

Rilevano, poi, le clausole che rimettono la modifica del contratto alla determinazione di una delle parti o di entrambe (clausole di *ius variandi*), sempre che non si tratti di un mero arbitrio e che siano fissati i principi che dovranno indirizzare la volontà della parte.

Infine, con le clausole di rinegoziazione le parti stabiliscono che, in caso di sopravvenienza che turbi il programma contrattuale, le stesse saranno tenute a rinegoziare il contratto per apportare al contratto stesso le modifiche all'uopo necessarie.

In caso di fallimento della rinegoziazione, il rimedio è quello della risoluzione per inadempimento ex art. 1453 cc quando la rinegoziazione non è andata in porto per il comportamento inadempitivo di una delle parti, che abbia rifiutato aprioristicamente la rinegoziazione o l'abbia condotta senza l'intento di collaborazione dovuto in base alla buona fede; inoltre, è possibile avvalersi anche della tutela risarcitoria. Quindi, posto che le parti si erano previamente impegnate a condurre nuove trattative, il comportamento scorretto tenuto da una di esse genera responsabilità contrattuale.

Più problematica è la questione se a fronte del fallimento della rinegoziazione sia possibile un intervento giudiziale, e in particolare se, fallita la rinegoziazione, la parte possa chiedere al giudice di apporre le modifiche riequilibratrici del contratto mediante una sentenza costitutiva ex art. 2932 cc.

La tesi tradizionale è negativa sul punto, sulla base della considerazione che l'intervento giudiziale è teso a sindacare l'autonomia negoziale e non a sostituirla: nel caso di specie si chiede al giudice di sostituire *in toto* le parti nel determinare il contenuto dell'accordo, e quindi un esercizio

diretto dell'autonomia negoziale, ma ciò è possibile solo nei casi previsti dalla legge e non in via generale.

D'altronde, qui mancherebbe un elemento proprio dell'art. 2932 cc, cioè la completezza del contratto: invero, l'art. 2932 cc fa riferimento ad una sentenza che esegue l'inadempito obbligo di stipulare un contratto, il cui contenuto è già stato predeterminato in modo sufficientemente puntuale dalle parti nel contratto preliminare; qui, invece, si chiederebbe al giudice di sostituire le parti in una contrattazione fallita. Quindi, a meno che la contrattazione abbia criteri direttivi puntuali fissati dalle parti, l'intervento giudiziale appare inammissibile.

La tesi più recente opina diversamente, affermando che il principio di conservazione sarebbe un principio generale dell'ordinamento giuridico, e che quindi non ci sarebbero ostacoli ad un intervento giudiziale, che comunque concerne la rinegoziazione di un contratto già presente, e non la stipula di un contratto completamente nuovo.

Quanto ai rimedi di tipo legale, l'ordinamento prevede delle ipotesi di rimedi manutentivi legali, comportanti l'adeguamento del contratto: il contratto viziato da errore può essere rettificato ex art. 1432 cc, il contratto rescindibile e il contratto risolubile per eccessiva onerosità possono essere ricondotti ad equità ex artt. 1450 e 1467 cc, il contratto risolubile per sopravvenuta impossibilità parziale della prestazione può essere salvato con la riduzione della prestazione ex art. 1464 cc, la vendita affetta da vizi può essere mantenuta con l'adeguamento del prezzo ex art. 1492 cc, l'appalto può essere adeguato dal giudice quando per la realizzazione dell'opera sono indispensabili delle varianti al progetto sulle quali non vi è l'accordo delle parti ex art. 1660 cc.

Quanto al mandato, il mandatario ai sensi dell'art. 1710, comma 2 cc deve informare il mandante delle sopravvenienze che possono richiedere modificazioni del mandato; secondo la Corte di Cassazione, se la tempestiva informazione del mandatario al mandante è impossibile il mandatario deve comunque modificare l'esecuzione del mandato a salvaguardia dell'interesse del mandante; quindi, c'è un potere unilaterale di manutenzione e adeguamento del contratto.

Da queste norme si ricava una *ratio* comune, cioè la manutenzione del contratto come alternativa alla caducazione dello stesso: tale *ratio* è espressiva del principio di flessibilità del contratto, in base al quale il contratto si adegua al mutamento del contesto nel quale il contratto è stato stipulato.

Sul tema, ci si è chiesti se al di fuori delle norme puntuali ci sia un principio generale di conservazione, che in forza della buona fede implica che la parte contrattuale più forte sia tenuta a porre in essere gli sforzi collaborativi necessari per riequilibrare il contratto.

L'impostazione classica conclude negativamente sul punto, affermando che non è operante un principio generale che imponga alle parti di rinegoziare un contratto diventato iniquo.

Invece, la tesi più recente afferma che, nei contratti relazionali che impegnano il tempo, in base alla clausola di buona fede interpretativa e integrativa si deve ritenere che ove il contratto sia di importanza essenziale per l'interesse della controparte la parte avvantaggiata dalla sopravvenienza debba porre in essere quei comportamenti collaborativi tesi a riequilibrare la stipulazione contrattuale, nei limiti in cui ciò non comporti un sacrificio apprezzabile.

Se si ammette che nel nostro sistema in base alla clausola di buona fede ci sia un obbligo di rinegoziazione a carico della parte contrattuale più forte a tutela della parte più debole, si pone il problema di stabilire se in caso inadempimento di tale obbligo il rimedio sia solo la domanda di risarcimento del danno e di risoluzione del contratto o anche la domanda di intervento costitutivo del giudice ex art. 2932 cc.

La tesi prevalente sostiene che i casi in cui il giudice può incidere sul contenuto del contratto sono casi tipizzati, mentre qui si tratterebbe di un intervento non attuativo della volontà delle parti, ma sostitutivo di una volontà che non si è mai concretizzata. Altra tesi, al contrario, reputa necessaria una interpretazione ampia del principio di buona fede e del principio di conservazione, dai quali si ricava che entrambe le parti possono chiedere un intervento manutentivo del giudice.

DIRITTO PENALE

tre elaborati

I limiti costituzionali dell'incriminazione, con particolare riferimento ai reati che puniscono i comportamenti attinenti alla sfera sessuale.

17,5

Epistemologicamente, l'essenza dell'entità criminosa, di genere delittuale o contravvenzionale, è quella di struttura logica del reale. Essa viene ad esistenza e si forgia, originariamente, nell'alveo del dominio scientifico, governato dalle leggi di natura, di cui è nutrita la consistenza stessa degli accadimenti fenomenici che si inscrivono nel divenire causale trasformativo della sfera empirico-materiale, ed entro il quale si innesta anche il comportamento umano, come fattore di integrazione ed interazione, a fortiori eziologicamente rilevante; indi accede, positivamente, all'astrazione formalizzante del dominio giuridico, per il tramite degli assiomatici principi, di caratura e matrice costituzionale, proclamati agli articoli 25 e 27 della Carta Fondamentale: in primis, legalità, declinata e sul versante formale (con i corollari della riserva di legge e della irretroattività) e sul crinale sostanziale (con i corollari della precisione e determinatezza in senso empirico, della tassatività, della tipicità), e personalità, a sua volta diramantesi nelle due propaggini, oggettiva (principio di causalità) e soggettiva (principio di colpevolezza-soggettività), nonché, in attinenza al profilo "contenutistico", materialità ed offensività – ed, altresì, necessità, principalmente "mediata" dalla portata, tanto intrinseca, quanto in prospettiva comparatistica, del principio di ragionevolezza, desunto, ex art. 3 Cost., dall'enunciazione del canone di eguaglianza formale -.

Nell'ambito di una siffatta istitutiva trasposizione di piani, i suddetti principi si rivelano deputati a presidiare all'intrinseca tenuta della razionalità del sistema, e dell'annessa valenza euristica delle sue fondamenta, garantendone il rigore e la coerenza della costruzione architettuale, in specie codicistica, attraverso l'imposizione all'organo legiferante dell'ingresso delle stesse categorie scientifiche (annoveranti al proprio interno le leggi, i principi ed il metodo) entro la trama formale e sostanziale di tessitura dell'incriminazione da questi concepita, e ciò nella veste di veri e propri codici di "decriptazione", all'insegna dei quali egli è tenuto a condurre l'imprescindibile operazione qualificatoria di assunzione del fatto storico nei tratti costitutivi l'effigie del tipo normativo. Codici, alla cui stregua, sequenzialmente, l'organo giudicante, in seno ad una ermeneusi costituzionalmente orientata od adeguatrice, ed "illuminata", sarà chiamato a tradurre (e ricondurre) i contenuti della plasmata legge formale, precettivamente imperativa e funzionalmente assoluta (nella sua sillogistica struttura di inferenza deduttiva perfetta), sul piano delle corrispondenti leggi sostanziali, denotanti in chiave esplicativa i meccanismi di produzione effettuali dell'universo fisico, riducendoli sotto l'egida garantistica dell'inviolabile paradigma dettato dalla formula b.a.r.d., valido, ancor prima che nella dialettica della dinamica processuale, già a livello di "intelligenza" del significato e valore sostanziali della fattispecie criminosa soggetta a prodromica esegesi.

Una decifrazione sì caratterizzata della fenomenologia dell'entità "reato", rifrangentesi tanto sulla sua ricostruzione logico-normativa, quanto sulla sua scomposizione teorico-dogmatica, discenderebbe dal superamento di quell'antica contrapposizione tra imputatio facti ed imputatio iuris primieramente imperante e la cui disputa tradizionalmente verteva, oltre che sulla diversità degli specifici termini metaforici sopra cui la scuola classica e la scuola positiva ergevano il proprio apparato argomentativo, sulla basilare antitesi delle due rispettive visioni analitiche del crimine, l'una di stampo descrittivo e, quindi, dall'esclusiva impostazione naturalistica, legata alla sola considerazione della dimensione materiale attinta dalla violazione dell'ordine razionale, insito nella normata vita di relazione, perpetrata dal reo, l'altra informata della pregnanza di criteri teleologici,

funzionali o valutativi, volti ad effettuarne l'inquadramento sulla scorta delle ineludibili premesse "costitutive" dell'identità del diritto penale, quali quelle involgenti le finalità dallo stesso perseguite od i beni e gli interessi su cui lo stesso insiste.

Innovativamente, infatti, all'antinomia metodologica tra *imputatio facti ed iuris*, quali strumenti di penetrazione della realtà criminale, dovrebbe essere sostituita una costruzione sistemica (in primis, del diritto penale) incardinata proprio sulla divisione di competenze tra dominio scientifico, cui pertengono le leggi sostanziali sottese alla compiuta ed articolata tipizzazione del fatto storico, nonché alla ricerca (che si dipana in inferenze abduttive) dei nessi "causali" di imputazione, oggettivo e soggettivo, del fatto al suo autore, normativamente evidenziati e prescelti dal legiferante, in funzione di una rigorosa personalizzazione della sua ascrizione, e dominio giuridico, cui si attaglia la legge formale, che, oltre a contenere immediatamente o mediatamente la rappresentazione del fatto storico, operata attraverso l'inserzione entro la singola fattispecie incriminatrice di elementi descrittivi o normativi, fissa le tecniche di imputazione del fatto e, soprattutto, pone un piano di qualificazione ulteriore, valutativo, alla luce del quale antigiuridicità e riprovevolezza/rimproverabilità della condotta conferiscono corpo al carattere di illiceità penale dell'episodio, dannoso o pericoloso, verificatosi; ciò nel quadro di una lettura complessiva dell'ordinamento, tecnicamente scevra dalla mutevolezza del dato valoriale insito nelle ponderazioni di politica criminale che preesistono alle scelte di merito del legislatore, ma avvinto a quel tenace ed inestirpabile rapporto tra diritto e realtà, che costituisce il vero e proprio caposaldo concettuale per l'identificazione e l'utilizzazione delle categorie tutte (scientifiche e giuridiche), di rilievo ai fini della piena e rigorosa comprensione del fenomeno criminale.

Svolta una tale premessa, ben si arguisce, allora, come la fonte *superiorem non recognoscens* del nostro ordinamento abbia, da un lato, fondato e, dall'altro, ineludibilmente limitato l'esercizio della potestà punitiva dello Stato-persona in materia penale (non tanto nell'ottica di un liberale contemperamento politico tra confliggenti esigenze di difesa sociale e di garanzia del cittadino, quanto, eminentemente, in quella, ben diversa, logico-scientifica, di razionalizzazione del reale, in aderenza alla consistenza ed al dinamismo intrinseco dello stesso), indi ponendogli dei vincoli, escerpibili dal testo della Costituzione, in ordine non al "cosa" incriminare, bensì, significativamente, al "come" dovervi procedere.

Segnatamente, norme cardine del sistema si presentano, all'uopo, gli artt. 25, 2° comma, e 27, 1° e 3° comma, Cost.. Ai sensi del primo: "Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso"; in virtù del secondo: "La responsabilità penale è personale. [...] Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato".

La disposizione di cui all'art. 25 della suprema fonte sulla produzione normativa scolpisce emblematicamente – ed in termini radicalmente vincolativi per il legiferante – l'essenza primigenia del fatto "espressamente preveduto come reato dalla legge", ex art. 1 c.p., esaltandone la morfologica identità di accadimento umano, ovvero la valenza genetica di fattore empirico storicamente modificativo dello status quo ante, evolutivamente imperniantesi sul funzionamento delle leggi di natura, ed ontologicamente incasellabile, pertanto, nelle due coordinate fisiche del tempo e dello spazio (proprietà dimensionali di collocazione fenomenica individuate, correlativamente, ex artt. 2 e 6 c.p.), a tal fine precipuamente rimarcandone la necessaria posteriorità di compimento rispetto alla posizione (sul versante qualificatorio, del "dover essere" giuridico), "in forza di una legge", del relativo precetto penale, devoluta in *exclusivis* alla competenza dell'assemblea rappresentativa statale (in chiave rousseauiana esponenzialmente incarnante la sovranità popolare declamata allo stesso art. 1 Cost.). La fisiologica intersecazione di piani, formale e sostanziale, in permanente comunicazione entro la struttura binaria della cristallizzata entità criminosa, sì adombrata dal Costituente, è sorgente di scaturigine di consistenti limiti epistemologici alla costruzione della fattispecie criminosa, atti ad impedirne lo snaturamento, ex lege, in una sorta di creazione metafisica, frutto di manipolazione od alterazione dell'"essere", o in un'elaborazione concettuale, di carattere convenzionale, che assuma a mero presupposto (come

per l'illecito civile ex art. 2043 c.c.), invece che in guisa di termine identificativo, il dato reale innescatosi nel mondo fisico. Ciò avviene per il tramite dell'impiego delle categorie scientifiche, filtrate dal principio b.a.r.d. e dall'applicazione che ne risulta ai fini dell'individuazione della legge di copertura nella specie richiamata - nonché dello standard epistemologico differentemente involto in sede di interpretazione di diritto, piuttosto che in quella di accertamento del fatto -, alla stregua della combinazione metodologica delle impostazioni induttivo-sperimentale, propria del neopositivismo di Hempel, e logico-deduttiva, perspicua nel falsificazionismo di Popper, suggellate, sulla scorta del pensiero di Kuhn, dall'autorevole riconoscimento e dalla condivisione esperienziale, attuali, nutriti all'interno di una comunità scientifica di riferimento, rilevante in un dato momento storico, alla luce dello stadio di progresso delle conoscenze, e del loro specifico oggetto, di volta in volta, "relativamente" raggiunto.

La formalizzazione del fatto, umano (commesso, ex art. 25 Cost.), ha, dunque, luogo mercé l'incastonatura della sua qualificazione/descrizione legale nelle scienze, le sole fondanti il precetto (esatte o "pesanti" per i reati naturalistici, sociali o "leggere" per i reati tecnici o per l'esegesi di taluni elementi costitutivi della fattispecie, di carattere normativo, giuridico od extragiuridico specialistico), epurandola da intermediazioni artificiose e rifuggendo dall'utilizzazione, se non per taluni ristretti aspetti di rappresentazione del solo fatto, di concetti c.d. vaghi od elastici, indeterminati, labilmente pertinenti a sistemi di valore od a codici culturali.

I principi che presiedono a tale segmento dell'incriminazione si connotano per afferire alla colorazione del crinale sostanziale del principio di legalità e si articolano in determinatezza, tassatività e tipicità: la determinatezza attiene alla edificazione dei presupposti di operatività della fattispecie, costituendo regola tecnica di strutturazione del precetto (logicamente avviluppato al rapporto, di assunzione astratta e generalizzante, tra premessa minore e premessa maggiore, all'interno del riassunto schema della responsabilità penale, fatto-norma-effetto), atta a garantire che l'istituenda figura criminosa venga dal legislatore delineata in modo chiaro, con termini puntuali ed inequivocamente attingibili, nonché dotati di rispondenza nella realtà, quanto a concrete verificabilità materiale ed accertabilità razionale, tali da consentire l'immediata individuazione della situazione che viene ad esserne criminalmente stigmatizzata; la tassatività riguarda la designazione degli effetti sanzionatori della fattispecie, constando di una regola tecnica di imputazione della pena (logicamente imperniata sul rapporto tra premessa maggiore e conclusione, nell'ambito del summenzionato schema di produzione fatto-norma-effetto), volta ad assicurare la perfetta corrispondenza tra situazione punita ed effetto sanzionatorio comminato, in seno ad una fattispecie che la contempra in via esclusiva, ed in tal senso plasticamente collegandosi ed al divieto di analogia vigente in materia penale (posto ex art. 14 preleggi), ed al principio di frammentarietà, propugnante un'incriminazione, episodica e selettiva, condotta per monadi, ovvero per clausole isolate, il quale si presenta sprovvisto di copertura costituzionale ma, al contempo, di irrefutabile pregio quale opzione di tecnica legislativa e direttiva di politica criminale (peraltro inestricabilmente annodata alla ratio dell'ulteriore principio di sussidiarietà, in cui si declina dogmaticamente quello di necessità, nel suo ruolo di criterio di indirizzo nella selezione dei contenuti della stessa incriminazione); infine, la tipicità concerne la relazione trilatera tra fattispecie legale astratta, assurta a tipo normativo, fattispecie concreta, soggetta ad empirica verifica, e sottoposizione a pena, quale conseguenza effettuale del giudizio di sussunzione logica nella prima della seconda (per l'appunto, sulla base dello schema fatto-norma-effetto), prescrivendo quello stringente vincolo di qualificazione che, in ripudio all'introduzione di figure criminose, anche innominate, attuata per mezzo di metodi esemplificativi o di clausole di chiusura, non solo ne impone l'ancoramento al dominio scientifico, ma ne decreta l'indefettibile estrapolazione in forma di illecito di lesione o di modalità di lesione, trovando corroborazione nella frammentarietà architettonica delle figure positivizzate e saldandosi, in tal modo, significativamente con il principio di necessaria offensività.

A completamento del quadro appena tracciato, di fondamentale rilevanza si rivela essere, inoltre, l'articolazione interna dello stesso principio di determinatezza, il quale può assumere, sotto angolazioni visuali complementari, i predicati della precisione e della effettività. La prima è

funzione della rappresentazione del reale, oggetto della fattispecie criminale, ed ha peculiare riguardo alla “strumentazione tecnico-convenzionale”, lessicale e sintattica, di cui dovrebbe linguisticamente avvalersi il legiferante nella redazione del relativo precetto, per non incorrere in inammissibili censure di incostituzionalità. Nel nostro ordinamento, piuttosto che il modello enumerativo-casistico, invalso nei sistemi di common-law, o quello definitorio, frequente nella normazione sovranazionale, è stato privilegiato quello sintetico, i cui segni o si contraddistinguono per essere dotati di una valenza simbolica assoluta, in quanto espressivi di concetti empirici, naturalisticamente inscrivibili nel dominio delle scienze esatte, a copertura di una immediata e diretta riducibilità del significante al significato, che si appalesa frutto di un’interpretazione dichiarativa tout court (elementi descrittivi) o si caratterizzano per risultare a loro volta sintesi di una realtà qualificata entro apposite convenzioni linguistiche, adoperate ad hoc, in via di astrazione e generalizzazione, dotate di valenza simbolica relativa o, meglio, sintomatica, e tali da rendere il procedimento esegetico maggiormente complesso e poliedrico nelle variegate dimensioni del reale, fenomenico e sociale, o financo culturale, lambite dall’illecito e nei multiformi apporti cognitivi forniti dalle scienze lato sensu intese e da codici valoristici (elementi normativi). L’effettività o determinatezza in senso empirico, invece, si staglia a baluardo della razionalità dell’incriminazione, sotto il profilo della imprescindibilità di una concreta traducibilità del fatto legalmente raffigurato nell’ambito del divenire fenomenico, nel senso che lo stesso debba risultare, per l’appunto, effettivamente verificabile e non immaginifico o surreale, potendosene nitidamente riscontrare lo spettro di incidenza materiale (anche se limitato e mediato da ulteriori qualificazioni, come nel caso dei reati tecnici) ed accertarne l’intensità della portata e gli effetti trasformativi sortiti (l’inafferrabilità empirica del fatto, per come proiettato sul piano giuridico, altrimenti decretando l’evanescenza di una costruzione sì concepita e, dunque, l’inconsistenza dell’incriminazione su di esso forgiata).

Appare, in proposito, opportuno puntualizzare come, per esplicito disposto dell’art. 25, 2° comma, Cost., i precipitati della legalità sostanziale – difformemente da quella formale – abbraccino solo il fatto tipico, traslazione figurativa sul piano giuridico del “fatto commesso”, costitutivamente ricomprensivo della condotta e dell’evento e non annoverante al proprio interno il rapporto di causalità (profilato ex art. 40 c.p.), che, invece, reca una valenza propriamente ascrittiva (e peculiarmente atteggiandosi in funzione anche determinativa solo nelle fattispecie a forma aperta) e fa capo alla diversa categoria dell’imputazione, di cui al principio di personalità, sancito ex art. 27, 1° comma, Cost..

Sul crinale sostanziale, dell’identificazione dei perspicui contenuti dell’incriminazione, è necessario, in virtù dell’enucleazione dei principi di materialità, offensività e necessità, anzitutto, sceverare i profili teorici di ricostruzione delle rispettive nozioni formali, coerenti con l’impalcatura del delineato sistema, e, quindi, traenti fondamento dalle categorie scientifiche e logico-normative, fulcro del reato, da quelle letture, in misura preponderante influenzate dall’indebita commistione di approcci e rationes, tra dogmatica e politica criminale, paventanti il manifesto rischio (se non talora anche il dichiarato intento) di determinare l’asservimento della prima alla seconda (ritenendola ontologicamente rivestire una posizione quasi di ancillarità rispetto all’altra) ed una correlativa contaminazione dell’opera di sistematizzazione, interpretazione e razionalizzazione dell’ordinamento, di spettanza della prima, con aspetti e criteri, nonché giudizi di valore, ad essa estranei, permeati da un’esigenza di funzionalizzazione in chiave critica degli istituti e dei principi propri del diritto penale, atta a farli assurgere a strumenti di delimitazione della potestà discrezionale di cui è titolare il legislatore, nonché di cospicuo controllo nel merito delle scelte di criminalizzazione da questi compiute.

Ciò premesso, anche per tale aspetto, ineludibile punto di partenza per la relativa esegesi si rivela l’art. 25, 2° comma, Cost., nella sua incisiva formulazione. Il predicato verbale “commesso” (in participio passato e funzione aggettivante), infatti, allude, come detto, ad un inquadramento del comportamento umano estrinsecato dal soggetto agente nell’alveo del divenire fenomenico, causalmente evolutivo, e ciò con due rimarchevoli deduzioni: in armonia al brocardo nullum crimen

sine actione, la volontà criminosa dell'individuo non è suscettiva di venire perseguita e repressa penalmente ove non pervenga a materializzazione attraverso una condotta refluenta sul mondo esteriore, percepibile sensorialmente e valutabile quale fattore empirico innestantesi nel dinamismo naturale che connota i processi di derivazione e trasformazione della causalità fisica e biologica, non potendosi, pertanto, ammettere l'incriminazione di atteggiamenti volontari semplicemente interni, di intenzioni meramente dichiarate, di caratteristiche della persona, suoi modi di essere o prese di posizione ideologiche e rappresentazioni intellettive esclusivamente intrapsichiche dello stesso (come lascia intendere proprio la figura del c.d. reato putativo, di cui all'art. 49, 1° comma, c.p.). Stante il valorizzato ruolo della condotta umana, che viene ad aggiungersi ed interagire con gli equilibri energetici in fieri del substrato su cui incide, emerge plasticamente come il principio di materialità si salda a quello di personalità, afferente alla categoria della imputazione/dominabilità dei fattori eziologici coinvolti, di matrice (oggettivamente) naturalistica o (soggettivamente) rappresentativo-volitiva (anche potenziale), ascrivibili al soggetto in quanto, scientificamente e logicamente, se ne possa appurare la riconducibilità allo stesso delle modificazioni registratesi, sotto i profili genetico ed effettuale.

La materialità del reato, che euristicamente affonda le proprie radici nel principio universale di conservazione dell'energia totale, di derivazione cartesiana, racchiuso nell'enunciato *ex nihilo nihil fit*, nonché nel corollario del principio di causalità sintetizzato nella formula *natura non facit saltum*, indicativa dell'inedere ordinato e progressivo dei mutamenti nella realtà dell'universo fisico, impone al legislatore di scolpire l'incriminazione di fatti dotati di consistenza effettiva, non relegando la scelta punitiva ad illegittima esplicazione di strumentali velleità intimidatorie ed ostracizzanti nei confronti di status soggettivi non integranti vere e proprie qualità processuali, acquisite dal reo in virtù di precedenti giudiziari sfociati in giudicati penali di condanna - ed in linea, quindi, con il rispetto della presunzione di non colpevolezza sancita ex art. 27, 2° comma, Cost. -, quanto, piuttosto, presuntivamente allusivi ad un giudizio di deprecabilità di condizioni personali, non solo non indicative con certezza del progresso o futuro compimento di condotte anti-giuridiche, ma anche - ed irragionevolmente, ex art. 3 Cost. - considerate foriere di incresciosi episodi di ulteriore reità da contrastare. Il legiferante, inoltre, in forza di un diritto penale, per così dire, preventivo o sintomatico, non può neppure perseguire (ex art. 56, 1° comma, c.p.) atti meramente preparatori, di inconsistente emersione esteriore, ed inadeguatamente privi di idoneità causale rispetto alla produzione dell'evento lesivo avuto di mira dall'agente, e, tanto meno accordi e programmi criminali in quanto tali (ex art. 115 c.p.), qualora non siano congegnati in modo tale da risultarne, già di primo acchito, l'illiceità dell'oggetto dedotto in contratto, o l'illiceità delle finalità particolari, indi della causa concreta che intrida il *pactum sceleris*, ad esempio, ove ad esso si aggiunga l'allestimento, a livello operativo, tramite creazione di apposita struttura, di un'organizzazione dei sodali funzionale al raggiungimento dei proibiti scopi in comunione (ex art. 416 bis c.p.) oppure la convergenza dei cospiratori su un condiviso progetto attuativo di spiccata risonanza fenomenico-naturalistica, avvertibile già nella fase della predisposizione delittuosa (ex art. 304 c.p.).

