



DE IUSTITIA

RIVISTA GIURIDICA

ISSN 2974-7562
ISBN xxx-xx-xxxxx-xx-x



Libellula

WWW.DEIUSTITIA.IT

Rivista scientifica Anvur

Rivista n° 1 / Gennaio 2022 Trimestrale

DE IUSTITIA - Rivista giuridica scientifica – www.deiustitia.it

Fondata da: Avv. Carlo Giordano - Dott.ssa Fabiana Iorio - Dott. Angelo Rubano

Diretta da: Dott. Francesco Boccia (Direttore scientifico) - Avv. Carlo Giordano (Condirettore Scientifico) - Dott. Angelo Rubano (Vicedirettore)

Direttore responsabile: Avv. Francesco Boccia

Comitato scientifico: Prof.ssa Carla Acocella - Prof. Amedeo Arena - Dott. Pierpaolo Arganelli - Dott. Alessandro Auletta - Prof. Adrian Bedford - Dott. Francesco Boccia - Avv. Emilio Boccia - Prof. Fernando Bocchini - Pres. Francesco Caringella - Prof. Avv. Gianluca Cascella - Avv. Gabriella De Maio - Dott. Mattia Di Florio - Dott.ssa Antonia Foglia - Dott. Marco Fratini - Prof. Rosaria Giampetraglia - Avv. Carlo Giordano - Cons. Roberto Giovagnoli - Avv. Pasquale Guida - Prof.ssa Laura Gutiérrez-Masson - Dott.ssa Fabiana Iorio - Avv. Luigi Lalla - Prof. Vincenzo Maiello - Pres. Luigi Maruotti - Dott.ssa Daniela Messina - Dott. Andrea Napolitano - Prof.ssa Anna Papa - Dott. Giacomo Palombino - Dott. Simone Petralia - Dott. Angelo Rubano - Prof.ssa Laura Solidoro - Dott.ssa Alessia Tomo - Avv. Silvia Tuccillo - Dott. Francesco Zappatore – Dott. Pierluigi Zarra

Comitato di referaggio: Prof.ssa Francesca Angiolini - Prof.ssa Maria Consiglia Botta - Prof. Antonio Cilento - Prof. Alberto De Vita - Prof. Fabrizio Ripa - Prof.ssa Francesca Salerno - Prof. Vincenzo Verdicchio

Comitato di redazione: Dott.ssa Abruzzi Leandra - Avv. Francesco Bottiglieri - Dott. Flavio Alessio Clemente - Avv. Gaetano del Giudice - Dott. Giuseppe Di Meglio - Avv. Davide Giordano - Dott. Francesco Iazeolla - Dott.ssa Paola Iazeolla - Dott. Vincenzo Iazzetta - Dott. Alessandro Iovino - Dott.ssa Viviana Francesca Ippolito - Dott.ssa Annamaria La Marca - Dott.ssa Iliaria Manna - Dott. Lorenzo Maruotti - Cons. Andrea Migliozi - Avv. Ferdinando Migliozi - Dott.ssa Edda Napolitano - Avv. Gianluca Pirozzi - Avv. Nicolò Rubino - Avv. Marina Sfarzo

Redattori: Dott.ssa Fabiana Iorio - Avv. Luigi Lalla - Dott. Flavio Alessio Clemente

Amministrazione: www.youcanprint.it selfpublishing
via Roma 73 - 73039 Tricase (Le)

Registrazione: presso il Tribunale di Napoli con decreto n. 2683 del 11.02.2015

Per ciascun articolo è effettuato un procedimento di revisione tra pari almeno a singolo cieco (one-side blind)

INDICE

PARTE I – DIRITTO AMMINISTRATIVO

Il ruolo dell'intelligenza artificiale nei processi decisionali della pubblica amministrazione.
di Gennaro Dezio **Pag. 3**

PARTE II – DIRITTO CIVILE

La parabola evolutiva della buona fede e poteri di intervento del giudice sul contratto.
di Edvige Centore **Pag. 11**

Affidamento fiduciario dalla genesi alle prospettive di applicazione.
di Francesca Zagaria **Pag. 44**

PARTE III – DIRITTO PENALE

Il controverso paradigma dell'abuso d'ufficio fino alla riforma del 2020.
di Cristina Lauritano e Roberta Chiummariello **Pag. 71**

Il ruolo dell'intelligenza artificiale nei processi decisionali della pubblica amministrazione

Di Gennaro DEZIO*

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. Intelligenze artificiali e pubblica amministrazione. 3. Il ruolo dei funzionari pubblici. 4. Brevi conclusioni.

ABSTRACT: *The development of digital technologies, artificial intelligence and algorithms will prove to be of extraordinary importance in the modernization of the administrative organization. However, this must take place in compliance with procedural guarantees and ensuring full protection for the interests of citizens.*

1. Premessa.

La tematica concernente le intelligenze artificiali, con le relative problematiche connesse agli specifici profili applicativi, è oggetto di una crescente attenzione all'interno del dibattito scientifico per le evidenti implicazioni che l'utilizzo delle stesse è in grado di produrre con riferimento ai processi decisionali delle istituzioni pubbliche¹, al funzionamento del mercato, e, in via generale, rispetto all'architettura stessa dello Stato ed al bilanciamento tra libertà individuali e autorità².

È del tutto evidente come, in tale quadro, emerga la necessità di assicurare che l'irreversibilità dello sviluppo tecnologico, che da strumento volto a coadiuvare e potenziare le capacità umane potrà col tempo, in parte, sostituirle, non vada a detrimento delle fondamentali esigenze di tutela individuali e collettive e che, anzi, costituisca occasione per immaginare un ancor più solido argine di tutela dei diritti fondamentali³.

Tale cambio di paradigma, ancora in corso, con il passaggio da un'informatica "servente-deduttiva", strumentale alla decisione umana, ad un'informatica

* Abilitato all'esercizio della professione forense e cultore della materia in Istituzioni di Diritto Privato presso l'Università degli Studi di Napoli "Parthenope".

¹ D.U. GALETTA, J.G. CORVALAN, Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto, in *Federalismi.it* (<http://www.federalismi.it>), Numero 3/2019, 6 febbraio 2019, pp. 1-23

² V. CAPUTI JAMBRENGHI, Uffici ed impiegati pubblici dallo Statuto albertino alla Costituzione nei centocinquanta'anni di Unità d'Italia (veduta di scorcio), in *Giustamm.it*, 2011.

³ A. PAJINO, M. BASSINI, G. DE GREGORIO, M. MACCHIA, F. PATTI, O. POLLICINO, et al. AI: Profili giuridici intelligenza artificiale: Criticità emergenti e sfide per il giurista, *Biola Journal*, 2019.

“predittiva”, idonea a prendere decisioni al posto dell’uomo⁴ è, probabilmente, il culmine di un processo evolutivo che trasformerà profondamente le pubbliche amministrazioni e l’agire delle stesse. Se da un lato la possibilità di “affidare” i processi decisionali⁵ ed i relativi provvedimenti ad intelligenze artificiali ed algoritmi potrebbe soddisfare quelle esigenze di speditezza e semplificazione dell’azione amministrativa, mai pienamente realizzate, dall’altro è opportuno evidenziare i limiti di questo nuovo approccio in mancanza, per il momento, sia a livello nazionale che europeo, di un omogeneo quadro regolatorio che disciplini puntualmente la materia⁶.

2. Intelligenze artificiali e pubblica amministrazione.

In un mondo sempre più interconnesso, giocoforza costretto, negli ultimi due anni, a ricorrere, in modo massivo, alla comunicazione a distanza, le nuove tecnologie digitali hanno finito, ancor più, per permeare ogni ambito della vita individuale e sociale⁷.

Ed in questa che è stata definita “quarta rivoluzione industriale”⁸ anche la pubblica amministrazione, così come i suoi stessi processi decisionali, sono stati interessati, ed in prospettiva rivoluzionati, dal ruolo assunto dalle intelligenze artificiali e dall’impiego di *big data* e di tecnologie di *cloud computing*.

Tali sistemi, che utilizzano componenti software e hardware, algoritmi⁹, sono chiamati a raggiungere specifici obiettivi assegnati in seguito all’analisi ed all’elaborazione dei dati a disposizione¹⁰. E, ciò, anche approntando soluzioni a o assumendo decisioni, prima spettanti all’intelligenza umana¹¹, volte a dare risposta ai bisogni ed alle necessità emergenti in molteplici ambiti di riferimento.

⁴ A. L. RUM, Il provvedimento amministrativo adottato mediante algoritmo: il ruolo dell’intelligenza artificiale nel processo decisionale della P.A., *il diritto amministrativo*.it, 13 maggio 2021.

⁵ Sul tema della decisione P. OTRANTO, *Decisione amministrativa e digitalizzazione della p.A.*, in *Federalismi*, n. 2/2018.

⁶ G. PINOTTI, *Amministrazione digitale algoritmica e garanzie procedimentali*. *Labour & Law Issues*, 7(1), I.77-I.95, 2021.

⁷ A. SOLA, *Utilizzo di big data nelle decisioni pubbliche tra innovazione e tutela della privacy*, in *medialaws.eu*, 24 dicembre 2020.

⁸ Si v., tra gli altri, G.E. VIGEVANI, C. MELZI D’ERIL, M. CUNIBERTI, M. BASSINI, *Diritto dell’informazione e dei media*, Torino, 2019.

⁹ L’algoritmo può essere definito come un insieme preciso di istruzioni o regole, o come una serie metodica di passaggi che possono essere utilizzati per fare calcoli, risolvere problemi e prendere decisioni.

¹⁰ L. RODIO, *Brevi riflessioni sul funzionamento e potenzialità dell’intelligenza artificiale in ambito giudiziario*, in *Amministrazione in cammino*, 21 ottobre 2020.

¹¹ D.U. GALETTA, J.G. CORVALAN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, op. cit.

Lo sviluppo e l'implementazione delle tecnologie considerate e, unitamente, l'utilizzo degli algoritmi, non solo in ottica conoscitiva ma anche decisionale, paiono poter rappresentare l'inizio di una fase di profondo rinnovamento per la pubblica amministrazione, aprendo a prospettive di automatizzazione del relativo processo decisionale, per lungo tempo inimmaginabili¹².

Il rinnovamento in parola, del resto, non attiene, ormai, alla mera sostituzione dei tradizionali strumenti cartacei con quelli digitali: in primo luogo, attraverso le nuove tecnologie, la P.A. dispone di un rinnovato strumentario idoneo a garantire una più semplice, ordinata ed efficiente gestione dello sconfinato patrimonio di dati a sua disposizione, facilitando conseguentemente l'accesso ai servizi da essa erogati, con evidente beneficio per l'effettività dei diritti dei cittadini/utenti e delle imprese¹³.

Il cambiamento considerato, tuttavia, riguarda la stessa organizzazione della P.A., la struttura e l'essenza del procedimento amministrativo, anche con riguardo all'imputabilità delle decisioni prese all'esito dello stesso che, quando attribuite ad una Intelligenza Artificiale, verrebbero a configurarsi come espressione di un potere "discrezionale"¹⁴.

Posto che, in via generale, la digitalizzazione della pubblica amministrazione costituisce un principio dell'azione amministrativa, *ex art. 3bis* l. n. 241/1990, finalizzato al miglioramento della stessa, così come poi espressamente riconosciuto anche dall'art. 12 d.lgs. n. 82/2005¹⁵, e che, come specificato anche all'interno del Codice dell'Amministrazione Digitale, dall'uso delle ICT potrebbero scaturire effetti positivi in punto di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione, assurgendo le stesse a garanzia dell'effettività dei diritti di cittadini e imprese, non vi è attualmente, nel nostro quadro ordinamentale, una norma generale che preveda l'impiego di sistemi di AI nell'adozione di atti amministrativi, disciplinandone le relative modalità¹⁶. È stata quindi in primo luogo la giurisprudenza, a delineare un perimetro di regole e necessarie garanzie grazie alle quali potesse ritenersi legittimo l'utilizzo

¹² M. FALCONE, La data science come nuovo sapere dei funzionari pubblici, Papers Convegno AIPDA 2019, in www.aipda.it

¹³ M. D'ANGELOSANTE, La consistenza del modello dell'amministrazione 'invisibile' nell'età della tecnificazione: dalla formazione delle decisioni alla responsabilità per le decisioni, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA, La Tecnificazione, Firenze, 2016.

¹⁴ Cfr. F. DONATI, Intelligenza Artificiale e giustizia, in *Rivista AIC*, n. 1/2020, 415.

¹⁵ A. SOLA, Utilizzo di big data nelle decisioni pubbliche tra innovazione e tutela della privacy, *op. cit.*

¹⁶ P. OTRANTO, Riflessioni in tema di decisione amministrativa, intelligenza artificiale e legalità, in *Federalismi.it*, 10 marzo 2021.

da parte della P.A. degli algoritmi e dei principali strumenti di Intelligenza Artificiale¹⁷. Posto che, ormai da tempo, sia la dottrina sia la stessa giurisprudenza non hanno mancato di rilevare come l'atto risultante da processi di elaborazione elettronica presenti indubbi vantaggi in termini di osservanza della legge, di prevenzione della corruzione, di completezza dell'istruttoria e di riduzione di rischi di disparità di trattamento, allo stato attuale può ritenersi pacifico escludere che l'intelligenza artificiale possa sostituire completamente quella umana, in particolar modo ove si tratti di attività amministrativa discrezionale.

Diverso discorso può farsi relativamente agli atti c.d. a bassa discrezionalità per i quali, invece, si ritiene che la decisione possa essere demandata a strumenti tecnologici e, analogamente, anche per gli atti a discrezionalità tecnica in riferimento ai quali si ritiene possa essere ammissibile provvedere mediante una decisione affidata all'automazione, visto che, in tali casi, il carattere discrezionale si fonda su un giudizio tecnico e non su un bilanciamento di contrapposti interessi¹⁸.

All'emersione di un primo orientamento, piuttosto restrittivo, di cui è espressione la sentenza TAR Lazio n. 10964/2019 con la quale i giudici amministrativi chiarivano che la funzione servente da attribuire alle procedure informatiche fa sì che queste abbiano carattere strumentale e meramente ausiliario nell'ambito del procedimento amministrativo e, di conseguenza, mai sostitutivo dell'attività dell'uomo, fa seguito poi un atteggiamento di maggiore apertura da parte della giurisprudenza.

Ed infatti il CDS, con la sentenza n. 2270/2019, chiarisce che fermo restando il rispetto dei principi fondamentali del nostro ordinamento, la possibilità di pervenire ad una decisione all'esito di una procedura informatica è da ritenersi conforme ai canoni di efficienza ed economicità (art. 1 l. 241/90) e quindi di buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.), con innegabili vantaggi in punto di riduzione dei tempi procedurali e di imparzialità della decisione algoritmica¹⁹.

¹⁷ G. PINOTTI, Amministrazione digitale algoritmica e garanzie procedurali, op. cit.

¹⁸ A. L. RUM, Il provvedimento amministrativo adottato mediante algoritmo: il ruolo dell'intelligenza artificiale nel processo decisionale della P.A., op. cit.

¹⁹ Sul punto si v., Si v. G. AVANZINI, Decisioni amministrative e algoritmi informatici, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019; F. COSTANTINO, Rischi e opportunità del ricorso delle amministrazioni alle predizioni dei big data, in *Diritto pubblico*, 1/2019.

In riferimento all'attività vincolata procedono, poi, i giudici amministrativi sancendo i limiti all'utilizzo della decisione automatizzata ed i principi che invece governano la regola algoritmica, la quale:

- ha piena valenza giuridica e amministrativa, anche se viene declinata in forma matematica e, per tale ragione, è subordinata ai principi generali dell'attività amministrativa;
- non può lasciare spazi di applicazione discrezionale, ma deve ragionevolmente prevedere una soluzione per tutti i casi possibili;
- non può prescindere da un ruolo *ex ante* di mediazione e composizione di interessi da parte della p.a., anche per mezzo di costanti aggiornamenti dell'algoritmo;
- deve contemplare la possibilità che sia il giudice a valutare la correttezza del processo automatizzato in tutte le sue componenti.

In definitiva, l'algoritmo deve essere considerato a tutti gli effetti come un atto amministrativo informatico e, conseguentemente deve essere conoscibile (per quanto riguarda autori, procedimento di elaborazione e decisionale) al fine di poter accertarne la conformità alla legge ed ai fini previsti dalla pubblica amministrazione.

Deve, inoltre, poter essere sottoposto al sindacato giurisdizionale a tutela delle esigenze di garanzia della sfera giuridica del cittadino.

In seguito, il Consiglio di Stato con le tre sentenze gemelle 8472, 8473 e 8474 del 2019 (e successivamente con la n.881 del 2020) ha fondamentalmente confermato quanto statuito con la pronuncia analizzata in precedenza.

Vi è di più.

Infatti, secondo i giudici amministrativi è possibile estendere anche all'attività discrezionale della P.A. la possibilità di utilizzare la decisione algoritmica al fine di ottenere, anche negli ambiti applicativi di questa, i medesimi vantaggi in termini di efficienza e neutralità: ciò tuttavia dovrà avvenire nel rispetto della completa e previa conoscibilità, a monte, del modulo utilizzato e dei criteri applicati con riguardo alla decisione algoritmica, garantendo che la decisione sia imputata all'organo titolare del potere che deve poter verificare di logicità e legittimità della scelta operata dall'algoritmo.

Il CdS, inoltre, pone l'accento sui principi derivanti dal diritto eurounitario rilevanti in materia: il riferimento è innanzitutto ai principi di conoscibilità e comprensibilità, sulla base dei quali cui ognuno ha diritto a conoscere l'esistenza di processi decisionali automatizzati che lo riguardino ed a ricevere informazioni significative sulla logica utilizzata.

Segue, poi, il principio di non esclusività della decisione algoritmica: dovrà cioè sempre essere previsto, nel processo decisionale, un apporto umano idoneo a controllare, validare ovvero inficiare la decisione algoritmica²⁰.

Infine, il CdS rileva che, in base al considerando n. 71 del Regolamento 679/2016, è opportuno che il titolare del trattamento utilizzi procedure appropriate per la profilazione, garantendo misure tecniche e organizzative adeguate che assicurino la correzione di quei fattori da cui possano scaturire dati inesatti, limitando al massimo, nel contempo, il rischio di errori al fine di garantire la sicurezza dei dati personali ed evitare qualsivoglia effetto discriminatorio²¹.

3. Il ruolo dei funzionari pubblici.

Le più recenti evoluzioni tecnologiche e lo sviluppo delle intelligenze artificiali rappresentano senza dubbio una conquista per le amministrazioni pubbliche. Parimenti, ad oggi, è da escludersi la possibilità di sostituire con algoritmi la figura del responsabile del procedimento.²²

Lo stesso²³, diversamente, potrà beneficiare dei vantaggi offerti dall'amministrazione digitale algoritmica²⁴ così da svolgere con maggiore celerità e precisione la fase istruttoria, riducendo quindi tempi e margini di errore senza però il procedimento possa prescindere dalle sue competenze²⁵. L'algoritmo, insomma, sebbene impiegato nell'ambito della gestione ed elaborazione di dati e informazioni, non potrà spingersi fino a valutare gli esiti della fase istruttoria

²⁰ A. L. RUM, Il provvedimento amministrativo adottato mediante algoritmo: il ruolo dell'intelligenza artificiale nel processo decisionale della P.A., op. cit.

²¹ In base alla razza, origine etnica, opinioni politiche, religione o convinzioni personali, appartenenza ad un sindacato, salute o orientamento sessuale.

²² D.U. GALETTA, La Pubblica Amministrazione nell'era delle ICT: sportello digitale unico e Intelligenza Artificiale al servizio della trasparenza e dei cittadini?, in *Ciberspazio e Diritto*, n. 3/2018.

²³ Sul punto, si v., *ex multis* F. PATRONI GRIFFI, La l. 7 agosto 1990, n. 241 a due anni dall'entrata in vigore. Termini e responsabile del procedimento: partecipazione procedimentale, in *Il Foro it.*, 1993, fasc. 2, 65 ss., M. OCCHIENA, Il "nuovo" responsabile del procedimento, la responsabilità dei dirigenti pubblici e il labile confine tra la politica e l'amministrazione, in *Verso un'amministrazione responsabile*, Giuffrè, 2005, 245 ss.; S. USAI, Il responsabile del procedimento amministrativo, Maggioli, 2014.

²⁴ Sul punto, si v., A. SIMONCINI, Amministrazione digitale algoritmica. Il quadro costituzionale, in R. CAVALLO PERIN, D.U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Giappichelli, Torino, 2020.

²⁵ C. BENETAZZO, Intelligenza artificiale e nuove forme di interazione tra cittadino e pubblica amministrazione, in www.federalismi.it, 27 maggio 2020

e/o a prendere la decisione autonomamente in modo autonomo ed indipendente²⁶.

Il ruolo operativo svolto dal funzionario preposto si differenzierà, quindi, in base al tipo di tecnologia adoperata, consistendo in una forma di controllo esterno in presenza di procedure pienamente automatizzate o di vera e propria attività decisoria, seppur coadiuvata nella fase istruttoria dalla AI, in riferimento alle procedure più complesse²⁷.

In tale contesto, al fine di beneficiare appieno dei vantaggi offerti dallo sviluppo delle tecnologie digitali e delle intelligenze artificiali non solo bisognerà dotare la P.A. di idonee infrastrutture digitali e adeguati strumenti tecnologici, ma, ancor di più, rafforzare le competenze digitali delle amministrazioni attraverso professionalità competenti, capaci di comprenderne a fondo i diversi meccanismi di funzionamento ed i relativi risultati nell'ambito del processo decisionale pubblico²⁸.

In tal senso è auspicabile un organico riassetto delle professionalità della p.a. che sia idoneo a sviluppare coerentemente la già manifestata volontà legislativa²⁹ di verificare il fabbisogno assunzionale delle amministrazioni e di provvedere ad assumere figure esperte, idonee a gestire tale nuova fase di riorganizzazione amministrativa³⁰.

Il tratto peculiare, fortemente specialistico, delle tecnologie in esame non può prescindere dall'apporto di competenze altamente specializzate idonee a ben padroneggiare la nuova dimensione della gestione del patrimonio informativo e dei processi decisionali. La necessità di un approccio di tipo prettamente manageriali ai dati a disposizione rende fondamentale la previsione di specifiche figure, *i.e.* quella del *data scientist*, che si facciano portatrici, all'interno dell'organizzazione amministrativa³¹, di nuove conoscenze tecniche che vadano a integrarsi con il tradizionale sapere tradizionali giuridico, economico, statistico, informatico ed ingegneristico.

Tale ultimo profilo professionale si dovrà occupare della progettazione di algoritmi e delle connesse architetture di dati, avendo al contempo una

²⁶ D.U. GALETTA, J.G. CORVALAN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, op. cit.

²⁷ G. PINOTTI, *Amministrazione digitale algoritmica e garanzie procedimentali*, op. cit.

²⁸ M. FALCONE, *La data science come nuovo sapere dei funzionari pubblici*, op. cit.

²⁹ Si v. ad es. la legge 7 agosto 2015, n. 124 e la legge 19 giugno 2019, n. 56.

³⁰ Sul punto si v., tra gli altri, A. PIOGGIA, *L'organizzazione e le nuove tecnologie*, in F. MERLONI (a cura di), *Introduzione all'egovernment*, Giappichelli, Torino, 2005.

³¹ Sul punto si v., G. VESPERINI, *L'organizzazione*, in S. CASSESE (a cura di) *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2012.

preparazione giuridica basilare ed una cognizione del funzionamento della macchina amministrativa. Indispensabile si rivelerà una proficua e continua interazione con gli altri funzionari e con i dirigenti di riferimento, al fine di realizzare sinergie idonee a promuovere l'ottimale funzionamento degli algoritmi e la corretta interpretazione dei risultati ottenuti.

Siffatto circuito, soprattutto, dovrà garantire che tali meccanismi operativi con le conseguenti risultanze siano utilizzate all'interno di un quadro che assicuri la tutela dei diritti ritenuti meritevoli di protezione dal nostro ordinamento. Appare evidente, quindi, che per un proficuo svolgimento dell'attività amministrativa non solo bisognerà investire risorse su un rinnovamento e su un rafforzamento del sapere tecnico ma anche su un nuovo approccio alla cultura manageriale pubblica, che dovrà ben padroneggiare le nuove tecnologie, le nuove dinamiche da esse previste, il patrimonio di dati ed l'apporto conoscitivo prodotto dalle loro elaborazioni³².

4. Brevi conclusioni.

In assenza di un quadro regolatorio, nazionale e sovranazionale, che disciplini interamente le procedure decisionali automatizzate della p.a., l'elaborazione giurisprudenziale è intervenuta per fissare quegli indispensabili paletti che evitino abusi o di condotte arbitrarie delle amministrazioni ai danni dei cittadini destinatari dei provvedimenti amministrativi emanati col contributo dell'intelligenza artificiale³³. Solo così e solo approntando un chiaro apparato di regole giuridiche, in concreto ed anche nella percezione dei cittadini/utenti, l'uso dell'Intelligenza Artificiale e delle ICT assurgerà a contributo fondamentale al perseguimento dell'interesse pubblico in termini di buona amministrazione e sviluppo sostenibile.

Concludendo, al fine di garantire la piena funzionalità del circuito, occorrerà che all'interno della pubblica amministrazione si garantisca la presenza di figure professionali con competenze specifiche, orientando a tal fine i fabbisogni assunzionali e le politiche di riqualificazione del personale in servizio, a vantaggio, di nuovo, del buon andamento della p.a. e, conseguentemente, della competitività del sistema-Paese³⁴.

³² M. FALCONE, La data science come nuovo sapere dei funzionari pubblici, op. cit.

³³ A. L. RUM, Il provvedimento amministrativo adottato mediante algoritmo: il ruolo dell'intelligenza artificiale nel processo decisionale della P.A., op. cit.

³⁴ A. SOLA, Utilizzo di big data nelle decisioni pubbliche tra innovazione e tutela della privacy, op. cit.

La parabola evolutiva della buona fede e poteri di intervento del giudice sul contratto

Di Edvige CENTORE*

Sommario: **1.** Buona fede come "apriscatole giuridico". Da clausola generale a principio generale. **2.** (segue) da regola di comportamento a regola di validità. **3.** Buona fede integrativa, tra eteronomia e autonomia privata. Gli obblighi di protezione **4.** Buona fede, controllo giudiziale nella legislazione e nella giurisprudenza. Verso un principio di giustizia contrattuale? **5.** Conclusioni.

ABSTRACT: *The present work aims to analyze the evolution of good faith, which from a general clause has assumed the role of general principle of the legal system. This glow up has had a series of consequences, so much so that sometimes any behavior in breach of good faith is such as to affect the validity of the contract itself. It is therefore interesting to understand the impact of this evolution of good faith on the configurability of a principle of contractual justice and on the admissibility of a power of the judge to affect the contract, beyond the specific hypotheses provided for by the civil code. To this end, it is useful to analyze the most recent pronouncements on the subject.*

1. La buona fede come "apriscatole giuridico". Da clausola generale a principio generale.

La buona fede rappresenta la "clausola generale per eccellenza"³⁵. Essa ha un ruolo centrale nel sistema civilistico³⁶, in quanto costituisce un criterio di

* Dottoranda in Scienze Giuridiche, curriculum civilistico, presso l'Università degli Studi di Salerno.

³⁵ CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, cit., 29. Sul tema, *amplius*, BIGLIAZZI GERI, voce *Buona fede nel diritto civile*, in *Digesto discipline privatistiche*, sez. civ., II, 1988, 154 ss.

³⁶ In senso critico, cfr. R. RORDORF, *Buona fede e nullità selettiva nei contratti d'investimento finanziario*, in *Questione Giustizia*, 7 gennaio 2020, il quale sostiene che il principio di buona fede "talvolta finisce per essere adoperato come una sorta di *passepartout*, cui l'interprete si affida per cavarsi d'impaccio in presenza di nodi interpretativi assai intricati, evitando così scelte troppo nette", cit., 9. Così v. C. CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti «reticolari»*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, vol. 4, 549 ss., la quale osserva che la buona fede sia ingiustamente utilizzata "alla stregua

integrazione anche cogente, nonché di interpretazione fondamentale del contratto (art. 1366 c.c.)³⁷. Essa è, nel contempo, principio che informa il diritto dei contratti e regola positiva, che compare ripetutamente nelle disposizioni codicistiche e che peraltro trova ampi spazi anche nei progetti di codificazione europea³⁸. Non a caso, essa è stata definita come "norma verticale, un principio di integrazione dell'intera gerarchia delle fonti", ossia "di ogni norma di produzione codificata del diritto, costituzionale, legislativa e ora anche comunitaria"³⁹.

In particolare, le clausole generali, tra cui rientra la buona fede, si pongono a mezza via tra regole e principi, quali strumenti più adeguati rispetto al dinamismo crescente della realtà, irriducibile alla tipizzazione di ipotesi già definite⁴⁰, operando quale "collante tra le previsioni particolari e l'assetto valoriale dell'ordinamento"⁴¹.

La centralità da esse assunta emerge non solo dal frequente impiego normativo, già nel codice civile del '42⁴², ma soprattutto dalla molteplicità di definizioni che

di una improbabile bacchetta magica utile a sanzionare presunti abusi o apparenti squilibri contabili nel nome di una altrettanto improbabile equità/solidarietà", cit., 588.

³⁷ Sulla buona fede interpretativa, v. Cass., 6 maggio 2015, n. 9006, in cui si chiarisce che "l'obbligo di buona fede oggettiva o correttezza ex art. 1366 c.c. [...], quale criterio d'interpretazione del contratto (fondato sull'esigenza definita in dottrina di solidarietà contrattuale), si specifica in particolare nel significato di lealtà, sostanziandosi nel non suscitare falsi affidamenti e non speculare su di essi come pure nel non contestare ragionevoli affidamenti comunque ingenerati nella controparte [...]. A tale stregua esso non consente di dare ingresso ad interpretazioni cavillose delle espressioni letterali contenute nelle clausole contrattuali, non rispondenti alle intese raggiunte [...], e deponenti per un significato in contrasto con la ragione pratica o causa concreta dell'accordo negoziale"

³⁸ Così, F. VIGLIONE, *Il giudice riscrive il contratto per le parti: l'autonomia negoziale stretta tra giustizia, buona fede e abuso del diritto*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 3/2010, cit., 148.

³⁹ MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, Milano, 2001, cit., 7.

⁴⁰ In tal senso, v. S. RODOTÀ, *Perché laico*, Bari, 2010, il quale osserva che le clausole generali rappresentano "finestre aperte su un mondo sempre più mutevole" e che esse "hanno la funzione di consentire l'adattamento della norma alla realtà senza bisogno di continui aggiustamenti legislativi", cit., 91.

⁴¹ Così, I. L. NOCERA, *Buona fede e giustizia nel diritto dei contratti*, in *Giust civ.*, 2014, cit., 19.

⁴² Tra le clausole generali individuate dalla dottrina, si pensi alle nozioni di ordine pubblico (artt. 1343 c.c. e 16 l. n. 218/1995), buon costume (artt. 1343 e 2035 c.c.), equità, diligenza e correttezza (artt. 1176 e 1175 c.c.) e di buona fede (artt. 1337, 1366 e 1375 c.c.), alla diligenza del datore di lavoro (art. 2087) e del prestatore di lavoro (art. 2104 c.c.). Per un inquadramento in tal senso, cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 223 ss.

la dottrina cerca di individuare: "strumenti autopoietici"⁴³, "apriscatole giuridici"⁴⁴, "finestre aperte"⁴⁵, "concetti valvola"⁴⁶, "polmoni vitali dell'ordinamento"⁴⁷, "membrane traspiranti"⁴⁸. Le clausole generali, infatti, consentono di cogliere e valorizzare le indicazioni provenienti dall'ambiente socio-economico in cui il regolamento contrattuale si inserisce⁴⁹ e assicurano all'ordinamento di "tenersi al passo coi tempi"⁵⁰, "senza che sia necessario un ininterrotto, faticoso, quasi sempre tardivo aggiornamento attraverso nuove norme"⁵¹. L'obiettivo è, senz'altro, quello di garantire "un adeguamento delle norme alla realtà da disciplinare, articolata e mutevole nel tempo"⁵². La buona fede nasce come clausola generale e diventa principio generale dell'ordinamento, fondamentale del sistema, soprattutto alla luce della

⁴³ Così, M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra Codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006, cit., 9.

⁴⁴ Così, R. PARDOLESI, *Un nuovo super-potere giudiziario: la buona fede demolitrice e demolitoria*, in *Foro it.*, 2014,, 2039 ss.

⁴⁵ S. RODOTÀ, *Perché laico*, Bari, 2010, cit., 91.

⁴⁶ M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale: Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006, secondo il quale le clausole generali "seppur in ambiti limitati, autorizzerebbero una relativa apertura del sistema giuridico a principi e valori direttamente mutuati dall'idea di giustizia o attinti nella coscienza sociale", cit., 16.

⁴⁷ Espressione utilizzata da A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1999, cit., 51.

⁴⁸ L. GUERRINI, *Coronavirus, legislazione emergenziale e contratto: una fotografia*, in *Giustizia civile*, 5/2020, il quale ritiene che le clausole generali siano "membrane traspiranti che consentono [...] una via di comunicazione tra contratto e contesto storico in cui vive la società", cit., 9.

⁴⁹ Cfr. RODOTÀ, *Le clausole generali nel tempo del diritto flessibile*, in A. ORESTANO (a cura di), *Lezioni sul contratto*, 2009. In tal senso, v. pure E. ROPPO, *Istituzioni di diritto privato*, Bologna, 2001, il quale chiarisce che le clausole generali "ricevono il loro senso dal clima sociale e culturale dell'ambiente in cui devono essere applicate", cit., 29; cfr. anche L. NIVARRA, *Ragionevolezza e diritto privato*, in AA. VV., *Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica*, 7, 2002, il quale chiarisce la necessità che l'interpretazione si adegui "alla ratio del sottosistema nell'ambito del quale la clausola generale viene richiamata", cit., 375.

⁵⁰ L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F.D. BUSINELLI, U. NATOLI, *Diritto civile*, I, Torino, 1987, cit., 19.

⁵¹ Così, S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2016, cit., 43.

⁵² Così, Cass., 19 marzo 2008, n. 7388.

“essenziale⁵³”, “connaturale⁵⁴” ed “intenzionale indeterminatezza⁵⁵” che la caratterizza. Essa è, ormai, elevata a regola generale di riferimento da perseguire utilizzando le direttrici rappresentate dalle libertà fondamentali, dai diritti umani e da ogni legge costituzionale applicabile⁵⁶. La conferma del rinnovato interesse e di una vera e propria rivalutazione da parte della dottrina del ruolo della buona fede emerge da quell'impostazione secondo la quale essa si inserisce nel sistema dei valori costituzionali, in stretta connessione con il principio di solidarietà enunciato ex art. 2 Cost.

In particolare, nel tempo si è posto il problema della applicazione diretta dei principi costituzionali (solidarietà, eguaglianza formale e sostanziale, primato dei diritti e dei doveri della persona, pluralismo sociale) nel contratto (cd. *Drittwirkung*), da intendersi come “la capacità di fondare concettualmente delle clausole, e teleologicamente delle fattispecie legali, ponendosi all'interno, per così dire, della vicenda produttiva della norma positiva, e trovando in essa il proprio momento di diretta applicazione⁵⁷”.

Sul punto la dottrina prevalente⁵⁸, ma anche la giurisprudenza hanno progressivamente mostrato aperture, consentendo al giudice l'applicazione

⁵³ Di essenzialità parla G. D'AMICO, *Note in tema di clausole generali*, in *In iure praesentia*, 1989, il quale sottolinea come sia essenziale che “la norma presenti una *struttura aperta*, nel senso che non operi essa stessa la qualificazione giuridica del fatto, ma ‘deleghi’ questo compito all'interprete. Non dunque una ‘fattispecie’ già definita dal legislatore, [...] bensì una fattispecie che spetta al giudice costruire”, cit., 438.

⁵⁴ D'ANGELO, *Contratto e operazione economica*, Torino, 1992, cit., 266.

⁵⁵ Così definita da S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, cit., 728. Sulla stessa scia, v. F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995, il quale chiarisce come la buona fede sia indeterminata “per scelta del legislatore”, che avrebbe sì “potuto formulare lo stesso concetto attraverso una norma ‘ordinaria’”, ma “sceglie di mantenerne la genericità sia a livello di fatto che di diritto”, cit., 96.

⁵⁶ I. L. NOCERA, *Buona fede e giustizia nel diritto dei contratti*, in *Giust. civ.*, 2014, cit., 6.

⁵⁷ Così, G. M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino, 2004, cit., 72. Sul punto, cfr. G. D'AMICO, *Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, il quale definisce la “diretta applicabilità” quale “affermazione della idoneità delle norme costituzionali – anche quando esse siano (espresse in forma di) principi – a fornire immediatamente e direttamente la disciplina di un rapporto tra privati”, cit., 448.

⁵⁸ Sull'argomento, cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, il quale osserva che “non sussistono [...] argomenti che contrastino l'applicazione diretta dei principi costituzionali: la norma costituzionale può, anche da sola (quando manchino norme ordinarie che disciplinino la fattispecie), essere la fonte della disciplina di un rapporto giuridico di diritto civile”, cit., 553. In tempi recenti, v. BACHELET, *Abuso di dipendenza economica e squilibrio nei contratti tra imprese*, Milano, 2020, p. 218 ss., secondo

diretta dei principi nel contratto, sebbene con grande cautela. Il costituzionalismo, infatti, supera il dogma della avalutatività positivista e della concezione dell'organo giurisdizionale quale *bouche de loi*⁵⁹, riconoscendogli spazi di intervento interpretativo ed ortopedico, quale "mediatore tra il testo normativo e la realtà sociale"⁶⁰. Né sarebbe corretto far riferimento ad un vero e proprio "arbitrio" del giudice, ma, al più, alla mera discrezionalità "che ogni applicazione di norme, di qualsivoglia norma giuridica, consente, anzi richiede, all'interprete"⁶¹; in sostanza, le decisioni del giudice "potranno essere più o meno condivisibili, ma tutte saranno egualmente ammissibili, e dunque non arbitrarie rispetto al silenzio legale"⁶².

In particolare, la giurisprudenza ha riconosciuto la "intervenuta costituzionalizzazione dei rapporti di diritto privato", la quale richiede il necessario "bilanciamento di valori, di pari rilevanza costituzionale, stante la riconosciuta confluenza nel rapporto negoziale - accanto al valore costituzionale della iniziativa economica privata [...] di un concorrente dovere di solidarietà nei rapporti intersoggettivi (art. 2 Cost.)"⁶³. Ciò si realizza soprattutto attraverso la

il quale riconosce il principio di buona fede "costituzionalizzato" e ritiene "abbastanza inequivocabile che la prospettiva è, in realtà, quella dell'applicazione immediata [...] dei principi costituzionali, a cominciare da quello di solidarietà, che fa degradare il resto dell'argomentazione tecnica inerente alle clausole generali di diritto privato al rango di "orpello", cit., 226.

In senso contrario, cfr. P. RESCIGNO, *Introduzione al codice civile*, Bari, 2001, il quale sostiene che, rispetto alla diretta applicabilità dei principi costituzionali ai rapporti interprivati "deve respingersi una generale risposta positiva", in quanto "gli strumenti tradizionali del diritto privato appaiono generalmente sufficienti al controllo delle manifestazioni della stessa autonomia anche nei termini del conflitto coi valori sanciti dal testo costituzionale. In particolare, il principio dell'ordine pubblico si presenta idoneo al controllo delle manifestazioni dell'autonomia negoziale che vengano ad urtare contro principi costituzionali", cit., 63.

⁵⁹ Con tale espressione si intende la concezione del giudice quale "passivo ripetitore di una volontà che si vuole compiutamente espressa dal legislatore": M. SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto civile*, Torino, 2018, cit., 625.

⁶⁰ E. ROPPO, *Istituzioni di diritto privato*, Bologna, 2001, cit., 29.

⁶¹ Così, C. SALVI, *Norme costituzionali e diritto privato. Attualità di un insegnamento*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, cit., 240.

⁶² Così, V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010, cit., XVII. In tal senso, cfr. anche M.R. MORELLI, *La buona fede come limite all'autonomia negoziale e fonte di integrazione del contratto nel quadro dei congegni di conformazione delle situazioni soggettive alle esigenze di tutela degli interessi sottostanti*, in *Giust. civ.*, 1994, I, il quale ritiene che, applicando le clausole generali, "il giudice non è infatti chiamato a volteggiare, senza rete, nei cieli dell'etica. Tutt'altro. Il suo compito segue una partitura quasi 'a rima obbligata'", cit., 2173.

⁶³ In tal senso, Cass., 24 settembre 1999, n. 10511. In dottrina, cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, I, Napoli, 2006,

valutazione circa la meritevolezza di interessi, "secondo l'ordinamento giuridico", ex art. 1322, co. 2 c.c., la quale deve essere in ogni caso parametrata "ai superiori valori costituzionali – oggi come interpretati e reciprocamente influenzati dai principi dell'ordinamento dell'Unione europea e da quelli desumibili dalla Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo – previsti a garanzia degli specifici interessi perseguiti"⁶⁴. Infatti, si è sostenuto che la solidarietà rappresenti "la base sulla quale devono fondarsi le soluzioni in tutti i conflitti in cui debba decidersi a chi accollare le conseguenze negative del comportamento contrario a buona fede"⁶⁵, la quale ad essa si collega come fonte integrativa del contratto, "intesa come criterio di comportamento capace di disciplinare l'azione dei soggetti nella pratica degli affari in forza dell'appartenenza a una comunità, dando concretezza al principio della parola data (*pacta sunt servanda*)"⁶⁶. Tra le probabili conseguenze della violazione della buona fede si faceva riferimento al risarcimento del danno, alla risoluzione del contratto e, in casi

il quale osserva che "si prospetta per il civilista un vasto e suggestivo programma d'indagine, che si propone l'attuazione di obiettivi qualificati: individuare un sistema del diritto civile maggiormente armonizzato ai principi fondamentali e, in particolare, ai bisogni esistenziali della persona; ridefinire il fondamento e l'estensione degli istituti giuridici, specialmente civilistici, sottolineando i loro profili funzionali in un tentativo di rivalizzazione delle singole normative alla luce di un rinnovato giudizio di meritevolezza; verificare e adeguare le tecniche e le nozioni tradizionali (dalla situazione soggettiva al rapporto giuridico, dalla capacità di agire alla legittimazione ecc.), in uno sforzo di ammodernamento dello strumentario e, in particolare, della teoria dell'interpretazione", cit., 555.

⁶⁴ Così, Cass., 19 giugno 2009, n. 14343. Cfr. anche Cass., 1 aprile 2011, n. 7557; Cass., 10 gennaio 2012, n. 65, le quali sottolineano "l'interazione, sulle previgenti norme codicistiche, delle superiori e successive norme di rango costituzionale e sovranazionale comunque applicabili quali principi informatori fondanti dell'ordinamento stesso".

⁶⁵ G. SICCHIERO, *Appunti sul fondamento costituzionale del principio di buona fede*, in *Giurisprudenza italiana*, 1993, cit., 234. In senso contrario, cfr. L.MENGONI, *Fondata sul lavoro: la Repubblica tra diritti inviolabili dell'uomo e doveri inderogabili di solidarietà*, in C. CASTRONOVO, A.ALBANESE, A. NICOLUSSI (a cura di), *Scritti, I, Metodo e teoria giuridica*, Milano, 2011, il quale ritiene che "nemmeno alla nozione costituzionale di solidarietà può essere avvicinato il concetto civilistico di buona fede (o correttezza) [...]. La buona fede (oggettiva) è un criterio regolatore di rapporti paritari tra soggetti portatori di interessi (individuali) simmetrici, mentre la solidarietà è un criterio regolatore di interessi che non si contrappongono su un medesimo piano: essa ha una dimensione collettiva, significa *farsi carico*, nell'esercizio di un diritto individuale di libertà, anche del bene comune, almeno nel senso minimale – spiegato dall'art. 41, comma 2, con riguardo all'esercizio della libertà di iniziativa economica – di non perseguire il proprio interesse individuale in contrasto con l'utilità sociale e con l'interesse generale al rispetto della sicurezza, della libertà e della dignità umana", cit., 143.

⁶⁶ U. MATTEI, A. QUARTA, *Tre tipi di solidarietà. Oltre la crisi nel diritto dei contratti*, in *Giust. civ., Emergenza Covid-19 - Speciale n. 3*, 2020, cit., 336.

eccezionali (ossia nel caso di violazione della buona fede sfociata in dolo contrattuale), all'annullamento del contratto; ancora, al disconoscimento degli effetti del contratto o alla modifica giudiziale del contratto.

Tuttavia, l'impostazione tesa ad applicare la buona fede nel contratto con valore precettivo, ammettendo che l'art. 2 Cost. ed il principio di solidarietà entrino nel contratto, comporta una serie di dubbi.

Il primo verte sulla possibilità di immaginare la buona fede come strumento di controllo dell'equilibrio del contratto e come strumento per ricondurre ad equità il contratto eventualmente squilibrato: dal momento che la buona fede è clausola vaga, se si ammettesse ciò, si attribuirebbe un potere dirompente al giudice, con il rischio che quest'ultimo si trovi solo alle prese con un criterio eccessivamente elastico, al punto tale da dare libero sfogo al suo "estro arbitrario"⁶⁷. Inoltre, vi è un atto di autonomia privata che è tendenzialmente insindacabile, in quanto le parti sono tendenzialmente libere di darsi un determinato assetto di interessi⁶⁸, salvo che il contratto non sia contrario a "ordine pubblico" e "buon costume", che sono altre clausole generali: in tali ipotesi, si giungerebbe alla nullità.

Al di là di tali perplessità, orientamento ormai prevalente ritiene che, attraverso la buona fede, possa ipotizzarsi un controllo del giudice del contratto e la possibilità di ricondurlo ad equità. Si supera, infatti, il prospettato potenziale conflitto tra buona fede ed autonomia privata, in quanto quest'ultimo "si manifesterebbe soltanto nei casi in cui si volessero utilizzare le clausole generali del diritto per conferire all'interprete il compito di giudicare immediatamente della giustizia del contratto senza alcun riferimento al contesto relativo alla formazione della regola contrattuale⁶⁹": si tratta, però di una circostanza che in tal caso non si verifica, dal momento che buona fede ed equità hanno come costante punto di riferimento il programma contrattuale cui ineriscono.