Altro fondamentale limite all'incriminazione, escerpibile dal dettato dell'art. 25, 2° comma, della Carta Costituzionale è quello promanante dal principio di offensività: scartatane una concezione "progredita" e la tradizionale accezione forte, avulsa da appiglio alcuno che non sia ravvisabile in mere esigenze di politica criminale, in funzione critica ispirate alla teoria del bene giuridico costituzionale, espressamente tutelato od implicitamente protetto (ed in un'accezione debole, anche costituzionalmente non incompatibile od emergente), esso vincola invero il legislatore sul crinale dell'edificazione del tipo normativo, necessariamente offensivo, sulla scorta di una razionalizzazione del sistema della tutela penale, teleologicamente condotta nella prospettiva dell'imputatio iuris, e della qualificazione e proiezione sul piano normativo dell'imputatio facti, che disvela l'ineluttabile immanenza del danno criminale al fatto materiale, in quanto fondato sull'assunta lacerazione del tessuto connettivo ordinamentale e sulla sua riparazione (per equivalente) attraverso l'irrogazione e l'inflizione della pena.

L'offensività permea, quindi, e trasluce nell'imperatività del precetto penale, configurandosi la nociva incisione da essa predicata quale connaturato attributo dell'evento (materiale) tipico del reato (elidendo, in tal modo, qualsiasi apprezzabile dicotomia tra evento naturalistico ed evento giuridico, intervenienti e concretantisi su piani diversi): essa impone al legislatore di costruire l'incriminazione in guisa tale da farne emergere i necessari profili di lesione (attuale) o, quanto meno, di esposizione a pericolo (potenziale) dell'oggettività giuridica discrezionalmente prescelta (e peraltro non oltremodo tangibile contenutisticamente, se non negli stringenti limiti della necessità – ragionevolezza, sussidiarietà, proporzionalità – di una siffatta penalizzazione). Ciò, tradotto con riguardo alla risaltata strutturazione binaria del reato, in logica formale e nel novero delle categorie scientifiche, comporta che i risvolti qualitativamente modulabili di offensività del reato si aggancino, assiomaticamente, ai postulati di razionalità discendenti dalla legalità sostanziale (determinatezza e tipicità) e dalla personalità (causalità e soggettività), nonché alla materialità della condotta punita, cosicché la fattispecie incriminatrice venga a denotare, nel testo della relativa disposizione, la carica di lesività o pericolosità insita nell'accadimento, per cui il soggetto agente viene redarguito, e renda perciò enucleabile sia il punto di contatto tra l'oggettività giuridica designata e la condotta antiggiuridica estrinsecata, sia il nesso tra eziologia materiale dell'illecito ed evento giuridico scaturitone, in esito all'aggressione del bene/interesse protetto dalla norma violata. Il tipo normativo, conseguentemente, deve essere compiutamente raffigurato in termini di necessaria ed astratta offensività (nullum crimen sine iniuria), il cui eventuale scarto con quella concretamente attinta dall'episodio criminoso sub iudice va da quest'ultimo risolto non sul piano strutturale, con il ricorso all'art. 49, comma 2°, c.p. nella veste di norma disciplinante il fatto tipico inoffensivo, quale reato impossibile (concezione realistica), ma sul piano interpretativo, squisitamente interno alla fattispecie, i cui elementi costitutivi segnano il limite esterno della tipicità, all'interno del quale l'offensività si appalesa come ulteriore criterio di valutazione, attraverso l'impiego di una esegesi basata sulla ratio legis, ovvero sullo scopo della prescrizione normativa infranta, illuminata dalla perspicuità delle unità teleologiche assunte ad oggetto della tutela da essa apprestata.

L'offensività, inoltre, trovando il proprio humus costituzionale anche nell'ambito dell'art. 27, 3° comma, Cost., in riferimento alle finalità della pena, risulta in ispecie di immediato collegamento con il principio di colpevolezza, ove si ponga mente alle istanze di prevenzione speciale e rieducazione, reintegrazione e risocializzazione del reo, implicanti una sorta di pacificazione dello stesso con il consorzio umano vulnerato dal suo contegno trasgressivo e la ricucitura dello strappo all'ordine razionale pregressamente inferto, nonché a quelle di retribuzione/afflizione, riducibili ad un rapporto di corrispettività tra entità del danno criminale sortito ed entità della sanzione comminata, ed, infine, a quelle di prevenzione generale/deterrenza ed, in positivo, di orientamento culturale, funzionalmente avanzate dall'ordinamento penale, dando luogo ad ulteriori vincoli di attingibilità e riconoscibilità del precetto positivo erga omnes, e saldandosi, per tal via, anche alla sussidiarietà.

L'ultima notazione riguarda le fattispecie contemplanti un arretramento della soglia di rilevanza penale del fatto, attraverso la loro costruzione come reati c.d. senza offesa, di pericolo astratto, insito nella condotta riprovata, ma oggetto di una presunzione iuris tantum superabile attraverso la prova contraria, e fondantesi su una legge di frequenza statistica, ed, a fortiori, di pericolo presunto, contenenti una presunzione iuris et de iure, ammissibile nella misura in cui, stante la caratura dei beni protetti, astrattamente presenti una carica di lesività potenziale tale da rivelarsi idonea a mettere a repentaglio il bene tutelato e capace di trovare altresì adeguato riscontro nel positivo accertamento della concreta ricorrenza delle circostanze su cui la legge statistica, normativamente recepita, basi una tale presunzione assoluta, in mancanza potendosi interpretativamente ricorrere al reato impossibile, ma al di fuori della concezione realistica, costruita su base strutturale.

Per quanto, infine, concerne il principio di necessità, i fondamenti teoretici dello stesso a livello costituzionale sembrano presentarsi ancor più "deboli" e mediati rispetto a quelli

dell'offensività, stante l'aggancio con il principio di ragionevolezza, sintesi espressa di una pluralità di criteri ermeneutici e di tecniche di disamina eterogenei, quali la non arbitrarietà, la proporzionalità, l'adeguatezza, la coerenza, la logicità, la giustificatezza, tutti riducibili alla lettera dell'art. 3, 1° comma, Cost., che recepisce il canone dell'eguaglianza formale, ed in cui convergono i tre postulati tradizionali della fisica classica: il principio di identità, quello di non contraddizione e quello del terzo escluso. L'eventuale censura di ragionevolezza è suscettiva di involgere uno scrutinio di legittimità, da parte del Giudice delle leggi, o dipanarsi lungo il circuito di una giustapposizione ternaria, in cui il ragionamento include il confronto di disciplina tra la previsione sospettata incostituzionale, per disparità di trattamento, ed un termine tertium comparationis, alla stregua di un parametro fondamentale comune, rimasto inattuato malgrado l'identità di situazioni sostanziali, o attingente, in un'ottica binaria di approfondimento del rapporto di compatibilità e dei legami contenutistici sussistenti tra fonte suprema e dettato legislativo, l'irrazionalità intrinseca della disposizione denunciata dal giudice a quo.

Ciò sul piano logico-normativo, e segnatamente di rilievo costituzionale, poiché la tematica della necessità dell'incriminazione si incentra classicamente su argomenti reputati dimostrativi, ma di valenza epistemologica debole, perché dogmaticamente incentrati su ragioni spiccatamente politiche, proposte come sistematicamente insoverchiabili. La necessità viene così costruita, quale criterio di indirizzo per il legislatore nella individuazione della natura degli interessi da proteggere e dei beni giuridicamente rilevanti, da coprire con la tutela penale, ecletticamente integrato dalla considerazione delle finalità immediate, specie nell'ottica delle funzioni della pena, assunte dall'ordinamento, e degli effetti indirettamente determinabili all'interno del sistema; essa si riverbera, quindi, sul merito delle scelte valoriali privilegiate, attraverso il vaglio del contestuale ossequio prestato al principio di sussidiarietà, a sua volta articolantesi in tre direttrici portanti: quella c.d. esterna, del bisogno di pena, che concettualmente scaturisce da una visione di residualità del diritto penale rispetto ad altri settori normativi ed altri strumenti di intervento sanzionatorio, tale da renderne la relativa opzione vera e propria extrema ratio, in accezione ristretta; quella della meritevolezza di pena, incidente sull'andamento del trattamento sanzionatorio, in dipendenza dell'intollerabilità dell'aggressione commessa ai danni dei beni protetti, e tanto più indilazionabile ove questi ultimi siano di rango costituzionale o sia allarmante l'intensità dell'aggressione perpetrata dal reo; infine, quella c.d. interna, della proporzionalità della pena, attinente al quantum, oltre che al genus ed alla species, di essa, ovvero al rapporto tra entità del crimine e reazione allo stesso, alla luce del bilanciamento tra istanze ordinamentali, di repressione e garanzia, in composizione dialettica.

In dirittura finale sul punto, un ultimo rilievo riguarderebbe l'incremento di consistenza del superiore fondamento normativo del principio di necessità, grazie ai fenomeni trasformativi innescati negli ultimi anni, sia nell'ambito di una più spiccata caratterizzazione in senso federalista e funzionale delle autonomie locali e delle loro singole, specifiche individualità, sia in virtù di quegli inaggirabili influssi, e di quell'efficacia conformativa, direttamente discendenti dalla dimensione sovranazionale nella quale si iscrive la limitazione di sovranità e la ritrazione statale da settori esclusivi o concorrenti di disciplina regolativa da parte del diritto dell'Unione Europea: si è, infatti, assistito all'ascesa, rispettivamente, di un rinnovato principio di sussidiarietà, specie se declinato nel modulo orizzontale, in un campo sì amministrativo, ma strutturalmente involgente quello stesso criterio logico, efficientistico e di razionalità operativa che presiederebbe alla divisione delle competenze tra autorità e settori ordinamentali ontologicamente e finalisticamente diversi, nonché di un inusitato principio di proporzionalità, giurisprudenzialmente identificato in una sintesi di convergenza tra idoneità strumentale, nel rapporto tra mezzo impiegato e fine perseguito, necessità della soluzione più mite rispetto ad opzioni alternative dalla maggiore negatività di impatto, ed adeguatezza in termini di proporzione tra la scelta ponderata ed effettuata ed il costo cagionato alla collettività dei consociati, tenuto conto dell'esigenza di assicurare e prediligere, comunque, il minor sacrificio possibile delle posizioni di tutela riconosciute ai singoli.

Ultimata l'illustrazione dei limiti costituzionali incombenti sul legislatore in ordine alla costruzione dell'incriminazione, occorre passare in rassegna le problematiche sollevate da talune fattispecie di reato, repressive di comportamenti per l'appunto, attinenti alla sfera sessuale.

In primis, viene ad evidenza la disposizione di cui all'art. 609 bis c.p., rubricato "Violenza sessuale", come introdotto dall'art. 3 della legge n. 66 del 15 febbraio 1996, il quale, stabilisce che: "[1]. Chiunque, con violenza o minaccia o mediante abuso di autorità, costringe taluno a compiere o subire atti sessuali è punito con la reclusione da cinque a dieci anni. [2]. Alla stessa pena soggiace chi induce taluno a compiere o subire atti sessuali: 1) abusando delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa al momento del fatto; 2) traendo in inganno la persona offesa per essersi il colpevole sostituito ad altra persona. [3]. Nei casi di minore gravità la pena è diminuita in misura non eccedente i due terzi". Esso è intervenuto a sostituire, e riassumere sinteticamente, i precetti di cui ai pregressi artt. 519, 520 e 521, contestualmente abrogati, i quali, rispettivamente, prevedevano le ipotesi delittuose di violenza carnale ("[1]. Chiunque, con violenza o minaccia, costringe taluno a congiunzione carnale è punito con la reclusione da tre a dieci anni. [2]. Alla stessa pena soggiace chi si congiunge carnalmente con persona la quale al momento del fatto: 1) non ha compiuto gli anni quattordici; 2) non ha compiuto gli anni sedici, quando il colpevole ne è l'ascendente o il tutore, ovvero è un'altra persona a cui il minore è affidato per ragioni di cura, di educazione, di istruzione, di vigilanza o di custodia; 3) è malata di mente, ovvero non è in grado di resistergli a cagione delle proprie condizioni d'inferiorità psichica o fisica, anche se questa è indipendente dal fatto del colpevole; 4) è stata tratta in inganno, per essersi il colpevole sostituito ad altra persona"), di congiunzione carnale commessa con abuso della qualità di pubblico ufficiale ("[1]. Il pubblico ufficiale, che, fuori dei casi preveduti dall'articolo precedente, si congiunge carnalmente con una persona arrestata o detenuta, di cui ha la custodia per ragione del suo ufficio, ovvero con persona che è a lui affidata in esecuzione di un provvedimento dell'autorità competente, è punito con la reclusione da uno a cinque anni. [2]. Alle stesse pene soggiace chi, usando dei mezzi o valendosi delle condizioni indicate nei due articoli precedenti, costringe o induce taluno a commettere gli atti di libidine su se stesso, sulla persona del colpevole o su altri") e di atti di libidine violenti ("[1]. Chiunque, con violenza, minaccia o inganno, sottrae o ritiene, per fine di libidine, un minore, ovvero una donna maggiore di età, è punito con la reclusione da tre a cinque anni. [2]. La pena è aumentata se il fatto è commesso a danno di persona che non ha ancora compiuto gli anni diciotto, ovvero di una donna coniugata").

Assume, di primo acchito, manifesto interesse il mutamento dell'ubicazione topografica della nuova figura criminosa rispetto alle precedenti, transitata, all'interno del Libro II, dal Titolo IX, ("Dei delitti contro la moralità pubblica e il buon costume"), Capo I ("Dei delitti contro la libertà sessuale"), al Titolo XII ("Dei delitti contro la persona"), capo III ("Dei delitti contro la libertà individuale"), Sezione II ("Dei delitti contro la libertà personale"), per effetto riflesso della stessa trasformazione dell'unità teleologica assunta ad oggetto giuridico inciso dal danno criminale, in una prospettiva di irrefutabile rilievo non solo, deduttivamente, a fini sistematico-classificatori, ma, preminentemente, di ermeneutica dei rinnovati significanti testuali. Essa è frutto di un adeguamento delle tutele approntate, costituzionalmente ispirato, sulla scorta della "premessa antropologica" di cui all'art. 2 Cost., foriera, secondo la concezione monista, di una decisa ed incessante apertura del sistema verso quegli insopprimibili bisogni di protezione emergenti in relazione ad interessi centrali della persona umana, intesa quale individuo ed insieme termine relazionale, e di cui l'equilibrio psico-fisico, l'armonia di sviluppo, la libertà di espressione, così come quella di autodeterminazione corporea assumono un ruolo fondamentale, ai fini del progresso di civilizzazione della società, nonché di implementazione della razionalità del sistema e di realizzazione integrata delle singole personalità.

E, tuttavia, la disposizione de qua ha sollevato corposi dubbi di illegittimità costituzionale, tanto con riguardo alla violazione del principio di determinatezza, sub specie di precisione, e di ragionevolezza intrinseca. All'uopo, sul primo versante, deve ulteriormente specificarsi come la precisione, oltre che alla struttura (aperta o chiusa) della fattispecie, si attaglia, in primo luogo, al

contenuto della stessa, condensandosi nell'impiego di tecniche di costruzione "formale" dell'incriminazione, permeata dai suoi ineludibili risvolti sostanziali, che si avvalgono tanto di elementi descrittivi, quanto di elementi normativi. I primi, in particolare, dominanti nell'ambito dei reati naturalistici (come quello contemplato ex art. 609 bis c.p.), in una scala decrescente di puntualità e capacità semantica di immediata percezione, si distinguono in quantitativi numerici, qualitativi forti, qualitativi deboli e quantitativi non numerici: e la nozione di "atti sessuali" sembrerebbe proprio rientrare nel novero dei concetti empirici qualitativamente deboli, inidonei a rimandare direttamente e biunivocamente (mediante la relazione di identità simbolo=idea), dall'espressione di sintesi narrativa adoperata nella norma, alla realtà fisica, oggetto della narrazione rappresentativa, sì normata. E, d'altro canto, la formulazione "laconica" dell'art. 609 bis, in merito, nei suoi sfumati contorni, potrebbe ben trasporci entro un'area di operatività non pienamente coincidente con quella delimitata dalle anteriori incriminazioni.

Soccorre, tuttavia, a sovrintenderne all'esegesi, anche in conformità al dictum della Corte Costituzionale, l'evocazione delle categorie scientifiche sulle quali poggia la legalità sostanziale, che consentono, in prima battuta, di coglierne la valenza semantica attingendo al sapere specialistico della medicina, ed alla nozione di "sessuale" e "sessualità" nel campo invalsa, non circoscritta alla mera genitalità o al rapporto di congiunzione tout court, ma, in seconda battuta, allargata a ricomprendere il riferimento alle c.d. zone erogone, come definite dalla sessuologia, dalla psicologia, e dall'antropologia, con apporti, dunque, prelevati anche dagli studi delle scienze sociali. Ciò in seno ad un procedimento di decifrazione ermeneutica da condursi in chiave logico-sistemica, tenuto conto delle vistose innovazioni registratesi, e, soprattutto, teleologica, dal momento che è adesso posto al centro del "mirino" non un valore fragile, sfuggente ed estremamente relativo, quale la libertà sessuale, intesa quale libertà morale, coagulantesi entro un'assorbente dimensione pubblicistica soprastante il singolo (la c.d. "moralità pubblica"), bensì un bene giuridico il cui fulcro è dato dall'individuo e dalla sua intangibile libertà, dalla persona umana, inviolabile nella sua corporeità fisica e nella sua dignità intellettuale, ben al di là di una lesività contraddittoriamente prima prefigurata come interna alla suscettibilità psichica dell'essere, ed in coerenza con la fondamentale compiuta estrinsecazione della sua personalità ed esplicazione delle sue libere scelte comportamentali. Ma la nozione necessita, inoltre, di un adattamento agli standards sociali e culturali del contestuale momento storico, inidoneo a minare tanto la consistenza naturalistica del reato, quanto la valenza descrittiva dell'elemento testuale esaminato, e sopraggiungendo, nella sua coloritura valoriale, di portata inevitabilmente elasticizzante, solo per consentire una visione complessiva della vicenda sub iudice, maggiormente aderente all'attualità ed integralità di una valutazione estesa a tutte le proiezioni dimensionali di significatività del reale, in cospicua correlazione anche con l'individuazione e l'apprezzamento del profilo qualitativo di offensività insita nell'agere delittuoso in commento.

Strutturalmente la fattispecie è con evento di danno ed a forma parzialmente aperta, essendovi sussumibili episodi concretanti diverse intensità di lesione ed, ancor prima, modalità di aggressione: la condotta, orientata ad indurre la vittima al compimento od all'assoggettamento agli atti sessuali, può, difatti, svolgersi "con violenza o minaccia o mediante abuso di autorità", quindi, attraverso l'imposizione di una forza fisica, dotata di energia cinetica tale da risultare difficile opporvi resistenza, in quanto volta alla produzione di effetti coartanti e costrittivi, oppure attraverso la prospettazione di un male futuro, in grado di incidere sulla sfera intellettuale del soggetto passivo condizionandone in tal guisa i processi volitivi, così come attraverso lo sfruttamento di una posizione di superiorità, detenuta all'interno di un rapporto giuridico preesistente, allo scopo di sortire il medesimo esito deterministico, a seguito di una valutazione costi/benefici della vittima, per così dire, apparentemente "necessitata".

Mentre sotto il profilo della materialità e dell'offensività il delitto non si presenta né metafisico né privo di nocimento per il bene involto, notevoli perplessità, sottoposte ad analisi contenutistica da parte della Corte Costituzionale, ha suscitato il crinale della necessità dell'incriminazione, sub specie per la paventata violazione del principio di ragionevolezza

intrinseca, accolto ex art. 3 Cost.. Le critiche di maggiore pregnanza si sono appuntate verso la globalizzata inclusione, ad opera del legiferante, nella fattispecie (invero specializzante) di cui all'art. 609 bis c.p., in maniera pressoché indiscriminata, di qualsivoglia comportamento, non proprio strumentalmente integrante violenza o minaccia ed atto alla determinazione dell'altrui stato di costrizione, ove e sol perché attingente la sfera sessuale della vittima, prescindendosene da una ragionevole valutazione e commisurazione dell'entità e degli effetti, eventualmente orientata a tracciarne nitidamente il confine rispetto all'ipotesi di ricorrenza, in luogo di essa, della violenza privata, raffigurata ex art. 610 c.p., la quale, al 1° comma, prevede che "chiunque, con violenza o minaccia, costringe altri a fare, tollerare, od omettere qualche cosa è punito con la reclusione fino a quattro anni", piuttosto che, nel caso di episodi di blande consistenza empirica e lesività, entro le maglie della contravvenzione di polizia, di cui all'art. 660 c.p., rubricato "Molestia o disturbo alle persone", che dispone: "Chiunque, in un luogo pubblico o aperto al pubblico, ovvero col mezzo del telefono, per petulanza o per altro biasimevole motivo, reca a taluno molestia o disturbo è punito con l'arresto fino a sei mesi o con l'ammenda fino a euro 516".

Sebbene il raggio della pena edittale legislativamente disposta risulti ampio, e passibile di un'importante diminuzione quantitativa "nei casi di minore gravità", come previsto espressamente dal 3° comma, non pare che su queste basi argomentative, prospettate dalla Corte, si possa strategicamente glissare sulla rilevata incongruenza, la quale si risolve, in primis, sul piano qualitativo in una irrazionalità di disciplina, che non solo colpirebbe in misura eccessiva comportamenti in concreto connotati da ridotte materialità ed offensività, rispetto alla previsione legale astratta, violando i canoni della sussidiarietà, ma addirittura forzerebbe lo stesso dato testuale, ad onta dei principi di precisione, tassatività e tipicità (ed, altresì, ponendosi in disaccordo con quello di frammentarietà).

Sul primo versante, si può constatare come, per l'appunto, verrebbe a difettare la proporzionalità dello strumento repressivo prescelto dal legislatore per arginare e punire siffatte manifestazioni criminose, e con la posizione della relativa fattispecie e con la calibrazione dei suoi effetti, sia per la non necessità della stessa, di certo non costituendo l'alternativa più mite, ove posta in raffronto ad altre opzioni di intervento (facenti capo a differenti fattispecie e, conseguentemente, effetti sanzionatori), sia per l'inadeguatezza rispetto alle garanzie di tutela del cittadino, dal momento che, insieme all'eventuale sentenza di condanna per una forma di reità non meglio identificata nel suo range di ampiezza, andrebbe a detrimento dei suoi diritti della personalità la stessa sottoposizione al processo penale, nella qualità di imputato, così come quella al prodromico procedimento investigativo, nelle vesti di indagato, largamente oltrepassandosi la soglia del minor sacrificio possibile.

Per quanto attiene, invece, al secondo aspetto, è di tutta evidenza come certe tipologie di condotta non possano a priori farsi concettualmente rientrare nella nozione di "violenza", ivi recata (è il caso, ad esempio, non infrequente, di movimenti non coartanti, ma repentini ed improvvisi, volti a cogliere il soggetto destinatario, per così dire, di sorpresa), se non a rischio di manipolare la stessa incriminazione, per come descrittivamente cristallizzata ex lege, ed irrilevante essendo l'eventuale intento politico riversatovi, di strumentalizzarne o piegarne l'uso al perseguimento di comportamenti non propriamente in essa ravvisabili. L'invalidabile sbarramento opposto dal principio b.a.r.d., in materia di diritto penale sostanziale, implicante l'inderogabilità di un'affermazione di responsabilità da compiersi, a cura del giudice, oltre ogni ragionevole dubbio, all'ingresso di prospettive valoristiche contingenti o di pericolose approssimazioni interpretative, abbandonate al soggettivismo di vedute dell'autorità magistratuale, che non è mai titolare del potere di ergersi a fonte del diritto, creando od alterando precetti e pene inseriti nel sistema, impone, infatti, che sia il rigore delle scienze a solcare recisamente (e talora irretrattabilmente, a seconda del grado di precisione della fattispecie), nel terreno dell'esegesi normativa, le linee di quei binari lungo i quali è (solo) dato al giudice dirigere la propria lettura della vicenda, primieramente incardinata nel reale, poi (ed in stretta aderenza allo stesso) tipicamente qualificata nel giuridico.

In attinenza, mediata, alla sfera sessuale ed in evidente contraddizione con i vincoli sostanziali posti al legislatore nell'incriminazione dei relativi comportamenti, si pongono, inoltre, tre fattispecie codicistiche, collocate nel medesimo Capo III, ma alla Sezione I ("Dei delitti contro la personalità individuale"), di recente modifica ad opera della legge n. 38 del 6 febbraio 2006, gli artt. 600 ter ("Pornografia minorile") e 600 quater ("Detenzione di materiale pornografico"), ed introduzione ex novo, l'art. 600 quater-1 ("Pornografia virtuale").

La prima figura criminosa delle tre menzionate, ulteriormente riformata dalla legge n. 172 del 2012, punisce "[1]. ... chiunque: 1) utilizzando minori di anni diciotto, realizza esibizioni o spettacoli pornografici ovvero produce materiale pornografico; 2) recluta o induce minori di anni diciotto a partecipare a esibizioni o spettacoli pornografici ovvero dai suddetti spettacoli trae altrimenti profitto", nonché "[2]. ... chi fa commercio del materiale pornografico di cui al primo comma", "[3]. Chiunque, al di fuori delle ipotesi di cui al primo e al secondo comma, con qualsiasi mezzo, anche per via telematica, distribuisce, divulga, diffonde o pubblicizza il materiale pornografico di cui al primo comma, ovvero distribuisce o divulga notizie o informazioni finalizzate all'adescamento o allo sfruttamento sessuale di minori degli anni diciotto", ed, ancora, "[4]. Chiunque, al di fuori delle ipotesi di cui ai commi primo, secondo e terzo, offre o cede ad altri, anche a titolo gratuito, il materiale pornografico di cui al primo comma", ed, infine, "[6]. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque assiste a esibizioni o spettacoli pornografici in cui siano coinvolti minori di anni diciotto".

Essa si rivelerebbe in contrasto con i principi di offensività e necessità, nella misura in cui, a seguito della sostituzione, ex lege n. 38/2006, del verbo sfruttare, che precedentemente compariva nell'articolo 600 ter c.p., con quello "utilizzare", è andata sfumandosi l'originaria, marcata, connotazione di lesività della condotta, che rappresentava, peraltro, nozionisticamente anche il portato di una consolidata ricostruzione giurisprudenziale, così sommandosene la lacunosa rintracciabilità in termini chiari e puntuali al già tradizionalmente non limpidissimo concetto di "pornografia", che campeggia al suo interno, il quale avrebbe, invece, trovato normativamente una soluzione nel 7° comma della disposizione medesima, a tenore della quale: "Ai fini di cui al presente articolo per pornografia minorile si intende ogni rappresentazione, con qualunque mezzo, di un minore degli anni diciotto coinvolto in attività sessuali esplicite, reali o simulate, o qualunque rappresentazione degli organi sessuali di un minore di anni diciotto per scopi sessuali".

L'insidiosità della nuova lettera della legge si manifesta appieno ove si ponga mente ai casi di utilizzazione privata del materiale pornografico de quo, a fortiori ad opera di soggetti minori degli anni diciotto, che lascerebbe intravedere una sorta di reità per devianza o propensione individuale moralmente repressibile, non smentita ma ancor più incrementata con l'aggiunta del 6° comma, che punisce chi assiste all'esibizione o allo spettacolo, così sembrando di poterne evocare una intervenuta modellizzazione eticizzante e per tipo d'autore, oltre che riscontrare l'intrinseca assenza di giustificazioni alla penalizzazione di condotte destinate, in tal caso, a svilupparsi esclusivamente nell'inaccessibile ed intima sfera di privata spettanza del singolo.

La seconda figura, ex art. 600 quater c.p. (che sanziona la condotta di "chiunque, al di fuori delle ipotesi previste dall'articolo 600-ter, consapevolmente si procura o detiene materiale pornografico realizzato utilizzando minori degli anni diciotto"), parrebbe prospettare un classico esempio di reato di posizione, c.d. "senza offesa", di pericolo presunto, volto all'anticipazione della soglia di rilevanza e perseguibilità penali, a cagione della peculiare importanza dei beni giuridici involti, mediante stigmatizzazione della mera detenzione di materiale pedopornografico, la quale fungerebbe da ostacolo al probabile futuro incremento delle condotte di utilizzazione di soggetti minorenni, con conseguente irreparabile vulnus alla fragile personalità individuale di questi ultimi.

Anche qui, tuttavia, emergerebbe, già a livello astratto, l'esigua densità lesiva di un comportamento di tal fatta, di cui risulta difficile individuare l'evento giuridico, arretrandone lo spettro di rilevanza alla semplice esposizione a pericolo dell'interesse protetto, tra l'altro non più ancorato allo sfruttamento del minore, ed, in ultima istanza, si delinerebbe la criminalizzazione di uno status soggettivo, personalisticamente confortato, sul crinale dell'imputazione, dalla

consapevolezza del reo in ordine alla detenzione conseguita, ma privo di un reale spessore che, nebulosamente, non tenda a convergere verso la punizione di una perversione sessuale, riprovevole sì ma costruttivamente fatiscante, infrangendo anche i canoni di necessità, sussidiarietà e proporzionalità.

Infine, la terza figura, ex art. 600 quater-1 c.p., costituirebbe emblematica esemplificazione di reato “inconsistente”, apparente nella sua intangibile dimensione di virtualità, e la cui evanescenza sembrerebbe defluire dall’ intreccio di plurimi profili di rarefazione dei fondamenti di materialità, offensività e necessità dell’incriminazione penale, posto che, ai sensi dello stesso: “[1]. Le disposizioni di cui agli articoli 600-ter e 600-quater si applicano anche quando il materiale pornografico rappresenta immagini virtuali realizzate utilizzando immagini di minori degli anni diciotto o parti di esse, ma la pena è diminuita di un terzo. [2]. Per immagini virtuali si intendono immagini realizzate con tecniche di elaborazione grafica non associate in tutto o in parte a situazioni reali, la cui qualità di rappresentazione fa apparire come vere situazioni non reali”.

In una previsione di reità così congegnata, anzitutto, non si ravviserebbe il punto di contatto tra l’azione del soggetto e la realtà empirica da essa incisa, non venendo ad esteriorizzarsi la volontà criminosa dell’agente attraverso una modificazione fenomenica del mondo sensibile; mancherebbe, poi, la persona offesa dalla condotta posta in essere, trattandosi di un’ipotesi di vero e proprio reato senza vittima o con bene giuridico privo di referenti reali e, più che mai disvelandosene l’essenza metafisica, peraltro nel suo vistoso allontanamento dal modello oggettivo di reato accolto nel nostro sistema, non potendosene predicare nemmeno la riducibilità a fattispecie di pericolo presunto, in quanto l’anticipazione della soglia di rilevanza relativa non troverebbe conferma nell’insieme di quelle circostanze e di quegli elementi, indispensabili per consentire di intravedervi le condizioni di operatività della legge statistica su cui possa basarsi una presunzione assoluta di pericolosità. Anche l’esistenza di una tale fattispecie, pertanto, tradirebbe l’intento di sanzionare invero una tipologia di autore, piuttosto che un accadimento illecito, lesivo ed effettivamente produttivo di uno strappo di tale entità, all’interno dell’ordine razionale, da dover essere ricucito mediante il ricorso all’inflizione della sanzione penale.

L'evento antecedente e l'evento conseguente del reato

17

Il concetto di “evento” compare più volte nelle norme contenute nel libro I (Dei reati in generale) del codice penale, e viene specificato di volta in volta nelle singole fattispecie di parte speciale. Eppure, mentre nella disciplina di parte generale il termine viene sempre impiegato al singolare, un'attenta analisi della parte speciale della codificazione fa emergere che il legislatore, talvolta, prende in considerazione, nella costruzione del tipo legale, più di un evento. Si tratta quindi di classificare le diverse tipologie di evento, in vista del loro inquadramento nella struttura del reato.

Ora, l'art 40, comma 1, c.p., stabilisce che “*l'esistenza del reato*” dipende da un solo “*evento dannoso o pericoloso*”, qualificato come conseguenza della condotta umana (da intendersi in senso naturalistico, coerentemente con il principio di materialità, che vuole che l'incriminazione cada su modificazioni della realtà e non su meri stati d'animo (artt. 49,56;115 c.p. e 25 Cost)). Eppure il quesito suggerisce che gli eventi siano plurimi, interrogando sull'individuazione dell'evento antecedente e conseguente *del* reato.

La tematica pone quindi l'interprete di fronte ad una triplice direttiva di indagine. Trattasi innanzitutto di superare l'empasse appena descritta, al fine di capire quale sia il fondamento logico del pluralismo degli eventi sotteso al quesito, per poi passare all'individuazione e definizione dell'evento antecedente e conseguente del reato, al fine di collocarli nella sua struttura. Infine si analizzeranno le singole ipotesi individuate al fine di evidenziarne le eventuali interazioni.

La risposta al primo quesito deve prendere le mosse dal processo di costruzione del tipo legale. Il legislatore, nell'elaborazione delle singole figure criminose, seleziona, previa osservazione della realtà, quegli accadimenti suscettibili di ledere beni giuridici o interessi protetti dall'ordinamento, e affianca loro una pena idonea a reprimerne la verifica, segnando così il passaggio dall'essere al dover essere. La selezione di tali accadimenti avviene sulla base del c.d. principio di frammentarietà che vuole che l'incriminazione abbia carattere episodico. Posto infatti che la realtà si presenta complessa, spetta al legislatore fotografarne le parti a cui attribuire rilevanza penale. In tale processo di tipizzazione la realtà va descritta così come si presenta in natura, riportando nella norma le conseguenze penalmente rilevanti della condotta umana. L'azione costituisce infatti il *primum movens* nella costruzione del tipo legale, poiché è con essa che l'uomo si inserisce nel divenire causale aggiungendo un fattore nuovo a quelli già esistenti, che finendo per interagire con essi, determina delle conseguenze. Queste ultime, nel diritto penale sono rappresentate dall'evento incriminato, che secondo l'art 40 c.p. deve essere dannoso o pericoloso per divenire penalmente rilevante. Tali caratteristiche devono essere chiaramente presenti già in natura, non essendo consentito al legislatore, salvi casi eccezionali, di qualificare in tali termini un accadimento neutro (l'eccezione si riferisce ai c.d. reati senza offesa, che infatti si pongono in tensione con il principio costituzionale di offensività).

Tutto ciò è espressione del principio *natura non facit saltum*, che vuole che il divenire causale (in cui poi si sostanzia la realtà osservata dal legislatore) sia un moto perpetuo, in cui ogni accadimento è preceduto e seguito da un altro. Corollario di tale principio è il fenomeno del pluralismo degli eventi, in base al quale un medesimo fattore è foriero di diverse conseguenze che si pongono in successione. Tra questi anche l'azione dell'uomo, nel suo interagire con la realtà, determina una successione di accadimenti, che il legislatore seleziona nella costruzione della fattispecie penale. Ciò spiega perché, generalmente la norma incriminatrice ne prenda in considerazione solo uno, ossia l'evento dannoso o pericoloso, ma spiega altresì perché talvolta gli accadimenti presi in considerazione siano plurimi. Infatti, il pluralismo degli eventi, così come si presenta in natura, viene talvolta fotografato dal legislatore, attribuendo rilevanza anche a quegli eventi precedenti o successivi al verificarsi dell'evento base, che quindi vengono specificati nella norma.

A questo punto è possibile dare una prima definizione di evento antecedente ed evento conseguente del reato. Il primo, è un accadimento che precede il reato. Posto che il reato si

perfeziona solo quando risultano integrati tutti i suoi elementi costitutivi (condotta, evento, nesso di causalità, elemento soggettivo), evento antecedente del reato sarà ogni accadimento cronologicamente anteriore al perfezionamento del fatto giuridico descritto nel tipo legale. Strutturalmente l'evento antecedente potrebbe quindi collocarsi prima della condotta ovvero tra la condotta e l'evento tipico. L'evento conseguente del reato invece, già sul piano linguistico, non può che coincidere con una conseguenza dello stesso, coerentemente con il fenomeno del pluralismo degli eventi, in base al quale spetta al legislatore arrestare la serie causale azionata dalla condotta. Nel far ciò, la norma potrebbe prendere in considerazione eventi ulteriori rispetto all'evento base. Nella codificazione infatti si riscontra diverse volte la formula "*se dal fatto deriva*", in cui il termine "fatto" va inteso come sinonimo di fatto giuridico, ossia di reato (da tenere distinto dal fatto tipico, che ne costituisce solo un elemento).

Sul piano dogmatico, detti eventi vengono qualificati, rispettivamente, antefatto e postfatto. Trattasi di categorie eterogenee, suscettibili di ricomprendere diverse tipologie di evento, variamente qualificate dalla norma penale. Si tratta quindi di operarne una classificazione.

Ora, se l'evento antecedente è un accadimento che precede il perfezionamento del reato, l'analisi dei reati di parte speciale suggerisce di distinguere i casi in cui l'evento si colloca prima della condotta dai casi in cui si frappone tra condotta ed evento. Nella prima categoria si collocano i c.d. presupposti del reato. Si tratta degli antecedenti logici della condotta, che il legislatore assume nella norma penale. Possono avere rilevanza penale autonoma (c.d. reati presupposto) o meno. Rispetto ai primi si pensi al reato di ricettazione ex art 648 c.p. che punisce chi, al fine di procurare a sé o ad altri un profitto, acquista, riceve od occulta denaro o cose provenienti da un qualsiasi delitto, o comunque si intromette nel farle acquistare, ricevere od occultare. La provenienza illecita dei beni presuppone che un reato sia già stato commesso, e ciò è imprescindibile ai fini del perfezionamento del reato di ricettazione. Quanto al secondo caso, si pensi all'art 18 della legge 194/78, che punisce chiunque cagiona l'interruzione della gravidanza senza il consenso della donna, in cui lo stato di gravidanza rappresenta il logico presupposto empirico del reato. I presupposti entrano nel fatto tipico, poiché specificano la condotta penalmente rilevante.

Contigui al presupposto, si presentano quegli eventi presi in considerazione nei c.d. reati sospetto e reati ostacolo, che rientrano nel più ampio *genus* dei c.d. reati scopo. Trattasi di fattispecie in cui il legislatore non incrimina l'offesa ad un bene giuridico, ma accadimenti prodromici ad essa, al fine di scongiurare il verificarsi della prima. Hanno quindi una funzione preventiva o repressiva del reato, anticipando la tutela ad un momento antecedente rispetto alla lesione o effettiva messa in pericolo del bene protetto dall'ordinamento. Si pensi a titolo esemplificativo ai delitti ex art 600-*quater* c.p. o all'art 707 c.p. Ebbene gli accadimenti ivi previsti sono incriminati in via strumentale rispetto all'offesa vera e propria, riflettendo infatti un pericolo solo potenziale (si tratta dei c.d. reati di pericolo presunto). Tanto premesso, se gli eventi in essi contemplati rappresentano l'evento base nella relativa fattispecie, essi acquistano la qualifica di eventi antecedenti nell'eventualità in cui l'offesa si verifichi. Si pensi all'art 707 c.p. che punisce "*chiunque, essendo stato condannato per delitti determinati da motivi di lucro, o per contravvenzioni concernenti la prevenzione dei delitti contro il patrimonio, o per mendicizia, o essendo ammonito o sottoposto a una misura di sicurezza personale o a cauzione di buona condotta, è colto in possesso di chiavi alterate o contraffatte, ovvero di chiavi genuine o di strumenti atti ad aprire o a forzare serrature, dei quali non giustifichi l'attuale destinazione*". Trattasi di un classico reato di sospetto. Ebbene, nell'eventualità in cui l'autore del reato ex art 707 c.p., avvalendosi degli strumenti atti allo scasso, riesca ad impossessarsi della cosa mobile altrui, commettendo il reato di furto ex art 624 c.p., il reo sarebbe punito solo ex art. 624 c.p., in virtù del principio di consunzione, posto che l'offesa del reato ex art 707 c.p. è consumata dalla successiva condotta di furto (si tratterebbe di un'ipotesi di concorso apparente di norme). In tal caso, il fatto di essere colto con strumenti atti allo scasso perde autonoma rilevanza penale, ma si atteggia comunque quale evento antecedente del reato, poiché preso in considerazione dalla norma

incriminatrice. In sostanza, da evento base, diventa evento antecedente non punibile di un diverso reato.

Allo stesso fenomeno si assiste nei rapporti tra reati di pericolo e reati di danno. I primi sono fattispecie costruite intorno ad un evento di pericolo, ossia alla messa in pericolo di un bene. Forniscono una tutela anticipata a beni ritenuti primari. I reati di danno invece ruotano intorno ad una lesione effettiva del bene giuridico, ossia ad un evento dannoso. Tali tipologie di reato possono porsi in successione. Ciò accade in particolare nei reati a dolo specifico, come i delitti di attentato. In genere, tali fattispecie sono costruite con uno o due commi riguardanti il reato di pericolo (attentato) e altri commi successivi che disciplinano la concretizzazione del pericolo, ossia l'evento di danno (attentato riuscito, quindi morte della vittima). Ebbene in tali casi, l'evento di pericolo, da evento base, assurge ad evento antecedente nella fattispecie aggravata, ossia nell'ipotesi in cui l'attentato vada a buon fine, cagionando la morte del soggetto. Questo esempio riflette in maniera evidente il fenomeno del pluralismo degli eventi: il passaggio dal pericolo al danno riguarda infatti un avanzamento nella linea causale, che il legislatore non ignora, ma anzi incrimina, trattandosi di una lesione crescente al bene giuridico protetto. La messa in pericolo, quando il danno si produce, degrada ad evento antecedente, che viene assorbito (o più correttamente consumato) dal reato di danno. Del resto, per definizione, la pericolosità dell'evento si accerta in relazione alla sua idoneità a produrre il danno, sicché non sorprende che tali accadimenti siano posti in successione dal legislatore, poiché tali si presentano anche in natura.

Nei casi finora trattati, si parla genericamente di antecedente non punibile in virtù dell'applicazione del principio di assorbimento o consunzione. Trattasi infatti sempre di ipotesi in cui si combinano due reati e il loro rapporto da luogo ad un concorso apparente di norme, in cui la più grave assorbe/consuma quella meno grave.

Passando alle ipotesi di evento antecedente collocato tra condotta ed evento base, si tratta dei c.d. eventi intermedi. Trattasi di eventi tipici, ma prodromici all'evento base, che la norma esplicita e che quindi il giudice deve accertare. Causalmente sono anch'essi antecedenti logici dell'evento di reato, ma si distinguono dai presupposti, poiché mentre questi ultimi si riferiscono alla condotta, gli eventi intermedi colorano l'evento base, e valgono a specificarlo. Rispondono prevalentemente ad esigenze di determinatezza. Si pensi ad esempio al reato di truffa ex art 640 c.p., che punisce chiunque, con artifici o raggiri, inducendo taluno in errore, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno. Trattasi di un reato di danno che si perfeziona con il verificarsi dell'evento base (procurare a se o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno). Tuttavia, dalla formulazione della norma emerge un evento intermedio, espressamente previsto, ossia l'induzione in errore. Esso consiste in un evento psichico, conseguenza degli artifici o raggiri posti in essere dall'autore materiale del reato, che non solo precede cronologicamente l'evento di danno, ma si pone altresì sulla medesima linea causale. Se il soggetto non cadesse in errore, il principio di tipicità non potrebbe dirsi rispettato. Tale evento ponte vale a qualificare la truffa quale fattispecie vincolata, poiché il legislatore tipizza una sequenza causale determinata. Eventi intermedi di tal sorta si riscontrano anche nella circonvenzione di incapaci e nello stalking.

Di evento intermedio poi è dato parlarsi rispetto ai reati progressivi. Trattasi di fattispecie uniche ma complesse, che incriminano la lesione crescente a beni giuridici omogenei, laddove la lesione più grave assorbe quella meno grave. L'esempio cardine è dato dal delitto preterintenzionale di cui all'art 584 c.p. L'assunto è confermato dalla stessa definizione normativa di preterintenzione ex art 43 c.p. n base alla quale, il delitto è preterintenzionale o contro l'intenzione quando dall'azione od omissione deriva un evento dannoso o pericoloso più grave di quello voluto dall'agente, che non necessariamente deve consumarsi ai fini dell'integrazione del reato. La norma sulla preterintenzione infatti va letta in combinato disposto con l'art 584 c.p. che punisce chiunque, con atti diretti a commettere uno dei delitti preveduti dagli articoli 581 e 582, cagiona la morte di un uomo. Anche qui, come nella truffa, la fattispecie è a forma vincolata, perché il legislatore codifica una sequenza causale determinata, ossia la morte cagionata per effetto di atti diretti a ledere o a percuotere. Se è vero che non necessariamente i delitti ex artt. 581 e 582 c.p. devono risultare

consumati, è però necessario che l'azione fosse diretta a tal scopo, essendo la morte una conseguenza non voluta dall'agente, ancorché prevedibile (se fosse voluta infatti il fatto transiterebbe nell'art 575 c.p.). In altre parole le lesioni rappresentano l'antecedente prossimo della morte, che è l'evento base incriminato, frapponendosi così tra la condotta e l'evento di reato.

Dall'analisi fin qui effettuata si evince che nell'ordinamento, la qualifica di evento antecedente si riferisce ai presupposti della condotta, ai c.d. antefatti non punibili e agli eventi tipici intermedi. Si tratta di eventi non riscontrabili in tutti i reati e che pertanto non danno luogo ad una categoria unitaria di antefatto. Tuttavia, quando previsti, incidono sulla tipicità del fatto, sicché la loro mancanza esclude la configurabilità del reato. Un discorso a parte meritano gli antefatti non punibili, per cui a ben vedere vale la regola opposta, dal momento che nell'incontro con un'altra fattispecie criminosa più grave, perdono la loro rilevanza penale, degradando ad eventi antecedenti non punibili.

Passando all'analisi dell'evento conseguente del reato, torna utile rifarsi alle considerazioni svolte in precedenza. L'evento conseguente del reato è infatti un risultato secondario del reato, che si pone sulla stessa linea causale azionata dalla condotta del reato base. La sequenza sarà infatti condotta-evento tipico – evento ulteriore. Il legislatore quindi, lungi dall'arrestarsi all'incriminazione del primo evento, tipizza anche le conseguenze successive, qualificandole ora come circostanze aggravanti, ora come elementi costitutivi di un'autonoma fattispecie aggravata che assorbe il reato base. Tale tecnica di incriminazione è sempre il riflesso del fenomeno del pluralismo degli eventi e del principio *natura non facit saltum* sopra accennato. Tali eventi acquistano rilevanza penale proprio perché aggravano l'offesa al bene giuridico perpetrata con il reato base e vengono infatti qualificati eventi aggravanti. La verifica dell'evento ulteriore dà luogo ad una diversa incriminazione, in forza della previsione della corrispondente fattispecie aggravata. A seconda dei casi sarà riscontrabile o una fattispecie circostanziata (che una forma di manifestazione del reato) o una fattispecie autonoma c.d. aggravata, che assorbe il reato base. La fattispecie nella maggior parte dei casi rimane unica giusto il disposto dell'art 84 c.p. che pone una deroga alle norme sul concorso di reati quando la legge considera come elementi costitutivi, o come circostanze aggravanti di un solo reato, fatti che costituirebbero, per se stessi, reato. In entrambi i casi, l'evento conseguente del reato coincide con l'evento aggravante, individuabile grazie alla formula *“se dal fatto deriva”*. Si faccia l'esempio dell'art 588 c.p., che punisce chiunque partecipa ad una rissa. La rissa consiste nell'aggressione reciproca tra almeno tre persone. Trattasi di un reato a concorso necessario, di tipo bilaterale e di pericolo presunto. I commi successivi stabiliscono che *“se nella rissa taluno rimane ucciso, o riporta lesione personale, la pena, per il solo fatto della partecipazione alla rissa, è della reclusione da tre mesi a cinque anni. La stessa pena si applica se la uccisione o la lesione personale, avviene immediatamente dopo la rissa e in conseguenza di essa”*. Nel secondo comma lesioni o morte assumono la veste di circostanza aggravante (lo si desume dall'espressione *“per il solo fatto della partecipazione alla rissa”*), mentre nel terzo comma gli stessi fatti acquistano rilievo di elementi costitutivi di una fattispecie autonoma, che non è assorbita dalla rissa, ma concorre con essa (al fine chiaramente di temperare gli effetti del giudizio di bilanciamento ex art 69 c.p.). La norma è chiara nel qualificare la morte e le lesioni quali eventi conseguenti al reato, e li pone sulla stessa linea causale. È chiaro che la morte o lesioni devono configurarsi quali eventi ulteriori non voluti, altrimenti il fatto transiterebbe nelle più gravi fattispecie di lesioni o omicidio volontari. La tecnica di imputazione dell'evento ulteriore avviene sul piano oggettivo, salvo poi essere corretta in via ermeneutica in accordo con il principio di personalità ex art 27 Cost. accertando l'esistenza del requisito subiettivo minimo ai fini dell'addebito sul piano soggettivo.

Per quanto riguarda i casi in cui la legge considera quale elemento costitutivo un fatto che di per sé costituisce reato, si faccia il caso dell'art 630 c.p., che punisce chiunque sequestra una persona allo scopo di conseguire, per sé o per altri, un ingiusto profitto come prezzo della liberazione. Il secondo comma stabilisce poi che *“se dal sequestro deriva comunque la morte, quale conseguenza non voluta dal reo, della persona sequestrata, il colpevole è punito con la reclusione*

di anni trenta". Continua il terzo comma affermando che *"se il colpevole cagiona la morte del sequestrato si applica la pena dell'ergastolo"*. Come nel caso precedente l'evento morte è conseguenza ulteriore del fatto del reato base, e viene qualificata da due norme diverse. Nel secondo comma ha natura di circostanza aggravante, mentre nel terzo comma si ritiene avere natura di elemento costitutivo. In altri termini, mentre il secondo comma prevede una fattispecie di sequestro aggravata dall'evento morte, il terzo comma contiene una speculare ipotesi di omicidio aggravato dal sequestro. In quest'ultimo caso infatti la morte non è propriamente conseguenza del sequestro (ossia dello stato di prigionia), ma piuttosto trova nel sequestro la sua occasione. Tanto si afferma sulla base del dato letterale. Infatti mentre nel secondo comma si afferma *"se dal sequestro deriva comunque la morte"*, nel terzo comma si stabilisce invece *"se il colpevole cagiona la morte del sequestrato"* in cui il verbo "cagionare" illumina l'autonomia tra sequestro ed omicidio sul piano causale. Trattasi in ogni caso di un evento conseguente del reato, non sul piano strettamente causale forse, ma in ogni caso da un punto di vista cronologico. I due eventi non sono infatti del tutto autonomi, posto che il sequestro si atteggia pur sempre ad occasione dell'omicidio.

Gli altri casi in cui ritroviamo questo tipo di struttura nella costruzione del tipo legale sono i casi di preterintenzione implicita. Trattasi di fattispecie non espressamente qualificate quali preterintenzionali, in cui tuttavia è rispettato lo schema utilizzato nell'art. 584 c.p., ossia lesioni accompagnate seguite dalla morte. si pensi all'art 280 c.p. che punisce chiunque per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico attenta alla vita od alla incolumità di una persona. Trattasi di un tipico delitto di attentato. Il quarto comma prevede poi che *"Se dai fatti di cui ai commi precedenti deriva la morte della persona si applicano, nel caso di attentato alla vita, l'ergastolo e, nel caso di attentato alla incolumità, la reclusione di anni trenta"*. Mentre nel caso di attentato alla vita da cui deriva la morte, lo schema è quello della concretizzazione del pericolo che segna il passaggio dal reato di pericolo al reato di danno, nel diverso caso di attentato all'incolumità seguito dalla morte lo schema è quello dell'art 584 c.p. (nel qual caso si avrà attentato all'incolumità – lesioni – morte). ancora una volta il legislatore tipizza una sequenza causale determinata, costruendo una fattispecie a forma vincolata. L'evento ulteriore è omogeneo rispetto all'evento intermedio e dà luogo ad un reato progressivo, che diverge dal reato complesso per la caratteristica che lo contraddistingue, ossia il passaggio progressivo da un *minus* ad un *maius* in termini di offesa.