Dunque, l'atto negoziale si esporrebbe, secondo questa ricostruzione, ai cinque rimedi prima richiamati (risarcimento del danno; risoluzione del contratto;

⁶⁷ Cfr. I. L. NOCERA, *Buona fede e giustizia nel diritto dei contratti*, in *Giust. civ.*, 2014, cit., 4.

⁶⁸ Sul punto, FERRO LUZZI, *Prime riflessioni in tema di incompatibilità strutturale tra mercato concorrenziale e diritto del contraente finale a condizioni eque*, in VETTORI (a cura di), *Concorrenza e mercato. Le tutele civili delle imprese e dei consumatori*, Padova, 2005, il quale osserva che nel codice civile "così come per quanto concerne il prezzo, tutte le altre condizioni contrattuali sono considerate dall'ordinamento *giuste* in quanto e per il solo fatto di essere state liberamente individuate dai contraenti, indipendentemente dalla circostanza che siano o meno *eque* (ovviamente nel senso di *proporzionate alle esigenze*)", cit., 554.

⁶⁹ I. L. NOCERA, *Prospettive sulla buona fede: la suggestione di un rimedio unificante per il contratto ingiusto*, in *Riv. Trim. dir. Priv.*, fasc. 4, 2014, Milano, cit., 1469.

annullamento del contratto nel caso in cui la violazione della buona fede sfoci in dolo contrattuale; disconoscimento degli effetti del contratto; modifica giudiziale del contratto), dei quali la modifica giudiziale è la più pericolosa, in quanto si fonda non sull'art. 1339 c.c. ma sull'art. 1375, che è norma vaga, che potrebbe attribuire al giudice poteri eccessivi.

2. (segue) Da regola di comportamento a regola di validità.

Qualsiasi negozio deve "soggiacere ad una duplice valutazione, di validità dell'atto conseguente ad una sua compiuta interpretazione che manifesti contrasto con le disposizioni normative, e di ammissibilità dei comportamenti esecutivi alla stregua di una valutazione dinamica che può in ipotesi sfociare in una pronuncia di responsabilità⁷⁰".

Tradizionalmente, si è sostenuto il principio di non interferenza tra regole di comportamento e regole di validità, individuando la buona fede nella prima categoria. In forza di tale assunto, si è escluso "l'ingresso all'interno del giudizio di validità dei precetti volti a regolare la condotta delle parti⁷¹". In particolare, le Sezioni Unite⁷² hanno fatto riferimento alla tradizionale distinzione, specificando che la violazione delle norme di comportamento, tanto nella fase pre-negoziale, quanto in quella attuativa del rapporto, ove non sia altrimenti stabilito dalla legge, genera responsabilità e può essere causa di risoluzione del contratto, ove si traduca in una forma di non corretto adempimento del generale dovere di protezione e degli specifici obblighi di prestazione gravanti sul contraente; viceversa, è esclusa ogni tipo di incidenza sulla genesi dell'atto negoziale, con la conseguenza che la inosservanza di regole di comportamento quantomeno non è idonea a provocare la nullità del contratto⁷³, ma soltanto la inesigibilità della prestazione, disapplicazione di clausole, risoluzione per inadempimento o semplice risarcimento del danno⁷⁴.

⁷⁰ Così, F. VIGLIONE, *Il giudice riscrive il contratto per le parti: l'autonomia negoziale stretta tra giustizia, buona fede e abuso del diritto*, in *Nuova giur. Civ. Comm.*, 2010, cit., 153.

⁷¹ F. RENDE, *Le regole d'informazione nel diritto europeo dei contratti*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2012, cit., 206.

⁷² Cass. SS. UU. 19 dicembre 2007, n. 26724.

⁷³ Sul punto, ancora Cass. SS. UU. 19 dicembre 2007, n. 26724, in cui si chiarisce che "unicamente la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinarne la nullità e non già la violazione di norme, anch'esse imperative, riguardanti il comportamento dei contraenti la quale può essere fonte di responsabilità".

⁷⁴ F. GAZZONI, *Obbligazioni e contratti*, Napoli, 2013, 804.

Secondo la impostazione tradizionale, dunque, la buona fede, come principio che incide nella fase precontrattuale (art. 1337 c.c.), nella fase di pendenza della condizione (art. 1358 c.c.) e nella fase esecutiva (art. 1375 c.c.), è regola di comportamento dei contraenti, la cui violazione comporta la risoluzione del contratto ed il risarcimento del danno⁷⁵. In particolare, in base a tale orientamento, essa non può essere regola di validità, ossia da strumento in grado di invalidare il contratto qualora le parti realizzino comportamenti con essa contrastanti, in quanto essa "è troppo immancabilmente legata alle circostanze del caso concreto da poter assurgere a requisito di validità"⁷⁶; "requisito di validità che invece la certezza dei rapporti impone di verificare secondo regole predefinite".

Tuttavia, la separazione tra regole di validità e regole di comportamento non risulta più netta come un tempo, in quanto la buona fede, secondo una certa impostazione, viene "trascinata" all'interno delle regole di validità, comportando, in caso di sua violazione, la declaratoria di nullità. Non solo vi sono aperture da parte della giurisprudenza (si pensi alla pronuncia della Consulta in materia di caparra confirmatoria manifestamente eccessiva⁷⁷), ma si registrano ipotesi in cui è lo stesso legislatore a prevedere che la violazione di regole di comportamento conduca alla sanzione della nullità.

Ad esempio, nei contratti con il consumatore⁷⁸, le nullità relative (cc. dd. di protezione) derivano dalla violazione anche della buona fede oggettiva, ossia di regole attinenti al rapporto, come la inosservanza di obblighi informativi (nel

⁷⁵ Sull'argomento, cfr. Cass. 12 luglio 2016, n. 14188, la quale osserva come sia "già scolpita nel sistema più generale la necessità che, nella fase precontrattuale, il contratto tra le parti, in quanto qualificato dall'affidamento reciproco e dallo scopo perseguito, sia improntato, alla stregua del formante normativo di cui agli artt. 1175 e 1375 e art. 2 Cost., al rispetto degli obblighi di buona fede, di protezione ed informazione".

⁷⁶ Sul punto, cfr. V. PIETROBON, *Il dovere generale di buona fede*, Padova 1969, il quale osserva che il contenuto del dovere generale di buona fede "è il più vario e prende concretezza di fronte alla situazione particolare, potendo consistere tanto in azioni quanto in omissioni", cit., 37.

⁷⁷ Corte costituzionale n. 248/2013 e n. 77/2014.

⁷⁸ Su tale nozione. v. art. 3, lett. a), Cod. cons., che definisce il consumatore come "la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta". In senso analogo già art. 2 direttiva 93/13/CE. In giurisprudenza, cfr. Cass., 29 novembre 2011, n. 25212, secondo la quale deve essere considerato consumatore la persona fisica che, pur svolgendo attività imprenditoriale o professionale, conclude un contratto per la soddisfazione di esigenze della vita quotidiana, estranee all'esercizio di dette attività. In senso analogo, Cass., 13 giugno 2006, n. 13643; Cass., 22 maggio 2006, n. 11933; Cass., 25 luglio 2001, n. 10127.

rispetto del principio di trasparenza contrattuale)⁷⁹ o l'apposizione di clausole vessatorie, che determinano un significativo squilibrio di diritti e di obblighi a carico del consumatore in mancanza di trattativa individuale (artt. 33 e 36 Cod. consumo⁸⁰). Si tratta delle cc. dd. nullità di protezione, nelle quali rileva la buona fede, poste a tutela non solo dell'interesse generale al rispetto delle regole di mercato, ma anche di quello particolare all'equilibrio del contratto⁸¹, in un'ottica di ordine pubblico di protezione⁸². Esse, in quanto volte a tutelare il contraente cd. debole, sono a legittimazione ristretta, ma è comunque prevista la rilevanza d'ufficio da parte del giudice, sebbene subordinata alla verifica della utilità pratica che ne potrebbe derivare al soggetto protetto. In tal caso, il potere del giudice di rilevare la nullità "rafforza l'intensità della tutela accordata alla parte che, in ragione della propria posizione di strutturale minor difesa, potrebbe non essere in grado di cogliere le opportunità di tutela ad essa accordata⁸³".

Inoltre, nell'ambito dell'annullamento del contratto, il comportamento in buona fede (nel caso di errore) o quello contrastante con essa (nel caso di dolo determinante e di violenza) si interseca con la invalidità.

Ancora, l'art. 9 l. n. 192/1998, in materia di subfornitura, prevede una ipotesi di nullità parziale della clausola contrattuale frutto di abuso di dipendenza economica, che trova il suo referente nel precetto della buona fede⁸⁴: infatti, quest'ultima consente al giudice di "definire l'abusività della clausola e di integrare il contratto⁸⁵", mediante il ricorso all'equità ex art. 1374 c.c. In tal caso, la nullità è ricollegata all'intento emulativo o di approfittamento conseguente ad

⁷⁹ Sull'argomento, G. VETTORI, *Le asimmetrie informative tra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. dir. priv.*, 2003; cfr. pure F. DI GIOVANNI, *La regola di trasparenza nei contratti dei consumatori*, Torino, 1998.

⁸⁰ Sul tema, cfr. A. BARENGHI, *Diritto dei consumatori*, Padova, 2017, 248 ss.

⁸¹ Sul punto, cfr. SS. UU., 12 dicembre 2014, n. 26242, la quale sottolinea la "natura ancipite" delle nullità di protezione, in quanto "funzionali nel contempo alla tutela di un interesse tanto generale (l'integrità e l'efficienza del mercato [...]) quanto particolare/seriale (quello di cui risulta esponenziale la classe dei consumatori o dei clienti".

⁸² Con tale espressione si intende "un coacervo di norma che tutelano determinati soggetti giuridici appartenenti a ceti o gruppi sociali caratterizzati da una situazione di particolare debolezza e vulnerabilità e che conseguentemente necessitano di una specifica protezione da parte del legislatore": M. SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto civile*, cit., 900.

⁸³ Così, Cass., SS. UU., nn. 26242 e 26243 del 2014.

⁸⁴ C. M. BIANCA, *Il contratto*, cit., 395.

⁸⁵ Così, M. R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003, cit., 196.

una posizione di supremazia⁸⁶. Su tale scia, anche l'art. 67septesdecies (rubricato "sanzioni") d. lgs. n. 206/2005 (Codice del consumo), al comma 4 prevede la nullità nel caso di violazione degli obblighi di informativa precontrattuale, o di condotta che ostacoli l'esercizio del diritto di recesso da parte del contraente oppure di mancato rimborso delle somme eventualmente pagate. Ancora, in tal senso si pongono gli artt. 46 e 47 d.P.R. n. 380/2001, che, in tema di compravendita immobiliare stipulata in violazione di norme edilizie che impongono alle parti specifiche dichiarazioni o allegazioni urbanistiche, discorrono di atti nulli, "che possono essere confermati" o "non convalidabili". Altra ipotesi è quella derivante dalla possibilità di tardiva registrazione introdotta a seguito della l. n. 431 del 1998, art. 13, come recentemente modificato dalla l. n. 208/2015, art. 1, comma 59, (c.d. legge di stabilità 2016), laddove è stato previsto l'obbligo unilaterale del locatore di provvedere alla registrazione del contratto di locazione entro il termine perentorio di trenta giorni (comma 1, secondo periodo dell'art. 13 cit.), stabilendosi altresì che, in caso di inottemperanza a tale obbligo, il contratto sia nullo.

Numerosi, dunque, sono gli esempi in cui il dato comportamentale, specie nella fase precontrattuale e, quindi, estrinseca rispetto al contratto, diviene criterio determinante nell'ambito del giudizio sulla validità del contratto stesso, dando conferma di una sorta di tendenziale, "trascinamento" del principio di buona fede sul terreno delle regole di validità⁸⁷. Tuttavia, si tratta comunque di una mera tendenza, di certo non sufficiente a sostenere che la distinzione tra regole di validità e regole di comportamento abbia subito uno "sradicamento" nel sistema del codice civile⁸⁸.

3. La buona fede integrativa, tra eteronomia e autonomia privata. Gli obblighi di protezione.

Nella parabola evolutiva della buona fede, si deve far riferimento anche al progressivo riconoscimento ad essa di una funzione integrativa, strettamente

⁸⁶ In tal senso, F. GAZZONI, *Obbligazioni e contratti*, Napoli, 2013, 800.

⁸⁷ Sull'argomento, v. G. VILLANACCI, *Interessi e sopravvenienze contrattuali*, in *Persona e Mercato*, 3/2015, il quale sottolinea come "queste tecniche di protezione, sebbene previste in materie speciali palesano un'evidente *vis expansiva* e più generale esprimono una propensione dell'ordinamento giuridico a modulare la disciplina del rimedio attorno al caso concreto; norme che spingono l'interprete a disancorarsi dalla rigidità degli schemi rimediali predisposti, modellando la propria attività sulla fattispecie dedotta", cit., 65.

⁸⁸ Così, Cass., SS. UU., 19 dicembre 2007, n. 26724.

connessa al "dilemma della democrazia liberale⁸⁹", ossia al rapporto tra eteronomia, da intendersi come "regolamento di interessi che proviene dall'altro o dagli altri⁹⁰", ed autonomia privata, tra quest'ultima e l'ordinamento, tra la volontà del privato e quella della legge.

In particolare, si è passati da una iniziale diffidenza, in ragione della affermazione del dogma dell'onnipotenza del legislatore e della riduzione del diritto alla legge, nonché dall'idea dell'autonomia negoziale come "elemento motore del diritto privato⁹¹" e della forza espansiva del regolamento contrattuale⁹², ad un sempre più diffuso ricorso a forme di eterointegrazione, ossia alla costruzione dell'oggetto del contratto attraverso "due diverse fonti degli obblighi discendenti dal contratto: quanto in esso è espresso, da un canto, e la legge, gli usi e l'equità, dall'altro⁹³".

In altri termini, inizialmente si riteneva che l'integrazione, quale "ampliamento del contenuto espresso dal contratto⁹⁴", costituito da tutte quelle "forme di intervento sul contratto che vanno al di là del pur ampio svolgimento della logica della dichiarazione⁹⁵", fosse "antagonista dell'autonomia privata", rappresentando il "meccanismo che più intensamente di ogni altro sacrifica la libertà contrattuale⁹⁶". Si è giunti, poi, alla progressiva consapevolezza della insufficienza della legge e delle determinazioni dei privati "a coprire ogni

⁸⁹ Espressione di G. AMATO, *Il potere e l'antitrust*, Bologna, 1998, cit., 8.

⁹⁰ Così, P. PERLINGERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli 1984, cit., 136.

⁹¹ Così, S. MAZZAMUTO, *Libertà contrattuale e utilità sociale*, in *Persona e mercato – Saggi*, 2012, cit., 14. Sul punto, cfr. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, secondo il quale "la fonte privata rimane [...] il motore del contratto, nel senso che o impedisce una valida conclusione del contratto [...] o preclude la possibilità di parlare di contratto in senso tecnico", limita la possibilità di legge e giudice "di partecipare alla conclusione del contratto", cit., 87.

⁹² Sul punto, E. BETTI, *Negozio giuridico*, in *Novissimo Digesto Italiano*, III, Torino, 1957, il quale chiarisce che "l'iniziativa privata provvede ad ogni consapevole assetto [degli interessi privati], esplicandosi non solo nell'aspirare a certi scopi pratici, ma anche nel foggarsi i mezzi ad essi rispondenti, prima di ogni intervento dell'ordine giuridico".

⁹³ Così, S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004, cit., 12. In tal senso, cfr. LIPARI, *Per una revisione della disciplina sull'interpretazione e sull'integrazione del contratto?*, in *Riv. Trim. dir. e proc. Civ.*, 2006, fasc. 3, il quale ha sottolineato come "il contenuto del rapporto contrattuale è il risultato di un concorso di fonti diverse, delle quali la determinazione volitiva delle parti è una soltanto", cit., 711.

⁹⁴ MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, Torino, 1980, cit., 122.

⁹⁵ Così, S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004, cit., 9.

⁹⁶ Così, V. ROPPO, *Il contratto*, in G. IUDICA, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2011, cit., 471.

possibile aspetto della situazione regolata⁹⁷. Il contratto, così, viene inteso come una sorta di "recipiente nel quale insieme alla fonte privata (la volontà dei contraenti) si riversano le fonti legali (legge ed usi) e quelle giudiziali (buona fede ed equità)⁹⁸". Al fianco alla fonte *autonoma*, dunque, si pongono le fonti *eteronome* (legge usi, equità) e viene meno alla volontà dei privati "il monopolio nella costruzione dell'assetto di interessi vincolante"⁹⁹.

La buona fede, pur non essendo richiamata espressamente dall'art. 1374 c.c., norma sulle "modificazioni che il contratto determina nelle posizioni giuridiche delle parti e nei corrispondenti rapporti giuridici¹⁰⁰", è ormai pacificamente considerata criterio di integrazione¹⁰¹, quale parte attiva al processo di determinazione del contenuto contrattuale e degli effetti¹⁰². A tale conclusione, secondo una certa impostazione¹⁰³, si giunge in ragione del rinvio alla "legge", in cui deve intendersi ricompreso anche un rinvio alle clausole generali, tra cui quella contenuta nell'art. 1375 c.c., attinente alla fase contrattuale esecutiva, nonché nell'art. 1175 c.c.¹⁰⁴ Altro orientamento, invece, ha sostenuto che la buona fede integrativa non possa trovare una base normativa anche nell'art.

⁹⁷ Così, la Relazione tematica n. 116/2010, *Buona fede come fonte di integrazione dello statuto negoziale: il ruolo del giudice nel governo del contratto*, a cura dell'Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione, cit. 2.

⁹⁸ Così, M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra Codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006, cit., 68.

⁹⁹ In tal senso, F. GAZZONI, *Obbligazioni e contratti*, Napoli, 2013, cit., 786.

¹⁰⁰ Così, V. ROPPO, *Il contratto*, in G. IUDICA, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2011, cit., 479.

¹⁰¹ Sul tema, v. M. R. MORELLI, *La buona fede come limite all'autonomia negoziale e fonte di integrazione del contratto nel quadro dei congegni di conformazione delle situazioni soggettive alle esigenze di tutela degli interessi sottostanti*, in *Giust. civ.*, 1994, I; v. pure anche ALPA, *La buona fede integrativa: note sull'andamento parabolico delle clausole generali*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, Atti del Convegno Int.le di Studi in onore di A. Burdese, 2003, I, 155 ss. Cfr. anche NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, in F. GALGANO (diretto da), *Le monografie di Contr. e impr.*, Padova, 2010; v. pure PIRAINO, *L'integrazione del contratto e il precetto di buona fede*, in F. VOLPE (diretto da), *Correzione e integrazione del contratto*, 2016, 175 ss.

¹⁰² Così, G. M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino, 2004, cit., 95.

¹⁰³ In tal senso, MAIORCA, *Il contratto*, Torino, 1996, 312; GALGANO, *Il negozio giuridico*, in SCHLESINGER (diretto da), *Trattato dir. civ. e comm.*, Milano, 2002, 512 ss.; M. FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, 172.

¹⁰⁴ Cfr. E. CAPOBIANCO, *L'integrazione*, in G. VETTORI (a cura di), *Tratt. Contr.*, II, *Regolamento*, Milano, 2006, il quale ritiene che "il silenzio dell'art. 1374 è [...] apparente in quanto la norma richiama la legge e la legge appunto prevede [...] che il contratto deve essere eseguito secondo buona fede", cit., 413.

1374 c.c., ma esclusivamente nell'art. 1375 c.c., come "fonte di integrazione contrattuale autonoma, avente altresì un fondamento normativo autonomo"¹⁰⁵. Al di là della soluzione preferita, si precisa comunque che "l'interrelazione così stabilita tra le predette norme non implica [...] che l'integrazione del contratto alla stregua della buona fede sia assimilabile all'integrazione mediante puntuali previsioni normative, tenuto conto che la natura di clausola generale della buona fede e il ruolo svolto dal giudice implicano innegabilmente peculiari modalità di attuazione del precetto, dando luogo ad un'operazione integrativa giudiziale, fondata sulla legge e comunque orientata da criteri desumibili dal contesto normativo al quale la clausola inerisce"¹⁰⁶. Infatti, il giudice, nella sua attività integrativa attribuisce al contratto "non già conseguenze ad esso estranee; ma quelle conseguenze che, pur se non espresse, sono *razionalmente* e *ragionevolmente* desumibili dalla natura dell'operazione economica che un siffatto contratto intende realizzare"¹⁰⁷.

In tal senso, si distingue, da un lato, la buona fede valutativa, che attiene alla fase dinamica del rapporto obbligatorio, quale "metro di comportamento" per i soggetti del rapporto e un "binario guida" per la sintesi valutativa del giudice, il cui contenuto non è a priori determinato¹⁰⁸; dall'altro, quella precettiva, che opera attraverso la determinazione di modifiche nel regolamento negoziale, il cui contenuto risulta "più esattamente individuato, e per così dire arricchito"¹⁰⁹, tramite la costituzione di specifici obblighi, assistiti da autonome azioni di adempimento, inibitorie e risarcitorie ed aventi "la funzione di rendere

¹⁰⁵ G. M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, cit., 127. In senso analogo, A. DI MAJO, *La buona fede oltre il contratto*, in *Corr. giur.*, 2002, 333. V. pure Sul punto, F. GAZZONI, *Obbligazioni e contratti*, Napoli, 2013, il quale sottolinea come "il principio di correttezza, proprio perché clausola generale, non si esaurisce nei singoli richiami normativi. Sarebbe dunque gravemente errato sostenere che il comportamento scorretto è fonte di responsabilità solo se nel contempo viola un diritto altrui già direttamente protetto da una norma giuridica, in tal modo riducendo il principio di correttezza ad una formula priva di autonoma cogenza", cit., 562

¹⁰⁶ Così, Relazione tematica n. 116/2010, *Buona fede come fonte di integrazione dello statuto negoziale: il ruolo del giudice nel governo del contratto*, a cura dell'Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione, cit, 5.

¹⁰⁷ G.B. FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Rimini, 1995, cit., 288.

¹⁰⁸ Così, Cass., SS. UU., 6 maggio 2016, n. 9140.

¹⁰⁹ Ancora, Cass., SS. UU., 6 maggio 2016, n. 9140. In senso analogo, Cass., sez. lav., 14 maggio 2014, n. 10428.

giuridicamente doverosi gli atti necessari al soddisfacimento degli interessi dedotti in contratto¹¹⁰”.