Non sempre tuttavia la rilevanza penale dell'evento conseguente del reato ha valenza assorbente. Ci si riferisce alle ipotesi di cui all'art 586 c.p. in forza del quale *"quando da un fatto preveduto come delitto doloso deriva, quale conseguenza non voluta dal colpevole, la morte o la lesione di una persona, si applicano le disposizioni dell'articolo 83, ma le pene stabilite negli articoli 589 e 590 sono aumentate"*. La fattispecie è sempre a forma vincolata poiché l'evento conseguente è la morte o la lesione mentre il suo antecedente causale è un delitto doloso. L'art 586 c.p. dà luogo ad un concorso di reati, data la disomogeneità dei beni lesi dalla condotta, ravvisandosi una continuità solo sul piano materiale e non anche teleologico (come avviene invece nel reato progressivo, che infatti è fattispecie unica). Ebbene in tali casi l'evento conseguente assurge ad elemento costitutivo del reato di omicidio colposo o di lesioni colpose, che concorrono con il delitto doloso da cui originano.

In altri casi invece, l'evento conseguente integra una condizione di punibilità. Trattasi di accadimenti che non incidono sul perfezionamento del reato, ma sulla sua punibilità. Si collocano pertanto al di fuori del reato ma comunque all'interno della fattispecie, essendo necessari al fine del prodursi dell'effetto giudico tipico del reato, ossia della pena. Si distinguono in intrinseche o estrinseche a seconda che incidano o meno sull'offensività del fatto di reato. Nel primo caso dovranno presentare un collegamento subiettivo minimo con l'autore, trattandosi di elementi significativi della fattispecie secondo quanto stabilito dalla sent 364/88. Si faccia il caso dell'art 571 c.p. in base al quale *"chiunque abusa dei mezzi di correzione o di disciplina in danno di una persona sottoposta alla sua autorità, o a lui affidata per ragione di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia, ovvero per l'esercizio di una professione o di un'arte, è punito, se dal fatto*

deriva il pericolo di una malattia nel corpo o nella mente, con la reclusione fino a sei mesi". L'espressione "se dal fatto deriva il pericolo di una malattia nel corpo o nella mente" condiziona la punibilità di un reato da ritenersi già perfetto una volta integrato il fatto descritto dalla norma. In altre parole se dal fatto non deriva tale evento conseguenza, il reato non è punibile. Tale condizione di punibilità (da ritenersi intrinseca) vale a temperare l'ingresso della sanzione penale nei rapporti familiari, condizionandola appunto al verificarsi di un evento che non assurge tuttavia ad elemento costitutivo del reato. L'evento in questione rientra nel presente campo di indagine, trattandosi di una conseguenza del reato, e non della condotta tout court.

Infine, l'evento conseguenza può assurgere a postfatto non punibile. Trattasi di un evento conseguente del reato a cui il legislatore non attribuisce rilevanza penale. Può tornare utile la superata interpretazione del delitti di corruzione, che in un primo momento la giurisprudenza riteneva perfezionati o con la mera accettazione della promessa o con la contestuale dazione del denaro o altra utilità. Ebbene, così interpretando la norma, si riteneva che, nei casi di mera accettazione della promessa, la successiva dazione del denaro costituisse postfatto non punibile, ancorché menzionato nella norma. Successivamente la giurisprudenza ha mutato orientamento, affermando che mentre il reato si perfeziona con la conclusione dell'accordo, il momento consumativo si sposta in avanti in caso di accettazione della promessa seguita dalla dazione.

Sulla base delle considerazioni che precedono, la qualifica di evento conseguente riguarda gli eventi aggravanti (che si presentano quali derivazioni causali del reato base, siano essi circostanze aggravanti o elementi costitutivi di una diversa fattispecie); alcune condizioni di punibilità e i c.d. postfatti non punibili.

Tirando le somme del discorso, si può concludere che il legislatore, nel corso del processo di tipizzazione della norma penale, non seleziona meri accadimenti, ma sequenze causali. Tali sequenze possono essere semplici, ossia riguardare il nesso di derivazione tra una condotta ed un evento, oppure complesse, prendendo in considerazione una pluralità di eventi, antecedenti o conseguenti del reato. Mentre i primi si pongono come antecedenti sul piano logico o causale, i secondi riguardano le conseguenze ulteriori del reato, variamente prese in considerazione. È interessante notare come tali qualifiche non siano predeterminate ma vadano accertate caso per caso. Si è infatti avuto modo di evidenziare come talvolta, il verificarsi dell'evento conseguente degradi l'evento del reato base ad evento antecedente della fattispecie autonoma o circostanziata. La riscontrata presenza e rilevanza penale di tali eventi non si pone affatto in contrasto con l'art 40 comma 1 c.p. nella parte in cui fa dipendere l'esistenza del reato dalla verifica di un evento dannoso o pericoloso. La parte generale del codice penale opera, come è ovvio, uno sforzo di astrazione e generalizzazione delle categorie, essendo deputata ad individuare e precisare gli elementi indefettibili del reato, ossia i suoi elementi costitutivi, tra cui compare l'evento. Tuttavia, ciò non esclude affatto che il legislatore possa prendere in considerazione eventi ulteriori che, verificandosi nella realtà, accentuano il disvalore del fatto o valgono a descriverlo puntualmente sul piano normativo. Chiaramente, più eventi il legislatore prenderà in considerazione, più la norma avrà una struttura vincolata, poiché ciò sarà indice del fatto che la tipizzazione riguarda una serie causale specifica e non tutte le condotte che genericamente, sul piano causale, conducono ad eventi del tipo descritto nella norma. In ogni caso, gli eventi presi in considerazione si pongono sulla sequenza causale descritta dalla fattispecie base.

17++

"Antecedente" e "conseguente" sono utilizzati, nella traccia, come aggettivi del sostantivo evento e sono in reciproca contrapposizione essendo l'uno l'opposto dell'altro. Tali attributi, richiamando un rapporto di causa ed effetto tra due fattori o comunque un loro susseguirsi nel tempo e nello spazio, sono in relazione, o meglio contrapposizione, rispetto ad un termine di riferimento che ne costituisce complemento di specificazione: il reato.

Dal momento che il reato, nella sua unità di fatto e di diritto, presenta una struttura pentapartita (fatto tipico, imputazione oggettiva, imputazione soggettiva, qualificazione oggettiva, qualificazione soggettiva), configurata sulla base della logica, quanto alla forma, e sulla base della relazione tra leggi scientifiche e giuridiche, quanto alla sostanza, è evidente che il termine “reato” presenta, così come utilizzato nella traccia, valenza di sineddoche.

Posto che, come si è detto, il “reato” funge da necessario termine di riferimento di “antecedente” e “conseguente” e che tali aggettivi evocano un susseguirsi nel tempo e nello spazio di due eventi, è evidente come l’elemento di struttura del reato cui il termine “reato” fa genericamente riferimento è il fatto tipico o quantomeno un elemento del fatto tipico. E’ chiaro, infatti, come l’anteriorità e la posteriorità di due accadimenti non possano logicamente relazionarsi ad un rapporto materiale e psicologico tra due elementi costitutivi del fatto (imputazione oggettiva e soggettiva), e a maggior ragione (visto il mutamento delle leggi di copertura, non più scientifiche ma giuridiche) alla valutazione del fatto tipico da parte dell’intero ordinamento penale (qualificazione oggettiva e soggettiva).

Di conseguenza, l’attenzione va concentrata sul fatto tipico. Quest’ultimo è il fatto materiale ricorrente nella norma incriminatrice che vale ad assegnargli rilevanza all’interno dell’ordinamento giuridico (prima qualificazione in virtù del principio di tipicità) e si compone di condotta ed evento, nonché di tutti gli elementi ad essi riconducibili e, nei reati propri, del soggetto attivo.

Si tratta di capire, quindi, se il termine di riferimento utilizzato nella traccia sia l’intero fatto tipico oppure solo un suo elemento, che non potrà che essere l’evento tipico del reato, visto che gli altri termini del raffronto sono l’evento antecedente e quello conseguente.

Il problema si pone non tanto rispetto all’evento conseguente quanto rispetto all’evento antecedente, perché se l’evento, come di dirà meglio nel prosieguo, è una modificazione della realtà, e il fatto tipico comprende, oltre a condotta ed evento, anche tutti gli elementi che caratterizzano l’azione penalmente rilevante contribuendo a segnare la tipicità (tra cui i c.d. presupposti), risulta arduo rintracciare un accadimento rilevante nella struttura del fatto di reato che sia anteriore al fatto tipico globalmente considerato e non coincida nemmeno con un presupposto della condotta.

Inoltre, non si potrebbero considerare nemmeno gli eventi c.d. intermedi tra la condotta e l’evento tipico: tali non sarebbero propriamente né precedenti né conseguenti rispetto al fatto tipico.

Pertanto, per dar valore al c.d. “evento antecedente”, indicato nella traccia, pena la sua pretermissione nello svolgimento del tema, si individua il termine di riferimento, che gli attributi “antecedente” e “conseguente” postulano, nell’evento tipico di reato.

Di conseguenza si tratta di rintracciare “l’evento antecedente” in qualsiasi accadimento rilevante nella struttura del fatto di reato che non svolga il ruolo di condotta (trattasi di “evento”) e che preceda l’evento tipico (“antecedente”); specularmente, “l’evento conseguente” è da rintracciarsi in qualsiasi accadimento che integra la fattispecie di reato purché posteriore all’evento tipico.

Quindi, si impone in via preliminare l’analisi del concetto di evento tipico del reato, anche per evitare l’obiezione che si potrebbe muovere, ossia l’esclusione dalla presente trattazione dei c.d. reati di mera condotta. Tale questione incrocia la tematica centrale sottesa alla traccia in esame, ossia il fenomeno del c.d. pluralismo degli eventi.

L’elaborazione dogmatica del concetto di evento risente della contrapposizione di due concezioni: quella naturalistica e quella giuridica. Entrambe le tesi considerano l’evento come il risultato dell’azione, ossia come un qualcosa di distinto e separato rispetto ad essa e da essa cagionato. Il discrimine riguarda il modo di concepire il rapporto tra la condotta e l’evento.

Per la teoria naturalistica (o materiale), infatti, l’evento è soltanto l’effetto naturale dell’azione, ossia la modificazione della realtà (sia essa fisica o psichica), consistente e percepibile con i sensi; per la teoria giuridica (o normativa), invece, l’evento è il pregiudizio subito dal bene o interesse protetto dalla norma, sotto forma di lesione o di messa in pericolo dello stesso.

Secondo la teoria naturalistica, la lesione o messa in pericolo del bene protetto, cioè l'offesa, non è un elemento del fatto, ma soltanto un attributo, un suo modo di essere: è il fatto visto da un altro punto di vista, ossia quello della tutela apprestata dall'ordinamento giuridico a determinati beni ed interessi. Pertanto se l'evento è, per definizione, la conseguenza dell'azione e l'effetto di quest'ultima può essere solo materiale, non si può parlare di "evento" in senso giuridico per contrassegnare l'offesa all'interesse protetto dalla norma penale perché tale offesa non entra nel fatto come una propria autonoma componente, ma è un attributo del fatto, che si lega all'azione o alla condotta a seconda della tipologia di reato.

La concezione materiale distingue, quindi, i reati in due categorie: reati di evento o di mera condotta, a seconda che l'ipotesi tipica consista in un comportamento umano seguito dall'effetto naturale dallo stesso prodotto oppure consista soltanto nel comportamento umano. In tal ultimo caso l'offesa costituisce un attributo della condotta, non dell'evento.

Secondo la concezione giuridica, invece, non esistono reati privi di evento dal momento che il reato è, per definizione, un'aggressione al bene giuridico e che l'evento è inteso come il pregiudizio subito dall'interesse protetto dalla norma. Anche se tale teoria non nega che esistano reati in grado di determinare una modificazione del mondo esterno, ribadisce come l'essenza dell'evento risieda nell'offesa del bene protetto; di conseguenza l'effetto naturale discendente dall'azione rappresenta soltanto una tipologia, una modalità di espressione del risultato dell'aggressione al bene o interesse tutelato. Pertanto, è evidente come l'offesa sia una componente strutturale del reato, che penetra all'interno del fatto, ponendosi sempre distinta rispetto all'azione (a differenza di quanto ritiene l'opposta concezione, sulla premessa che esistano reati di pura condotta) ed in rapporto di causalità rispetto ad essa.

L'inconciliabilità di queste diverse concezioni è, in realtà, soltanto apparente, e la sua comprensione rende necessario ripercorrerne sinteticamente le argomentazioni poste a fondamento.

Si può sottolineare, quindi, come la teoria naturalistica argomenti principalmente sulla base degli artt. 40, 41 c.p. (che accreditano l'evento come modificazione del mondo fisico) e sulla presunzione di un uso coerente dei termini linguistici da parte del legislatore, sulla base dell'art. 6, secondo comma, del c.p. e del principio di territorialità applicato ai c.d. "reati a distanza e sulla base dell'art. 56 c.p. e dell'osservazione per cui la distinzione tra reato tentato e consumato si basa proprio sull'assenza dell'effetto materiale dell'azione cui andrebbe pertanto riferito il termine "evento" di cui al primo comma. Tali argomentazioni vengono confutate dalla concezione giuridica che ne mette in luce ora l'incongruenza logica ora l'aprioristica e non decisiva assunzione. Viceversa, tale tesi sottolinea, a proprio sostegno, la ricorrenza dell'espressione "evento dannoso o pericoloso" negli artt. 40, 43 e 40 c.p. e dell'attributo "ingiusto", chiaramente evocativo dell'evento sotto il profilo giuridico, in molteplici disposizioni di parte speciale; tale ermeneutica ricorda, inoltre, come la componente teleologica dell'azione nei reati dolosi evochi immancabilmente la dimensione offensiva di un bene giuridico e non il puro dato materiale, che non può costituire il vero obiettivo dell'agente sotteso all'azione finalisticamente orientata. D'altra parte l'obiezione centrale a cui si espone la concezione giuridica risiede nel non considerare che l'evento è una modificazione della realtà naturale dal punto di vista scientifico e naturale.

E' da questa critica che è necessario prendere le mosse per impostare diversamente la questione e condurre a conciliazione le due opposte concezioni.

E' infatti dato scientifico immanente ed imprescindibile che l'evento è un effetto materiale della condotta che si inserisce all'interno della realtà naturale (non normativa), modificandola. Se infatti la condotta è un comportamento umano (sorretto da coscienza e volontà e diretto alla realizzazione di uno scopo) che si inserisce nel divenire causale ed è causa dell'evento, l'indagine di quest'ultimo deve avvenire alla luce delle regole che governano il rapporto di causalità tra la condotta e l'evento, primo tra tutti il principio "natura non facit saltum", secondo il quale in natura tutto è progressivo, ordinato, complesso e continuo, cioè ininterrotto ed incessante.

Corollario di questo principio è il fenomeno del pluralismo degli eventi: posto che ciascun fattore che si inserisce nel divenire causale è necessariamente effetto di un qualcosa che lo ha

preceduto e ne costituisce causa ed è, a sua volta, causa di un qualcosa d'altro a lui successivo, la realtà naturale è costituita da una pluralità di eventi che si susseguono ininterrottamente, senza possibilità di arresto.

Sebbene ciò costituisca un'evidenza scientifica, si tratta concretamente di verificare se il legislatore possa, attraverso il "fermo immagine", ossia l'attività di tipizzazione, ritagliare la fattispecie penale in modo tale da isolare soltanto la causa e disinteressarsi del suo effetto, cioè descrivere un fatto composto dalla sola condotta, ed ignorare il suo sviluppo.

Una costruzione siffatta, in primo luogo, non sarebbe coerente con gli articoli 40, 43 e 49 c.p., quali norme centrali del sistema penale, che elevano l'evento ad elemento costitutivo del fatto di reato ed, in secondo luogo, sarebbe in conflitto con un principio cardine della teoria sostanziale del reato, ossia il principio di offensività. L'azione infatti deve necessariamente entrare in contatto con il bene giuridico affinché la norma penale che la contempla possa identificare un fatto offensivo. L'offesa, infatti, quale conseguenza dell'azione e separata rispetto ad essa, necessita di un substrato minimo cui ancorarsi, pena altrimenti collocarsi in un'area metafisica e giungere alla conclusione che la condotta ha provocato una lesione (o minaccia di lesione) ad un bene protetto a prescindere dai suoi effetti.

Ciò che, invero, si può dire è che l'evento si colloca in posizione strettamente adiacente rispetto alla causa che lo ha provocato (con evidente semplificazione quanto all'accertamento e alla verifica dell'imputazione oggettiva del reato e del riscontro di fattori sopravvenuti interruttivi del nesso causale) laddove la norma contempla solo il primo immediato impatto che la condotta provoca sul mondo fisico.

Ogni reato quindi è provvisto di evento materiale e la caratteristica dei c.d. reati di pura condotta risiede semplicemente nel fatto che il legislatore, nel compimento dell'attività di tipizzazione, ha deciso di considerare l'avanzamento della linea causale nel suo sviluppo minimo considerando penalmente rilevante, tra i possibili eventi che possono derivare da una condotta umana, soltanto quello prossimo alla condotta.

Vengono, inoltre, a cadere gli argomenti normativi portati dai sostenitori dell'esistenza di reati senza evento, ossia l'art. 41, secondo comma, c.p. e art. 42, quarto comma c.p.

La prima disposizione, lungi dall'avvalorare l'esistenza di reati senza evento materiale (laddove dice che l'azione o l'omissione precedentemente commessa costituisce "per sé" reato), dovendo essere letta alla luce del contesto in cui si colloca, ossia la disciplina del rapporto di causalità, al contrario accredita l'idea che il reato è punito se ed in quanto la condotta determini un evento lesivo. Se l'interruzione del nesso causale per l'intervento di un fattore causativo dell'evento impone la considerazione del segmento fattuale anteriore a tale fattore e se la condotta deve essere dotata di efficienza causale rispetto all'evento, è possibile, se non probabile, che abbia già cagionato un evento minore illecito.

Ancor più evidente è la non decisività dell'argomentazione fondata sulla lettera dell'ultimo comma dell'art. 42 c.p., che lega, testualmente, la punibilità alla condotta, a prescindere dall'evento, se si pone mente alla sua simmetria con il primo comma del medesimo articolo che regola l'elemento psicologico della condotta, e non dell'intero fatto. Quest'ultimo aspetto è, al contrario, regolato dall'art. 43 c.p., il cui ultimo comma relativo alle contravvenzioni, implica l'applicazione della distinzione, delineata nei commi precedenti, tra reato doloso e colposo, comprensiva del riferimento all'evento.

Anche l'analisi delle disposizioni di parte speciale, considerate di mera condotta, non contraddice questa conclusione. Ciò che si può piuttosto dire è che, nella scelta della tecnica di redazione normativa da utilizzare, il legislatore, stante l'adiacenza della condotta con il suo primo effetto materiale ed immediato, può aver preferito evidenziare la causa piuttosto delle sue conseguenze oppure aver incorporato l'evento nella descrizione della condotta, visto la sua maggior pregnanza ai fini dell'incriminazione.

Ma ciò non toglie che dal punto di vista logico i due momenti, per quanto ravvicinati, siano distinti.

A maggior ragione, non è possibile per il legislatore accorpare due elementi, che si presentano distinti in natura. E' il rapporto tra ordinamento e realtà che non lo consente: l'assenza di intermediazioni tra realtà e norma penale implica che l'attività di tipizzazione deve rispettare le regole che governano il fatto nel suo dominio di appartenenza, cioè le leggi della natura. Se la legge scientifica governa il fatto come successione di eventi, non può il legislatore prevedere quello stesso fatto in termini divergenti, anche alla luce del principio di determinatezza in senso empirico.

Si è così chiarito che tutti i reati hanno un evento materiale (come sostiene la teoria naturalistica) e di conseguenza, come logico corollario, che l'offesa deve accompagnare non l'azione di per sé ma solo il suo risultato (come sostiene la concezione normativa), ponendosi quale attributo dell'evento materiale, in virtù della (prima) qualificazione operata dalla norma incriminatrice.

Si tratta ora di verificare se il pluralismo degli eventi, quale esplicazione del principio "natura non facit saltum", possa avere consistenza giuridica, oltre che reale.

Finora, infatti, si è visto come il legislatore nell'attività di tipizzazione del fatto di reato, sia libero di scegliere, tra gli accadimenti che si susseguono nell'avanzamento della linea causale, quello che reputa necessario e sufficiente per il perfezionamento del reato. Si è visto, cioè, come i principi fondamentali impongano al legislatore l'obbligo di selezionare, nell'ambito di una pluralità di cause e di effetti, una conseguenza della condotta, la quale viene elevata ad evento tipico del reato, determinandone il perfezionamento.

Si tratta, ora, di osservare se il legislatore possa, nel moto perpetuo del divenire causale, ritagliare la fattispecie penale in modo tale da attribuire rilevanza anche ad eventi differenti da quello tipico. Posto che l'evento tipico segna il perfezionamento del reato, ci si trova, a seconda dei casi, nell'ambito dell'ante factum o post factum, intesi in senso lato.

L'art. 41 c.p., secondo comma, secondo periodo, prende direttamente in considerazione questa possibilità laddove stabilisce la punibilità dell'azione posta in essere dal colpevole nell'ipotesi di interruzione del rapporto causale ad opera di un fattore sopravvenuto. E' evidente che la condotta umana è potenzialmente in grado di cagionare più accadimenti penalmente rilevanti, posto che in assenza del fattore interruttivo, l'agente avrebbe cagionato un duplice evento illecito (quello "per sé" e l'evento finale).

Proprio questa considerazione impone un chiarimento di carattere preliminare, in modo da meglio delimitare l'oggetto della presente traccia.

Il pluralismo degli eventi è preso giuridicamente in considerazione nell'ambito del concorso formale di reati. Con tale espressione si designa il fenomeno di violazione plurima della medesima figura criminosa (concorso formale omogeneo) o di distinte fattispecie (concorso formale eterogeneo) attraverso una unica condotta. In tali casi, il pluralismo degli eventi non è un dato necessario, inerente l'intrinseca natura della condotta umana ma è un fenomeno eventuale, derivante dal fatto che concretamente un comportamento ha cagionato una pluralità di eventi eterogenei illeciti.

Nell'ambito del concorso formale di reati, un caso emblematico in cui è evidente il rapporto antecedente/consequente tra gli eventi, è l'art. 586 c.p., che incrimina l'evento lesivo dell'integrità fisica o della vita che sia conseguenza di un fatto preveduto come delitto doloso, diverso dal delitto di lesioni o percosse. Il secondo evento è autonomo rispetto al primo, è tipico di una specifica figura criminosa con oggettività giuridica disomogenea rispetto alla fattispecie criminosa di cui il primo evento costituisce elemento costitutivo, e pertanto in rapporto di continuità materiale, ma non teleologica rispetto ad esso.

Ma la caratteristica del concorso è proprio la pluralità di fatti giuridici, cioè di fatti qualificati dalla legge penale che si verificano in corrispondenza di una sola azione criminosa (concorso formale) o per l'esistenza di più azioni criminose (concorso materiale). Trattandosi di un concorso di reati, e quindi di una pluralità di reati, è chiaro che tale fenomeno determini una pluralità di eventi. E laddove vi sia una distanza cronologica tra gli eventi, si potrebbe astrattamente parlare di evento antecedente ed evento conseguente.

Ma ciò non toglie che la tematica del concorso di reati rimanga fuori dal perimetro della presente traccia perché gli eventi sarebbero l'antecedente ed il conseguente l'uno rispetto all'altro, non rispetto all'evento tipico, anzi ciascun evento che origina dalla medesima condotta criminosa o da distinte azioni è pertanto tipico rispetto alla singola fattispecie integrata.

Diverse sono invece le ipotesi in cui il legislatore attribuisce rilevanza ad un accadimento, sia esso antecedente o conseguente, rispetto a quello tipico nell'ambito della stessa fattispecie criminosa.

Si definisce, quindi, evento antecedente qualsiasi accadimento rilevante nella struttura del fatto di reato che non svolga il ruolo di condotta e che preceda l'evento tipico. A tal proposito è opportuno scindere due diversi momenti: quello anteriore alla condotta e quello tra la condotta e l'evento tipico.

In relazione alla prima sequenza temporale vengono in rilievo i c.d. presupposti, ossia gli accadimenti preesistenti all'azione ed indipendenti da questa, con cui essa si viene a trovare in un rapporto necessario a carattere materiale. Tali accadimenti possono limitarsi a connotare il contesto spazio-temporale in cui la condotta umana si svolge (il nesso con l'azione è soltanto materiale), oppure possono colorare la condotta di quel minimo di rilievo penale destinato a svilupparsi nel progressivo svolgimento (il nesso con l'azione è anche logico).

Ulteriore classificazione, trasversale alla prima, è quella tra i c.d. presupposti della condotta e i c.d. presupposti del fatto. La prima categoria è comprensiva, in un'accezione rigorosa, dei soli accadimenti indispensabili perché l'azione criminosa sia configurabile nella realtà (ad esempio, la gravidanza nel delitto di procurato aborto, oppure il trovare abbandonato un fanciullo o una persona incapace nel reato di omissione di soccorso, oppure l'essere venuto a conoscenza del contenuto di corrispondenza o documenti riservati nei delitti di rivelazione del contenuto di corrispondenza o di documenti segreti); la seconda categoria, più ampia, comprende invece sia quegli accadimenti indispensabili perché la successiva condotta acquisti rilevanza penale (ad esempio, la preesistenza del consenso dell'avente diritto nell'omicidio del consenziente, oppure l'esistenza di una pena eseguibile nel delitto di procurata inosservanza della pena oppure il possesso di un bene senza esserne proprietario nel delitto di appropriazione indebita), sia accadimenti riferibili al soggetto attivo o passivo (ad esempio, il precedente matrimonio nel delitto di bigamia), sia quelli attinenti all'oggetto materiale della condotta (ad esempio, denaro o cose provenienti da un qualsiasi delitto nel reato di ricettazione).

In quest'ultimo caso esaminato, il presupposto del reato, oltre ad incidere sulla stessa esistenza dell'oggetto materiale, consiste proprio nella commissione di un precedente delitto da cui provengano i beni ricettati (deve trattarsi, quindi di un reato che ha ad oggetto cose suscettibili di generare un profitto), al quale il ricettatore non abbia partecipato. Infatti per coloro che hanno concorso nella realizzazione del delitto presupposto, la ricettazione dei beni che ne derivano costituisce il naturale sviluppo dell'azione criminosa, rimanendone assorbita e assumendo perciò quella funzione subordinata che si esplicita nella clausola di riserva posta in apertura.

Di conseguenza, nell'ambito del concorso di norme è possibile riscontrare ipotesi di "evento antecedente": trattasi di tutte quelle ipotesi in cui la clausola di sussidiarietà disciplina il concorso apparente tra il reato cui la clausola è apposta ed il reato presupposto direttamente contemplato dalla fattispecie criminosa, vero e proprio requisito strutturale, oggettivo, necessario per la sua integrazione. Oltre agli art. 648 bis e ter, ne costituisce esempio anche l'art. 600 quater c.p.