Dunque, la buona fede, se inizialmente era ricondotta a mero strumento di valutazione delle condotte delle parti e della conformità di esse al regolamento negoziale, poi col tempo ha assunto il ruolo di autonoma fonte di obbligazioni. Infatti, da essa si estrapolano degli obblighi collaterali (di protezione, di cooperazione, di informazione) che in relazione al concreto evolversi della vicenda negoziale vanno ad individuare la *regula iuris* effettivamente applicabile e a salvaguardare la funzione obbiettiva e lo spirito del regolamento di interessi che le parti hanno inteso raggiungere¹¹¹. In altri termini, si tratta di obblighi extra-volontaristici, “necessari od opportuni in funzione del raggiungimento del risultato che caratterizza quella singola operazione contrattuale¹¹²”, i quali svolgono una “funzione strumentale alla realizzazione del programma economico contrattuale¹¹³” e ad un “corretto processo informativo nella strutturazione e nel funzionamento del mercato competitivo¹¹⁴”.

Nell’ambito della “tipizzazione dei comportamenti di buona fede¹¹⁵” si individuano obblighi di informazione, di protezione, di attenzione e di tutela

¹¹⁰ Relazione tematica n. 116/2010, *Buona fede come fonte di integrazione dello statuto negoziale: il ruolo del giudice nel governo del contratto*, a cura dell’Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione, cit., 7.

¹¹¹ Così, Cons. Stato, sez. V, 27 aprile 2015, n. 2064; Cass., SS. UU., 6 maggio 2016, n. 9140; Cass., sez. lav., 14 maggio 2014, n. 10428. In tal senso, cfr. Cass., 20 aprile 1994, n. 3775 (cd. caso Fuggi), secondo la quale il principio di buona fede, “per il suo valore cogente, concorre a formare la *regula iuris* del caso concreto, determinando, integrativamente, il contenuto e gli effetti dei contratti e orientandone, ad un tempo, l’interpretazione e l’esecuzione”. V. pure Trib. Treviso, 8 ottobre 2018, n.1956 secondo il quale “il rapporto obbligatorio è caratterizzato quindi da una struttura complessa, in quanto il principio di correttezza si pone come fonte di doveri ulteriori che vincolano le parti, nonostante questi non risultino specificamente dal titolo”.

In dottrina, cfr. F. CRISCUOLO, *Equità e buona fede come fonti di integrazione del contratto. Potere di adeguamento delle prestazioni contrattuali da parte dell’arbitro (o del giudice) di equità*, in *Rivista dell’arbitrato*, 1/1999, il quale chiarisce che “alla buona fede compete [...] la concretizzazione della regola astratta di comportamento secondo un giudizio di congruenza; e in questa sua funzione diviene filtro di valori che il singolo programma obbligatorio è destinato a (e deve) recepire”, cit., 78.

¹¹² A. DI MAJO, *L’esecuzione del contratto*, Milano, 1967, cit., 415.

¹¹³ Così, G. M. UDA, *La buona fede nell’esecuzione del contratto*, Torino, 2004, cit., 110. In giurisprudenza, cfr. Cass., 9 agosto 2016, n. 16827; Cass., 10 giugno 2016, n. 11914; Cass. 13 maggio 2014, n. 10352.

¹¹⁴ A. JANNARELLI, *La disciplina dell’atto e dell’attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in *Tratt. Lipari*, III, Padova 2003, cit., 73.

¹¹⁵ BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, Milano, 2019, cit., 459.

dell'affidamento; di esecuzione di prestazioni non previste in contratto, ma necessarie per la salvaguardia dell'utilità della controparte; di modifica del proprio comportamento durante l'esecuzione del contratto; di tolleranza rispetto a modifiche della prestazione che non ne compromettano apprezzabilmente la sostanziale utilità¹¹⁶; di informazione di tutte le circostanze rilevanti per l'esecuzione del contratto o comunque tali da evitare un aggravio di spese o il compimento di una prestazione errata, al fine di garantire la "trasparenza ottimale dei contenuti negoziali predisposti" e di "consentire alla controparte di rappresentarsi al meglio portata e convenienza degli effetti contrattuali"¹¹⁷; infine, di corretto esercizio di poteri discrezionali¹¹⁸, ossia di "desistenza da iniziative o inerzie a ragione del carattere abusivo o pretestuoso dell'esercizio dei poteri contrattuali o legali che le autorizzerebbero"¹¹⁹.

Tali obblighi di protezione sono strettamente connessi al generale dovere di salvaguardare la sfera giuridica dei soggetti coi quali venga instaurato un rapporto, nel più ampio contesto di valorizzazione della clausola di buona fede, e trovano il proprio fondamento costituzionale nell'art. 2 Cost., che sancisce il dovere inderogabile di solidarietà¹²⁰. Tale dovere si esprime nella necessità di

¹¹⁶ Sul punto, F. GAZZONI, *Obbligazioni e contratti*, Napoli, 2013, il quale fa riferimento al fatto che "il creditore, rivelatesi inattuabili determinate condizioni contrattuali, deve accettare quelle sostituzioni che non comportino una modifica sostanziale delle originarie pattuizioni", cit., 563

¹¹⁷ Così, Cass., SS. UU., 24 settembre 2018, n. 22437. Sul punto, cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, il quale definisce la informazione "quale fondamento di una scelta libera e consapevole, ossia accesso ai processi produttivi delle imprese e ai meccanismi informativi della dinamica societaria, o l'informazione nella forma di educazione al consumo e dunque strumento di tutela preventiva degli interessi degli eventuali acquirenti", cit., 531. Sull'argomento, cfr. anche F. GAMBINO, *Rischio e parità di posizioni nei rimedi correttivi degli scambi di mercato*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1/2010, il quale chiarisce come "ad assumere rilevanza giuridica non è il rapporto fra le reciproche prestazioni o il merito dell'atto, ma il pieno e corretto esercizio del potere di autonomia, nonché la libertà e la consapevolezza nella scelta, che trova nell'informazione e nella trasparenza, la propria garanzia", cit., 59.

¹¹⁸ Sul punto, cfr. F. CARINGELLA, MAZZAMUTO, MORBIDELLI, *Manuale di diritto civile*, 2009, 761 ss. Cfr. pure F. GAZZONI, *Obbligazioni e contratti*, Napoli, 2013, il quale sottolinea come "la correttezza evita che la discrezionalità si trasformi in arbitrio e si risolve nella trasparenza ed imparzialità dei criteri di valutazione [...], sindacabili dal giudice in termini di ragionevolezza e congruità della motivazione", cit., 563.

¹¹⁹ Così, M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra Codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006, cit., 168.

¹²⁰ In tema, cfr. Cass., 24 settembre 1999, n. 10511, la quale chiarisce che il dovere di solidarietà, entrando "in sinergia con il canone generale di buona fede oggettiva e di correttezza (artt. 1175, 1337, 1359, 1366, 1375 cod. civ.), all'un tempo gli attribuisce una *vis* normativa e lo arricchisce di contenuti positivi, inglobanti obblighi, anche strumentali, di protezione della persona e delle

prendere in considerazione e di salvaguardare gli interessi dei soggetti coi quali il singolo individuo viene in contatto nelle sue relazioni sociali ed economiche, al fine di garantire il "sostanziale rispetto della personalità dei soggetti, della loro sicurezza, della loro libertà e della loro dignità umana"¹²¹.

Dunque, come affermato dalle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione, la buona fede costituisce "strumento per il giudice atto a controllare anche in senso modificativo o integrativo lo statuto negoziale, in funzione di garanzia del giusto equilibrio tra opposti interessi"¹²².

La conseguenza è che si possa oggi sostenere, alla luce della esaltazione del principio di solidarietà e dell'applicazione diretta di esso nel contratto, che non sarebbe immaginabile un contratto contrastante con il principio di buona fede. Dunque, emerge l'idea che le parti siano "tenute non solo a ciò che è espressamente previsto, ma anche a tutto ciò che deriva dalla buona fede, in particolare dagli obblighi di protezione e di attenzione"¹²³. In sostanza, "l'obbligo di buona fede costituisce un autonomo dovere giuridico ed è espressione del principio di solidarietà sociale, la cui costituzionalizzazione è ormai pacifica"¹²⁴. Essa "diviene una specificazione degli inderogabili doveri di solidarietà sociale ex art. 2 Cost., e la sua rilevanza si esplica nell'imporre a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altro, a prescindere dalla esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quando espressamente stabilito da singole norme di legge"¹²⁵. In altri termini,

cose della controparte, funzionalizzando così il rapporto obbligatorio alla tutela anche dell'interesse del partner negoziale, nella misura in cui questa non collida con la tutela dell'interesse proprio dell'obbligato".

¹²¹ Così, U. NATOLI, *La regola della correttezza e l'attuazione del rapporto obbligatorio*, (art. 1175 del c.c.), in AA.VV., *Studi sulla buona fede*, Milano, 1985, cit., 167.

¹²² Cass., SS. UU., 15 novembre 2007, n. 23726, in materia di tutela giudiziaria del credito monetario unitario. Sul punto, cfr. Cass., 24 settembre 1999, n. 10511, in tema di riduzione d'ufficio della penale manifestamente eccessiva, in cui si chiarisce che il potere manutentivo del giudice deve essere considerato "semplice aspetto del normale controllo che l'ordinamento si è riservato sugli atti di autonomia privata"; v. pure Cass., 16 febbraio 2012, n. 2231.

¹²³ Cass., SS. UU., 6 maggio 2016, in materia di clausole *claims made*.

¹²⁴ In tal senso, F. GAZZONI, *Obbligazioni e contratti*, Napoli, 2013, il quale sostiene che il principio di solidarietà ex art. 2 Cost. "impronta di sé non solamente la materia delle obbligazioni, ma l'intero campo del diritto privato, inteso come diritto che regola i rapporti intersoggettivi", cit., 563.

¹²⁵ Cass., SS. UU., 11 febbraio 2007, n. 3462; in tal senso, v. pure Cass., 27 ottobre 2006, n. 23273, la quale chiarisce che il principio di buona fede "enuncia un dovere di solidarietà, fondato sull'art. 2 Cost., che operando come un criterio di reciprocità, esplica la sua rilevanza nell'imporre a ciascuna delle parti di agire in modo di preservare gli interessi dell'altra". Cfr. pure Cass., 9 marzo 1991, n. 2503, secondo la quale "la buona fede si atteggia come un impegno od obbligo di

“la buona fede serve a mantenere il rapporto giuridico sui binari dell’equilibrio e della proporzione”; essa costituisce lo “strumento per il giudice atto a controllare - anche in senso modificativo o integrativo - lo statuto negoziale, in funzione di garanzia del giusto equilibrio tra opposti interessi”¹²⁶. Ancora, le Sezioni Unite definiscono il principio di buona fede oggettiva come “reciproca lealtà di condotta, che deve presiedere all’esecuzione del contratto, così come alla sua formazione e alla sua interpretazione ed, in definitiva, accompagnarlo in ogni sua fase”¹²⁷. Da ciò deriva che la clausola generale di buona fede e correttezza – quale “endiadi sinonimica”¹²⁸ – è operante, tanto sul piano dei comportamenti del debitore e del creditore nell’ambito del singolo rapporto obbligatorio (art. 1175 c.c.) quanto sul piano del complessivo assetto di interessi sottostanti all’esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.).

Insieme agli obblighi collaterali di derivazione integrativa, cui si è fatto riferimento, la buona fede comporta la conseguente insorgenza di “corrispondenti posizioni giuridiche attive, aventi come oggetto la pretesa dell’attività, dell’atto o della condotta insiti nell’obbligo contrattuale”¹²⁹. Ebbene, trattandosi, come visto, di obblighi volti a garantire la realizzazione del

solidarietà, che impone a ciascuna parte di tenere quei comportamenti che, a prescindere da specifici obblighi contrattuali e dal dovere del *neminem laedere*, senza rappresentare un apprezzabile sacrificio a suo carico, siano idonei a preservare gli interessi dell’altra parte”. In senso analogo, Cass., 13345/2006. In dottrina, v. GRONDONA, *Solidarietà e contratto: una lettura costituzionale della clausola generale di buona fede*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2004, II.

¹²⁶ Cass., sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106 (caso *Renault Italia*). Sull’argomento, cfr. Cass., 23 maggio 2011, n. 11295, secondo la quale la buona fede “è anche fonte legale d’integrazione del contratto, quale obiettiva regola di condotta che vale a determinare il comportamento dovuto in relazione alle concrete circostanze di attuazione del rapporto, specificantesi in obblighi di informazione e di avviso, ed è volta alla salvaguardia dell’utilità altrui nei limiti dell’apprezzabile sacrificio, dalla cui violazione conseguono profili di responsabilità in ordine ai falsi affidamenti anche solo colposamente ingenerati”. V. pure Cass., 29 maggio 2006, n. 12801, in cui si fa riferimento agli obblighi derivanti da buona fede e correttezza che, “pure se non sono richiamati espressamente nel contratto [...], entrano a fare parte del regolamento negoziale come si è venuto a tipizzare nella prassi per effetto di un fenomeno di integrazione volto a tutelare gli interessi connessi alla prestazione principale”.

¹²⁷ In tal senso, v. pure Cass. 5 marzo 2009, n. 5348; Cass. 11 giugno 2008, n. 15476. Sul punto, F. GAZZONI, *Obbligazioni e contratti*, Napoli, 2013, che definisce l’art. 1175 come “norma aperta, di raccordo, specialmente in materia contrattuale, con il mondo dei traffici commerciali”, cit., 562

¹²⁸ Così U. MATTEI, A. QUARTA, *Tre tipi di solidarietà. Oltre la crisi nel diritto dei contratti*, cit., 337.

¹²⁹ Così, G. M. UDA, *La buona fede nell’esecuzione del contratto*, Torino, 2004, cit., 199.

programma negoziale, la mancata osservanza degli stessi, quali atti dovuti, impedisce il corretto funzionamento del contratto ed il conseguimento delle finalità economiche dei contraenti, dando luogo ad un inadempimento contrattuale¹³⁰.

4. Buona fede, controllo giudiziale nella legislazione e nella giurisprudenza interna e sovranazionale. Verso un principio di giustizia contrattuale?

L'irruzione della Costituzione con i principi generali ha acceso il dibattito circa la configurabilità o meno di un principio di giustizia e parità contrattuale¹³¹ e sul ruolo rivestito in tale contesto dalle clausole generali, al fine di giungere ad una rilettura degli istituti codicistici in senso conformativo ai precetti superiori della sopravvenuta Carta fondamentale¹³².

Come visto, nei confronti delle clausole generali vi era un atteggiamento di sfiducia, in quanto si intendeva evitare la conseguenza di lasciare uno spazio eccessivamente ampio di intervento al giudice¹³³, attribuendogli il compito di provvedere alla "formazione della norma (concreta) di decisione, vincolandolo a una direttiva espressa, attraverso il riferimento ad uno *standard* sociale", dal quale trarre delle "linee di riflessione per la ricerca della regola di decisione del caso in oggetto"¹³⁴. La buona fede è, infatti, nella sua intenzionale indeterminatezza, un "concetto bisognoso di integrazione valutativa"¹³⁵ da parte

¹³⁰ Sul punto, cfr. Cass. 13 gennaio 1993, n. 343, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, con nota di G. SICCHIERO, *Appunti sul fondamento costituzionale del principio di buona fede*, secondo il quale la violazione dell'obbligo di correttezza nell'adempimento delle obbligazioni «che si fonda anche sul dovere di solidarietà sociale previsto dall'art. 2 Cost. e che deve essere assolto secondo il principio di buona fede, comporta responsabilità contrattuale qualora non vengano adottati comportamenti che, seppure non siano espressamente previsti da alcuna norma specifica, debbano ritenersi ugualmente doverosi in relazione alle peculiarità del caso concreto», cit., 2129.

¹³¹ Sul tema, v. A. CATAUDELLA, *La giustizia del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, 625 ss.; v. pure A. M. PINELLI, *Il contratto giusto*, in *Rivista di diritto civile*, 3/2020, 663 ss.

¹³² Sul tema, cfr. F. MACARIO, *L'autonomia privata nella cornice costituzionale: per una giurisprudenza evolutiva e coraggiosa*, in *Questione Giustizia*, n. 4/2016, il quale si riferisce ad una "rilettura del codice civile alla luce della Costituzione e dei nuovi valori che la stessa esprime e promuove", cit., 1. V. pure P. RESCIGNO, *Per una rilettura del codice civile*, in ID., *Codici. Storia e geografia di un'idea*, Roma-Bari, 2013, 34 ss.

¹³³ Sull'argomento, cfr., C. CASTONOVINO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. Crit. dir. priv.*, 1986, il quale chiarisce come il modello di "porre il giudice in veste di partecipe alla creazione delle norme" fosse "inusitato e comunque avversato dalla nostra tradizione", cit., 26.

¹³⁴ L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1986, cit., 12.

¹³⁵ Così, G. D'AMICO, *Note in tema di clausole generali*, in *In iure praesentia*, 1989, cit., 440.

del giudice, il quale è chiamato a (ri)costruire la fattispecie¹³⁶, dando concretezza alla clausola generale attraverso criteri extragiuridici e giudizi di valore. Ebbene, l'attribuzione di un ruolo di tale portata, a tratti "creativa"¹³⁷ e non meramente applicativa, all'organo giurisdizionale ha sempre destato molte perplessità, per una serie di ragioni. Innanzitutto, si è sostenuto che esso avrebbe avuto "il sapore di un'appropriazione indebita a scapito del legislatore¹³⁸", laddove il giudice, "animato da finalità di giustizia sostanziale, e reputando iniquo l'esito del giudizio di validità quale risulta dall'applicazione delle regole formali poste dal legislatore, si avvalga della buona fede per pervenire ad un risultato differente¹³⁹". In tal modo, si aprirebbero all'interprete spazi indefiniti di apprezzamento, conducendo ad un giudicato disomogeneo ed imprevedibile¹⁴⁰; viceversa, l'idea era che il contraente dovesse essere in grado di conoscere *ex ante* (e chiaramente) ciò che la legge gli consente e/o gli impone; e, conseguentemente, essere in condizione di fare i propri calcoli di convenienza e, sulla base di essi, assumere le conseguenti decisioni contrattuali¹⁴¹.

Inoltre, tali dubbi attengono al difficile equilibrio tra regolamentazione giuridica e forze del mercato, visto come "area di libertà", che passa attraverso un'autonomia negoziale pura e non controllata dal giudice, ed "istituzione

¹³⁶ Sul punto, cfr. ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi o regole? (a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin)*, in *Quaderni fiorentini*, 2002, 31, il quale chiarisce che l'opera del giudice "è ri-costruttiva, non creativa e quindi il giudice [...] non è autorizzato ad essere un *attivista*, a creare nuovo diritto rispetto ai casi nuovi. Il suo compito non è di *inventare* nuovi diritti e obblighi ma di *scoprire* o *rivelare* quali sono i diritti e gli obblighi dei contendenti in un giudizio. I materiali normativi accumulati (leggi e precedenti) costituiscono un peso dal quale il giudice non dovrebbe potersi liberare per imboccare nuove strade a suo piacimento", cit., 887.

¹³⁷ ALPA, *La creatività all'opera: giurisprudenza e fonti del diritto*, in AA. VV., *Diritto giurisprudenziale*, Torino, 2003.

¹³⁸ Così, MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, cit., 636.

¹³⁹ F. RENDE, *Le regole d'informazione nel diritto europeo dei contratti*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2012, cit., 207.

¹⁴⁰ A. D'ANGELO, *Il contratto in generale. La buona fede*, in M. BESSONE (diretto da), *Tratt. dir. priv.*, XIII, 4, Torino, 2004, cit., 169.

Cfr. F. TRONCONE, *L'emergenza Covid-19 e la sua incidenza sui contratti di locazione*, in *Studium Iuris*, 2021, 7-8, il quale prospetta, "secondo un approccio critico alla problematica, [il] rischio di un'attività d'interpretazione creativa, che potrebbe dar luogo a un soggettivismo interpretativo e applicativo, ideologicamente orientato, con nocimento del parimenti rilevante – e antagonista – principio della certezza del diritto o, quanto meno, della prevedibilità delle decisioni", cit., 860.

¹⁴¹ C. GRANETTI, *Autonomia privata ed intervento del giudice*, in *Jus Civile*, n. 3/2018, cit., 397.

produttrice di proprie regole¹⁴²": ne consegue che, si è ritenuto, "ostacolare l'esecuzione di alcune transazioni a motivo della loro ingiustizia [porrebbe] una sfida diretta al funzionamento del mercato come fonte di ricchezza", in cui la stessa ingiustizia "è una conseguenza comune delle transazioni" e "regolare lo squilibrio contrattuale [sembrerebbe] colpire alle radici un ordine sociale basato sul libero mercato¹⁴³".

Ulteriore ragione di tale scetticismo nei confronti della regolamentazione dell'equilibrio negoziale risiede nel fatto che essa rappresenterebbe un limite ingiustificato all'autonomia contrattuale, da intendersi quale potere delle parti di autoregolamentazione dei propri interessi, sia nell'*an*, che nel *quomodo*, ossia "di decidere se e in che modo le proprie sfere giuridiche abbiano ad essere incise dal contratto¹⁴⁴". In particolare, si è sostenuto che l'attribuzione di poteri di intervento da parte del giudice comporterebbe la "capitolazione sia dell'autonomia privata, sia del principio di certezza dei rapporti giuridici, dato che sarebbe possibile stravolgere un contratto successivamente senza la preoccupazione di una minima garanzia di stabilità di quanto pattuito¹⁴⁵". Non a caso, anche alla autonomia negoziale, al pari della buona fede, è riconosciuto rango costituzionale¹⁴⁶, in quanto diritto inviolabile dell'uomo, ex art. 2 Cost., nonché frutto della "libertà effettiva di esplicazione della personalità umana", ex art. 3, co. 2, Cost.¹⁴⁷, ma anche della libertà di iniziativa economica e del diritto di proprietà, ex artt. 41, co. 2 e 3, e 42 Cost.¹⁴⁸

Tuttavia, si è progressivamente fatta spazio l'idea che la società non sia riducibile al mercato ed alle sue regole, ma debba essere regolamentata dal diritto, che

¹⁴² Espressioni utilizzate da P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., 473.

¹⁴³ Così, H. COLLINS, *La giustizia contrattuale in Europa*, in A. SOMMA (a cura di), *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*, Torino, 2007, cit., 84.

¹⁴⁴ Così, V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011, cit., 37.

¹⁴⁵ G. SPOTO, *Il contratto e il potere correttivo del giudice*, Torino, 2007, cit., 255.

¹⁴⁶ In tal senso, C. M. BIANCA, *Diritto civile. Vol. 3: il contratto*, Milano, 2000, il quale osserva che, "oltre che come potere di decidere della propria sfera giuridica personale e patrimoniale, l'autonomia privata può essere vista come un diritto di libertà, e quindi come un diritto fondamentale della persona, cit., 30.

¹⁴⁷ Sul punto, cfr., Corte Cost., 15 maggio 1990, n. 241, la quale osserva che il principio di uguaglianza "va attuato anche nei confronti dei poteri privati e richiede tra l'altro controlli sull'economia privata finalizzati ad evitare discriminazioni arbitrarie".