Anche il rapporto tra il reato di associazione per delinquere e i delitti da essa commessi nell'esecuzione del programma criminoso (c.d. delitti scopo) è un rapporto di presupposizione: il primo è *condicio sine qua non* dei delitti scopo, cioè una sequenza delittuosa costituisce il presupposto dell'altra, senza che vi sia condivisione delle medesima serie causale ex art. 40-41 c.p. (a differenza di quanto si vedrà nei delitti aggravati dall'evento o delitti a doppio evento) né coesistenza spazio-temporale. I delitti scopo, non facendo parte della struttura oggettiva del reato associativo, il cui perfezionamento prescinde dalla realizzazione dei delitti programmati, non sono in concorso apparente con quest'ultimo ma rappresentano un disvalore autonomo dal reato

associativo. Per l'associazione mafiosa, caratterizzata dal c.d. metodo mafioso, si pone un problema ulteriore attinente ai reati commessi dall'associazione per acquisire il metodo mafioso (c.d. delitti mezzi). Quest'ultimi hanno valenza strumentale rispetto al reato associativo mafioso in quanto tale e costituiscono il necessario presupposto per la sua configurabilità. Di conseguenza, integrandone il nucleo costitutivo, sono assorbiti nella fattispecie associativa.

In relazione alla seconda sequenza temporale, sono da annoverarsi tra gli eventi antecedenti quelli intermedi tra la condotta e l'evento tipico.

L'esempio tipico è costituito dall'errore del *deceptus* nel reato di truffa ex art. 640 c.p.: è escluso il reato nell'ipotesi in cui le condotte fraudolente dell'attore non si siano tradotte in una falsa rappresentazione della realtà che abbia motivato la deliberazione interiore del soggetto attivo. Anche nell'art. 645 c.p., costruito sulla falsariga nel reato di truffa, sembra costituire un requisito tacito della fattispecie l'errore del soggetto passivo quantomeno limitatamente a quegli specifici aspetti della realtà che sono oggetto delle mendaci asserzioni e delle false notizie. L'evento intermedio è riscontrabile anche nel reato di circonvenzione di persone incapaci ex art. 643 c.p.

Anche nel reato di estorsione ex art. 629 c.p., le due modalità esecutive, alternative o congiunte, della violenza e della minaccia integrano il mezzo necessario per la realizzazione dell'evento intermedio, di natura psicologica, consistente nella coartazione della volontà del soggetto passivo che sarà perciò indotto a realizzare l'evento finale, consistente nella disposizione patrimoniale lesiva del bene patrimonio con altrui ingiusto profitto. La coazione psicologica, che costituisce l'evento intermedio tra l'atto di cooperazione della vittima e la condotta violenta e minacciosa, dovrà essere eziologicamente connessa a quest'ultima, con la conseguenza che qualora il timore del soggetto passivo non trovi esclusivo fondamento nella prospettiva di un ingiusto male da parte del soggetto attivo, bensì in altre condizioni concorrenti, potrebbe escludersi lo stesso reato.

Anche il delitto di lesione personale sembrerebbe presentare due eventi: la lesione e la malattia. La configurazione della lesione quale evento intermedio porterebbe ad escludere implicitamente tutte le condotte non violente dal novero delle cause penalmente rilevanti. E' preferibile quindi ritenerlo un reato a forma libera con evento unico, la malattia.

Anche nel reato di stalking la minaccia o molestia potrebbe essere considerata evento intermedio, conseguenza delle condotte reiterate, a sua volta causativa degli eventi tipici alternativi previsti dalla norma in esame. Così facendo, laddove l'evento finale si producesse, anche laddove le minacce o molestie non fossero avvertibili come tali dal soggetto passivo, il reato si perfezionerebbe, illogicamente, nonostante l'assenza del reato ponte. Non siamo, quindi, nell'ambito del pluralismo degli eventi, posto che la minaccia e la molestia devono essere qualificate come modalità tipiche della condotta.

La caratteristica comune delle figure caratterizzate dalla presenza di un evento intermedio sembra quindi risiedere nell'esistenza di uno specifico accadimento costituito dalla decisione di agire (o non agire) causalmente connessa ad una condotta selezionata dal legislatore tra quelle che, in astratto e secondo l'*id quod plerumque accidit*, sono idonee ad influire su detti processi decisionali. Trattasi quindi di fattispecie a forma vincolata in cui l'evento psichico, pur non essendo il risultato incriminato, è espressamente enunciato dalla norma e concorre a determinare il contenuto di disvalore del fatto tipico. Tale evento, ponendosi come effetto della condotta e prodromico rispetto all'evento finale, è a sua volta un evento tipico. La necessità di porre un evento intermedio all'interno della struttura del reato discende quindi dalla sussistenza di due note comuni: la struttura vincolata della fattispecie e la natura psicologica dell'evento intermedio. Quest'ultimo è essenziale per legare l'evento illecito, che ha come immediato prodromo l'implicita condotta della vittima caduta in errore, alla condotta del soggetto attivo.

Differenti sono invece le fattispecie a forma libera in cui l'evento psichico non è descritto dalla norma ma si pone, nel caso concreto, come evento intermedio tra la condotta e l'evento tipico da valutarsi, quindi, alla luce del nesso di causalità.

Si tratta ora di considerare le ipotesi di evento conseguente, da rintracciarsi in qualsiasi accadimento che integra la fattispecie di reato purché posteriore all'evento tipico

I problemi maggiori si pongono allorché l'accadimento ulteriore è elemento costitutivo del reato, dovendosi spiegare la possibilità di configurare un reato a doppio evento.

Un'ipotesi emblematica è rappresentata dall'omicidio preterintenzionale ex art. 584 c.p. il quale contempla due eventi, quello di percosse o lesioni e quello di morte. La continuità sia materiale che normativa sussistente tra i due eventi, contemplati da fattispecie che tutelano oggettività giuridiche omogenee, rende comprensibile l'unificazione degli eventi in un'unica figura di reato.

Più in generale, l'art. 43 c.p. nel contemplare l'imputazione soggettiva preterintenzionale menziona l'evento più grave di quello voluto, confermando l'idea che l'accadimento successivo al perfezionamento del reato possa avere rilevanza nell'ambito della stessa fattispecie.

L'omicidio preterintenzionale, pertanto, è più correttamente configurabile quale reato progressivo, in cui l'assorbimento del primo evento nel secondo è direttamente compiuto dal legislatore nella stessa disposizione. In altri termini, si ritiene che la stretta continuità materiale e normativa impedisca la configurabilità di due eventi distinti: è più corretto dire che sussiste un evento intermedio già direttamente assorbito dal legislatore nell'evento finale. Osservazioni analoghe, pur con alcune differenze, possono compiersi con riferimento al delitto di aborto preterintenzionale e ai casi di delitti preterintenzionali impliciti (ad esempio il delitto di attentato all'incolumità con finalità terroristiche o di eversione da cui deriva la morte della persona, ex art. 280, quarto comma, c.p.).

Così come nel reato progressivo non viene in gioco la tematica del concorso apparente di norme ma dell'unicità del reato, pur nella pluralità degli eventi lesivi, medesima considerazione è da svolgersi nelle ipotesi di c.d. progressione criminosa. Si pensi ad esempio all'ipotesi di morte, dolosamente causata, che si verifichi a distanza di tempo dalla condotta di aggressione. Posto che l'azione è diretta a cagionare la morte, e nel suo progredire cagiona anche le lesioni, il passaggio tra i due eventi, sul piano giuridico, è talmente repentino che l'unificazione può essere operata direttamente dall'interprete e non richiede un intervento specifico del legislatore (nell'omicidio preterintenzionale, infatti, l'unificazione può essere compiuta solo dal legislatore posto che il distacco tra i delitti di lesione e di omicidio è più netto visto che l'azione è diretta a causare le lesioni ma non la morte).

Una ulteriore categoria di fattispecie in cui si pone il problema del fenomeno del pluralismo giuridico degli eventi è rappresentata dai delitti aggravati dall'evento, caratterizzati dal verificarsi di un accadimento successivo al perfezionamento del reato (doloso o colposo), che sia conseguenza della stessa condotta incriminata. Deve trattarsi di un accadimento diverso e successivo rispetto a quello tipico, e deve rappresentare un logico e prevedibile sviluppo della condotta illecita, ed in tal senso deve essere previsto dal legislatore.

La formula testuale impiegata per designare tale categoria di reati ("se dal fatto deriva") sottolinea l'adiacenza materiale e teleologica che deve sussistere tra il reato base e l'evento aggravante (a differenza dell'art. 586 c.p.) e sottolinea la sua appartenenza ai reati a forma vincolata.

E' necessario premettere come la categoria di cui si parla sia suscettibile di ricomprendere tre diverse sottocategorie a seconda delle caratteristiche assunte dall'evento aggravante all'interno della fattispecie. La prima, rappresentata dai c.d. reati a consumazione anticipata, comprende le ipotesi rispetto alle quali il perfezionamento del reato è anticipato ad una fase antecedente la produzione dell'evento, salvo prevedere un aumento di pena nell'ipotesi in cui tale evento si verifichi; la seconda sottocategoria comprende le ipotesi in cui l'aggravamento di pena è collegato alla produzione di un evento diverso rispetto a quello previsto dalla figura base, ma di per sé non costitutivo di alcuna altra fattispecie criminosa; la terza racchiude le ipotesi in cui l'evento ulteriore è già autonomamente sanzionato in un'altra disposizione penale. Un'ulteriore distinzione basata sulle caratteristiche dell'evento aggravante si determina a seconda che tale evento esprima un

aggravamento dell'offesa allo stesso bene giuridico protetto dal reato base oppure si sostanzia nella lesione di un interesse diverso.

Ciò che caratterizza tale categoria di reati è l'unificazione degli eventi nell'unica fattispecie aggravata, diversamente dal concorso formale previsto dall'art. 586 c.p., che pur presenta evidenti somiglianze strutturali rispetto ad essa. Nell'ipotesi di cui all'art. 586 c.p., pur sussistendo il nesso di causalità ex artt. 40 e 41 c.p., non sussiste una stretta contiguità naturalistica e normativa tra l'evento primario e l'evento secondario: la linea causale è infatti indebolita, sebbene non sussista un vero e proprio fattore interruttivo (si pensi alla condotta di consumo nel reato di morte come conseguenza del reato di spaccio di sostanze stupefacenti), e con essa anche la linea di continuità valoristica.

Si può, infatti, dire che la scelta di dar vita a delitti aggravati dall'evento risieda proprio nella volontà del legislatore di derogare alla disciplina del concorso di reati ovvero a quella inerente il reato aberrante. Anche laddove l'evento aggravante abbia natura essenziale, non si dà vita ad un concorso di reati, posto che si configura un reato unico, autonomo, con pena più grave rispetto al reato base, che ne rimane assorbito. La ragione della scelta del legislatore di dar vita a queste ipotesi di unificazione normativa risiede nella volontà di tutelare il bene giuridico da aggressioni meno avanzate attraverso una anticipazione della soglia di punibilità (la *ratio* non stupisce se si pone mente al fatto che il legislatore ha posto l'art. 56 c.p. quale norma di carattere generale anticipatoria della soglia di punibilità per i reati dolosi).

Si è così anticipata la questione relativa alla natura giuridica dell'evento aggravante, che si può atteggiare come elemento essenziale, elemento accidentale oppure condizione di maggiore punibilità del reato. Si tratta di una questione indubbiamente fondamentale visto le ripercussioni che si determinano relativamente all'imputazione soggettiva, alla disciplina dell'evento aggravante nonché alla disciplina della fattispecie aggravata.

Parte della dottrina ha proposto di far leva sulla rilevanza, per l'ordinamento penale e non solo per la norma interessata, delle situazioni che integrano l'evento aggravante. In alcune ipotesi l'inasprimento della pena è legato alle caratteristiche degli elementi accessori non rilevanti ad altro titolo, e di conseguenza l'evento aggravante ha carattere circostanziale; in altre ipotesi tra i due eventi (quello base e quello autonomo) intercorre un nesso di omogeneità e di progressiva lesione del medesimo bene giuridico, e di conseguenza l'evento aggravante assume carattere essenziale; in altre ipotesi, laddove l'evento ulteriore lede un diverso bene giuridico, protetto da altre norme, il ruolo dell'evento aggravante va indagato e risolto caso per caso.

Altra tesi suggerisce invece di utilizzare l'imputazione soggettiva come parametro di discriminazione. Conseguentemente costituiscono fattispecie autonome (ossia con evento aggravante che assume la veste di elemento costitutivo) tutte quelle in cui l'evento ulteriore deve essere non voluto. Per evitare la sovrapposizione tra delitti preterintenzionali e delitti aggravati dall'evento, autorevole dottrina sottolinea come, in tale ultima categoria di reati, l'evento conseguente non voluto assuma ad ogni effetto il ruolo di circostanza aggravante, non potendo dar vita, diversamente dai delitti preterintenzionali, ad una autonoma figura di reato.

A tal proposito, è opportuno ricordare come sia preferibile considerare i delitti aggravati come categoria autonoma rispetto ai delitti preterintenzionali, con cui possono casualmente coincidere quanto a struttura oggettiva (sul versante soggettivo la loro collocazione è rappresentata dall'art. 42, terzo comma, c.p., anche perché sono numerose le ipotesi in cui è indifferente che l'evento aggravante sia voluto, non voluto oppure debba essere voluto).

E' preferibile, pertanto, far leva sulla rilevanza nell'ordinamento penale della situazione integrata dall'evento aggravante; qualora ciò non sia sufficiente per risolvere la questione relativa alla natura giuridica dell'evento ulteriore, si potrà ricorrere agli ordinari criteri interpretativi, offerti ad esempio dalla struttura della norma, dall'eventuale *nomen iuris* utilizzato, dal criterio sistematico e soprattutto dal principio di frammentarietà.

E' in ogni caso evidente come le difficoltà maggiori siano rappresentate dall'ipotesi in cui l'evento aggravante si atteggi ad elemento costitutivo di una fattispecie autonoma con conseguente

assorbimento dell'evento tipico antecedente. Laddove, invece, assuma il ruolo di circostanza aggravante, l'evento tipico del reato base rimane intatto, posto che non prende forma una fattispecie autonoma ma una forma aggravata del reato base; di conseguenza, le uniche problematiche attengono alla valutazione dell'offesa.

I delitti aggravati dall'evento possono essere ricondotti al reato complesso ex art. 84 c.p. Sinteticamente, si ricorda soltanto come il delitto aggravato dall'evento, in virtù dell'unificazione e della deroga disposta dal legislatore al concorso di reati, non possa non essere inquadrata nell'istituto del reato complesso in senso improprio, qualunque sia il ruolo assunto dall'evento aggravante. Anche laddove l'evento aggravante assuma il ruolo di elemento costitutivo è evidente come non si determini la fusione dei reati che lo compongono (che darebbe vita ad un reato complesso in senso proprio) ma l'assorbimento del primo reato nel secondo.

Altra norma che viene in rilievo è l'art. 44 c.p., che nel definire la condizione obiettiva di punibilità, la identifica in un evento.

Le condizioni di punibilità non sono elementi del reato ma sono elementi della fattispecie penale incriminatrice. E' quanto sostiene, pur sulla base di una diversa prospettiva, la tesi tradizionale, che considera le condizioni di punibilità un presupposto della pena esterno al reato.

Tralasciando la questione relativa all'imputazione soggettiva, parte della dottrina ritiene che l'accadimento condizionante debba essere sempre casualmente legato alla condotta; diversamente altri autori sostengono che il nesso causale rappresenti soltanto una eventualità non necessaria; altri ancora ritengono, invece, necessaria la mancanza di un rapporto di causalità materiale tra la condotta e l'evento condizionante.

Appare preferibile ritenere che la condizione non debba essere collegata alla condotta tipica, altrimenti si confonderebbe con l'evento del reato, ma comunque debba essere collegata all'agente, sulla base della considerazione che elementi che incidono sulla punibilità, non possono essere totalmente slegati dalla persona che ne subisce le conseguenze.

Si può parlare di evento conseguente anche nelle ipotesi di reati a dolo specifico che evidenziano l'esistenza di un evento logicamente posteriore al fatto di reato che entra nella struttura soggettiva come oggetto di dolo specifico. Trattasi di un accadimento, la cui realizzazione non rileva, e pertanto estraneo al fatto di reato, ma che deve formare oggetto precipuo della volontà dell'agente per connotare adeguatamente l'offensività del fatto. Benché rilevi sul piano dell'imputazione soggettiva, non si può negare che si tratta di un evento posteriore che integra la fattispecie di reato, espressione del pluralismo degli eventi.

Si ritiene invece che esuli dal perimetro individuato dalla traccia l'analisi di tutte quelle situazioni esterne alla fattispecie di reato cui è subordinata l'applicazione della sanzione penale, ossia le condizioni di punibilità (che, tra l'altro, non sono accadimenti delle realtà ma atti giuridici, ossia dichiarazioni di volontà degli interessati cui è rimesso un potere discrezionale di rimuovere un ostacolo all'esercizio dell'azione penale), le cause di estinzione del reato e le cause di estinzione della pena. Le uniche situazioni sostanziali cui è subordinata la pena rilevanti ai fini della presente indagine sono le condizioni oggettive di punibilità (di cui si è trattato) in quanto elementi interni alla fattispecie di reato.

DIRITTO AMMINISTRATIVO

due elaborati

*La funzione amministrativa tra semplificazione e sussidiarietà orizzontale.
Riferimenti alle autorizzazioni.*

17

Alla stregua della più autorevole dottrina amministrativistica, la funzione si identifica – o, meglio, si è tradizionalmente identificata - nella formula di sintesi “potere nel suo farsi atto”.

Essa esprimerebbe, per antonomasia, l'autentica essenza del c.d. rapporto giuridico autoritativo, configurantesi tra cittadino e pubblica amministrazione, emblematicamente contraddistinto *ab origine* dall'ontologica disparità di posizioni tra i soggetti involti, nonché dall'ineluttabile rifrangersi della supremazia dello Stato apparato nella storica contrapposizione tra autorità e libertà, nella distanziamento e scarsa conciliabilità concettuale delle due dimensioni di interessi perseguiti e nell'effigie di una relazionalità, imperniata sulla dicotomia potestà/soggezione, culminante nella tipica impalcatura liberale, tardo-ottocentesca, di una “amministrazione di atti”.

L'avvento della Costituzione repubblicana avrebbe, in prosieguo, polarizzato la funzione amministrativa sui fondamentali principi di legalità (declinantesi in formale, attinente all'investitura del potere e sostanziale, bilaterale e trilaterale, attagliantesi alla disciplina contenutistica del suo svolgimento) e buon andamento (primieramente avulso dalla traduzione in un'area autonoma di individuazione ed incidenza, affrancata dall'intreccio con la legalità), scolpiti attraverso la lettera dell'art. 97 della Carta. Ciò non perturbando la centralità della categoria del potere nell'edificazione del rapporto *de quo*, ma cartesianamente inscrivendolo entro le coordinate di uno schematismo effettuale e di una razionalità operativa, sistematicamente e teleologicamente protesi alla protezione di quell'inusitata posizione di libertà, disegnata all'interno dello stesso testo costituzionale ed ascritta al singolo dinanzi all'autorità, ed, altresì, valorizzata tramite l'enunciazione dell'apprestamento delle relative forme di tutela giurisdizionale, *ex artt. 24, 103 e 113 Cost.*

Lo Stato-persona, di vocazione e genesi democratica, proclamato all'art. 1, nonché sociale e di diritto, nell'ambito della sua propaggine organizzativa, sarebbe, poi, stato connotato da un percorso evolutivo perspicuamente orientato verso l'implementazione di una “amministrazione di servizi”, emancipandosi la caratterizzazione funzionale dell'effusione del potere dall'esclusività di uno statico riferimento all'epilogo conclusivo dell'azione esercitata, quale condensatasi nel provvedimento esitato, e, piuttosto, incentrandosi la stessa sui profili di significatività giuridica del dinamismo importato, nel rapporto giuridico di diritto pubblico, dall'avvento della legge n. 241 del 1990. Il procedimento, inteso quale forma della funzione, diviene terreno elettivo per la costruzione del potere, in commistione con le istanze, difensive e collaborative, introdotte nella sequenza attuosa dal privato, non più confinato alla passività della condizione di mero destinatario dell'atto, ma innovativamente assunto al ruolo di protagonista della manifestazione autoritativa “unilaterale”, nella dialettica giustapposizione tra *potestas* ed interesse legittimo. In ispecie, l'originaria antitesi/cesura istituzionale tra la sfera egoistico-individuale, in cui è radicata la posizione di cui è (formalmente) titolare il singolo, e la dimensione sociologico-esponenziale, di cui è portatore l'ente pubblico, giunge a stemperarsi (come si evincerebbe, inoltre, dalla parallela elaborazione della teoria normativa dell'interesse legittimo e dalla ricognizione giurisprudenziale del contenuto sostanziale dello stesso, enucleato nella tensione materiale verso il bene della vita, su cui l'interesse strutturalmente si incardina, quale fulcro delle aspirazioni conservative o acquisitive nutrite dai singoli, differenziati e qualificati innanzi all'*agere publicum iure imperii*), in una dialogica

comunicazione e compenetrazione di apporti, all'insegna degli istituti di partecipazione contrassegnanti la scansione delle fasi procedurali.

Ad ultimazione del quadro descrittivo dei rimarchevoli mutamenti della primigenia, storica fisionomia del rapporto giuridico autoritativo, e delle fondanti *rationes* che hanno intriso le rivisitazioni *in itinere* degli assetti di organizzazione e funzionamento degli spazi di intervento pubblico, occorre anticipare la duplicità dei processi metamorfici in atto, evocati dall'ingresso ordinamentale dei principi di sussidiarietà orizzontale e di semplificazione. Il primo, sullo sfondo di un progressivo sviluppo dello Stato-persona in Stato-comunità, di matrice essenzialmente politica e di impressiva derivazione sovranazionale, proteso non tanto alla realizzazione della migliore allocazione delle risorse d'apparato, nel quadro di un complesso ed articolato policentrismo funzionale, normativo ed amministrativo – afferente, invero, ai precipui risvolti del principio di sussidiarietà sul versante verticale, della morfologia della distribuzione dei pubblici poteri -, quanto alla sinergica combinazione tra aree di spettanza e competenze privatistiche e pubblicistiche, al rimodellamento istituzionale dei confini semantici e pragmatici tra funzione ed attività, alla ristrutturazione architettonica dei tre settori costitutivi di ripartizione della realtà relazionale, Stato, società e mercato: ciò in una dichiarata prospettiva di osmosi e contaminazione “funzionale”, paradigmatica esplicazione di quella cittadinanza societaria, attecchita nella feracità del principio personalista, proclamato dalla Costituzione, dalla straordinaria capacità e portata proiettiva materiale. Il secondo, nell'alveo dell'incisivo ed emblematico passaggio dell'amministrazione di servizio all'amministrazione di risultato, mercé la conversione del suo classico impianto burocratico, di ascendenza cavouriana, dalle ipertrofiche diramazioni e dalle farraginose disfunzioni, in un'aziendalizzazione metodologica, nell'ottica di una conduzione/gestione manageriale ottimizzante, volta alla c.d. *customer satisfaction*, nei confronti del cittadino, e dell'emersione di tecniche giuridiche (quale, appunto, la semplificazione stessa), strumentali all'implementazione dell'ascesa del principio di buon andamento: esso, non più ancillare a quello di legalità, ma espressivo di valori e criteri propri della scienza economica, ed innervantisi in strategie efficientistiche di controllo, analitiche e valutative, raggiunge il suo acme nella normativizzazione dell'obbligo di risultato, sul crinale dell'organizzazione, e nella pregnanza dell'indagine sull'effetto/prodotto, sostanzialmente conseguito, e del suo impatto esterno, all'interno del c.d. *decision making process*, sul crinale dell'azione amministrativa, ben oltre il dettato dell'art. 1, comma 1, *ex lege* n. 241 del 1990, come modificato dalla novella del 2005.

Orbene, procedendo all'inquadramento logico-formale della “funzione”, per come concettualmente definita in apertura della presente trattazione, non può non porsi mente al precipuo meccanismo di produzione effettuale chiamato in causa dal modulo impiegato dell'autoritatività, racchiuso nello schema “norma – (fatto -) potere – effetto”.

Nella “norma”, premessa maggiore dell'inferenza deduttiva, si coagulano i profili di legalità e buon andamento, cardini della funzione, in varia guisa caratterizzanti nella loro intrinseca precettività e nelle reciproche coniugazioni/interferenze: vi si rinviene la norma attributiva del potere, su cui insiste la legalità formale, unitamente alle norme procedurali, partecipative e procedurali, e vi si ravvisano i principi che sovrintendono al dispiegarsi della *potestas*, convogliantisi nella legalità sostanziale – tra cui, in un'accezione “giuridica”, il buon andamento – (ai sensi dell'art. 1, comma 1: “*L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza, secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario*”); vi si annoverano, altresì, nella neo introdotta nozione economica di buon andamento, limitatamente alla funzione di organizzazione, in una inusitata strutturazione binaria, le “norme” di economicità, efficienza ed efficacia, migrate dalla non giuridicità delle regole di buona amministrazione alla giuridificazione dei loro contenuti tecnico-specialistici; infine, sul piano esegetico sostanziale, della traduzione delle disposizioni di diritto positivo, mediante il ricorso alle leggi di copertura, implicate dalle fattispecie astratte per come congegnate, vi si riconducono le regole scientifiche esplicative, di pertinenza della

realtà normata, nonché sistemi di valore, codici culturali e principi di civiltà, ove il legislatore abbia fatto ricorso a concetti giuridici indeterminati ed elastici.

Sul fatto, sotteso all'operatività degli altri termini, riposano gli elementi del substrato dell'azione amministrativa, ovvero i presupposti (fatto storico), individuati dalle norme attributive, dell'esercizio del potere ed, altresì, l'estrinsecazione dello stesso (fatto giuridico), sulla scorta della specifica peculiarità delle previsioni e dei parametri di riferimento.