¹⁴⁸ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2013, 793 ss.

ne indica limiti e correttivi¹⁴⁹ e che "l'autonomia privata può, o forse deve, essere controllata per garantire rapporti giusti¹⁵⁰", in quanto essa deve essere intesa "non più come un valore in sé ma come uno strumento per il perseguimento di interessi conformi ai valori di fondo cui l'ordinamento si ispira¹⁵¹". Sul punto, già la Relazione al codice, al par. 603, ha stabilito che l'autonomia contrattuale, se legittima nei soggetti un potere di regolare il proprio interesse, nel contempo impone ad essi di operare sempre sul piano del diritto positivo nell'orbita delle finalità che questo sanziona e secondo la logica che lo governa. L'ordinamento rispetta le iniziative private, ma l'individuo non è atomo disperso, la sua attività è associata a quella degli altri e tutti sono subordinati agli interessi dello Stato. Non vi è diritto che non sia attribuito al singolo con finalità sociale e la tutela che la legge appresta al singolo non è tutela di un interesse egoistico, ma è tutela diretta o indiretta dell'interesse nazionale. L'individuo, quindi, in quel tempo era considerato non già *uti singulus*, ma *uti civis*.

Tanto che si è giunti a discorrere di un "nuovo diritto dei contratti", che si trova a "spostare il suo asse dall'idea di libertà a quella di giustizia (contrattuale)¹⁵²", in cui assumono centralità il ruolo della persona nel mercato e la funzione del mercato per la persona¹⁵³ e le finalità non sono "solo integrative, ma prevalentemente conformative dei regolamenti contrattuali e/o dell'ambiente economico (mercato) in cui si svolgono¹⁵⁴". Il contratto, quindi, diventa

¹⁴⁹ In tal senso, F. CRISCUOLO, *Equità e buona fede come fonti di integrazione del contratto. Potere di adeguamento delle prestazioni contrattuali da parte dell'arbitro (o del giudice) di equità*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1/1999, "se si è convinti che il mercato non è un *locus naturalis* nel quale vige la legge della giungla, ma un *locus artificialis* che le regole giuridiche concorrono a qualificare (secondo il sistema di valori sui quali ogni convivenza inderogabilmente si fonda), ogni preoccupazione che le clausole generali, attribuendo strumenti discrezionali all'interprete, siano foriere di incertezze, se non di arbitrii, deve essere rapidamente fugata", cit., 76.

¹⁵⁰ Così, C. M. BIANCA, *Diritto civile. Vol. 3: il contratto*, Milano, 2000, cit., 32.

¹⁵¹ Così, la Relazione tematica n. 116/2010, *Buona fede come fonte di integrazione dello statuto negoziale: il ruolo del giudice nel governo del contratto*, a cura dell'Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione, cit., 19. Sul punto, cfr. L. BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, Bologna, 2015, il quale sottolinea che "il regolamento contrattuale non possa più essere appannaggio della piena ed esclusiva disponibilità dei privati, ma debba essere, attraverso un meccanismo di sganciamento dalla fonte, attratto nella disponibilità conformatrice dell'ordinamento", cit., 138.

¹⁵² V. ROPPO, *Squilibrio contrattuale e tutela del contraente debole*, Roma, 20 ottobre 2010.

¹⁵³ P. PERLINGIERI, *Il nuovo diritto dei contratti fra persona e mercato*, in G. VETTORI (a cura di), *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Padova, 1999.

¹⁵⁴ Così V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2011.

“strumento a plurimo impiego¹⁵⁵”, in quanto esso non è più soltanto manifestazione di autonomia privata e di autoregolamentazione, ma assolve anche alla funzione di mezzo per il perseguimento di interessi superindividuali¹⁵⁶. In tale rinnovato contesto, dunque, “l’equilibrio tra le prestazioni delle parti o l’equità del vantaggio conseguito da una di esse costituisce l’ideale di una sana circolazione dei beni, di una feconda cooperazione delle economie e delle attività individuali”, nonché “la giustificazione e il presupposto della tutela data dal diritto all’autonomia”¹⁵⁷. Si riconosce ormai un potere d’ingerenza del giudice, il quale è tenuto ad utilizzare il diritto in via conformatrice rispetto alle autonomie contrattuali, al fine di reagire ai cd. fallimenti del mercato e alle conseguenze pregiudizievoli delle asimmetrie informative e di “far coincidere le ragioni del mercato con le ragioni del pubblico interesse, l’efficienza con la giustizia¹⁵⁸”. Ebbene, alla ricerca del difficile equilibrio tra autonomia ed ordinamento, al fine di risolvere il dubbio sulla stessa configurabilità di un principio di giustizia contrattuale, frutto di un interesse dell’ordinamento a che le parti concludano un contratto giuridicamente ed economicamente giusto, la giurisprudenza ha cercato di dare un importante contributo.

Tale cambio di passo emerge, innanzitutto, da una serie di pronunce della Corte costituzionale.

In sintesi, la Consulta¹⁵⁹ ha riconosciuto i “possibili margini di intervento” del giudice “nei confronti di una clausola negoziale che rifletta un regolamento di interessi non equo e gravemente sbilanciato nei confronti di una parte”. In particolare, “è possibile attingere dall’art. 1418 c.c. e far rilevare d’ufficio l’eventuale nullità della caparra confirmatoria eccessiva” per contrasto con il precetto dell’art. 2 Cost. (per il profilo dell’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà). Dunque, con tali pronunce, la Consulta afferma la possibilità che il giudice dichiari la nullità della caparra confirmatoria attraverso la applicazione

¹⁵⁵ F. GAZZONI, *Obbligazioni e contratti*, Napoli, 2013, cit., 786.

¹⁵⁶ Sul punto, Cass., SS. UU., 12 dicembre 2014, n. 26242, secondo la quale “lo squilibrio contrattuale tra le parti altera non soltanto i presupposti dell’autonomia negoziale, ma anche le dinamiche concorrenziali tra imprese”.

¹⁵⁷ Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice Civile, Roma, 2010 (rist.), n. 656.

¹⁵⁸ Così, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., 481.

¹⁵⁹ Corte costituzionale n. 248/2013 e n. 77/2014, in materia di caparra confirmatoria manifestamente eccessiva. In dottrina, G. D’AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria “eccessiva”*, in *Contratti*, 2014, 927 ss; v. pure F.P. PATTI, *Il controllo giudiziale della caparra confirmatoria*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, I, 685 ss.

diretta nel contratto del principio costituzionale ex art. 2 Cost., "che entra direttamente in contratto in combinato disposto con il canone della buona fede", funzionalizzando così il rapporto obbligatorio alla tutela anche dell'interesse del *partner* negoziale nella misura in cui non collida con l'interesse dell'obbligato.

Pertanto, il giudice diventa arbitro del bilanciamento degli opposti interessi, in quanto colpisce il contratto non equo e gravemente sbilanciato con la sanzione della nullità parziale, attraverso il ricorso al principio di buona fede, che opera come "limite generale all'esercizio dell'autonomia privata, e, quindi, [...] strumento di controllo della ragionevolezza e dell'equilibrio del contenuto contrattuale¹⁶⁰". In sostanza, la buona fede può svolgere altresì una "funzione contestativa del regolamento pattizio, al punto da impedirne, finanche, la recezione nell'ordinamento se non recuperabile, mediante integrazioni o correttivi, nell'interesse del contraente tutelato¹⁶¹".

Nell'ambito della giurisprudenza di legittimità, poi, vi sono state aperture in tal senso. Infatti, si è sostenuto che il precetto dettato dall'art. 2 Cost., che entra direttamente nel contratto, in combinato contesto con il canone della buona fede, cui attribuisce *vis* normativa, "consente al giudice di intervenire anche in senso modificativo o integrativo sullo statuto negoziale, qualora ciò sia necessario per garantire l'equo contemperamento degli interessi delle parti a prevenire o reprimere l'abuso del diritto¹⁶²".

Ad esempio, le Sezioni Unite, in tema di riducibilità officiosa della clausola penale sproporzionata¹⁶³, hanno affermato che tale potere di riduzione ad equità, attribuito al giudice dall'art. 1384 c.c. a tutela dell'interesse generale dell'ordinamento, può essere esercitato d'ufficio per ricondurre l'autonomia contrattuale nei limiti in cui essa appare meritevole di tutela, e ciò sia con riferimento alla penale manifestamente eccessiva, che all'ipotesi in cui la riduzione avvenga perché l'obbligazione principale è stata in parte eseguita, giacché in quest'ultimo caso la mancata previsione da parte dei contraenti di una riduzione della penale in caso di adempimento di parte dell'obbligazione si

¹⁶⁰ Così, Relazione tematica n. 116/2010, *Buona fede come fonte di integrazione dello statuto negoziale: il ruolo del giudice nel governo del contratto*, a cura dell'Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione, cit., 6. In dottrina, F. CARINGELLA, *Manuale ragionato di diritto civile*, Roma, 2019, il quale sottolinea come "la valenza generale del principio di buona fede abbia finito per legittimare un più penetrante controllo del giudice sui rapporti privati", cit., 81.

¹⁶¹ SENOFONTE, *Buona fede e fideiussione per obbligazione futura*, in *Giustizia civile*, 1990, I, cit., 135.

¹⁶² Cass., 18 settembre 2009, n. 20106; Cass., SS. UU., 13 settembre 2005, n. 18128.

¹⁶³ Cass., SS. UU., 13 Settembre 2005, n. 18128.

traduce comunque in una eccessività della penale se rapportata alla sola parte rimasta inadempita.

Così operando, la legge ha in sostanza spostato l'intervento giudiziale, diretto al controllo della conformità del manifestarsi dell'autonomia contrattuale nei limiti in cui essa è consentita, dalla fase formativa dell'accordo - che ha ritenuto comunque valido, quale che fosse l'ammontare della penale - alla sua fase attuativa, mediante l'attribuzione al giudice del potere di controllare che la penale non fosse originariamente manifestamente eccessiva e non lo fosse successivamente divenuta per effetto del parziale adempimento. Un potere di tal fatta appare concesso in funzione correttiva della volontà delle parti per ricondurre l'accordo ad equità, attraverso un controllo ispirato non all'interesse della parte ma a quello dell'ordinamento, per evitare che l'autonomia contrattuale travalichi i limiti entro i quali la tutela delle posizioni soggettive delle parti appaia meritevole di tutela, anche se ciò non toglie che l'interesse della parte venga alla fine tutelato, ma solo come aspetto riflesso della funzione primaria cui assolve la norma. Può essere affermato allora che il potere concesso al giudice di ridurre la penale si pone come un limite all'autonomia delle parti, posto dalla legge a tutela di un interesse generale; siffatto limite non è prefissato ma individuato dal giudice di volta in volta e ricorrendo le condizioni previste dalla norma, con riferimento al principio di equità. Ne deriva la natura inderogabile della disposizione di cui all'art. 1384 cod. civ., attribuita al giudice del potere di ridurre la penale, riconoscendo che essa è posta principalmente a salvaguardia dell'interesse generale, per impedire sconfinamenti oltre determinati limiti di equilibrio contrattuale.

Deve ritenersi, pertanto, che sia "immanente al nostro ordinamento un principio secondo cui, pur nel rispetto dell'art. 1322 c.c., viene attribuito al giudice un potere di controllo sulle pattuizioni delle parti, nell'interesse generale dell'ordinamento, al fine di evitare che l'autonomia contrattuale travalichi i limiti entro cui appare meritevole di tutela. Tale intervento, pertanto, si pone quale limite all'autonomia negoziale stessa, prevista dalla legge non nell'interesse individuale dei paciscenti, ma nell'interesse generale dell'ordinamento all'equità contrattuale¹⁶⁴".

Anche le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione in materia di cc. dd. clausole *claims made* ("a richiesta fatta")¹⁶⁵ hanno mostrato il proprio *favor* alla

¹⁶⁴ Così, Trib. Treviso, 8 ottobre 2018 n.1956

¹⁶⁵ Ci si riferisce, in particolare, a Cass., SS. UU., 6 maggio 2016, n. 9140, in materia di *claims made* impure (o miste), che subordinano l'operatività della copertura assicurativa alla circostanza

applicazione dell'art. 2 Cost. al contratto. Più nello specifico, si è affermato che nel caso in cui dette clausole dovessero reputarsi immeritevoli di tutela, esorbitando dall'area della mera scorrettezza comportamentale presidiata dalla sola tutela risarcitoria, si imporrebbe una tutela reale (nullità, almeno parziale), favorita dal principio costituzionale di buona fede, ancorato all'art. 2 Cost., in chiave di solidarietà sociale, che consente al giudice di intervenire, modificando o integrando lo statuto negoziale.

Ancora, sulla stessa scia la Cassazione¹⁶⁶ ha evidenziato che la immeritevolezza del contratto derivi non solo dalla violazione di norme imperative, nel senso che non si esaurisce nella illiceità del contratto, ma si realizza qualora quest'ultimo intenda perseguire un risultato in contrasto coi principi di solidarietà, parità e non prevaricazione, che sono posti dall'ordinamento a fondamento dei rapporti interprivati.

In particolare, la giurisprudenza ha chiarito che il codice del 1942, con riferimento alla meritevolezza non voleva legittimare convenzioni futili, ma solo convenzioni dirette a perseguire interessi rilevanti sul piano economico sociale. Si tratta di un giudizio (non un requisito del contratto, come la causa) e deve investire non il contratto in sé, ma il risultato con esso perseguito. Tale risultato dovrà dirsi immeritevole di tutela quando sia contrario alla coscienza civile, all'economia, al buon costume o all'ordine pubblico. Principio consacrato anche nella Carta Costituzionale negli artt. 2, secondo periodo, 4, comma 2, 41, comma 2. Tuttavia, l'immeritevolezza non si esaurisce nell'illiceità del contratto, del suo oggetto o della sua causa, ma discende dalla contrarietà del risultato che il patto atipico intende perseguire con i principi di solidarietà, parità e non prevaricazione che il nostro ordinamento pone a fondamento dei rapporti privati. Essa costituisce una parafrasi di quanto diceva il giurista Paolo nel suo *edictum*: "*non omne quod licet honestum est*". È, dunque, immeritevole di tutela il regolamento contrattuale che realizzi un vantaggio ingiusto e sproporzionato, senza contropartita per l'altra parte (a), oppure che determina una posizione di indeterminata soggezione di una parte rispetto all'altra (b), o, ancora, che costringa le parti a tenere condotte contrastanti coi superiori doveri di solidarietà costituzionalmente imposti (c).

Tali tre diversi casi di immeritevolezza di tutela del contratto sono in realtà riconducibili ad un'unica fattispecie, rappresentata dal cd. contratto ingiusto. In

che tanto il fatto illecito quanto la richiesta risarcitoria intervengano entro il periodo di efficacia del contratto o, comunque, entro determinati periodi di tempo, preventivamente individuati.

¹⁶⁶ Cass., SS. UU., 24 settembre 2018, n. 22437; in senso analogo, Cass., 28 aprile 2017, n. 10509.

altri termini, la Suprema Corte sembra affermare un principio di giustizia contrattuale, che rappresenta una novità assoluta, se si riflette sul fatto che tradizionalmente il contratto ingiusto, ossia sproporzionato a favore di una parte rispetto ad un'altra, non assuma rilevanza, se non nei casi di situazioni *ab origine* sperequate, in cui sussiste l'esigenza di tutelare il contraente cd. debole¹⁶⁷: si pensi alle ipotesi dei contratti tra professionista e consumatore, ma anche alla previsione di cui all'art. 1815, co. 2 c.c. ed alla risoluzione solo per lesione *ultra dimidium*, ex art. 1448 c.c., possibile solo ove vi sia sproporzione tra prestazioni dipesa dallo stato di bisogno di una parte, approfittamento dell'altra e la lesione eccedente la metà del valore che la prestazione eseguita o promessa dalla parte danneggiata aveva al tempo del contratto. Il legislatore, dunque, ha deciso che la parità di potere contrattuale non sia "un presupposto normativo del contratto, e la ha, perciò, considerata in linea di principio del tutto irrilevante¹⁶⁸", alla luce del principio di insindacabilità delle scelte negoziali¹⁶⁹. Tradizionalmente, infatti, non si è mai consentito un sindacato del giudice sull'equilibrio del contratto anche perché l'equità e la proporzione tra prestazioni non sono considerate un obiettivo del diritto civile che invece mira a salvaguardare la libertà di scelta consapevole e ragionata dei paciscenti. L'equità, del resto, è considerata nell'art. 1374 c.c. un criterio di integrazione suppletiva (e non cogente) del contratto o un criterio di interpretazione, ma solo residuale (1371 c.c.).

¹⁶⁷ In tal senso M. SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto civile*, il quale osserva che "il legislatore del '42, nel forgiare la disciplina del primo contratto- non abbia perseguito l'equità oggettiva: l'idea è che ogni determinazione circa la congruità dello scambio è rimessa all'autonomia dei contraenti; insomma, l'equilibrio tra le prestazioni contrattuali è riservato all'abilità dei singoli contraenti, l'unica preoccupazione del legislatore è che la volontà delle parti sia libera e consapevole e persegua interessi meritevoli di tutela. [...] Quando si passa alla legislazione consumeristica la giustizia contrattuale diviene l'obiettivo principale del legislatore perché l'asimmetria (di tipo informativo), che connota il rapporto tra consumatore e professionista, giustifica ciò che nel contratto comune non è normalmente ammesso", cit., 898.

¹⁶⁸ Così, M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale: Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006, cit., 268. In giurisprudenza, Cass., 26 marzo 1996, n. 2653, secondo la quale "l'ordinamento italiano non conosce un principio di necessaria equivalenza delle prestazioni, onde l'eventuale squilibrio economico di queste, quando non rientra in altre figure [...] (come la rescissione), non ne inficia la validità".

¹⁶⁹ In tal senso, cfr. M. SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto civile*, Torino, 2018, il quale osserva che "il legislatore mostra di non voler salvaguardare l'equilibrio del contratto in sé, perché questo è espressione dell'autonomia negoziale delle parti. Se, quindi, il consenso è liberamente prestato, non è possibile intervenire sull'equilibrio del negozio, anche qualora questi sia squilibrato, perché si tratta di salvaguardare il principio di insindacabilità delle scelte negoziali", cit., 628.

Ancor più recente è una pronuncia della Suprema Corte di Cassazione¹⁷⁰, riferita al caso di nullità di una regolamentazione recante una clausola *claims made* produttiva di un eccessivo squilibrio. La Suprema corte ha riconosciuto al giudice il compito di riequilibrare il contratto, attraverso lo scrutinio dell'ordinamento, al fine di individuare un modello di regolamentazione *claims made* che risponda "a condizioni operative compatibili con gli interessi perseguiti al momento della stipula dai soggetti contraenti". Si tratta di un arresto assai rilevante, in quanto da un lato valorizza l'impiego del criterio della buona fede contrattuale come guida per l'organo giurisdizionale nello scrutinio del regolamento negoziale al fine di verificare se la clausola *claims made* inserita tra le condizioni generali contribuisca a produrre uno squilibrio tale da ingenerare il difetto di causa in concreto; dall'altro, tale pronuncia ha il pregio di riconoscere al giudice, qualora ciò accada, la possibilità di porre in essere una "manovra *ortopedica* sul regolamento contratto", attraverso la "rideterminazione del contenuto del contratto affinché ritorni a funzionare come dispositivo operativo compatibile con gli interessi perseguiti dalle parti al momento della stipula¹⁷¹".

Le Sezioni Unite, in particolare, hanno evidenziato che in ogni contratto debba essere presente una valutazione di adeguatezza rispetto agli interessi in concreto avuti di mira dai paciscenti, una verifica di idoneità del regolamento effettivamente pattuito rispetto all'anzidetto obiettivo. Verifica che transita attraverso la portata che assume la c.d. "causa concreta" del contratto, ossia quella che ne rappresenta lo scopo pratico, la sintesi, cioè, degli interessi che lo stesso negozio è concretamente diretto a realizzare, quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato. Precisano le Sezioni Unite che non è, dunque, questione di garantire, e sindacare perciò, l'equilibrio economico delle prestazioni, che è profilo rimesso esclusivamente all'autonomia contrattuale, ma occorre indagare, con la lente del principio di buona fede contrattuale, se lo scopo pratico del regolamento negoziale presenti un arbitrario squilibrio giuridico tra rischio assicurato e premio, giacché, nel contratto di assicurazione contro i danni, la corrispettività si fonda in base ad una relazione oggettiva e coerente con il rischio assicurato, attraverso criteri di calcolo attuariale. Tale indagine nei contratti tipici non prescinde, però, dalla stessa tensione ispiratrice dello scrutinio di meritevolezza di cui al capoverso del citato art. 1322 c.c. e che guarda alla complessità

¹⁷⁰ Si fa riferimento a Cass., sez. III, 25 febbraio 2021, n. 5259, in *Il Corriere giuridico*, 2021, 6, 773 ss.

¹⁷¹ Così, M. D'AURIA, *Il caso delle claims made*, in *Il Corriere giuridico*, 2021, 6, cit., 779.

dell'ordinamento giuridico, da assumersi attraverso lo spettro delle norme costituzionali, in sinergia con quelle sovranazionali (nel loro porsi come vincolo cogente: art. 117 Cost., comma 1) e segnatamente delle Carte dei diritti, le quali norme non imprimono all'autonomia privata una specifica ed estraniante funzionalizzazione, bensì ne favoriscono l'esercizio, ma non già in conflitto con la dignità della persona e l'utilità sociale (artt. 2 e 41 Cost.), operando, dunque, in una prospettiva promozionale e di tutela (punto 16 della richiamata sentenza). Dunque, l'esito del potere del giudice può essere non soltanto demolitorio, ma anche ortopedico e costruttivo. Mentre, infatti, nel primo caso, il contratto è nullo per difetto di causa o perché immeritevole di tutela, nel secondo il giudice, sulla base della parziale declaratoria di nullità, può ricostruire il contenuto del contratto: contenuto oggettivo e non soggettivo.

Ulteriori segnali in tal senso provengono dalla giurisprudenza in tema di rilevanza officiosa del difetto di legittimazione del *falsus procurator*. Le Sezioni Unite¹⁷², infatti, hanno riconosciuto il potere dell'organo giurisdizionale di rilievo d'ufficio (non della nullità, ma) dell'inefficacia e la possibilità del giudice di sollevare d'ufficio il difetto di legittimazione dello pseudo-rappresentante, qualora lo pseudo-rappresentato non abbia provveduto ad eccepirla, in quanto il contratto stipulato senza la volontà dell'interessato non può produrre effetti.

È lo stesso ragionamento sviluppato dal Supremo Consesso sul rilievo officioso della nullità in tema di contratti tra imprenditore e consumatore¹⁷³, nella parte in cui si attribuisce al giudice un potere di intervento di ampio spettro, alla luce del "carattere grandangolare della nullità": "il rilievo officioso della nullità [...] è previsto per perseguire il complessivo equilibrio contrattuale che è inteso come principio generale che dà vita ad un ordine pubblico di protezione". Ultimo punto di arrivo di questa evoluzione è rappresentato dal giudizio di razionalità sulla causa in concreto che le Sezioni Unite esprimono in relazione a contratti aleatori, in particolare sui derivati finanziari¹⁷⁴. In particolare, è stato evidenziato che è sempre necessario verificare - ai fini della liceità dei contratti - se si sia in presenza di un accordo tra intermediario ed investitore sulla misura dell'alea, calcolata secondo criteri scientificamente riconosciuti ed oggettivamente condivisi, perché il legislatore autorizza questo genere di "scommesse razionali" sul presupposto dell'utilità sociale di esse, intese come specie evoluta delle antiche scommesse di pura abilità. Elemento essenziale di tali contratti aleatori

¹⁷² Ci si riferisce a Cass., SS. UU., 3 giugno 2015, n. 11377.

¹⁷³ Cass., SS. UU., 12 dicembre 2014, n. 26242.

¹⁷⁴ Ci si riferisce a Cass., SS. UU., 12 maggio 2020, n. 8770.

ed integrativi della loro causa tipica è l'esistenza di un'alea razionale, e quindi misurabile, da esplicitare necessariamente ed indipendentemente dalla sua finalità di copertura o speculativa.

Su tale scia, anche il legislatore ha offerto una serie di spunti, individuando "frastagliati paradigmi del contratto ingiusto"¹⁷⁵. Tra questi, occorre far riferimento all'abuso di posizione dominante che si concretizza nell'imporre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose (art. 3 l. n. 287 del 1990), nonché al significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi nei contratti dei consumatori (art. 33, co. 1 d. lgs. n. 205/2006) e all'abuso di dipendenza economica, disciplinato dalla l. n. 192/1998, che all'art. 9 riconnette la sanzione della nullità alla clausola che preveda un abuso di dipendenza economica, in cui cioè un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra, condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie¹⁷⁶. Anche l'art. 67septesdecies (rubricato "sanzioni") d. lgs. n. 206/2005 (Codice del consumo), al comma 4 prevede la nullità nel caso di violazione degli obblighi di informativa precontrattuale, o di condotta che ostacoli l'esercizio del diritto di recesso da parte del contraente oppure di mancato rimborso delle somme eventualmente pagate.

5. Conclusioni.

Dalle pronunce richiamate si evince che il principio di giustizia contrattuale non rappresenti più un "irraggiungibile traguardo"¹⁷⁷, ma sembra assumere portata generale, anche nell'ambito del primo contratto (ossia quello comune, configurato dal codice civile), sotto forma di sindacabilità giurisdizionale dell'equilibrio economico-normativo, attraverso il prisma del principio costituzionale di solidarietà sociale, ex art. 2 Cost. Qualora il contratto si ponga in contrasto con quest'ultimo, esso è immeritevole di tutela e, dunque, nullo: infatti, non basta che la stipula del contratto avvenga in mancanza di vizi formali, in quanto è necessario che il contratto stesso sia produttivo di un risultato giusto, ossia conforme al giudizio di buona fede.

¹⁷⁵ I. L. NOCERA, *Prospettive sulla buona fede: la suggestione di un rimedio unificante per il contratto ingiusto*, in *Riv. Trim. dir. Priv.*, fasc. 4, 2014, Milano, cit., 1451.

¹⁷⁶ Sull'argomento, BACHELET, *Abuso di dipendenza economica e squilibrio nei contratti tra imprese*, Milano, 2020, il quale afferma che l'art 9 "costituisce uno dei dati positivi del sistema con cui l'interprete deve fare i conti nel *dare voce* alle clausole generali di diritto contrattuale", cit., 210.

¹⁷⁷ Espressione utilizzata da F.D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2001, cit., 556.

In altri termini, la giurisprudenza tende ormai a riconoscere sempre maggiori poteri al giudice di sindacare finanche l'equilibrio del contratto e addirittura di rimodellarne il contenuto, laddove possibile, sulla base del contenuto oggettivo che dal contratto possa desumersi.

I passaggi di questa modifica sono sostanzialmente due. Da un lato, l'evoluzione del principio di buona fede: da criterio meramente programmatico e di scarso rilievo a principio generale del diritto civile e del contratto in particolare. Attraverso il principio di buona fede si è evidenziata la necessità che il regolamento contrattuale debba comunque essere proporzionato. Dall'altro lato, vengono in rilievo i concetti di causa e meritevolezza: un contratto può avere una ragione pratica valida solo se è adeguato allo scopo prefissato; ove sproporzionato, il contratto può non essere adeguato allo scopo.

Anche se forse tecnicamente sarebbe stato più opportuno far riferimento ad una nullità per illiceità della causa in concreto, intesa come scopo pratico, funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là dello schema astratto¹⁷⁸. La sovrapposizione tra meritevolezza degli interessi e causa è determinato proprio dall'evoluzione di tale ultimo requisito del contratto: se, infatti, si ritiene che la meritevolezza sia un giudizio sul risultato perseguito con l'atto negoziale, e che la causa sia lo scopo pratico, ossia la sintesi degli interessi che le parti mirano a realizzare attraverso la negoziazione, è evidente che sussista un problema di sovrapposizione tra meritevolezza e causa. In altri termini, la causa, nella sua versione in concreto, non è lontana dall'idea di esprimere il risultato complessivo che le parti hanno perseguito. Peraltro, per stabilire se gli interessi siano meritevoli di tutela è necessario indagare la causa del contratto che, come visto, rappresenta l'intento pratico delle parti, la sintesi degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare. Anche perché la stessa giurisprudenza ha affermato che sia di intuitiva evidenza che qualsivoglia indagine sulla meritevolezza debba necessariamente essere

¹⁷⁸ Sul punto, Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, secondo la quale la causa del contratto è lo scopo pratico del negozio, la sintesi, cioè, degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare (c.d. causa concreta), quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato". In tal senso, cfr. Cass., SS. UU., 24 settembre 2018, n. 22437, in cui si prospetta la "nullità, anche parziale, del contratto per difetto di causa in concreto, con conformazione secondo le congruenti indicazioni di legge o, comunque, secondo il principio dell'adeguatezza del contratto assicurativo allo scopo pratico perseguito dai contraenti; conformazione del rapporto in caso di clausola abusiva (come quella di recesso in caso di denuncia di sinistro".

condotta in concreto, al pari della causa, ossia con riferimento alla fattispecie negoziale di volta in volta sottoposta alla valutazione dell'interprete¹⁷⁹.

In sostanza, da tale rassegna giurisprudenziale emerge "l'interesse dell'ordinamento giuridico a che l'esercizio della autonomia contrattuale sia ordinato, corretto e ragionevole": il riconoscimento al giudice di "un ruolo attivo nella costruzione del contenuto del contratto¹⁸⁰" è proprio volto a tale obiettivo. Dunque, la buona fede diviene "cartina di tornasole" per misurare l'iniquità del contratto, provocandone in caso di violazione l'invalidità o la possibilità per la parte debole di domandare l'intervento modificativo del giudice¹⁸¹.

Il contratto gravemente iniquo, sproporzionato, tale da esporre la controparte ad una soggezione ingiustificata nei confronti dell'altra è certamente in contrasto col principio di buona fede e con il principio di solidarietà ex art. 2 Cost., che entra nel contratto attraverso l'art. 1375 c.c. Si registra, dunque, un superamento del principio di insindacabilità delle scelte negoziali se il contratto è contrario alla buona fede. Infatti, suddetto principio potrebbe ritenersi sussistente "solo a patto che non esistesse nel sistema un principio di solidarietà costituzionale, che invece è ormai pacificamente acquisito e che consente di valutare il merito delle decisioni dei privati". In altri termini, le soluzioni fondate sulla convinzione che "nel diritto privato ogni scelta di volontà sia sempre insindacabile", in forza di una prospettata "libertà di decidere ciò che si voglia, oggi devono cedere il passo ad una valutazione di ragionevolezza fondata appunto sul rispetto del principio di solidarietà¹⁸²" e di buona fede. Quest'ultima assurge a "criterio di controllo giudiziale dell'esercizio del potere di autonomia", rappresentando "lo strumento dogmatico di una strategia di allargamento delle fonti della normatività alla giurisprudenza, e per il suo tramite alla dottrina giuridica, nel segno del c.d. diritto vivente¹⁸³".

¹⁷⁹ Cass., SS. UU., 6 maggio 2016, n. 9140.

¹⁸⁰ C. CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti «reticolari»*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, vol. 4, cit., 582.

¹⁸¹ I. L. NOCERA, *Buona fede e giustizia nel diritto dei contratti*, in *Giust. civ.*, 2014, cit., 6.

¹⁸² Così, G. SICCHIERO, *La prima applicazione dell'intervento giudiziale fondato sull'equità ex art. 1374 c.c.*, in *Giur. It.*, 2021, n. 3, cit., 590 s.

¹⁸³ Così, M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra Codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006, cit., 190. Sul punto, G. CALDARELLI, *La discrezionalità contrattuale alla luce del principio di buona fede: un'occasione di confronto con il sistema inglese*, la quale sottolinea come in realtà il riconoscimento di ampi margini di intervento al giudice si pone in un'ottica di effettività della tutela, da intendersi "come il diritto ad un rimedio effettivo, e per

Ciò attraverso due strade. La prima è il richiamo alla immeritevolezza degli interessi, in quanto vi sono obiettive ragioni di sovrapposibilità con la buona fede: entrambi i giudizi sono di valore e guardando al risultato realizzato dal contratto. Anzi, quando si dice che il contratto (sentenza sulle *claims made* del maggio 2016) è immeritevole di tutela quando è contrario ai doveri di solidarietà costituzionale, buona fede e meritevolezza sembrano sovrapporsi¹⁸⁴. Ne consegue che il contratto contrario a buona fede è un contratto nullo perché immeritevole di tutela.

Seconda strada è giungere alla nullità ritenendo che il regolamento contrattuale contrario a buona fede si ponga in contrasto coi principi costituzionali: si tratterebbe di una sorta di nullità virtuale per contrasto con una norma imperativa, ovvero con il principio di solidarietà ex art 2 Cost., che entra nel contratto attraverso l'art. 1375 c.c., mettendo da parte la stessa distinzione tra norme di validità e di comportamento. L'art. 1418 c.c., infatti, nel prevedere la nullità del contratto in contrasto con norme imperative, opera quale "raccordo tra la disciplina della patologia negoziale ed i valori giuridici tutelati dalla legislazione speciale e da altri settori normativi"¹⁸⁵. In sostanza, si riconoscono margini di intervento al giudice volti proprio ad affermare *ex officio* la nullità di un contratto che preveda uno squilibrio tra le parti tale da porsi in contrasto coi principi di buona fede, correttezza e solidarietà, risultando invece del tutto inadeguata una mera tutela risolutoria o risarcitoria di un contratto siffatto.

È, dunque, evidente dal panorama giurisprudenziale summenzionato, nonché dal progressivo rilievo attribuito alle clausole generali, in combinato coi principi costituzionali, che il ruolo del giudice finisca per essere completamente rinnovato. Egli, infatti, non rimane "acriticamente vincolato a soluzioni e ricostruzioni collaudate e radicate nella tradizione", ma è chiamato a fornire il proprio apporto "nel processo di formazione della norma attraverso la via giurisdizionale, con la valorizzazione di tutti i possibili (e verosimili) dati ed

questa via il principio di effettività spinge verso una estensione dei poteri del giudice, chiamato ad adeguare il rimedio alle necessità del caso concreto", cit., 1658.

¹⁸⁴ Sul punto, v. BALESTRA, *Il diritto dei contratti nello specchio della contemporaneità*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 4/2017, il quale afferma come "lo squilibrio, anche in quelle occasioni in cui, in linea di principio, si afferma il pieno diritto di concludere contratti *rovinosi* diviene addirittura elemento idoneo per giungere a negare la meritevolezza degli interessi perseguiti", cit., 1127.

¹⁸⁵ F. RENDE, *Le regole d'informazione nel diritto europeo dei contratti*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2012, cit., 211.

elementi argomentativi, per tentare di offrire una lettura razionale e razionalizzante del sistema¹⁸⁶”.

Affidamento fiduciario dalla genesi alle prospettive di applicazione

di Francesca ZAGARIA*

SOMMARIO: 1. Emersione normativa dell'affidamento fiduciario. 2. La genesi e gli elementi strutturali. 3. Affidamento fiduciario, separazione patrimoniale e responsabilità patrimoniale ex art. 2740 c.c. 4. Art. 2645-ter e meritevolezza dell'interesse perseguito. 5. La valutazione concreta della meritevolezza dell'interesse perseguito. 6. Conclusioni.

ABSTRACT: This paper analyzes the procedural and functional peculiarities of the contract of fiduciary entrustment. It focuses on the main operational issues related to these topics, and addresses some further developments of the above cited contract.

1. Emersione normativa del negozio di affidamento fiduciario.

La legge 22 giugno 2016 n. 1121¹⁸⁷, che detta la disciplina relativa all'assistenza

¹⁸⁶ Così, F. MACARIO, *L'autonomia privata nella cornice costituzionale: per una giurisprudenza evolutiva e coraggiosa*, in *Questione Giustizia*, n. 4/2016, cit., 19.

¹⁸⁷ La legge 22 giugno 2016, n. 112 "Disposizioni in materia di assistenza in favore delle persone con disabilità grave prive del sostegno familiare", in G.U. 24 giugno 2016, n. 146, Serie generale, è il risultato dell'unificazione di diversi progetti di legge e si pone l'obiettivo di agevolare «la costituzione di trust, di vincoli di destinazione di cui all'art. 2645 ter del codice civile e di fondi speciali sottoposti a vincolo di destinazione e disciplinati con contratto di affidamento fiduciario» (art. 1 comma 3) a favore di persone con disabilità grave. Con riferimento ai primi commenti alla legge, cfr. E. DI MAGGIO, *La legge per il "dopo di noi"*, in *Notariato*, 2016, 4, p. 427 e ss.; M. LUPOI, *Legge 22 giugno 2016, n. 112*, in *Trusts att. fid., Quaderni, Trusts e "dopo di noi"*, 2016, 12, p. 195 e ss.; T. TASSANI, *La fiscalità dei negozi di destinazione nella legge sul "dopo di noi"*, tra agevolazione e impatto sistematico, in *Notariato*, 2016, p. 518; A. TOMMASSINI – A. LONGO, *Gli istituti giuridici (vecchi e nuovi) della legge sul "dopo di noi" e la loro rilevanza sistematica*, in *Corr. Trib.*, 2016, p. 2789; ID., *Condizioni civilistiche e agevolazioni tributarie della Legge sul "dopo di noi": Aspetti problematici*, in *Corr. Trib.*, 2016, p. 2838; M. TATARANO, *La c.d. legge «dopo di noi» profili giusprivatistici*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 1565 e ss. In verità, l'affidamento fiduciario, compare, per la prima volta, nella l. 27 gennaio 2012 n. 3 "Disposizioni in materia di usura e di estorsione nonché di composizione delle crisi da sovraindebitamento". La suddetta legge disciplina ai sensi degli articoli 6 e 7 «le situazioni di sovraindebitamento non soggette né assoggettabili alle vigenti procedure concorsuali e consentono che il debitore raggiunga con i propri creditori un accordo di ristrutturazione dei debiti sulla base di un piano che assicuri il regolare pagamento dei creditori estranei all'accordo (...). Il piano può anche prevedere

in favore delle persone con disabilità grave prive del sostegno familiare¹⁸⁸, conosciuta come legge sul "Dopo di noi", segna l'emersione a livello normativo, nell'ordinamento giuridico italiano, dell'istituto dell'affidamento fiduciario.

Il suddetto strumento sembra adattarsi perfettamente ai contesti in cui sorge l'esigenza di proteggere soggetti fragili e privi di autonomia.

Il legislatore ha individuato il contratto di affidamento fiduciario affiancandolo al trust ed alla fattispecie di cui all'art. 2645-ter, evitando, tuttavia, di delinearne la struttura e il contenuto¹⁸⁹, in altri termini evitando, propriamente, di "tipizzarlo".

Tuttavia, non può non riconoscersi un ruolo significativo alla suddetta legge, dal momento che, da un lato, attribuisce rilievo normativo ad una figura precedentemente frutto di mera elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, dall'altro, chiarisce la funzione sostanzialmente ancillare che l'art. 2645 ter svolge con riferimento all'istituto in esame, in quanto consente di assicurarne

l'affidamento del patrimonio del debitore ad un fiduciario per la liquidazione, la custodia e la distribuzione del ricavato ai creditori». All'art. 7 comma 1 la legge fa, inoltre, espresso riferimento al contratto di affidamento fiduciario che ha il suo fulcro in un programma (piano) volto a regolamentare la liquidazione, la custodia, e la distribuzione del ricavato ai creditori; anche in questo caso viene imposto non un vincolo sui beni, ma sull'attività su di essi compiuta.

¹⁸⁸ In dottrina, la fattispecie fu elaborata, per la prima volta, da M. LUPOI, Le ragioni dottrinali del contratto di affidamento fiduciario, in *Contr. e Impr.*, 2017, n. 3, che individua, accanto agli istituti del trust interno e dell'atto di destinazione patrimoniale di cui all'art. 2645 ter c.c., una tipologia di patrimonio separato, di fonte negoziale, atipica, priva di un'autonoma soggettività e con la funzione di avvantaggiare determinati beneficiari. Sul tema si veda anche, G. GIUSTI, Il regime fiscale del contratto di affidamento fiduciario: riflessi impositivi di un nuovo modello negoziale, in *Riv. dir. trib.*, 2016, 3, p. 371 e ss.; G. BARALIS, Autotutela e autorizzazioni nell'ambito del contratto fiduciario, in *Quad. Fond. It. Notar.*, 2017, p. 145 e ss.; M.R. MAZZONE, La funzionalità del contratto di affidamento fiduciario, in *Trusts e att. fid.* 2016, p. 351 e ss.; A. GENTILI, Atti di destinazione e negozio fiduciario comparati con l'affidamento fiduciario, in *Quad. Fond. It. Notar.* 2017, n. 1, p. 134 e ss.; M.C. ANDRINI, L'affidamento di somme ai notai: una particolare fattispecie di affidamento fiduciario, *Relazione al Convegno "Il contratto di affidamento fiduciario"*, Palermo, 7 dicembre 2017, in *Vita not.* 2018, n. 1, p. 477 e ss.; G. CORASANITI, Profili tributari del contratto di affidamento fiduciario, in *Dir. e prat. trib.* 2018, 2, p. 541 e ss.

In realtà, l'emersione della figura, a livello giurisprudenziale è anteriore alla l. 112/2016. Il Giudice tutelare di Genova, infatti, ne ammetteva la validità nel decreto del 31.12.2012, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2013, p. 422. Il contratto di affidamento in questione è pubblicato in *Trusts e attività fiduciarie*, 2013, p. 677. Sul punto, M. TONELLATO, Il contratto di affidamento fiduciario: aspetti innovativi della recente pronuncia del Giudice tutelare di Genova, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2014, p. 32 e ss. In giurisprudenza si veda anche: *Trib. Genova* 29 novembre 2016, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2017, p. 409; *Trib. Genova* 30 gennaio 2014, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2014, p. 511; *Trib. Civitavecchia* 4 dicembre 2013, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2014, p. 299.

¹⁸⁹ M. LUPOI, Le ragioni della proposta dottrinale del contratto di affidamento fiduciario, la comparazione con il trust, cit., p. 128 e ss.

l'attuazione e l'opponibilità. In realtà, la dottrina e la giurisprudenza hanno guardato con tradizionale diffidenza ai suddetti strumenti, sulla base di sospetti, non sempre infondati, che hanno indotto a ritenere che gli stessi si possano facilmente prestare ad un utilizzo distorto volto a eludere le norme imperative dettate in materia di successioni, tra cui quelle fiscali o quelle in tema di tutela dei legittimari o dei creditori.

Emerge tuttavia l'esigenza di considerare gli istituti che si fondino su un rapporto fiduciario «con rinnovata attenzione, nella consapevolezza che si prestano, specie quando siano connessi ad atti di ultima volontà a dare attuazione alla volontà del suo autore (...) in guisa che risultano attuativi di quello stesso principio di sussidiarietà di cui all'art. 118 Cost.»¹⁹⁰.

Risulta, infatti, con assoluta evidenza, che la legge 112/2016, individua e persegue finalità di interesse generale e ne affida l'attuazione all'autonoma iniziativa dei privati¹⁹¹, ponendosi come evidente applicazione del principio di sussidiarietà¹⁹². Pertanto, l'istituto dell'affidamento fiduciario non solo appare perfettamente in linea con i principi dettati dalla Costituzione ma sembra costituirne diretta attuazione.

La legge 112/2016, agli articoli 1 e 6, prevede dunque, espressamente i contratti di affidamento fiduciario senza tuttavia dettarne una compiuta disciplina; l'art. 6 si limita ad individuare il contenuto necessario¹⁹³ che il negozio deve avere al fine di poter godere delle agevolazioni fiscali. La figura dei contratti di affidamento fiduciario risulta infatti, come già anticipato, frutto dell'elaborazione dottrina¹⁹⁴ che ha tentato di ricomporre un quadro unitario dell'istituto, avvalendosi della disciplina dettata dalla legge della Repubblica di San Marino 1 marzo 2010 n. 43¹⁹⁵.

¹⁹⁰ Così testualmente, V. BARBA, Affidamento fiduciario testamentario, in *Rass. dir. civ.*, 2020, p. 1 e ss. in particolare pp. 2 e 3.

¹⁹¹ Art. 4 l. 22 giugno 2016 n. 112.

¹⁹² Il principio di sussidiarietà trova il suo fondamento nella Costituzione, all'art. 118. In argomento, sul punto: P. DURET, La sussidiarietà «orizzontale» le radici e le suggestioni di un concetto in *Jus*, 2000, 1, p. 95 e ss.; M. NUZZO (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, Torino, 2014.

In particolare, con specifico riferimento ai rapporti tra principio di sussidiarietà ed autonomia privata P. PERLINGIERI, *La sussidiarietà nel diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 687; D. DE FELICE, *Principio di sussidiarietà ed autonomia negoziale*, Napoli, 2008. Inoltre, sul concetto di sussidiarietà orizzontale, nella giurisprudenza, Corte cost., 26 giugno 2020, n. 131, in *Foro It.*, 2021, 2, p. 365; Corte cost., 11 dicembre 2015, n. 261, in *Giur. cost.*, 2015, p. 2270; Cons. St., 22 settembre 2014, n. 4775, in *Giur. cost.* 2014, I, p. 983.

¹⁹³ Che è, peraltro, comune al trust ed ai vincoli di destinazione.

¹⁹⁴ Fino alla legge del 2016, infatti, non godeva di alcun riconoscimento normativo, ma soltanto di talune pronunzie rese in sede di volontaria giurisdizione, cfr. nota n. 188.

¹⁹⁵ M. LUPOI, *The new law of San Marino on the "affidamento fiduciario"*, in *Trusts e Att. fid.*, 2011, p. 4 e Id., *Note circa la legge sanmarinese sull'affidamento fiduciario*, in *Trusts e Att. fid.*, 2010, p. 5. L'Autore definisce la suddetta legge come «la prima risposta civilistica ai trust, nel senso che

2. La genesi e gli elementi strutturali e funzionali

In realtà, come è stato autorevolmente sostenuto, il contratto di affidamento fiduciario, nasce non tanto per proporre una disciplina innovativa sorretta da nuovi principi, ma con l'intento di recuperare e valorizzare delle potenzialità insite nel nostro ordinamento¹⁹⁶, al fine di individuare un meccanismo generale di segregazione alternativo rispetto al trust ed all'atto di destinazione.

Si avverte, infatti, sempre con maggiore intensità l'esigenza di uno strumento che consenta di regolamentare situazioni affidanti generiche e di amministrare in maniera effettivamente conforme all'interesse dell'affidante, patrimoni che altrimenti sarebbero oggetto di disposizioni testamentarie spesso inadeguate rispetto ai bisogni della moderna società¹⁹⁷.