Il potere, premessa minore dell'inferenza *de qua*, di incontrovertibile centralità nella genesi teoretica della categoria della funzione, quale tecnica dello stesso per il perseguimento dei compiti, di cui v'è intestazione in capo alla P.A., rappresenta – e, come su accennato, ha sempre rappresentato – il vero e proprio cuore dell'agire imperniato sull'autoritatività, connotante l'attività c.d. di primo livello, ove *lato sensu* invariato permarrebbe quel rapporto giuridico originario, improntato alla supremazia di posizione ed alla unilateralità della determinazione amministrativa. Esso si risolve nella titolarità ordinamentale di un coacervo di facoltà e potestà, strumentali all'assolvimento del dovere istituzionale di perseguimento dell'interesse pubblico primario, poi divenuto interesse generale, nella superiore sintesi, non più degli interessi ultra-individuali imputati all'ente esponenziale, bensì compositiva di tutte quelle dimensioni privatistiche e pubblicistiche, primarie e secondarie, involte nel vaglio della fattispecie concreta e, di volta in volta, emergenti in seno alle varieguate comunità di rilievo. Tipica espressione del potere, quale facoltà di scelta e definizione procedimentale della regola del caso concreto, si rivela, pertanto, essere *in nuce* la discrezionalità pura della P.A., avvinta sì ad un imprescindibile nesso di corrispondenza tra causa del potere e fini per cui esso venga esercitato, ma i cui predicati di legittimità e merito confluiscono in quella ponderazione comparativa degli interessi in gioco, ed in quel particolare bilanciamento di confliggenti e concorrenti istanze intersecantisi, che renderebbe imperfetto il rapporto di deduttiva derivazione della conclusione dalle sue premesse fattuali e normative. Con graduazione difforme, invece, si presentano, la c.d. discrezionalità tecnica, che veicolerebbe nel giudizio concreto conoscenze e regole tecniche, di opinabilità invero marginale, condizionandone gli esiti, e l'attività vincolata, di stretta aderenza alla norma, che ne fisserebbe e renderebbe rigorosamente obbligato l'esito finale.

Infine, per “effetto”, deve intendersi il fisiologico sbocco dell'attività autoritativa, tradizionalmente rappresentato dal provvedimento (ed affiancato, nel corso del tempo, da altre manifestazioni attuose immediatamente, sebbene in vario modo, correlate all'esplicazione del potere), caratterizzato da unilateralità, imperatività (ove restrittivo), efficacia, esecutività, e nei confronti della cui emanazione il privato vanta ora un interesse legittimo pretensivo, insinuantesi nella dialettica costruzione della funzione ampliativa, ora un interesse oppositivo, conservativamente schierantesi contro lo svolgimento di quella restrittiva.

Illuminati i tratti essenziali della funzione amministrativa propriamente detta, risulta necessario passare alla disamina degli aspetti e percorsi evolutivi che hanno significativamente costituito l'effetto del riverberarsi sulla stessa, e sull'attività amministrativa in generale, dei principi di semplificazione e di sussidiarietà orizzontale, venutisi ad implementare e potenziare nell'ordinamento, nazionale e sovranazionale.

La semplificazione, in particolare, vi ha fatto ingresso quale precipitato tecnico delle strategie di penetrazione e valorizzazione del buon andamento, nell'ambito dell'*agere publicum*, che ha comportato l'inserimento della stessa P.A. tra i fattori macroeconomici di produttività dello Stato-“impresa comunitaria”, in termini di competitività, di sviluppo, di perequazione tributaria e redistribuzione reddituale, ma anche, e segnatamente, di garanzie di effettività del riconoscimento ed esercizio dei diritti fondamentali dei cittadini e dell'attuale e soddisfacente fruibilità da parte degli stessi di servizi e prestazioni erogate nel settore pubblico (lungo la tratteggiata linea, dunque, di una graduale inversione di ruoli e prerogative - per così dire - tra autorità amministrativa e soggetti amministrati, in successione mostratisi, verso la prima: *ab initio* esposti all'arbitrio incondizionato del potere ed in stato di soggezione; poi, destinatari di un'attività legalmente disciplinata e responsabilizzata; titolari di un interesse giuridicamente rilevante e protetto, di

caratura sostanziale e giustiziabile; utenti dei servizi inerenti ai compiti di interesse generale; infine, “clienti” delle prestazioni “amministrative”, reclamabili ove non performanti).

I criteri di economicità, nel giudizio sul rapporto tra mezzi a disposizione e traguardi divisiati, efficienza, nella valutazione analitica tra costi sostenibili e benefici conseguibili, ed efficacia, nella rendicontazione conclusiva della relazione tra obiettivi perseguiti e risultati raggiunti, intervenendo ad informare la funzione di organizzazione, ed a colorare sostanzialmente quella attiva, indi convergono nella comune finalizzazione verso l’utile socio-economico del miglioramento della qualità della regolazione, di cui tanto la semplificazione amministrativa, che quella normativa, rappresentano espressioni.

La prima viene ad incanalarsi lungo due direttrici principali, correlate alla scelta di differenti opzioni politiche, volte alla revisione ed al riordino delle aree di spettanza del pubblico e/od alla rimodulazione di quelle di condizionamento/restrizione del privato: quella della semplificazione funzionale, attagliantesi alla c.d. *deregulation*, attraverso l’eliminazione degli interventi amministrativi ritenuti non più necessari, e quella della semplificazione organizzativa, concernente la ristrutturazione ed il riassetto del complesso dei procedimenti e degli organi, oggetto di previsione normativa.

Non scevra dal rivelarsi di notevole impatto sulla collocazione ed estrinsecazione della funzione, si appalesa, inoltre, la semplificazione normativa, ponentesi in chiave retrospettiva quale antecedente causale di una massiccia *deregulation* ed, in una visuale prospettiva, in direzione del conseguimento di una *better regulation*, alla stregua di una serie di criteri efficientistici, propri di una sorta di normazione di risultato, come la certezza, la chiarezza, l’intellegibilità, la coerenza, la razionalità.

Il quadro positivo di riferimento, tanto per quel che afferisce alla semplificazione normativa, quanto per quel che attiene alla “semplificazione” amministrativa, dapprima rivoltasi all’interno della burocrazia d’apparato e dell’attività procedimentale della P.A., poi, in un’ottica relazionale, all’esterno della stessa, verso la riduzione del carico degli oneri gravanti su cittadini ed imprese, così inevitabilmente intersecandosi con la sussidiarietà, è eloquentemente fornito dalla prima legge Bassanini, n. 59 del 15 marzo 1997, recante il titolo “*Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della pubblica amministrazione e per la semplificazione amministrativa*”, precisamente condensandosi entro il nuovo art. 20 (rubricato “*Delegificazione*”), per come sostituito dall’art. 1 della legge n. 229 del 2003 e modificato dall’art. 1 della legge n. 246 del 2005, nel cui articolato disposto devono segnalarsi l’inserzione di previsioni relative al diverso crinale delle liberalizzazioni e talune (anche) dirimpenti innovazioni.

Il comma 3, lettere a), a-bis), b) e c), dispone la semplificazione normativa retrospettiva, che è atta ad incidere sul rapporto tra legalità e funzione, in particolare sulla configurazione della discrezionalità dell’agire amministrativo, segnatamente attraverso: “*definizione del riassetto normativo e codificazione della normativa primaria regolante la materia*”; “*coordinamento formale e sostanziale del testo delle disposizioni vigenti, apportando le modifiche necessarie per garantire la coerenza giuridica, logica e sistematica della normativa e per adeguare, aggiornare e semplificare il linguaggio normativo*”; “*indicazione esplicita delle norme abrogate*”, nonché “*indicazione dei principi generali, in particolare per quanto attiene alla informazione, alla partecipazione, al contraddittorio, alla trasparenza e pubblicità che regolano i procedimenti amministrativi*”. Di capitale importanza, ai fini della *better regulation*, in un’ottica prospettiva, che si avvale di strumenti prognostici volti all’effettuazione di una stima delle ripercussioni della normazione sul buon andamento, è, poi, l’art. 14 (di cui si riportano i commi da 1 a 4) della l. n. 246 del 2005, che, all’uopo, introduce l’AIR e la VIR: “*L’analisi dell’impatto della regolamentazione (AIR) consiste nella valutazione preventiva degli effetti di ipotesi di intervento normativo ricadenti sulle attività dei cittadini e delle imprese e sull’organizzazione e sul funzionamento delle pubbliche amministrazioni, mediante comparazione di opzioni alternative. L’AIR costituisce un supporto alle decisioni dell’organo politico di vertice dell’amministrazione in ordine all’opportunità dell’intervento normativo. L’elaborazione degli schemi di atti normativi del Governo è sottoposta*

all'AIR, salvo i casi di esclusione previsti dai decreti di cui al comma 5 e i casi di esenzione di cui al comma 8. La verifica dell'impatto della regolamentazione (VIR) consiste nella valutazione, anche periodica, del raggiungimento delle finalità e nella stima dei costi e degli effetti prodotti da atti normativi sulle attività dei cittadini e delle imprese e sull'organizzazione e sul funzionamento delle pubbliche amministrazioni. La VIR è applicata dopo il primo biennio dalla data di entrata in vigore della legge oggetto di valutazione. Successivamente essa è effettuata periodicamente a scadenze biennali".

Tornando all'art. 20, comma 3, della l. n. 59/97, nel *proprium* della semplificazione amministrativa, non può prescindersi, nell'illustrarne le modalità, dall'individuazione distintiva delle ipotesi che a pieno titolo vi sono annoverate da quelle che (sebbene, talora, con taluni margini di ambiguità), afferiscono piuttosto al diverso strumentario della sussidiarietà orizzontale, i cui fondamenti, *rationes* ed articolazioni, si approfondiranno, *funditus*, in prosieguo.

Alla lettera d), si rintraccerebbe una misura di liberalizzazione, consistente nella *"eliminazione degli interventi amministrativi autorizzatori e delle misure di condizionamento della libertà contrattuale, ove non vi contrastino gli interessi pubblici alla difesa nazionale, all'ordine e alla sicurezza pubblica, all'amministrazione della giustizia, alla regolazione dei mercati e alla tutela della concorrenza, alla salvaguardia del patrimonio culturale e dell'ambiente, all'ordinato assetto del territorio, alla tutela dell'igiene e della salute pubblica"*; alle lettere e) ed i), invece, ricorrerebbero semplificazioni funzionali, talora avanzate, nella *"sostituzione degli atti di autorizzazione, licenza, concessione, nulla osta, permesso e di consenso comunque denominati che non implicino esercizio di discrezionalità amministrativa e il cui rilascio dipenda dall'accertamento dei requisiti e presupposti di legge, con una denuncia di inizio di attività da presentare da parte dell'interessato all'amministrazione competente corredata dalle attestazioni e dalle certificazioni eventualmente richieste"*, e *"per le ipotesi per le quali sono soppressi i poteri amministrativi autorizzatori o ridotte le funzioni pubbliche condizionanti l'esercizio delle attività private, previsione dell'autoconformazione degli interessati a modelli di regolazione, nonché di adeguati strumenti di verifica e controllo successivi. I modelli di regolazione vengono definiti dalle amministrazioni competenti in relazione all'incentivazione della concorrenzialità, alla riduzione dei costi privati per il rispetto dei parametri di pubblico interesse, alla flessibilità dell'adeguamento dei parametri stessi alle esigenze manifestatesi nel settore regolato"*; quanto alla lettera g), che stabilisce *"revisione e riduzione delle funzioni amministrative non direttamente rivolte: 1) alla regolazione ai fini dell'incentivazione della concorrenza; 2) alla eliminazione delle rendite e dei diritti di esclusività, anche alla luce della normativa comunitaria; 3) alla eliminazione dei limiti all'accesso e all'esercizio delle attività economiche e lavorative; 4) alla protezione di interessi primari, costituzionalmente rilevanti, per la realizzazione della solidarietà sociale; 5) alla tutela dell'identità e della qualità della produzione tipica e tradizionale e della professionalità"*, la revisione/ristrutturazione funzionale implicherà una semplificazione funzionale conservativa, la riduzione/eliminazione un intervento di *deregulation*, con conseguente liberalizzazione dell'attività privata non più assoggettata a scrutinio pubblicistico.

Procedendo nella disamina, al comma 4 dell'art. 20, menzionante (alle lettere a)-f)) misure di semplificazione organizzativa, spicca la lettera f-bis), che contempla la *"generale possibilità di utilizzare, da parte delle amministrazioni e dei soggetti a queste equiparati, strumenti di diritto privato, salvo che nelle materie o nelle fattispecie nelle quali l'interesse pubblico non può essere perseguito senza l'esercizio di poteri autoritativi"*, spingendosi ben oltre il dettato di cui all'art. 1, comma 1-bis della l. 241/90, che pone, accanto all'attività autoritativa funzionale, *ex* comma 1, l'attività paritetica, disciplinata dal diritto interprivatistico, al contempo corredandola di un'apposita clausola di salvaguardia. Il modulo d'azione civilistico/consensuale, infatti, risulta quivi circoscritto all'assenza del potere e, dunque, della funzione propriamente detta; nella legge Bassanini, lo strumento privatistico non incontra, invece, alcun limite intrinseco, assurgendo a soluzione privilegiata e scelta preferenziale per il perseguimento dell'interesse generale, anche in presenza di poteri funzionali ed autoritatività, in capo alla P.A. competente.

Infine, merita un cenno il comma 8, lettera d) che, disponendo la “*soppressione dei procedimenti che comportino, per l’amministrazione e per i cittadini, costi più elevati dei benefici conseguibili, anche attraverso la sostituzione dell’attività amministrativa diretta con forme di autoregolamentazione da parte degli interessati, prevedendone comunque forme di controllo*”, non solo colloca, tra i principi e criteri direttivi degli emanandi regolamenti di delegificazione, paradigmi valutativi efficientistici, ma recisamente apre all’interferenza della sussidiarietà orizzontale, nel demandare all’autoamministrazione dei privati la sostituzione della soppressa attività pubblicistica.

Quanto alla sussidiarietà orizzontale, essa si rivela fundamentalmente essere, nell’architettura del sistema, un principio politico di (ri)distribuzione e disarticolazione dei compiti o, meglio, di allocazione delle risorse reali disponibili, nonché delle rispettive sfere di azione, e dei relativi spazi di intervento, tra settori di spettanza pubblicistica e privatistica, tra interesse generale, la cui realizzazione è istituzionalmente devoluta all’entità pubblica, variamente caratterizzata e qualificantesi, ed interessi particolari, individuali o propri delle c.d. strutture intermedie, formidabili forme di aggregazione dei singoli e centri di imputazione di soggettività giuridica, prescindente dal riconoscimento di personalità, operato in virtù del classico meccanismo di entificazione. Ancor prima, tuttavia, esso si identifica, essenzialmente, alla stregua del dinamismo intrinseco e trasformativo che connota il substrato “pregiuridico” del diritto positivo, in un principio di matrice filosofico-antropologica, che si radica in una concezione globale dell’uomo e della società, incentrata sul valore del primo, nel contesto della sua inserzione entro la seconda; nella struttura reale della comunità non verrebbe, tanto simbolicamente ed astrattamente, a predicarsi quanto, piuttosto, effettivamente e compiutamente a realizzarsi la proiettività espansiva, a tutto tondo, dell’essere umano, sia come singolo, nell’espressività della propria irripetibilità individuale, sia come legame relazionale, come membro di uno o più gruppi, nei quali egli rispecchia i propri ideali e riflette la propria personalità.

Rintracciata, agli esordi, quale prologo in taluni sviluppi del pensiero aristotelico; plasticamente funzionalizzata all’impalcatura teorico-ideologica del contratto sociale, primigenia forma devolutiva in senso ascendente di ruoli e funzioni; confluita nell’idealismo tedesco, propendente per il vistoso restringimento di fini e compiti di investitura statale; avvalorata dal liberalismo costituzionale, focalizzantesi non sulla titolarità degli scopi ma sulla realizzazione degli stessi all’interno della trama ordinamentale; coerentemente galvanizzata, attraverso il fluire dei secoli, dai postulati della dottrina sociale della Chiesa, incardinatasi sul concetto di bene comune, nella sua valenza di armonica risultante dalla confluenza dei plurimi apporti, solidaristicamente e pacificamente offerti dai singoli e dalle formazioni sociali, al benessere collettivo, essa propugna enfaticamente la ritrazione dello Stato dai fertili terreni di coltivazione e sperimentazione delle propositive e propulsive sinergie relazionali dell’individuo. *In primis*, è alla concreta laboriosità e produttività degli interventi e dei contributi di quest’ultimo, e delle sue manifestazioni associative che occorre guardare, per una costruzione dal basso del tessuto connettivo della società e per il soddisfacimento dei suoi bisogni, molteplici, specifici, variegati, storicamente cangianti, localizzati e diversificati, condizioni imprescindibili risultando, al riguardo, sia la capacità di tali soggetti nello svolgimento dei compiti fisiologicamente demandati alla loro azione, e nell’assicurare congruentemente la fruttuosità di quest’ultima, sia l’effettività delle istanze solidaristiche, di spontanea scaturigine entro il consorzio umano di riferimento, a suggello della percorribilità e proficuità integrale delle multiformi iniziative volte al bene comune, non attribuibili *tout court* in sovraccarico alle entità pubbliche esponenziali. Il *subsidium* che lo Stato, garantisticamente ossequioso delle altrui libertà e potenzialità incrementative in fermento, ma, al contempo, organicamente sempre vigile su agenti ed attività (posizione di c.d. ingerenza-non ingerenza), è vocato ad apprestare, dunque, verificata l’esistenza di siffatti basilari presupposti, ed, altresì, appurata l’impossibilità di raggiungimento per tal via di taluni degli scopi che, nei più disparati ambiti, si è prefissa la comunità, si attualizzerebbe mediante un intervento “discreto”, all’insegna dei canoni di proporzionalità. Questi ultimi (idoneità, necessità, adeguatezza) si affiancano e si

compenetrano, nella materia *de qua*, alla regola della sussidiarietà, in sincronica operatività (come testimonierebbe, peraltro, lo stesso diritto comunitario, all'art. 13 del TFUE, tramite la posizione della triade di principi capitali: attribuzione, sussidiarietà – verticale - e proporzionalità).

Se questo è il formante teorico-dottrinale originario del principio in discorso, non deve, però, trascurarsene il fondamento scientifico, il quale, nella decodificazione delle strutture del reale, mediante il richiamo al funzionamento delle leggi di copertura, che dominano le singole compartimentazioni del mondo fisico e governano i plurimi rapporti di causa ad effetto che presiedono alle sue modificazioni, si risolve nella coniugazione delle prime, leggi sostanziali, con criteri efficientistici, mutuati dalla matematica e dall'economia, atti a rendere contenibili ed evitabili disfunzionalità del sistema, controllandone e decifrandone i processi eziologici involti, nonché consentendo la migliore allocazione dei fattori di produttività sociale.

Nel nostro ordinamento, la sussidiarietà orizzontale ha trovato ufficiale consacrazione nell'art. 118, comma 4, introdotto, in concomitanza alla sostituzione del precedente testo, dall'art. 4 della legge costituzionale, di riforma del titolo V della parte II della Carta, n. 3 del 2001, e viene a situarsi entro la complessiva cornice politica di un federalismo dalla sussidiarietà a verticalità ascendente (rispetto alla fase discendente prefigurata *ex lege* n. 59 del 1997). Recita la menzionata disposizione: *“Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà”*.

Potrebbero, invero, considerarsene affermazioni prodromiche, ossia antecedenti logici, inequivoco segno di un processo di devoluzione, per l'appunto, in senso orizzontale, di non poco momento, nella sublimazione della consapevolezza democratica del corpo consortile dei *cives*, in rapporto ai perspicui aspetti di cura concreta della *res publica*, tanto l'art. 4 (rubricato *“Funzioni conferite dalle Regioni agli enti locali”*), comma 3, della legge n. 59 del 1997, alla stregua del cui dettato: *“I conferimenti di funzioni... avvengono nell'osservanza dei seguenti principi fondamentali: a) il principio di sussidiarietà... attribuendo le responsabilità pubbliche anche al fine di favorire l'assolvimento di funzioni e di compiti di rilevanza sociale da parte delle famiglie, associazioni e comunità, alla autorità territorialmente e funzionalmente più vicina ai cittadini interessati”*, quanto l'art. 3 (rubricato *“Autonomia dei Comuni e delle Province”*), comma 5, del d. lgs. n. 267 del 18 agosto 2000, testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, che stabilisce: *“I comuni e le province svolgono le loro funzioni anche attraverso le attività che possono essere adeguatamente esercitate dalla autonoma iniziativa dei cittadini e delle loro formazioni sociali”*.

L'attuazione conseguente, invece, della previsione costituzionale *de qua* si è avuta con la stesura dell'art. 7 della c.d. legge La Loggia, n. 131 del 5 giugno 2003, il quale dispone, al primo comma, in relazione ai profili che qui rilevano: *“Lo Stato e le Regioni, secondo le rispettive competenze, provvedono a conferire le funzioni amministrative da loro esercitate... sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza... nel rispetto, anche ai fini dell'assegnazione di ulteriori funzioni, delle attribuzioni degli enti di autonomia funzionale, anche nei settori della promozione dello sviluppo economico e della gestione dei servizi. Stato, Regioni, Città metropolitane, Province, Comuni e Comunità montane favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli o associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà. In ogni caso, quando sono impiegate risorse pubbliche, si applica l'articolo 12 della legge 7 agosto 1990, n. 241”*.

In merito, appare opportuno un triplice ordine di notazioni. La prima concerne lo spettro effettuale dell'enunciato di cui all'art. 118, comma 4, Cost., consideratane l'ineludibile incisione sull'area delle libertà e dei diritti fondamentali dell'individuo, sanciti nella parte I della nostra Carta, dal momento che i precipitati del suesposto principio potrebbero cogliersi in una lettura evolutiva del combinato disposto *ex artt.* 2 e 18 Cost., in relazione all'espansione ed al potenziamento della forza costitutiva e dell'impatto funzionale delle formazioni sociali associative, *lato sensu* intese, da reputarsi ormai indiscusse protagoniste, nel quadro di un policentrismo

attivistico non solo istituzionale, ma anche, ed eminentemente, promanazione della cittadinanza societaria. *In secundis*, nel campo economico, la stessa ermeneusi dell'art. 41, norma cardine sull'iniziativa economica privata, dovrebbe essere trasposta su di un piano di legittimazione non più circoscritto all'individuo, ma di portata "comunitaria", facente capo all'organizzazione ed all'attività collettive di impresa, nelle sue più ampie declinazioni. Infine, dalla disamina compiuta non possono che evincersi anche i consistenti aspetti di confluenza ed interazione della *ratio* devolutiva in sussidiarietà con i dettami del sempre più pervasivo e pregnante principio di buon andamento.

Svolte tali premesse contenutistiche generali, è, però, dall'ultimo referente normativo citato che occorre, nello specifico, prendere le mosse per analizzare le ripercussioni del principio in rassegna sulla "funzione" amministrativa, discriminando, sulla scorta della divisione socio-economica dei settori in cui si articolano le sfere d'azione, in seno alla comunità politica – secondo la tripartizione Stato, società e mercato (escerpibile dalla medesima previsione attuativa dell'art. 118) -, gli spazi funzionali in cui permane una "riserva di potere amministrativo", e di interesse pubblico primario insoverchiabile, mal conciliabile con l'ingresso dei privati, e gli spazi materiali in cui, preesistendo un mero compito, ovvero una missione, di interesse generale, cui i profili funzionali sono strumentali, la sostituzione pubblico-privato risulterebbe efficiente per il sistema.

Nell'ambito dello Stato, si presenta di ardua esperibilità l'assegnazione in sussidiarietà al cittadino delle relative attività, stante la peculiare caratterizzazione dei settori di intervento *de quibus*, rispetto ai quali la necessità di procedere per mezzo dell'apparato organizzativo dei poteri risponde, più che ad ideologiche ed astratte opzioni politiche, alla concreta esigenza di schivare i prevedibili fallimenti del mercato, che si avrebbero, ove venisse letteralmente lasciata in balia delle sue ondivaghe correnti l'irrinunciabile realizzazione e soddisfazione dei bisogni primari della collettività, per la sua ordinata e pacifica convivenza. Si pensi ai rami della giustizia, della difesa militare, della sicurezza interna. A tal proposito merita accennare alla recente introduzione o, comunque, caratterizzazione, di singolari strumenti, il cui congegno sarebbe suscettivo di prestare formale ossequio all'ascesa delle competenze gestionali del privato in materia: l'istituto della mediazione, con riguardo a talune controversie di natura civile e commerciale, quale condizione di "procedibilità" dell'esperimento giudiziale successivo, apparentemente devolutivo, ma, in realtà, malamente orchestrato e disciplinato, essendosene "processualizzati" esiti ed incidenza, allo scopo di deflazionare il contenzioso giudiziario e sopperire alle innumerevoli carenze e tempistiche deficitarie nell'erogazione delle tutele ai cittadini, ben lungi da quella finalizzazione efficientistica del mezzo all'obiettivo del miglioramento dei risultati dell'*agere publicum*; la figura dei *contractors*, per l'allestimento della difesa militare, in un'ottica di comparazione costi/benefici, tra il mantenimento, in via permanente, di un esercito nazionale ed il reclutamento di personale specializzato, per l'effettuazione di isolate operazioni, o lo svolgimento di singole fasi o, per converso, di intere campagne, nella misura in cui, a seguito della deliberazione parlamentare dello stato di guerra, il loro impiego venga strategicamente deciso e diretto dall'insediata compagine governativa (a meno di non incorrere nella violazione del precetto di cui all'art. 288 c.p.).