è la prima volta che un ordinamento di diritto civile si misura pienamente con i trust sul loro stesso terreno».

¹⁹⁶ M. LUPOI, Il contratto di affidamento fiduciario, in Riv. not., 2012, p. 522.

¹⁹⁷ Con riferimento alle esigenze della società contemporanea, appare spesso eccessivo il rigore dei principi dettati in materia successoria. L'ordinamento infatti, impone la rigida osservanza di principi che sembrano non tener conto della articolata dinamica dei rapporti sociali ed economici e della molteplicità di interessi sottesi alle fattispecie successorie, cui spesso gli strumenti tradizionali non riescono a garantire piena soddisfazione. Ciò, accade, ad esempio nelle situazioni relative al passaggio generazionale dei beni produttivi, le cui complesse problematiche non sono state, infatti, del tutto risolte dall'introduzione dell'istituto del patto di famiglia. A tal proposito, raccogliendo le riflessioni e le osservazioni critiche provenienti da larga parte della dottrina, il disegno di legge presentato al Senato in data 19 marzo 2019 (DDL S. 1151), che propone la delega al Governo per la revisione del codice civile, dedica particolare attenzione al diritto successorio e ne investe istituti cardine. Il disegno di legge, infatti, si pone in primo luogo l'obiettivo di «trasformare la quota riservata ai legittimari dagli articoli 536 e seguenti del codice civile in una quota del valore del patrimonio ereditario al tempo dell'apertura della successione, garantita da privilegio speciale sugli immobili che ne fanno parte o, in mancanza di immobili, da privilegio generale sui mobili costituenti l'asse ereditario». Il diritto di riserva in favore dei legittimari viene così trasformato in un mero diritto di credito assistito dal privilegio e viene svuotato dell'inerenza ai beni oggetto della successione. Di conseguenza, la tutela dei diritti dei legittimari subirà una trasformazione da pretesa diretta sui beni operante sul piano reale, in pretesa, operante su di un piano obbligatorio, nei confronti di coloro che hanno effettivamente conseguito i beni in virtù di testamento o di donazione. La delega, inoltre, interviene su di un altro principio cardine in materia successoria: il divieto dei patti successori. La delega, pur mantenendo fermo il divieto dei patti dispositivi dei diritti nascenti da una successione non ancora aperta, prevede comunque la possibilità di stipulare patti sulle successioni future con particolare riferimento a patti aventi ad oggetto la "devoluzione dei beni del patrimonio ereditario in essi determinati ai successori ivi indicati" ed a patti tramite i quali i successibili rinunciano "irrevocabilmente alla successione in generale o in particolari beni, restando inderogabile la quota di riserva prevista dagli articoli 356 e seguenti". La delega, pertanto, prevede espressamente l'introduzione nell'ordinamento di patti istitutivi, tramite i quali sarebbe consentito attribuire in vita beni determinati ai vari successibili e di patti rinunciativi, tramite i quali, alcuni successibili potrebbero rinunciare alle rispettive pretese successorie o comunque a pretese su beni individuati. È evidente l'obiettivo di valorizzare il ruolo dello strumento contrattuale con riferimento alla vicenda successoria, il che determinerebbe necessariamente una marginalizzazione dell'istituto del

Effetti sostanzialmente analoghi possono essere ottenuti attraverso il trust c.d. interno, rispetto al quale, tuttavia, il negozio di affidamento fiduciario, presenta l'indubbio vantaggio di essere retto dalla legge italiana.

Con riferimento alle fattispecie, una differenza fondamentale è data dal programma che può considerarsi l'elemento caratterizzante l'affidamento.

Mentre infatti il trust disciplina il trasferimento dei beni ed i poteri del trustee in vista di uno scopo individuato o della realizzazione dell'interesse del beneficiario, l'affidamento fiduciario si perfeziona con il programma che ne costituisce l'essenza e che ne individua non solo lo scopo, ma anche le regole che ne disciplinano il funzionamento individuando anche i poteri dell'affidatario ed i relativi limiti, le ipotesi di sostituzione ed i sistemi di controllo del suo operato.

Le differenze relative alla fattispecie non sono soltanto formali, ma influenzano la disciplina degli istituti. Se nel trust assume rilievo soltanto il raggiungimento dello scopo o la realizzazione dell'interesse del beneficiario, maggiore importanza assumerà il rapporto di fiducia tra settlor e trustee, nel caso di affidamento fiduciario, assume un ruolo preponderante il programma, rispetto al quale il rapporto di fiducia assume un rilievo decisamente inferiore¹⁹⁸.

L'affidamento fiduciario è definibile come il contratto con cui «un soggetto, affidante, conviene con un altro, affidatario, l'individuazione di alcuni beni da impiegare a vantaggio di uno o più soggetti in forza di un programma, la cui attuazione è rimessa all'affidatario»¹⁹⁹.

L'affidatario, in vista dell'attuazione del programma è chiamato a gestire i beni oggetto dell'affidamento eventualmente anche attraverso atti di disposizione.

Nella fattispecie oggetto di esame, il programma riveste un ruolo chiave e costituisce il «fondamento e il titolo per l'esercizio dell'attività realizzatrice, gestoria e dispositiva, in relazione al fondo affidato e alle aspettative dei beneficiari; inoltre, il programma contiene e disciplina i comportamenti da adottare, le finalità da perseguire, nonché le modalità con cui raggiungere i risultati rappresentati. Su queste basi, risulta facile comprendere come l'affidatario non possa configurarsi come un semplice mandatario-gestore, ma debba essere considerato come un «diretto e qualificato interprete ed attuatore delle finalità, oggetto dell'affidamento»²⁰⁰.

testamento quale unico strumento utilizzabile dal de cuius per la devoluzione ereditaria del proprio patrimonio.

¹⁹⁸ Infatti, mentre la sostituzione della persona del trustee è un evento eccezionale nella fattispecie del trust, in considerazione dell'importanza rivestita dalle qualità personali di quest'ultimo, nel caso di affidamento fiduciario la sostituzione, generalmente oggetto di previsione espressa nel programma, non costituisce un evento particolarmente significativo proprio perché l'attività dell'affidatario è sempre e comunque inquadrata dal programma. In tal senso V. BARBA, Affidamento fiduciario testamentario, cit., p. 20.

¹⁹⁹ M. LUPOI, Il contratto di affidamento fiduciario, cit., p. 513.

²⁰⁰ F. ALCARO, Op ult. cit., p. 6.

Il negozio di affidamento fiduciario, si caratterizza, rispetto agli altri negozi gestori²⁰¹, proprio in ragione del rilievo assunto dal programma²⁰² delle attività che un soggetto non vuole o prevede di non poter attuare personalmente, e la sua struttura garantisce la stabilità nell'attuazione del programma stesso rispetto ai conflitti che potranno insorgere tra le parti.

Il negozio di affidamento fiduciario²⁰³, infatti, non vincola beni; tale aspetto lo rende differente dai negozi di destinazione, «ma vincola l'attività dell'affidatario fiduciario sui beni – anzi tramite i beni – e quindi ne conforma il titolo»²⁰⁴,

²⁰¹ Con riferimento ai quali un ruolo preminente veniva assunto dalla persona dell'obbligato; tra di essi si consideri la risalente figura del negozio fiduciario. Sull'argomento, F. FERRARA, I negozi fiduciari, in Scritti in onore di Scialoja, 1905, p. 745 e ss.; L. CARIOTA FERRARA, I negozi fiduciari, Padova, 1933; A. GRAZIANI, Negozi indiretti e negozi fiduciari, in Riv. dir. comm., 1933, p. 414 e ss.; C. GRASSETTI, Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico, in Riv. dir. comm., 1936, I, p. 945; E. GIANTURCO, Delle fiducie nel diritto civile italiano (1882), in Opere giuridiche, I, Roma, 1947, p. 20 e ss.; G. Messina, I negozi fiduciari, in Scritti giuridici, Milano, 1948; S. PUGLIATTI, Fiducia e rappresentanza indiretta, in Diritto civile - Metodo, Teoria, Pratica, Saggi, Milano, 1951, p. 201 e ss.; N. LIPARI, Il negozio fiduciario, Milano, 1964; V.M. TRIMARCHI, Negozio fiduciario, in Enc. dir., XXVIII, Milano, 1978, p. 33 e ss.; U. CARNEVALI, Intestazione fiduciaria, in Diz. dir. priv., a cura di N. IRTI, Dir. civ., 1, 1980, p. 455 e ss.; ID., Negozio giuridico. III) Negozio fiduciario, in Enc. giur., XX, Roma, 1990; G. CRISCUOLI, Fiducia e Fides in diritto privato, in Riv. dir. civ., 1983, I, p. 136 e ss.; M. GRAZIADEI, Proprietà fiduciaria e proprietà del mandatario, in Quadrimestre, 1990, I, p. 1 e ss.; L. SANTORO, Il negozio fiduciario, Torino, 2002; A. GENTILI, La fiducia, in Manuale di dir. priv. eur., II, Proprietà. Obbligazioni. Contratti, Milano, 2007, p. 607 e ss.

²⁰² F. ALCARO, Il programma contrattuale: l'attività dell'affidatario fiduciario e i rapporti fra le parti, in Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario quali espressioni di un diritto civile postmoderno., Atti dei Convegni Bologna il 26 novembre 2016 Roma il 3 marzo 2017, Milano, 2017, p. 162 e ss.

²⁰³ Come avviene nel trust, all'affidatario viene conferito l'incarico di attuare una gestione attiva e dinamica che comporti la possibilità di trasformazione dei beni vincolati. Pertanto, e a differenza di quanto accade nella struttura prevista e disciplinata dall'art. 2645 ter c.c., si parla di un vincolo relativo all'attività compiuta sui beni e non sui beni stessi.

²⁰⁴ M. LUPOI, Le ragioni della proposta dottrinale del contratto di affidamento fiduciario, la comparazione con il trust, cit., p. 131. In tal senso anche M.R. MAZZONE, La funzionalità del contratto di affidamento fiduciario, cit., p. 351. In relazione a ciò si segnala come il disegno di legge d'iniziativa della senatrice Riccardi comunicato alla Presidenza il 5 agosto 2019 dal titolo «Disposizioni sul negozio di affidamento fiduciario» abbia espresso l'obiettivo di «colmare una lacuna nell'ordinamento giuridico italiano e portare a compimento i riferimenti al contratto di affidamento fiduciario contenuti nella legge 22 giugno 2016, n. 112» costituendo rapporti giuridici comparabili con quelli derivanti dall'istituzione di trust, ma avvalendosi di strumenti offerti dal diritto civile. È dato infatti leggere nel testo del Disegno di legge p. 2-3 par. II: «È risaputo che il contratto di affidamento fiduciario è nato a livello accademico dagli studi di diritto comparato svolti nell'Università di Genova sotto la direzione del professor Maurizio Lupoi e concretizzatisi in pubblicazioni che hanno attirato l'attenzione delle professioni oltre che degli studiosi. Alla base della costruzione teorica è l'esito delle ricerche storiche dalle quali è risultato che l'insieme dei dati teorici caratterizzanti il trust ebbe origine nella dottrina giuridica canonico- civilistica rinascimentale e quindi sul terreno della tradizione del diritto romano: da essa mosse il diritto inglese e nel corso del tempo elaborò la figura del trust di common law come oggi la conosciamo. Muovendo da quella

ponendosi come uno strumento prezioso per realizzare immediatamente gli interessi delle parti.

Il programma²⁰⁵ si pone, pertanto, come elemento strutturale caratteristico dell'istituto che consente l'ingresso all'interno del testo contrattuale dell'indicazione delle modalità di risoluzione degli imprevisti e dei conflitti nonché dei criteri di concreta determinazione dei dettagli non ancora determinabili al momento della sua sottoscrizione assicurando la realizzazione dell'assetto negoziale predisposto dalle parti.

Fondamentale risulta essere, dunque, la stabilità del programma di affidamento che deve essere perseguita rendendolo autosufficiente e indifferente ai sopravvenuti eventi esterni, nonché idoneo a sopravvivere in ragione delle finalità da raggiungere, superando ogni fattispecie che possa determinarne la decadenza o l'inefficacia²⁰⁶.

Oltre al programma, costituiscono elementi essenziali del negozio di affidamento fiduciario, il bene o il complesso dei beni individuati e destinati alla realizzazione del programma, e le parti del contratto.

Sono parti del contratto di affidamento fiduciario: l'affidante ossia colui che trasferisce (o in virtù dello stesso contratto di affidamento, o con negozi traslativi successivi) la titolarità dei beni o delle situazioni giuridiche soggettive all'affidatario; l'affidatario fiduciario²⁰⁷, che è il titolare formale e temporaneo dei beni del fondo e dei poteri e degli obblighi fiduciari, figura centrale della fattispecie, a cui viene conferito l'incarico di attuare il programma attenendosi ad esso ma attraverso una gestione dinamica e autonoma dei beni costituiti in fondo ed infine i beneficiari individuabili in coloro che trarranno vantaggio dall'attuazione del programma, dai quali si distinguono i beneficiari finali ossia

paternità culturale, la dottrina del contratto di affidamento fiduciario si è riappropriata di concetti e meccanismi funzionali della civil law ed è pervenuta a elaborare principi e regole che trovano collocazione nel disegno di legge: esso, in luogo di provare a «tradurre» il trust, come hanno fatto quasi tutti gli altri Stati che hanno legiferato in materia, addita una via interamente appartenente alla civil law (come già fece la Repubblica di San Marino con la legge 1° marzo 2010, n. 43)».

²⁰⁵ Nell'ambito del contratto di affidamento fiduciario il concetto di organizzazione, di cui è espressione il programma, «è fondamentale e peculiare perché è la "ragione" - anche sotto l'aspetto anche causale - del contratto di affidamento fiduciario ed è la base della sua stabilità; una organizzazione, quindi, che esprime la sua forza nell'individuare in se stessa i mezzi per la sua continuità e la sua "conservazione a oltranza"». Così G. BARALIS, *Autotutela e autorizzazioni nell'ambito del contratto di affidamento fiduciario*, cit., p. 145 e ss.

²⁰⁶ M. LUPOI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, Milano, 2014, cit. p. 313 e ss.

²⁰⁷ Si precisa che gli affidatari possono essere anche più di uno, ed in tal caso, fatta salva diversa disposizione delle parti, si riterranno affidatari congiunti che, pertanto, in modo congiuntivo saranno tenuti ad agire. In tal senso, M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, 2010, p. 296.

coloro che avranno diritto a ricevere, al momento di estinzione del fondo, i beni residui, ossia i beneficiari dei frutti e delle utilità dei beni costituiti in fondo²⁰⁸.

A questi soggetti, potrebbe poi aggiungersi la figura del garante²⁰⁹, chiamato a controllare l'attività svolta dall'affidatario ed eventualmente ad esprimere pareri che possono configurarsi come facoltativi, obbligatori o vincolanti, secondo le indicazioni stabilite dal negozio, in merito a significativi atti di disposizione del patrimonio.

Il programma, con i suoi contenuti dispositivi e la definizione degli obiettivi, rende possibile inserire la figura del contratto di affidamento fiduciario, con riferimento al profilo causale, solo in senso lato all'interno della categoria gestoria, dal momento che sono rilevanti gli elementi di differenza della figura in esame.

In primo luogo, non del tutto pertinente appare il parallelismo con il mandato. Le obbligazioni ed i compiti del mandatario si inquadrano, infatti, nello schema ristretto della cooperazione nell'altrui attività giuridica, ed attengono ad un esercizio di poteri nell'ambito di mansioni predeterminate.

Inoltre, il contratto di affidamento fiduciario, non sembra fondarsi sull'intuitus personae, in quanto non si pone come strettamente dipendente dalla persona dell'affidatario, che è fungibile e agevolmente sostituibile, a differenza del mandatario e del fiduciario nei contratti di mandato e negozio fiduciario le cui vicende sono invece strettamente legate alla persona dei contraenti²¹⁰.

Ridurre l'attività dell'affidatario a quella di un mero mandatario²¹¹ significherebbe snaturare e sminuire la funzione e le potenzialità dell'affidamento che esprime, attraverso il programma, concepito come «trama costruttiva dei poteri fiduciari e della vicenda complessiva»²¹², un vincolo finalistico su cui si fonda il titolo e la fonte dei poteri conferiti all'affidatario; da ciò deriva un diverso livello di

²⁰⁸ In realtà è ammissibile una fattispecie di affidamento fiduciario in cui non sono previsti beneficiari ai quali devolvere il fondo al termine dell'affidamento, ciò potrebbe accadere nell'ipotesi in cui il fondo sia interamente impiegato per la realizzazione del programma. In tal senso M. LUPOI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, cit., p. 396.

²⁰⁹ M. LUPOI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, cit., p. 324; G. BARALIS, *Autotutela e autorizzazioni nell'ambito del contratto di affidamento fiduciario*, cit., p. 148.

²¹⁰ A. VICARI, *Il contratto di affidamento fiduciario quale contratto nominato: un'analisi realistica*, in *I contratti*, 2008, 3, p. 358.

²¹¹ Sul tema, si veda, M. GRAZIADEI, *Proprietà del fiduciario e proprietà del mandatario*, in *Quadrimestre*, 1990, p. 1 e ss.; M. BIANCA, *La fiducia attributiva*, Torino, 2002 p. 42 e ss.; F. ALCARO, *Mandato e fiducia*, in *I patrimoni separati tra tradizione e innovazione*, a cura di S. Tondo, Milano, 2003, p. 81 e ss.; A. BARBA – D. ZANCHI, *Autonomia privata e affidamenti fiduciari*. Torino, 2012.

²¹² Così F. ALCARO, *Programma e attività nell'affidamento fiduciario e nel trust*, cit., p. 7.

discrezionalità nell'agire, una differente conformazione delle competenze e delle connesse responsabilità.

Il *proprium* dell'affidamento risiede proprio nel vincolo finalistico oggetto dell'attività di cui viene investito l'affidatario, che sarebbe improprio e riduttivo considerare come un insieme di atti meramente esecutivi.

Oggetto dell'affidamento è infatti un'attività complessa²¹³, volta ad un fine più che una pluralità di singoli atti; ne deriva che oggetto di valutazione sarà l'attività in tutto il suo svolgimento.

La stabilità del rapporto creato dal contratto e dal programma costituisce, in termini strutturali e funzionali, la caratteristica fondamentale del contratto di affidamento fiduciario.

Ruolo preminente viene così attribuito all'attuazione del programma, che deve essere in grado di sopravvivere anche all'inadempimento dell'affidatario evitando il rimedio della risoluzione²¹⁴ che renderebbe, di fatto, definitivamente impossibile l'attuazione del programma, riportando i beni nel patrimonio dell'affidante che, nel frattempo, potrebbe essere anche morto.

I rimedi risolutivi o demolitori sarebbero naturalmente incompatibili con il negozio di cui si tratta²¹⁵ precludendo irrimediabilmente la realizzazione del programma che, invece, «deve essere preservato, reso stabile, contrassegnato da autosufficienza, insensibilità verso eventi esterni sopravvenuti, dovendosene assicurare la permanenza, per la missione da compiere, contro ogni ipotesi di anticipata sua decadenza o sopravvenuta inefficacia, salva l'opportunità di eventuali adeguamenti imposti da eventi sopravvenuti»²¹⁶.

²¹³ Con riferimento al concetto di "attività", F. ALCARO, *L'attività. Profili ricostruttivi e prospettive applicative*, Napoli, 1999.

²¹⁴ La legge 1 marzo 2010 n. 43, emanata dalla Repubblica di San Marino, all'art. 1 comma 5 prevede espressamente che: «Il contratto non è soggetto a risoluzione, salvo il caso di impossibilità sopravvenuta». Scopo della detta disposizione è evidentemente quello di vietare che il contratto sia posto nel nulla in conseguenza dell'inadempimento dell'affidatario; l'affidatario inadempiente andrà sostituito secondo le disposizioni contrattuali (art. 6 comma 4 della predetta legge) al fine di garantire sempre l'attuazione del programma.

²¹⁵ Sul punto, M. LUPOI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, Milano, 2014, p. 311 afferma che il contratto di affidamento fiduciario costituisce «un rapporto che assicura stabilità nell'attuazione del programma dell'affidamento rispetto alle vicende personali delle parti ed ai loro possibili conflitti».

²¹⁶ F. ALCARO, *Il programma contrattuale: l'attività dell'affidatario fiduciario e i rapporti fra le parti*, p. 163. In senso analogo, M. LUPOI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, cit., p. 313 e ss.; M. TONELLATO, *Il contratto di affidamento fiduciario: aspetti innovativi della recente pronuncia del Giudice tutelare di Genova, in Trusts e attività fiduciarie*, 2014, p. 37; V. BARBA, *Affidamento fiduciario testamentario*, cit. p. 6.

Infatti, il contratto di affidamento fiduciario si fonda sul principio di autotutela, in virtù del quale, dinanzi ad una condotta tenuta in violazione del programma, è possibile semplicemente sostituire l'affidatario fiduciario con un altro soggetto chiamato a rispettare il programma, garantendo, in tal modo la prosecuzione del contratto e la realizzazione del programma attraverso l'attività di un altro affidatario.

Chiaramente, i criteri di risoluzione delle problematiche che potranno insorgere, dovranno essere contenuti nel programma di affidamento, chiamato a prevedere meccanismi di autotutela in vista della sua realizzazione.

L'affidante ed il beneficiario potranno, inoltre, utilizzare nei confronti dell'affidatario inadempiente, oltre ai poteri specificamente previsti dal programma, gli strumenti di tutela previsti dal nostro ordinamento; pertanto, potranno agire direttamente contro l'affidatario che abbia violato le prescrizioni del programma sia in via contrattuale che extracontrattuale, al fine di ottenere il risarcimento dei danni eventualmente subiti.

Ulteriore elemento caratteristico dell'affidamento fiduciario è il fondo affidato, costituito da un insieme di beni, connessi tra di loro sotto un profilo funzionale proprio in quanto strumentali all'attuazione del programma, ed è proprio la prospettiva dinamica della gestione che connota lo strumento in esame rispetto agli atti di destinazione di cui all'art. 2645-ter c.c., in cui assumono specifico rilievo i singoli beni, immobili o mobili registrati oggetto di trascrizione²¹⁷.

Inoltre, nell'ipotesi di affidamento fiduciario, l'esercizio dell'attività determinata dal programma non costituisce, a differenza di quanto accade nell'atto di destinazione contemplato nell'art. 2645-ter, l'esecuzione di un effetto già prodottosi, ma costituisce il momento centrale della realizzazione dell'effetto giuridico.

Pertanto, l'attività di gestione non è cristallizzabile in uno schema rigidamente predeterminato, ma si configura come flessibile in ragione delle circostanze concrete nel loro dinamico evolversi²¹⁸.

²¹⁷ In tal senso A. MORACE PINELLI, *Trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti e persone fisiche*, in *Commentario del Codice civile e codici collegati*, Libro Sesto, Tutela dei diritti, art. 2645 ter, A. SCIALOJA- G. BRANCA. - F. GALGANO, A cura di G. DE NOVA, Bologna, 2017, p. 224.