È nel settore della sicurezza interna, però, che si sono registrate le più influenti ricadute del principio in commento, aprendosi opinatamente alla *governance* privata dell'interesse generale, ovvero di talune sfere di incolumità del cittadino, seppur avulse dal conferimento e trasferimento di poteri coercitivi/repressivi, la cui titolarità rimane, dunque, tipicamente ed esclusivamente rinvenibile in capo agli organi di polizia giudiziaria ed alle autorità sovrintendenti alla pubblica sicurezza *stricto sensu*. Una tale apertura ha decretato la piena valorizzazione della prescrizione di cui all'art. 1, comma 1-ter, *ex lege* n. 241 del 1990, la quale inerisce all'attività soggettivamente privatistica ed oggettivamente pubblicistica, destinata a soggiacere ai criteri e principi dell'attività amministrativa funzionale, di cui al primo comma, rendendo possibile l'individuazione di un rapporto di interferenza tra sfere suscettivo di graduazione: v'è la sicurezza puramente privata, limitata all'autodifesa ed autotutela personali, comprensive dei mezzi predisposti *ex artt.* 52 c.p. e 383 c.p.p. (e dei quali di recente è stato tentato un vistoso potenziamento, nella prospettiva di

agevolare una sorta di giustizia privata ultra individuale, tramite inserzione legislativa, *ex l. n. 94 del 2009*, della figura del vigilante, qualificato ed organizzato nelle cc.dd. ronde, progetto in prosieguo naufragato); si ravvisa, poi, la sicurezza integrativa, con finalità egoistica, inquadrabile nel novero dell'attività d'impresa, non liberalizzabile, solo indirettamente coadiuvante il sistema pubblico di mantenimento di quella interna e, proprio a cagione di tali refluenze, sottoposta ad un regime amministrativo (autorizzazione all'istituto di vigilanza privata e licenza alle guardie particolari giurate), sì necessario, vista l'elevata importanza degli interessi in gioco, ma, per l'appunto in virtù dell'applicazione del principio di sussidiarietà, in sinergia con la proporzionalità, la ragionevolezza ed il buon andamento, dal quale va eliminata ogni sorta di restrizione ingiustificata; infine, di indubbio rilievo si presenta la sicurezza sussidiaria, unicamente in riferimento alla quale può invocarsi l'art. 1, comma 1-*ter* summenzionato, concernente il trasferimento dei compiti appartenenti alle forze dell'ordine, nella complementarietà dell'apporto privatistico “... *al mantenimento dell'ordine pubblico, alla sicurezza dei cittadini, alla loro incolumità e alla tutela della proprietà*” (*ex art. 1 TULPS*), per la cui assegnazione traslativa, nell'indefettibile ossequio al principio di legalità formale e sostanziale, non può che richiedersi l'emanazione di un'apposita legge che specifichi le attività oggetto del trasferimento o, quantomeno, fissi principi e criteri per procedere alla loro precisa identificazione (esemplificativamente, si segnalano, in questa direzione, i servizi di controllo in ambito aeroportuale, sprovvisti di potestà pubbliche, il cui affidamento in concessione è stato previsto *ex lege*, nonché di guardia venatoria e di vigilanza presso porti, stazioni ferroviarie e metropolitane).

Diverso dal modulo dell'attribuzione a soggetti privati di compiti amministrativi propri dell'ente pubblico si rivela, invece, quello della c.d. esternalizzazione, tangente la sussidiarietà, perché implicante la sostituzione tra sfere ed assetti di pertinenza, ma non riverberantesi, sostanzialmente, nell'emersione di nuove forme di attività amministrativa, o nella recessione dell'esclusività tipologica dell'agire funzionale. Essa consiste nell'affidamento contrattuale agli “estranei” di attività strumentali, di produzione e distribuzione di beni e servizi, aventi come destinataria la collettività o l'amministrazione stessa, e nella cui geometria negoziale decisivo risulta essere l'ingrediente della *partnership* cliente/centro di acquisto pubblico e fornitore/centro di offerta privato, dovendo, comunque, la P.A., responsabile della soddisfazione dell'utenza finale, occuparsi di monitorare *standards* qualitativi e livelli di *performances* oggetto di prestazione.

Passando alla divisione rappresentata dal c.d. terzo settore, intermedio e comprensivo del pubblico “libero” e del privato non economico, imperniato sulle istanze volontaristico/aggregative, spontaneamente scaturenti in seno alla società civile, e volto alla produzione di beni relazionali, finalizzati all'edificazione del *welfare state*, all'insegna del principio di solidarietà, nonché dei valori della fiducia e della reciprocità, si prospettano principalmente due le direzioni verso cui protende la sussidiarietà: la valorizzazione ed il potenziamento degli enti pubblici, non autarchici, dotati di autonomia funzionale, operanti nel settore, e la promozione, il riconoscimento e l'incentivazione degli enti privati, statutariamente preposti al perseguimento di scopi di utilità sociale. Nella traduzione concreta di siffatto obiettivo, prima con la legge delega n. 118 del 2005, “... *concernente la disciplina dell'impresa sociale*”, poi con il decreto di attuazione n. 155 del 2006, ha fatto, pertanto, ingresso nel nostro diritto positivo un'ibrida figura, che coniuga aspetti imprenditoriali, legati al metodo di conduzione aziendalistico, quanto mai variegato nella scelta dei suoi artefici, al lucro oggettivo, indispensabile per una gestione economica dell'attività ed un'efficiente ed efficace propulsività delle iniziative intraprese nei settori *de quibus*, all'essenzialità del fine di interesse generale, idoneo ad estirpare qualunque connotato egoistico e di lucro soggettivo. Pertanto, la disegnata revisione di spazi e titolarità dei sottesi interessi, *ex art. 118, comma 4*, trova immediata rispondenza attuativa nella definizione delle imprese sociali, *ex art. 1 della legge delega*, quali “... *organizzazioni private senza scopo di lucro che esercitano in via stabile e principale un'attività economica di produzione o di scambio di beni o di servizi di utilità sociale, diretta a realizzare finalità di interesse generale*” (nei settori di: assistenza sociale, sanitaria e socio-sanitaria; educazione, istruzione e formazione, inclusa quella universitaria e post-

universitaria; tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e valorizzazione del patrimonio culturale; turismo sociale e servizi culturali; servizi strumentali alle imprese sociali).

Settore di gran lunga preponderante è, però, per quel che qui rileva in contiguità alla tematica delle autorizzazioni, proprio quello del mercato, ovvero del privato economico, nell'ambito del quale lo Stato italiano si è sempre comportato dirigisticamente, con politiche massicciamente interventistiche, nutriti regimi di controllo e/o restrittivi, ed ipertrofica burocrazia. La cornice generale è offerta dagli artt. 41 e 43 Cost., alla cui stregua, rispettivamente: *“L’iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l’utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l’attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali”* ed *“A fini di utilità generale la legge può riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale”*.

La fuoriuscita del pubblico dal mercato, in funzione del principio di sussidiarietà orizzontale, ha avuto luogo attraverso una pluralità di trasformazioni: privatizzazioni, formali e sostanziali, nel caso di pregresso intervento diretto, liberalizzazioni su più versanti eterogenei, nel caso di governo indiretto, coinvolgimento dei privati nell'assolvimento di precipi compiti di controllo dell'economia, sovvenzionamento alle imprese in grado di incidere sul raggiungimento degli obiettivi macroeconomici di spettanza dello Stato, per la competitività e lo sviluppo della realtà nazionale, secondo il *trend* inaugurato dal principio di buon andamento.

Per quanto attiene al primo strumento adoperato, un compiuto ritiro dello Stato dall'economia si è avuto con la privatizzazione sostanziale di pregressi enti pubblici economici e società pubbliche, ove la piena dismissione di qualsiasi ruolo interventista ha segnato il subentro del privato nel relativo espletamento di attività (si pensi agli enti di gestione delle partecipazioni statali ed alle società sotto il loro controllo, incaricati dello svolgimento di attività puramente economiche, industriale, creditizia, finanziaria). Quella formale, diversamente, ha comportato il mero mutamento dello strumento impiegato, con particolare riguardo alla prestazione di servizi economici essenziali, sempre in mano pubblica, ma sottoposti alla vigilanza e regolazione delle Autorità indipendenti.

Le liberalizzazioni, invece, hanno perspicuamente riguardato i servizi pubblici economici e le attività economiche private. Nella prima ipotesi, l'apertura del mercato chiuso ai privati, tradizionali protagonisti della dialettica tra domanda ed offerta si è rivelata congeniale proprio al subentro di questi ultimi nel ruolo prima svolto *in exclusivis* dallo Stato, in sussidiarietà (esemplificativamente, in materia di servizi di diffusione radio-televisiva): trattasi di aree, peraltro, che permangono di spiccato interesse generale, ove, quindi, l'ingresso della concorrenza, reso opportuno dalla scarsità delle risorse infrastrutturali e/o dalla rilevanza del bisogno da soddisfare per la collettività, si contempera ad esigenze pubblicistiche di controllo e condizionamento, con eventuali restrizioni all'accesso o imposizione agli esercenti l'impresa dell'autoconformazione a modelli di regolazione. Nella seconda ipotesi, la liberalizzazione, concernente un settore già di ontologica spettanza del privato, si è risolta nella soppressione/abrogazione dei regimi amministrativi precedentemente incombenti sull'accesso ed esercizio delle attività economiche private soggette a condizionamento/controllo pubblico. Rientra, ancora, nella liberalizzazione la soppressione di un ente pubblico non economico, senza contestuale trasferimento di funzioni ad altro ente (che concreterebbe misura di semplificazione).

Sempre alla luce della sussidiarietà orizzontale, poi, è avvenuto il conferimento ai privati di compiti di controllo, e persino di poteri certificativi ed attestativi, oltre all'espletamento di attività istruttorie, in un considerevole numero di casi (si pensi alle SOA nel codice degli appalti, ai distretti produttivi, alle agenzie per l'impresa, agli enti certificatori).

Infine, si inscrivono nel settore del mercato anche le attività orbitanti attorno al terzo settore, in quanto volte all'erogazione di un servizio pubblico sociale, ma organizzate nelle forme aziendalistiche private, ad integrazione di quelle già svolte dallo Stato, incaricato della loro

prestazione, poiché poste in diretta connessione con l'interesse pubblico (si ponga mente al servizio sanitario nazionale ed al sistema dell'accreditamento istituzionale dei soggetti privati, istituito al fine di favorirne l'iniziativa, dato il rilievo dei beni protetti e degli scopi avuti di mira).

Orbene, riferendo quanto sopra esposto, in merito all'incidenza ed interferenza sulla funzione amministrativa dei principi di semplificazione e sussidiarietà orizzontale, all'area tematica delle autorizzazioni, occorre, *in primis*, mettervi a nudo il profilo contenutistico dell'azione autoritativa.

Trattasi di una tipica funzione di amministrazione attiva, di carattere eminentemente discrezionale, di natura non costitutiva, ma ampliativa, della sfera giuridica del destinatario del provvedimento finale, pertanto riconducibile allo schema norma-potere-effetto ed al modulo tradizionale, di cui al comma 1 dell'art. 1, l. n. 241/90 (attività di primo livello). L'autorizzazione, più in particolare, quale manifestazione attizia della P.A., consisterebbe nella rimozione di un limite all'esercizio di un diritto soggettivo o di altra posizione giuridica di vantaggio, preesistente in capo all'istante. Poiché tale limite, rispondente ad esigenze ordinamentali di controllo e programmazione, troverebbe la sua *ratio* nella necessità per l'ente pubblico di sottoporne legittimità ed opportunità di eliminazione, in relazione al caso concreto, ad uno scrutinio di conformità al dettato legislativo, così come di non confliggenza con le finalità di interesse generale perseguite, nel delicato bilanciamento di tutte le posizioni di interesse, individuali e collettive, pubblicistiche e privatistiche, in misura tale da arginare i potenziali rischi di verifica di pregiudizi alle sfere giuridiche ad essi connesse, qualora vi fosse un incondizionato, automatico ed incontrollato esercizio del diritto o del potere vantato, da parte del relativo titolare, il terreno delle autorizzazioni si presenta emblematicamente riproduttivo dello scontro autorità/libertà, da sempre permeante il rapporto giuridico autoritativo.

A questa stregua, il fondamento del potere autorizzatorio, impattante su diritti di libertà del cittadino, non può che radicarsi nel *corpus* delle norme costituzionali, correlandosi a libertà civili (ove il vaglio di discrezionalità è maggiormente ampio e problematico, nonché gli oneri motivazionali incombenti sulla P.A. più stringenti), oppure a libertà economiche, di cui caposaldo è l'art. 41 premenzionato, il quale, ponendo due ordini di limitazioni, attinenti alle modalità di esercizio ed alle finalità perseguite, lascerebbe spazio ad un intervento amministrativo orientato a garantirne, tramite prodromica valutazione, l'invalidabilità. Invero, taluno discetta in ordine ad una vera e propria funzionalizzazione della libertà di iniziativa economica privata all'utilità sociale, malgrado sembrerebbe più appropriato, e coerente con il sistema, vista anche l'elasticità della clausola generale adoperata dal costituente, prediligere la sua interpretazione in chiave di compatibilità con l'*utilitas de qua*.

Quattro risultano essere gli elementi costitutivi della fattispecie autorizzatoria. Il primo risiederebbe, secondo la dottrina prevalente, nella preesistenza di una posizione giuridica di vantaggio, facoltà, potere, potestà, o diritto soggettivo *tout court*, in capo al privato istante (che marcatamente la differenzerebbe dalla fattispecie concessoria, a carattere traslativo-costitutivo, in quanto attagliantesi alla gestione indiretta di compiti amministrativi suscettivi di affidamento ai privati). Tale elemento corroborerebbe, nell'elaborazione teorica della funzione, la predicabilità di una sua natura meramente dichiarativa o, meglio, permissiva (malgrado vi sia chi vi ravvisi la costitutività dell'effetto finale), che rimarrebbe tale anche qualora la si volesse riferire, non all'aspetto statico della titolarità della posizione, bensì a quelli dinamici di connessa estrinsecazione della sfera giuridica dei singoli. A tale elemento essenziale si aggiungono, quindi: la sussistenza del limite, preordinato al non abdicabile contemperamento con l'interesse generale delle molteplici istanze personalistiche e pluralistiche fronteggianti nell'odierno Stato democratico di diritto, peraltro calato in una dimensione di respiro istituzionale, e di vincolatività positiva, sovranazionali; la discrezionalità della ponderazione amministrativa, la quale può atteggiarsi in vario modo, consumandosi nel momento pianificatorio, di regolamentazione dei presupposti e requisiti, verificati i quali l'autorizzazione verrà *ipso facto* rilasciata, oppure qualificandosi come tecnica, nel caso di autorizzazioni abilitanti (cui segue, ad esempio, un atto vincolato di iscrizione in appositi albi); infine, la rimozione provvedimento del limite, che può avere ad oggetto atti, attività o negozi.

Poiché la forma della funzione autorizzatoria è pur sempre procedimentale, il privato istante vanterà un interesse legittimo pretensivo al rilascio di un atto favorevole, incrementativo della propria sfera giuridica (nonché, ove concorrente a procedura selettiva di evidenza pubblica, un interesse legittimo oppositivo al conseguimento dell'aggiudicazione da parte di altro candidato): potrà, quindi, da un lato, avvalersi degli istituti di partecipazione e degli strumenti di realizzazione del contraddittorio, previsti dalla legge n. 241 del 1990 (in specie rilevando il preavviso di rigetto), dall'altro, invocare le forme di tutela giurisdizionale relative – condanna pubblicistica in caso di inerzia, demolitorio-conformativa, risarcitorio-integrativa, compensativa del ritardo, o sostitutiva -, in caso di silenzio/inadempimento da parte della P.A., nonché di diniego illegittimo o di illegittimo esercizio della funzione di riesame (dovendo, tuttavia, opportunamente distinguersi i casi di attività discrezionale da quelli di attività vincolata). Quanto ai terzi, invece, si distinguerebbero i controinteressati al provvedimento, la domanda di autorizzazione dei quali sia stata rigettata in forza della preferenza accordata ad altri soggetti destinatari, titolari di un interesse (pretensivo) uguale e contrario; i controinteressati al procedimento, titolari di un interesse (oppositivo) contrario, non necessariamente omogeneo a quello dell'istante; i terzi indifferenziati, colpiti solo in modo riflesso, in occasione dello svolgimento dell'attività oggetto di autorizzazione.

Affrontando il nodo cruciale dell'interferenza tra sussidiarietà e semplificazione, e la connessa esigenza di procedere ad una loro identificazione, in materia autorizzatoria, il quadro di riferimento è stato significativamente offerto dalla liberalizzazione delle attività economiche private, nell'alveo del cui processo si è registrata la confluenza tanto di interventi di semplificazione, quanto di interventi di *deregulation*, con apertura ai privati in sussidiarietà: come sottolineato nella lettura dell'art. 20 della legge Bassanini 59/97, nei primi, si è assistito ad operazioni di revisione, riassetto, rimodellamento, ristrutturazione, accorpamento, dell'*iter* procedimentale, con mantenimento della funzione, nei secondi, la funzione è stata eliminata, con soppressione di restrizioni, condizionamenti, sbarramenti e limitazioni, nel solco di una massimizzazione della concorrenza nel mercato.

Alla semplificazione della funzione autorizzatoria si è dato corso con l'introduzione, nel capo IV della legge sul procedimento, degli istituti di cui agli artt. 19 (“*Segnalazione certificata di inizio attività – Scia*”, succeduta alla dichiarazione di inizio attività) e 20 (“*Silenzio-assenso*”). Il primo dispone la sostituzione di “*ogni atto di autorizzazione, licenza, concessione non costitutiva, permesso o nulla osta comunque denominato, comprese le domande per le iscrizioni in albi o ruoli richieste per l'esercizio di attività imprenditoriale, commerciale o artigianale il cui rilascio dipenda esclusivamente dall'accertamento di requisiti e presupposti richiesti dalla legge o da atti amministrativi a contenuto generale, e non sia previsto alcun limite o contingente complessivo o specifici strumenti di programmazione settoriale per il rilascio degli atti stessi*”, con una segnalazione dell'interessato, corredata dalle richieste dichiarazioni sostitutive di certificazioni e dell'atto di notorietà inerenti a fatti, stati, e qualità personali, attestazioni ed asseverazioni di tecnici abilitati, dichiarazioni di conformità, con l'esclusione dei casi contemplati dalla legge o da desumersi in via interpretativa, a cagione dell'alto tasso di discrezionalità amministrativa involtovi o di tecnicismo valutativo richiestovi, che ne connoti il regime contingentato delle relative attività, in cui l'autoresponsabilità dei singoli risulti insufficiente a verificare e decretare l'opportunità del suo svolgimento od a garantire l'incomprimibilità dei valori fondamentali in gioco. La permanenza della funzione risalta dal dettato del terzo comma, che contempla, una volta iniziata l'attività (esercitabile dalla data di presentazione della Scia), il potere dell'amministrazione competente (che viene, dunque, semplicemente procrastinato), nei sessanta giorni successivi al ricevimento della Scia, e qualora accerti la carenza dei requisiti e dei presupposti di legge, di adottare “*motivati provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti dannosi di essa*”, salva, ove ciò sia possibile, la conformazione di essa da parte dell'interessato alla normativa vigente, restando intatti i poteri di autotutela. Il secondo, facendo salva l'applicazione dell'articolo 19, stabilisce che “*nei procedimenti ad istanza di parte per il rilascio di provvedimenti amministrativi il silenzio dell'amministrazione competente equivale a provvedimento di*

accoglimento della domanda, senza necessità di ulteriori istanze o diffide, se la medesima amministrazione non comunica all'interessato, nel termine di cui all'articolo 2, commi 2 o 3, il provvedimento di diniego, ovvero non procede ai sensi del comma 2", ovvero indicendo, entro trenta giorni dalla presentazione dell'istanza, una conferenza di servizi, lasciando ferme, anche qui, eventuali determinazioni assunte dalla P.A in via di autotutela, ai sensi degli articoli 21-*quinquies* e 21-*nonies*. Esulano dalla fattispecie del silenzio-assenso atti e procedimenti riguardanti il patrimonio culturale e paesaggistico, l'ambiente, la difesa nazionale, la pubblica sicurezza e l'immigrazione, l'asilo e la cittadinanza, la salute e la pubblica incolumità, i casi in cui la normativa comunitaria impone l'adozione di provvedimenti amministrativi formali, i casi in cui la legge qualifica il silenzio dell'amministrazione come rigetto dell'istanza.

La liberalizzazione vera e propria ha, invece, preso l'abbrivio dalla Direttiva CE n. 123 del 12 dicembre 2006, recante il quadro generale in materia di libertà di stabilimento e libera circolazione dei servizi, già sancite nei Trattati, attuata nell'ordinamento italiano con d. lgs. n. 59 del 2010, per poi ulteriormente svilupparsi attraverso plurimi interventi tra cui il d.l. n. 138 del 2011, convertito dalla l. n. 148 del 2011, attinente anche alle professioni, il d.l. n. 291 del 2011, convertito dalla l. n. 214 del 2011, ed il d.l. n. 1 del 2012, convertito dalla l. n. 27 del 2012.

In particolare, di notevole importanza si rivelano le indicazioni fornite in sede comunitaria e racchiuse negli articoli e nei considerando della direttiva, la quale, con riguardo all'eventuale ritenuta fungibilità da parte dello Stato membro tra liberalizzazione e semplificazione, precisa che le norme sulle procedure amministrative dovrebbero mirare non all'armonizzazione, bensì alla soppressione dei regimi di autorizzazione, procedure e formalità eccessivamente onerosi e, quindi, ostativi alla realizzazione della progressiva integrazione giuridica tra ordinamenti ed alla formazione di quello spazio economico comune proprio del mercato unico. L'applicazione di regimi di autorizzazione potrebbe giustificarsi solo in ragione di motivi imperativi di interesse generale, nel rispetto dei principi di non discriminazione, necessità e proporzionalità.

L'art. 3 del d.l. 138/2011, che si appunta sull'abrogazione delle indebite restrizioni, nella sinergia tra art. 41 Cost. e diritto UE, e *"costituisce principio fondamentale per lo sviluppo economico e attua la piena tutela della concorrenza tra le imprese"*, si spinge oltre, prevedendo che Comuni, Province, Regioni e Stato, adeguino i rispettivi ordinamenti al principio secondo cui *"l'iniziativa e l'attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge nei soli casi di: a) vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali; b) contrasto con i principi fondamentali della Costituzione; c) danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana e contrasto con l'utilità sociale; d) disposizioni indispensabili per la protezione della salute umana, la conservazione delle specie animali e vegetali, dell'ambiente, del paesaggio e del patrimonio culturale; e) disposizioni ((relative alle attività di raccolta di giochi pubblici ovvero)) che ((comunque)) comportano effetti sulla finanza pubblica"*.

Infine, l'art. 1 del d.l. 1/2012 dispone l'abrogazione di tutta una serie di norme ormai incompatibili con il nuovo quadro delineatosi, e relative a *"limiti numerici, autorizzazioni, licenze, nulla osta o preventivi atti di assenso dell'amministrazione comunque denominati per l'avvio di un'attività economica non giustificati da un interesse generale, costituzionalmente rilevante e compatibile con l'ordinamento comunitario nel rispetto del principio di proporzionalità"*, nonché a divieti e restrizioni non adeguati o non proporzionati alle finalità pubbliche perseguite, comprese disposizioni di pianificazione e programmazione territoriale o temporale autoritativa, tali da impedire, condizionare o ritardare l'avvio di nuove attività economiche o l'ingresso di nuovi operatori economici nel mercato, l'offerta di prodotti e servizi al consumatore, ovvero da alterare le condizioni di una piena concorrenza.

Conclusivamente, se la classica funzione amministrativa, espressione dell'autoritatività della P.A., con l'ascesa dei principi di buon andamento e sussidiarietà orizzontale, è stata adombrata dall'affermazione di altri moduli e tipologie di attività, soggettivamente od oggettivamente amministrative, è nel dialettico scontro tra autorità e libertà, in ispecie economica, nel settore del

mercato - interferendo l'alleggerimento formale degli schemi procedurali, indotto dagli istituti di semplificazione, in relazione alle fattispecie ed ai regimi autorizzatori previsti, con la progressiva erosione, sotto lo sprone comunitario, degli stessi spazi della funzione ampliativa -, che ne è stata sancita la recessività, nel compimento di una piena liberalizzazione dell'accesso del privato all'esercizio di attività di sua ontologica spettanza, con devoluzione restitutiva allo stesso *in exclusivis* della titolarità di un diritto di libertà, tendenzialmente non sacrificabile, e del correlato intervento in un ambito precipuo, in cui l'interesse generale, ormai sfrondata da tendenze e deviazioni dirigistiche, interventistiche e protezionistiche da parte dello Stato, sembrerebbe stemperarsi, se non quasi sfumare, nell'interesse all'effettività dello statuto competitivo e della tenuta concorrenziale del mercato stesso (di dimensione europea).

15,5

Quando si parla di “decisione” generalmente si intende lo svolgimento di un processo mentale, più o meno articolato, volto alla formulazione di giudizi atti a selezionare fra fini alternativi o, in maniera strumentale, fra mezzi alternativi per conseguire determinati fini. Detto altrimenti, decidere significa effettuare una scelta fra più alternative in base ad un criterio in grado di ordinare le preferenze.

Accolta questa definizione di decisione, ne deriva la sua struttura basata sulla formulazione di giudizi, volta ad affrontare un dubbio da risolvere o un’incertezza da superare. Si può quindi dire, semplificando questo concetto, che qualsiasi processo decisionale nasce da un problema.

Il processo decisionale poggia sul sistema informativo, in quanto l’elemento base ed il materiale costitutivo di tutte le componenti decisionali sono le informazioni. Queste, a loro volta, derivano dai dati, che devono essere percepiti, selezionati, interpretati e immagazzinati in relazione ad altri per diventare tali.

Già dall’analisi terminologica dell’espressione “processo decisionale”, considerata la definizione qui assunta di decisione, il termine processo sottolinea il carattere non istantaneo della decisione ma piuttosto la concatenazione di un insieme di “momenti” nei quali la decisione può essere scomposta. Per questo motivo se ne può dedurre che un’analisi del processo decisionale non può prescindere da una visione delle fasi che lo compongono, senza soluzione di continuità. Strumentali all’azione in ogni tipo di organizzazione sono, dunque, il sistema informativo e il processo decisionale che si sviluppano nella sequenza: informazione – decisione – azione.

Gli studi sul processo decisionale possono distinguersi in due categorie: quelli che si occupano delle relazioni tra potere e processo decisionale, e quelli che esaminano le relazioni fra razionalità e processo decisionale. Come detto l’attività decisionale non assume valore puntuale o istantaneo, ma si sviluppa come un’articolata sequenza di fasi nella quale trovano sintesi momenti differenti, anche se fra loro logicamente interconnessi. Il decisore deve svolgere inizialmente un’attività diagnostica dell’evento/situazione che ha richiesto il suo intervento (*problem finding*) e, successivamente, operare (*decision*) affinché l’anomalia indesiderata sia rimossa (*problem solving*).

Il processo decisionale riveste un’importanza fondamentale nelle pubbliche amministrazioni dove le variabili di governo producono effetti che si estendono nei confronti sia dell’organizzazione (interne) che della collettività, intesa come fusione di cittadini e gruppi sociali (esterne).

Per mezzo delle decisioni gli organi di governo (politica) e quelli tecno-professionali (amministrazione) possono alternativamente: cercare di modificare le dinamiche dell’ambiente esterno tramite l’esercizio del potere derivante dal consenso (organi di governo) o dalle norme (organi tecnico-professionali); utilizzare nuovi sistemi tecnici e tecnologici di produzione dei servizi per ottenere più elevati livelli di efficienza; resistere alle innovazioni e continuare con modalità che causano bassi livelli di efficienza e di qualità della risposta.

A seguito della normativizzazione dell’obbligo di risultato il principio del buon andamento entra come parametro economico nel modello giuridico del potere amministrativo, ispirando la costruzione nel procedimento della decisione amministrativa. Nel nuovo modello di amministrazione – la c.d. amministrazione di risultato – la decisione amministrativa deve essere considerata e assunta non solo in base alla sua conformità alla legge, ma anche per la capacità di realizzare l’obiettivo, visto come il migliore prodotto per i suoi destinatari. L’implementazione delle regole di efficienza e il temperamento con il principio di legalità discende dalla nozione di risultato come soddisfazione e rispetto dei beni concreti della vita, da assumere quale norma fondamentale di orientamento nell’esercizio dei pubblici poteri.

In questo senso la valutazione dell’impatto sociale ed economico della decisione amministrativa (*DIA decision impact analysis*) si collega al processo decisionale (*DMP decision*

making process). Quest'ultimo descrive il processo di formazione della decisione, che si svolge all'interno, ma anche al di fuori del procedimento amministrativo e consta di diverse fasi: 1) identificazione e definizione del problema amministrativo che nasce da una particolare situazione concreta e pone alla PA il quesito circa la sua rilevanza per il settore pubblico; 2) verifica della necessità dell'intervento dell'amministrazione, stabilendo se l'azione amministrativa sia utile o doverosa; 3) individuazione delle forme di azione più idonee per la soluzione del problema; 4) accertamento circa l'esistenza di una norma che attribuisca alla PA il potere di intervenire nelle forme prescelte; 5) identificazione del livello organizzativo più adatto a realizzare l'intervento; 6) controllo di gestione periodico atto a confrontare i valori programmati con quelli realizzati; 7) promozione della accessibilità e comprensibilità della decisione per gli utenti; 8) promozione, in ciascun soggetto destinatario della decisione, della comprensione dell'incidenza del risultato nella propria sfera; 9) garanzia della opponibilità della decisione; 10) predisposizione di misure atte ad agevolare l'osservanza spontanea degli utenti alla decisione.

Qualora si voglia limitare il campo di indagine al processo che forma il contenuto dispositivo del provvedimento nell'ambito del procedimento amministrativo, atteso che il DMP si dipana per tutto il corso del procedimento, si deve necessariamente tener conto della circostanza per cui quest'ultimo si presenta come struttura suddivisa in diverse componenti, identificate negli atti finalizzati all'adozione del provvedimento finale. La decisione – che è concetto non coincidente con quello di provvedimento amministrativo, in quanto l'atto amministrativo è la fattispecie prodotta dal potere, mentre la decisione è la formazione del suo nucleo dispositivo – difatti non può imputarsi a una sola fase, poiché la sua formazione si distribuisce per tutto il corso del procedimento.

La ripartizione in fasi del procedimento è stata propugnata da Sandulli, il quale distingue tra fase preparatoria, fase costitutiva e fase integrativa dell'efficacia. La fase preparatoria rappresenta quella più articolata, essendo rivolta a definire tutti i presupposti dell'atto, ripartendosi a sua volta nelle sotto fasi di iniziativa, istruttoria, predecisoria, determinazione del contenuto dell'atto.

Il risultato di tale analisi, nonché l'esame del dato normativo rappresentato dalla L. 241/90, portano ad evidenziare nel nostro ordinamento la divisione del procedimento amministrativo in quattro fasi: fase di iniziativa, istruttoria, decisoria, di integrazione dell'efficacia, il confine tra le quali non è rigido, essendo possibile la regressione alla fase antecedente, purchè sia rispettato il termine di adozione del provvedimento.

La nuova legge sul procedimento contiene in sé una serie di regole essenziali sulla formazione della decisione, che costituiscono vere e proprie norme guida dell'esercizio del potere, delle quali occorre trattare in correlazione alla fase cui attengono nel divenire del procedimento: l'art. 2, l'art. 3, l'art. 7, l'art. 10 bis. Tali regole rappresentano norme di organizzazione dell'azione amministrativa e, in particolare, dell'organizzazione dell'iter attraverso il quale la decisione si forma, espressione, come si dirà in chiusura, della concezione antiformalista più che di quella formalista.

Nello schema dell'azione amministrativa di 1° livello – retto dallo schema logico norma-potere-effetto – l'avvio del procedimento scaturisce dal verificarsi di quel fatto a cui si ricollega l'esercizio concreto del potere amministrativo, astrattamente attribuito dalla legge. In tale fase vengono acquisiti taluni degli interessi direttamente coinvolti nel procedimento: l'interesse pubblico primario, eventualmente l'interesse pubblico secondario, l'interesse privato direttamente coinvolto. Se il procedimento è avviato d'ufficio, nell'atto di avvio si manifesta l'interesse primario, cioè l'interesse pubblico di cui l'amministrazione è ente esponenziale; se il procedimento inizia su richiesta o proposta di altre pubbliche amministrazioni (etero iniziativa pubblica), emerge l'interesse pubblico secondario di cui è titolare la pubblica amministrazione richiedente; se il procedimento è ad istanza di parte, avendo ad oggetto funzioni di regolamentazione dell'attività dei privati, comporterà l'emergere l'interesse del privato tipico della funzione ampliativa o conformativa della sua sfera giuridica.

Nella fase dell'iniziativa, dunque, si collocano, oltre all'atto di iniziativa, tutte le attività preliminari e strumentali all'istruttoria, ivi comprese quelle necessarie al fine di assicurare la partecipazione dei soggetti interessati al procedimento amministrativo.

In tale fase si colloca l'istituto della comunicazione di avvio del procedimento, disciplinato dagli artt. 7 e 8, che rappresenta il principale strumento di realizzazione del principio di trasparenza e del principio democratico, correlandosi, altresì, ai principi di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost. la comunicazione di avvio, difatti, esprime la necessità che alla fase istruttoria partecipino tutti i soggetti interessati dal provvedimento finale, favorendo, al contempo, il consapevole esercizio della autonomia privata e della libertà nelle relazioni giuridiche privatistiche, facendo sì che il privato, messo a conoscenza di un procedimento limitativo della propria sfera giuridica, personale o patrimoniale, possa meglio ponderarne l'utilizzazione.

I destinatari della comunicazione sono indicati dall'art. 7 che li suddivide in tre categorie: i soggetti nei confronti dei quali il provvedimento è destinato a produrre affetti diretti; i soggetti che per legge devono intervenire nel procedimento; i soggetti, individuati o facilmente individuabili, ai quali possa derivare un pregiudizio dal provvedimento. La prima classe di soggetti menzionati è composta da coloro nella cui sfera giuridica si produce l'effetto tipico del provvedimento, mentre la seconda classe è composta dai soggetti la cui partecipazione è prevista dallo stesso legislatore in sede di disciplina della funzione esercitata. La terza classe di soggetti, invece, è rappresentato dai cosiddetti "contro interessati", ossia coloro che, pur non essendo destinatari dell'atto conclusivo, possono riceverne pregiudizio, essendo pertanto legittimati ad impugnare il provvedimento finale.

La partecipazione di tali soggetti è configurata dalla legge come necessaria, anche se non obbligatoria, per l'utile emanazione del provvedimento. La comunicazione di avvio, dunque, ha una sua utilità (con la conseguenza che la sua mancanza, nei limiti in cui si dirà, rende illegittimo il provvedimento), tanto nei procedimenti ad istanza di parte, quanto in quelli vincolati quando il contraddittorio procedimentale con il privato interessato del procedimento può fornire all'amministrazione elementi utili ai fini della decisione, ad esempio in ordine alla ricostruzione dei fatti o all'esatta interpretazione della norma da applicare.

Quanto al contenuto della comunicazione esso è indicato analiticamente nell'art. 8, il quale prevede al comma 2 che: "*Nella comunicazione debbono essere indicati: a) l'amministrazione competente; b) l'oggetto del procedimento promosso; c) l'ufficio e la persona responsabile del procedimento; c-bis) la data entro la quale, secondo i termini previsti dall'articolo 2, commi 2 o 3, deve concludersi il procedimento e i rimedi esperibili in caso di inerzia dell'amministrazione; c-ter) nei procedimenti ad iniziativa di parte, la data di presentazione della relativa istanza; d) l'ufficio in cui si può prendere visione degli atti.*". Le lettere c bis) e c ter) sono state introdotte dalla L. 15/2005 ed hanno perseguito lo scopo di implementare e rafforzare il potere di controllo dei cittadini sul processo decisionale della PA.

Le conseguenze in ordine alla mancanza degli elementi menzionati nella comunicazione di avvio variano a seconda del tipo di elemento mancante. Qualora manchi l'indicazione dell'oggetto il provvedimento finale sarà illegittimo non essendo stato messo il destinatario nelle condizioni di prendere parte attivamente al procedimento; qualora a mancare sia, invece, l'indicazione della PA procedente, o il responsabile del procedimento, ma il privato abbia avuto comunque conoscenza del procedimento e delle informazioni mancanti, il provvedimento finale sarà valido trattandosi di una mera irregolarità. Anche in caso di assenza della data entro la quale si deve concludere il procedimento e dei rimedi esperibili in caso di inerzia della PA non si ha mai invalidità del provvedimento, incidendo invece sulla decorrenza del termine per agire avverso il silenzio. Costituisce, altresì, mera irregolarità la mancanza della data di presentazione dell'istanza nei procedimenti di parte e dell'ufficio in cui si può prendere visione degli atti.

Qualora a mancare sia poi proprio la comunicazione di avvio nella sua interezza, ai sensi dell'art. 21 octies, comma 1, sarà riscontrabile un vizio di violazione di legge, comportante la annullabilità del provvedimento finale, salvo che non ricorra una delle situazioni contemplate dal comma 2 dell'art. 21 octies (illegittimità non invalidante), ovvero una delle deroghe all'obbligo di comunicazione previste dalla legge agli artt. 7 e 13 (ragioni di particolare urgenza, attività dalla PA dirette alla emanazione di atti normativi, atti amministrativi generali, atti di pianificazione e programmazione, procedimenti tributari).

La giurisprudenza, inoltre, ha enucleato una serie di ipotesi in cui è ritenuta ugualmente superflua la comunicazione di avvio del procedimento, sulla base della constatazione che le norme in materia di partecipazione al procedimento amministrativo di cui agli artt. 7 e segg. della L. 241/90 non vanno applicate meccanicamente e formalisticamente, nel senso che debba essere annullato ogni procedimento in cui sia mancata la fase formalmente partecipativa. Esse, piuttosto, vanno interpretate nel senso che la comunicazione è da ritenersi superflua quando la mancanza di comunicazione degrada a mera irregolarità per il principio di raggiungimento dello scopo, avendo l'interessato acquisito conoscenza del procedimento con altri mezzi, e quando l'interessato è venuto comunque a conoscenza di vicende che, per la loro natura conducono necessariamente all'adozione di provvedimenti obbligati cosicché la partecipazione del privato non avrebbe rivestito alcuna utilità.

All'interno della fase dell'iniziativa si colloca un'altra norma fondamentale per lo svolgimento del processo decisionale della PA, rappresentata dall'art. 2 della L. 241/90. Essa positivizza uno dei corollari del principio di necessità dell'azione amministrativa, vale a dire il principio di doverosità, in forza del quale l'amministrazione ha il dovere di agire ogni qual volta, essendo titolare di un potere nell'espletamento di un compito, si verifica il fatto (la situazione concreta) prevista dalla legge attributiva del potere. Il principio di doverosità incide, quindi sull'apertura del procedimento amministrativo e sulle conseguenti determinazioni dell'amministrazione, così come stabilisce l'art. 2, comma 1, laddove prevede che *“Ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad un'istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio, le pubbliche amministrazioni hanno il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso. Se ravvisano la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda, le pubbliche amministrazioni concludono il procedimento con un provvedimento espresso redatto in forma semplificata, la cui motivazione può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo.”*

Tale disposizione sancisce espressamente l'obbligo di concludere il procedimento per la PA quando su di essa gravi l'obbligo di iniziarlo, vuoi perché è stata presentata una istanza cui l'amministrazione deve dare seguito, vuoi perché sussiste un dovere di procedere d'ufficio. Nel secondo caso si fa riferimento a qualsiasi obbligo di fonte pubblicistica, nel primo caso – poiché non ogni istanza determina l'obbligo di dare inizio ad un procedimento – la giurisprudenza ha individuato due casi: quando sia richiesto un atto a contenuto favorevole, ampliativo della sfera giuridica del richiedente; quando siano richiesti atti diretti a produrre effetti sfavorevoli nei confronti di terzi, dall'adozione dei quali il richiedente possa, di riflesso, trarre vantaggi.

L'art. 2, oltre a porre, come visto, l'obbligo di concludere il procedimento, individua, nella disciplina dettata nei commi da 2 a 5, anche il termine entro il quale il procedimento deve essere concluso, conferendo dunque una precisa scansione temporale al processo decisionale.

Una volta avviato il procedimento ed espletate le formalità preliminari di assegnazione dell'unità organizzativa e nomina del responsabile del procedimento (artt.4 e 5 L.241/90), nonché di inoltro della comunicazione di avvio del procedimento ai soggetti interessati (artt. 7 e 8 L.241/90), prende il via la fase centrale del procedimento amministrativo, vale a dire la fase istruttoria. Tale fase si compone di quattro momenti: l'accertamento dei fatti, l'acquisizione degli interessi e la valutazione di entrambi.

Tale scomposizione della fase istruttoria trova conferma nell'art. 3, altra norma cardine nella ricostruzione del processo decisionale della PA, secondo la quale *“Ogni provvedimento amministrativo, compresi quelli concernenti l'organizzazione amministrativa, lo svolgimento dei pubblici concorsi ed il personale, deve essere motivato, salvo che nelle ipotesi previste dal comma 2. La motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria.”*

La disposizione esplicita come l'amministrazione debba, nell'applicare la norma al caso concreto, necessariamente considerare sia i fatti che gli interessi rilevanti (rappresentati dalle “ragioni giuridiche” della decisione), dando conto chiaramente di tale operazione nella motivazione

del provvedimento. I fatti sono acquisiti poiché è da essi che nasce la necessità di provvedere, di risolvere il “problema amministrativo” ad essi collegato; gli interessi devono necessariamente essere acquisiti all’interno del procedimento in quanto il potere è attribuito alla PA per la cura dell’interesse generale, che si compone dell’interesse pubblico primario e degli interessi, pubblici e privati, che in vario modo incidono su di esso e la cui comparazione rappresenta l’essenza della discrezionalità amministrativa che si esercita nella fase decisionale.

L’ingresso dei fatti avviene o ad opera della PA attraverso i suoi organi [art. 6, comma 1 lettere a) e b)], o ad opera del privato interessato. La formazione della decisione amministrativa deve ancorarsi ai fatti non solo come condizioni di legittimità, ma anche come elementi per assicurare la migliore soluzione del problema amministrativo, cioè il conseguimento del bene pubblico. Ciò si mette in relazione con l’analisi d’impatto della decisione in cui culmina il DMP, al cui interno il fatto assume un ruolo di tutto rilievo. I fatti sono poi valutati ai fini istruttori, ossia qualificati giuridicamente onde stabilire se l’istruttoria sia completa.

Per quanto attiene agli interessi, invece, nei procedimenti iniziati d’ufficio, dove si è già manifestato l’interesse primario, con la comunicazione di avvio del procedimento entra in gioco altresì l’interesse del privato inciso dal procedimento, che viene acquisito anche se il titolare non interviene fattivamente, essendo egli destinatario della comunicazione di avvio, in quanto parte necessaria. Sono acquisiti, inoltre, gli altri interessi secondari, pubblici e privati, siano essi quelli dei controinteressati o dei soggetti determinati per legge (art. 7 L.241/90), o degli intervenuti (art. 9 L.241/90). I soggetti intervenuti ex art.7 o ex art. 9 possono, ai sensi del successivo art. 10: prendere visione degli atti del procedimento; presentare memorie scritte e documenti che l’amministrazione è obbligata a valutare qualora pertinenti all’oggetto del procedimento.

La portata del dettato normativo, in particolare quella evincibile dai citati artt. 7 , 9 e 10 L.241/90, dimostra che la nuova forma di procedimento prevede la partecipazione del privato non soltanto in funzione di apporto conoscitivo o in funzione difensiva delle proprie posizioni soggettive, quanto piuttosto come mezzo per concorrere a pieno titolo nel processo decisionale e, conseguentemente, nelle scelte e decisioni della PA, anche nelle ipotesi in cui siano in gioco interessi forti definiti in sede legislativa.

Nel senso dell’irrobustimento del DMP va letta anche la norma di cui all’art. 10 bis., la quale prevede la comunicazione agli istanti, prima che sia formalmente adottato un provvedimento negativo, dei motivi che ostano all’accoglimento della domanda. La previsione mira a dare luogo ad un vero e proprio contraddittorio predecisorio, fondato sulla motivazione in progetto del provvedimento, inserendo per tal via nella fase finale del processo decisionale (anzi a decisione in sostanza delineata), nuovi elementi e circostanze che non sarebbe stato possibile acquisire altrimenti.

La violazione di tale disposizione comporta l’annullabilità del provvedimento finale per illegittimità derivata ex art. 21 octies, comma 1. In particolare, la mancata comunicazione del preavviso di rigetto, l’assenza o l’incompletezza della sua motivazione integrano il vizio di violazione di legge, vanificando la funzione ascritta dalla legge a tale atto, non essendo stato messo l’istante nella condizione di esercitare compiutamente il suo diritto di intervento. Anche una eventuale divergenza tra motivazione del preavviso di rigetto e motivazione dell’atto finale comporterebbe la illegittimità di quest’ultimo, considerato che uno degli effetti ascrivibili al preavviso di rigetto è proprio quello di costituire un divieto di fondare la decisione finale negativa su motivi ostativi diversi da quelli comunicati all’interessato. Qualora invece la PA violi l’obbligo di motivare il rigetto delle osservazioni – pure imposto esplicitamente dall’art. 10 bis – si avrà un vizio diretto del provvedimento finale, che si declinerà in violazione di legge nel caso in cui la motivazione sia assente, o in eccesso di potere, nel caso in cui la motivazione si ometta o insufficiente.

Tutte le ipotesi di vizio citate ascrivibili alla categoria della violazione di legge rientreranno nella previsione dell’art. 21 octies, comma 2, comportando la non impugnabilità del provvedimento

se per la natura vincolata dello stesso sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello adottato.

In quanto atto endoprocedimentale, nondimeno, il preavviso di rigetto non è autonomamente ed immediatamente impugnabile dal soggetto leso, ma obbliga il ricorrente alla impugnazione unitamente all'atto conclusivo del procedimento, deducendo censure proprie del preavviso di rigetto e censure proprie del provvedimento finale.

Conclusasi l'istruttoria, con l'acquisizione e la qualificazione dei fatti e degli interessi, l'amministrazione procedente deve calare tutti gli elementi acquisiti nella fattispecie astratta della funzione esercitata, onde pervenire ad una soluzione che avrà il suo approdo conclusivo nell'atto amministrativo. Come anticipato i concetti di decisione e di provvedimento amministrativo non sono sinonimi, circostanza che è resa ancor più evidente qualora si consideri che la decisione può assumere la forma non solo di un provvedimento, ma anche di un atto (ad es. accordo sostitutivo) o di un comportamento.

Tale operazione avviene nella fase decisoria, la quale, si manifesta diversamente nei procedimenti vincolati ed in quelli discrezionali, pur rivelando connotati di fondo comuni.

Mentre nei procedimenti vincolati l'amministrazione verifica la sussistenza dei presupposti di fatto e di diritto della fattispecie e la predominanza dell'interesse primario, fissato nella norma attributiva del potere, senza che residui alcuno spazio per una scelta comparativa, nei procedimenti discrezionali essa effettua – oltre alla verifica dei presupposti storici e giuridici della fattispecie – la ponderazione degli interessi, che rappresenta un'attività anche complessa in cui i singoli interessi, già vagliati nella loro intrinseca consistenza, vengono messi a confronto per ricavarne la corretta soluzione per l'interesse generale, che ne costituisce la sintesi.

Dal punto di vista soggettivo la decisione può presentarsi monostrutturata, qualora intervenga solo la PA procedente, o pluristrutturata, qualora venga assunta in concorso con altre PA, anche se il provvedimento finale sia poi adottato dalla sola PA procedente.

Ai fini del DMP, ad ogni modo, non rilevano soltanto i profili esteriori della fase decisoria, direttamente percepibili dalla legge 241/90, ma anche i profili interni. Questi ultimi non si esteriorizzano in atti del procedimento, concretizzandosi in attività interne come riunioni, consultazioni e valutazioni svolte informalmente tra dirigenti o tra dirigenti e funzionari.

Una volta assunta la decisione amministrativa può essere analizzata sotto il profilo della forma o della sostanza, detto altrimenti sotto il profilo della legalità o del buon andamento, onde valutare se la legge sul procedimento abbia effettuato una scelta, nell'ambito del processo decisionale della PA, a favore del formalismo ovvero dell'antiformalismo.

La concezione formale, che ha imperato sino alla fine degli anni '50, concepiva il procedimento come una articolazione di sequenze preordinate ad implementare nel caso concreto gli elementi indicati dalla legge. Secondo tale ricostruzione, la decisione efficace è quella legittima, la bontà del risultato è un corollario del rispetto delle regole. L'efficienza è concepita solo al servizio della legalità, per cui la bontà della decisione assunta nel caso concreto dalla PA si apprezza dal rispetto e dall'aderenza delle regole previste dalla legge per la sua formazione. Per giudicare la validità di un atto non viene eseguita alcuna analisi comparativa tra il risultato previsto dalla norma e quello raggiunto nel caso concreto poiché non è possibile che ci sia divergenza tra quanto realizzato e quanto la norma codifica. Secondo questa dottrina, è il legislatore che stabilisce quando c'è irregolarità e quando illegittimità.

La concezione antiformalista, per parte sua, propugna una nuova concezione dell'azione amministrativa secondo la quale è legittimo ciò che è efficace, la bontà delle decisioni è apprezzata sulla base dell'effetto prodotto e non della rispondenza alle regole di formazione della decisione. Questa impostazione predica la legittimità della decisione "buona" anche se "irregolare", degradando, così, le ipotesi di illegittimità formali a mere irregolarità. Con maggiore sforzo esplicativo, quando la decisione, nonostante la violazione della regola formale, persegue efficacemente l'interesse generale, il provvedimento non sarà caducato, poiché non tutte le regole

giovano nel singolo caso al buon esito dell'azione amministrativa e, dunque, la loro violazione non deve sempre determinare l'illegittimità del provvedimento.

In sostanza la teoria antiformalista guarda alla rispondenza della decisione all'interesse sostanziale, unica circostanza in grado di condizionare o meno la validità del provvedimento.

La distinzione tra le anzidette concezioni si apprezza altresì osservando lo schema logico proprio di ciascuna: la teoria formalista è inquadrabile in una deduzione rigorosa, in quanto l'effetto è la conseguenza della sussunzione del potere nella norma, trattandosi di applicare la fattispecie astratta al caso concreto dal momento che l'interesse generale è cristallizzato nelle norme; la teoria antiformalista è inquadrabile, piuttosto, in una deduzione imperfetta, non essendo concepito in termini di mera sussunzione il rapporto fra potere e norma, in quanto la legge non può prevedere l'ottimo perseguimento dell'interesse bensì solo fissare lo scopo, la cui realizzazione è nel singolo caso.

Altro punto di emersione della contrapposizione tra le due teoriche sarebbe rinvenibile nella distinzione tra vizi che hanno struttura formale, come la violazione di legge e l'incompetenza, e vizi che hanno struttura sostanziale come l'eccesso di potere, i quali ultimi non postulano necessariamente una difformità diretta tra potere e norma. La concezione antiformalista, in realtà, reclama una diversa valutazione della decisione amministrativa, secondo il parametro della soddisfazione reale dell'utenza, in aderenza al principio di buon andamento e valorizzando le regole economiche come parametro dell'azione amministrativa, andando così al di là del rispetto formale e sostanziale della fattispecie astratta.

In particolare è l'attività discrezionale ad essere attinta da un simile mutamento di prospettiva, come testimonia la sua esclusione dal perimetro dell'art. 21 octies, comma 2. Nel caso dell'attività vincolata, difatti, la violazione di norme che non invalida il provvedimento è quella violazione che resta all'interno della legalità dell'azione amministrativa poiché è facilmente verificabile che la fattispecie concreta nel suo contenuto dispositivo non è diversa dalla fattispecie astratta. Nell'attività discrezionale, all'opposto, le norme procedurali guidano il formarsi della volontà, a salvaguardia del contenuto dispositivo, rendendo difficile stabilire se e quando la loro violazione non incida sul contenuto del provvedimento e non vada a scomporre la corrispondenza fra fattispecie concreta e fattispecie astratta. Il legislatore, invero, ha ritenuto che le violazioni procedurali conducono generalmente al distacco della fattispecie concreta da quella astratta, perché la decisione discrezionale è pregiudicata da un iter scorretto di formazione, che sicuramente impedisce un risultato conforme al fine pubblico o alla causa del potere. Proprio l'esclusione dell'eccesso di potere, che rappresenta un vizio tipico della discrezionalità, dalle violazioni suscettibili di sanatoria conferma tale tesi, in quanto la valutazione dell'eccesso di potere comporta come conseguenza necessitata anche la valutazione dell'alterazione del risultato previsto dalla fattispecie legale.

La portata dell'art. 21-octies esprimerebbe, quindi il punto di equilibrio dell'antitesi formalismo/antiformalismo, facendo sì che il formalismo colori la legalità formale e l'antiformalismo quella sostanziale.

Alla luce di quanto fin qui detto si può affermare che la legge 241/90 sposti una soluzione intermedia tra le due menzionate, dettando una serie di regole limitate, ma forti, che prevedono oneri a carico dell'amministrazione, essenziali alla corretta determinazione dell'interesse pubblico garantendo, al contempo, al cittadino coinvolto dal potere un parametro di riferimento per partecipare e per potersi difendere. Il procedimento diviene non più solo il luogo di emersione della fattispecie astratta, ma anche e soprattutto il luogo di costruzione e di adattamento dei fini; la decisione amministrativa, che rappresenta lo svolgimento del potere, si alimenterà sui due piani, quello della forma e quello della sostanza: la forma attiene all'ambito degli aspetti estrinseci dell'atto e alle norme sul procedimento; la sostanza attiene al comportamento procedimentale della PA, inteso come *decision making process*, nel quale trovano ingresso aspetti non correlati a previsioni formali, come l'acquisizione di fatti o interessi che non sono imposti da prescrizioni

normative ad hoc, la cui omessa o incompleta considerazione può causare l'illegittimità dell'atto per eccesso di potere.