²¹⁸ F. ALCARO, *Programma e attività nell'affidamento fiduciario e nel trust*, cit., p. 6; ed in *Gestioni e affidamenti fiduciari: appunti. (poteri, attività e destinazioni)*, in *Vita notarile*, 2014, p. 711 e ss. L'Autore assimila le funzioni esercitate, seppure in un ambito profondamente differente, dall'affidatario a quelle attribuite al fiduciario dalla l. n. 219/2017 ai fini dell'efficace attuazione delle Disposizioni anticipate di trattamento.

3. Affidamento fiduciario, segregazione patrimoniale e responsabilità patrimoniale ex art. 2740 c.c.

La necessità di garantire la stabilità e la realizzazione del programma determinano alcuni tratti fondamentali della figura.

In particolare, occorre che il fondo sia concepito come insensibile alle vicende²¹⁹ che andranno a coinvolgere sia l'affidante che l'affidatario e che vada a costituire una garanzia generica dei soggetti che vanteranno un diritto sorto in relazione all'attuazione del programma²²⁰.

Le posizioni soggettive che andranno a costituire il fondo, pertanto, dovranno costituire un patrimonio separato²²¹ rispetto al patrimonio dell'affidatario, che ne è il titolare formalmente e temporaneamente, quindi non forma oggetto della successione dell'affidatario e non è aggredibile dai creditori personali di quest'ultimo, non potendo ricadere nella sua responsabilità generica ex art. 2740 c.c.²²².

Orbene, la legge 112/2006 contiene il primo riconoscimento normativo dell'affidamento fiduciario e ne legittima l'utilizzo con effetti segregativi con riferimento a scopi determinati oggetto di preventiva valutazione da parte del legislatore ed in virtù di specifici requisiti espressamente indicati. Si tratta adesso

²¹⁹ Quali quelle relative a situazioni relative alla successione, al regime patrimoniale della famiglia o ai crediti personali, con riferimento ai crediti personali dell'affidatario, chiarisce M. LUPOI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, cit., p. 366, che il fondo non può essere soggetto al regime della responsabilità patrimoniale dell'affidatario ai sensi dell'art. 2740 c.c., in quanto, tecnicamente, i beni del fondo non possono essere considerati «suoi» ai sensi della detta norma, ma gli vengono affidati proprio «per non essere confusi con i suoi». Tuttavia, l'A. riconosce che, in tale circostanza si pone un rilevante problema di opponibilità nei confronti dei terzi in quanto gli stessi non sono in grado di conoscere la destinazione del bene. Viene quindi ravvisata la necessità di uno strumento idoneo a garantire l'opponibilità del titolo rendendo conoscibile la destinazione del bene alla realizzazione del programma affinché nessun creditore dell'affidatario possa fare affidamento sui beni del fondo. «il fondo affidato (...) risponde delle sole obbligazioni, contrattuali o meno inerenti la realizzazione del programma. Il fondo affidato non si confonde con il patrimonio dell'affidatario fiduciario», M. LUPOI, *op. loc. ult. cit.*, p. 314.

²²⁰ Sul punto A. GAMBARO, *La posizione soggettiva dell'affidatario fiduciario e la segregazione patrimoniale*, in *Quad. Fond. It. Notar.*, 2017, p. 155 e ss.

²²¹ Qualificano il fondo affidato come segregato o separato: M. LUPOI, *Note circa la legge sammarinese sull'affidamento fiduciario in Trusts e attività fiduciarie*, 2010, 5, p. 469; N. ATLANTE e L. CAVALAGLIO, *I fondi speciali e il contratto di affidamento fiduciario previsti dalla Legge "Dopo di noi": una nuova ipotesi di patrimonio separato?*, in *Riv. not.*, 2017, p. 227; A. C. DI LANDRO, *La destinazione patrimoniale a tutela dei soggetti deboli. Riflessioni sulla l.22 giugno, n. 216, in favore di persone con disabilità grave* cit., p. 62.

²²² M. LUPOI, *Atti istitutivi di trust e affidamento fiduciario*, cit. pp. 36 e 443; E. CORALLO, *Il contratto di affidamento fiduciario nel codice civile*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 5, 2013, p., 503; M. VENTURO, *Il contratto di affidamento fiduciario. Rilievi notarili*, in *Vita notarile*, 2015, 3, p. 1453.

di verificare se, ed entro quali limiti, possa ritenersi opponibile ai terzi la separazione del fondo affidato all'affidatario in virtù di un negozio di affidamento fiduciario a prescindere da una fonte legislativa che lo preveda espressamente. L'aspetto della fattispecie che ha creato maggiori criticità è infatti rappresentato proprio dalla compatibilità della segregazione patrimoniale con la riserva di legge di cui all'art. 2740, comma 2, c.c.²²³.

Il patrimonio affidato dovrebbe infatti costituire una massa distinta²²⁴ proprio in vista del raggiungimento dello scopo definito dal programma e, per poter esplicitare la sua funzione, dovrebbe essere assistito da un meccanismo segregativo che lo separi sia dal patrimonio dell'affidante che dell'affidatario. Tuttavia, benché funzionale alla realizzazione del programma, il meccanismo segregativo deve necessariamente confrontarsi con il disposto dell'art. 2740 c.c. che sancisce il principio in base al quale «il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri. Le limitazioni di responsabilità non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge»²²⁵.

²²³ Il principio della responsabilità patrimoniale illimitata del debitore, che risponde delle obbligazioni assunte "con tutti i suoi beni presenti e futuri" è stata considerata dal legislatore del '42 regola fondamentale, assistita anche dalla riserva di legge contenuta nel comma secondo dello stesso articolo. V. ROPPO, *Responsabilità patrimoniale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Varese, 1988, p. 1049 e ss.. A. MORACE PINELLI, *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, Milano, 2007, p. 71. Il divieto di limitazioni pattizie della responsabilità patrimoniale introdotto dal secondo comma dell'art. 2740 c.c. è evidentemente volto a evitare il ricorso da parte dei debitori, a meccanismi finalizzati a limitare indirettamente la propria responsabilità.

A tal proposito M. D'AMELIO, *Codice civile, libro della tutela dei diritti, Commentario diretto da M. D'AMELIO*, Firenze, 1943, p. 430. «Il principio contenuto nell'art. 2740 c.c. è fondamentale in tutto il sistema del diritto privato, giacché senza la responsabilità patrimoniale le obbligazioni risulterebbero un nome vano senza contenuto pratico (...). Un lungo processo evolutivo ha man mano sostituito alla persona del debitore i suoi beni e riversato sugli stessi la responsabilità degli obblighi assunti dal titolare (...) La civiltà moderna chiama soltanto i beni a rispondere delle obbligazioni. La morale, il diritto e l'economia pubblica sorreggono il principio».

²²⁴ In realtà, l'idea dell'idoneità del contratto di affidamento a produrre automaticamente l'effetto segregativo non è sembrata così scontata ad una parte della dottrina, secondo la quale una deroga all'art. 2740 c.c. avrebbe richiesto un intervento legislativo «meno timido» rispetto a quello operato con la legge 112/2006, o quanto meno l'elaborazione di un nucleo di regole volte a disciplinare i rapporti tra le parti in maniera più compiuta. A tal proposito si è inoltre osservato che la fattispecie del contratto di affidamento, non sarebbe assimilabile al trust interno che trova un riscontro normativo nella legge di ratifica della Convenzione dell'Aja. Sul punto cfr. F. AZZARRI, *I negozi di destinazione patrimoniale in favore dei soggetti deboli: considerazioni in margine alla l. 22.06.2016, n. 112*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2017, 1, p. 128 e ss.; A.C. DI LANDRO, *La destinazione patrimoniale a tutela dei soggetti deboli. Riflessioni sulla l. 22 giugno 2016, n. 112, in favore di persone con disabilità grave*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 1, p. 61.

²²⁵ Sul punto, V. ROPPO, *Contratto di affidamento fiduciario e "valore di garanzia" dei beni*, in *Riv. not.*, 2012, p. 1243; E. CORALLO, *Il contratto di affidamento fiduciario nel codice civile*, cit. p.

Il principio della generale e illimitata responsabilità del debitore, espresso dall'articolo sopra citato, sembra porsi in contrasto con l'attribuzione ai privati di un generale potere di stabilire forme di limitazione della responsabilità patrimoniale al di fuori dei casi previsti dalla legge, in quanto il suddetto principio è ritenuto presupposto implicito nel nostro sistema e può essere limitato non con un atto di privata autonomia, ma solo in vista della realizzazione di interessi generali che devono necessariamente essere oggetto di valutazione esclusiva del legislatore.

Secondo parte della dottrina²²⁶, la giustificazione dell'effetto segregativo risiede nella circostanza per cui la situazione di titolarità dei beni da parte dell'affidatario, essendo una proprietà strumentale e temporanea, risulta «priva di un reale valore economico e pertanto non è idonea ad apportare alcun incremento finale al patrimonio»; pertanto, i beni affidati all'affidatario fiduciario non potrebbero essere considerati come "suoi beni" e, perciò, esulerebbero dall'oggetto della garanzia patrimoniale generica di cui all'art. 2740, comma 1 c.c., e risulterebbe non applicabile della riserva di legge di cui al secondo comma della stessa norma²²⁷.

Tuttavia, si evidenzia che i creditori dell'affidatario, qualora non siano posti in condizione di conoscere l'appartenenza del bene al patrimonio affidato, possono legittimamente ritenerlo aggredibile. Pertanto, sarebbe necessaria la predisposizione di uno strumento che garantisca la conoscibilità ai terzi del fatto che l'affidatario è mero titolare fiduciario del bene.

Alla luce di una diversa impostazione²²⁸, il contratto di affidamento fiduciario configurerebbe una sorta di mandato senza rappresentanza arricchito da clausole atipiche che ne caratterizzano il contenuto senza però modificarne il

501; F. ALCARO, Gestioni e affidamenti fiduciari: appunti (poteri, attività, destinazioni), in *Vita Notarile*, 2014, 2, p. 711 e ss.; F. AZZARRI, I negozi di destinazione patrimoniale in favore dei soggetti deboli: considerazioni in margine alla l. 22.06.2016, n. 112, cit., p. 128.

²²⁶ M. LUPOI, Il contratto di affidamento fiduciario, cit., p. 366.

²²⁷ M. LUPOI, Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari, cit., p. 258 «l'aggettivo possessivo "suoi" nell'art. 2740 cod. civ. indica gli ordinari titoli di appartenenza, dai quali consegue la spettanza del valore economico della posizione soggettiva e il conseguente assoggettamento al regime della responsabilità patrimoniale generica; non sono "suoi" (vale a dire dell'affidatario) in questo senso, i beni oggetto dell'affidamento, perché il loro valore economico, patrimoniale quanto reddituale spetta, per definizione, ad altri (proprietà nell'interesse altrui)», su queste basi, pertanto, i detti beni non sono soggetti al regime della responsabilità patrimoniale illimitata.

²²⁸ E. CORALLO, Il contratto di affidamento fiduciario nel codice civile, cit., p. 502; in senso conforme M. VENTURO, Il contratto di affidamento fiduciario. Rilievi notarili, cit., p.p. 1453 e 1471. Si sofferma invece sulle differenze tra affidamento e mandato M. LUPOI, Atti istitutivi di Trust e contratti di affidamento fiduciario, Milano, 2010, p. 489.

tipo. Ne deriva che l'effetto segregativo sarebbe già previsto e disciplinato dall'art. 1706 e soprattutto 1707 c.c., ai sensi del quale i creditori del mandatario, nei limiti delle condizioni previste dalla norma, «non possono far valere le loro ragioni sui beni che, in esecuzione del mandato, il mandatario ha acquistato in nome proprio». Essa però non è stata esente da critiche da parte di quanti dubitano che uno schema contrattuale tanto complesso possa rientrare nel tipo contrattuale del mandato.

Contro la prospettata teoria si è osservato²²⁹ che diversa risulta essere la funzione e l'ambito di operatività dell'art. 1707 e che, pertanto, le due fattispecie non appaiono sovrapponibili.

Altri studiosi hanno cercato di giustificare l'effetto segregativo discendente dal contratto di affidamento con il riferimento alla legge 1 marzo 2010, n. 43 emanata dalla Repubblica di San Marino che disciplina l'istituto dell'affidamento fiduciario²³⁰ prevedendo espressamente all'art. 9 comma 3 la segregazione del fondo affidato²³¹. Un tale contratto, potrebbe avere riconoscimento in Italia in virtù Convenzione dell'Aja del 1 luglio 1985²³².

Infatti, la nozione di trust impiegata dalla suddetta convenzione, sarebbe estremamente flessibile o per meglio dire "amorfa" dal momento che sarebbe idonea ad includere "tutti i rapporti giuridici istituiti da una persona, il costituente - con atto tra vivi o mortis causa - qualora dei beni siano stati posti sotto il controllo di un trustee nell'interesse di un beneficiario o per un fine specifico" (art. 2), fino al punto di assicurare il riconoscimento in Italia di istituti diversi dai trust veri e propri²³³ tra i quali ben potrebbe essere ricompreso l'affidamento fiduciario, disciplinato dalla legge di San Marino.

Su queste basi, potrebbe configurarsi la costituzione di un affidamento fiduciario interno²³⁴ (alla stregua del trust interno), nel quale tutti gli elementi soggettivi

²²⁹ F. AZZARRI, I negozi di destinazione patrimoniale in favore dei soggetti deboli: considerazioni in margine alla l. 22.06.2016, n. 112, cit., p. 128.

²³⁰ Il suddetto testo normativo composto di 19 articoli è stato oggetto di analisi in M. LUPOI, Note circa la legge sammarinese sull'affidamento fiduciario, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2010, 5, p. 469 e ss.; A. VICARI, Il contratto di affidamento fiduciario nella legge di San Marino, in *Autonomia privata e affidamenti fiduciari*, a cura di A. BARBA – D. ZANCHI, Torino, 2012, p. 210 e ss.

²³¹ Che espressamente recita «L'affidatario risponde dell'adempimento delle proprie obbligazioni, legali, contrattuali e extracontrattuali, con il solo patrimonio affidato».

²³² Ratificata in Italia con la l. 16 ottobre 1989 n. 364.

²³³ M. LUPOI, *The shapeless trust*, - Il trust amorfo, in *Vita notarile*, 1995, 1, p. 51.

²³⁴ La stessa Agenzia delle Entrate (cfr. Direzione Regionale della Liguria, Ufficio Consulenza, Parere del 3 luglio 2012 emesso su Interpello 903-151/ 2012 del 29 maggio 2012, in *Trust e Attività Fiduciarie*, 2013, p. 95) ha, infatti, testualmente sancito che gli affidamenti fiduciari sorti sulla base del diritto sammarinese "sono previsti e definiti dall'art. 2 della Convenzione dell'Aja del

ed oggettivi sono situati in Italia ma la legge regolatrice è quella di San Marino che contempla²³⁵, quale effetto tipico del contratto, la segregazione patrimoniale.

Tuttavia, la disciplina relativa al vincolo di destinazione dettata dall'art. 2645 ter c.c.²³⁶, apre una prospettiva più interessante.

La suddetta disposizione sembrerebbe assumere una portata generale, che le consentirebbe di disciplinare ogni forma di destinazione, con l'unico limite della meritevolezza²³⁷ dell'interesse perseguito; su queste basi sarebbe idonea a fungere da base normativa per la segregazione patrimoniale. Il contratto di affidamento fiduciario imprimerebbe il vincolo di destinazione al patrimonio affidato che sarebbe funzionale alla realizzazione del programma formulato.

Con l'art. 2645-ter c.c., la destinazione patrimoniale sembrerebbe aprirsi ad una serie potenzialmente indefinita di fattispecie volte alla realizzazione di scopi selezionati non dalla legge, ma dall'autonomia privata.

1 luglio 1985". Inoltre ha chiarito che per trusts si intendono "i rapporti giuridici istituiti da una persona, il disponente - con atto tra vivi o mortis causa - qualora dei beni siano stati posti sotto il controllo di un trustee nell'interesse di un beneficiario per un fine determinato" e, ha concluso sancendo che, con riferimento ai trusts regolati dalla legge di San Marino, "l'affidamento riproduce effetti segregativi sostanzialmente eguali a quelli classici dei trust, inquadrandosi armoniosamente nei requisiti enunciati all'art. 2 della Convenzione dell'Aja".

²³⁵ Art. 3 legge 1 marzo 2010, n. 43 che prevede testualmente: «I beni trasferiti all'affidatario o dall'affidatario vincolati per l'attuazione del programma destinatorio costituiscono il patrimonio affidato. Né il trasferimento né il vincolo richiedono la forma degli atti a titolo gratuito e l'insinuazione. 2. Il patrimonio affidato: a) appartiene temporaneamente all'affidatario, che esercita su di esso ogni facoltà dominicale entro i limiti posti dal contratto; b) è distinto dal patrimonio personale dell'affidatario, è estraneo al suo regime matrimoniale, è escluso dalla sua successione ereditaria e dal concorso dei suoi creditori; c) non può costituire oggetto di esecuzione se non per obbligazioni attinenti l'attuazione del programma destinatorio».

²³⁶ M. TATARANO, La legge «dopo di noi», profili giusprivatistici, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 1477; G. BARALIS, Autotutela e autorizzazioni nell'ambito del contratto fiduciario, cit., p. 145 e ss.; A. GAMBARO, La posizione soggettiva dell'affidatario fiduciario e la segregazione patrimoniale, cit., p. 155.

²³⁷ Con riferimento al profilo della meritevolezza relativamente agli atti di destinazione si veda, M. NUZZO, Atto di destinazione e interessi meritevoli di tutela, in *Studi in memoria di Vittorio Sgroi*, Milano, 2007, p. 59 e ss., in particolare pp. da 65 a 69.; ID, L'interesse meritevole di tutela tra liceità dell'atto di destinazione e opponibilità dell'effetto della separazione patrimoniale, in *Famiglia e impresa: strumenti negoziali per la separazione patrimoniale. Quad. Fond. It. Notar.*, 2010, I, p. 28 e ss.; F. GIGLIOTTI, Atto di destinazione e interessi meritevoli di tutela, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 7-8, p. 362 e ss.; G. PERLINGIERI, Il controllo di meritevolezza degli atti di destinazione ex art. 2645-ter c.c. in *Foro Napoletano*, 2014, p. 63 e ss.

4. L'art. 2745 ter e la meritevolezza dell'interesse perseguito

L'art. 2645-ter c.c., non si limita a disciplinare esclusivamente²³⁸ i profili di natura pubblicitaria del vincolo di destinazione, ma assume un rilievo anche sostanziale, in quanto contiene espresso riferimento alla durata del vincolo, alla forma, al requisito della meritevolezza dell'interesse perseguito con la destinazione; la norma, inoltre, consente di utilizzare qualunque struttura negoziale per realizzare l'atto di destinazione²³⁹, e ne consente l'utilizzo per il perseguimento di qualunque scopo²⁴⁰ meritevole di tutela²⁴¹.

²³⁸ In senso contrario, A. MENES, La norma sulla trascrizione di atto di destinazione è, dunque, norma sugli effetti, in *Contr. e impr.*, 2006, p. 627; R. QUADRI, L'art. 2645 ter c.c. e la nuova disciplina degli atti di destinazione, in *Contr. e impr.*, 2006, p. 1717 e ss.; A. GAMBARO, Appunti sulla proprietà nell'interesse altrui, in *Trust att. fid.*, 2007, p. 169 e ss., i quali, attribuiscono una natura non sostanziale all'art. 2645 ter che secondo questa impostazione assolverebbe l'unica funzione di rendere trascrivibile l'atto. Tale ricostruzione si fonda innanzitutto sulla collocazione della norma nel libro dedicato alla tutela dei diritti, in particolare tra le norme sulla pubblicità, oltre che sulla carenza di indicazioni in merito alla struttura dell'atto, alla sua natura ed ai suoi effetti. La giurisprudenza di merito maggioritaria ritiene che la norma riguardi soltanto gli effetti dell'atto di destinazione. In tal senso: Trib. Santa Maria Capua a Vetere, 28 novembre 2013, in *Corr. giur.*, 2014, p. 1367 con nota di C. SGOBBO, Il negozio di destinazione e l'inammissibilità dell'autodestinazione unilaterale; Trib. Reggio Emilia, 22 giugno 2012, in *Trusts e atti. fiduc.*, 2013, p. 57 e ss.; Trib. Trieste, 7 aprile 2006, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, p. 524; Trib. Reggio Emilia, 26 marzo 2007, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, p. 451, con nota di A. MORACE PINELLI, Tipicità dell'atto di destinazione ed alcuni aspetti della sua disciplina.

²³⁹ G. DE NOVA, , in *Esegesi dell'art. 2645-ter c.c.*, in *Atti notarili di destinazione di beni, testo dattiloscritto agli atti del Convegno sul tema "Atti notarili di destinazione dei beni: Articolo 2645 ter c.c."*, organizzato a Milano il 19 giugno 2006 dal Consiglio notarile di Milano e dalla Scuola notarile della Lombardia. L'art. 2645-ter c.c., Convegno Milano del 19 giugno 2006, afferma che l'atto di destinazione può consistere sia in un negozio unilaterale che in un contratto, in quanto «il termine "atto" non va qui inteso come contrapposto a "negozio", ma come negozio unilaterale o bilaterale, in conformità al significato che il termine "atto" ha nell'art. 2643 c.c.». Nello stesso senso A. FALZEA, in *Riflessioni preliminari, in La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645-ter del codice civile*, a cura di M. BIANCA, Milano, 2007, p. 5, secondo cui la scelta terminologica «esprime una precisa presa di posizione del legislatore in favore della più estesa libertà di scelta da parte del destinante della categoria giuridica di iniziativa da adottare, in relazione alle circostanze». In termini analoghi si esprime anche M. NUZZO, secondo il quale «la mancanza di una specificazione testuale induce a ritenere che qualunque struttura negoziale possa essere utilizzata in relazione all'atto di destinazione», in *Atto di destinazione, interessi meritevoli di tutela e responsabilità del notaio*, cit., p. 60.

²⁴⁰ A tal riguardo, si veda A. FALZEA, *Riflessioni preliminari in La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645-ter del codice civile*, Tavola Rotonda tenutasi a Roma, il giorno 17 marzo 2006, Milano, 2007, p. 3 e ss.

²⁴¹ In realtà, nel progetto poi sostituito dal testo attuale gli scopi erano sufficientemente definiti, dovendo consistere nel favorire: «a) l'autosufficienza economica dei soggetti portatori di gravi handicap; b) il mantenimento, l'istruzione, il sostegno economico di discendenti» (art. 1 Proposta di legge n. 3972).

In realtà, dalla lettura del testo dell'art. 2645 ter si ricavano due norme differenti ²⁴². La prima attiene all'atto di destinazione ²⁴³, che implica esclusivamente l'assegnazione di uno o più beni alla realizzazione di uno scopo determinato, ha effetti obbligatori, suscettibili di impegnare soltanto i soggetti che hanno costituito il vincolo; l'atto di destinazione di per sé è non opponibile a terzi. Dalla lettera della norma, si ricava la liceità dell'atto di destinazione nel nostro ordinamento.

Su di un diverso piano, si pone l'effetto della separazione patrimoniale e l'opponibilità ai terzi della stessa che si produce soltanto attraverso la trascrizione dell'atto e dalla sussistenza, in concreto, di un interesse meritevole di tutela.

La ragione della tradizionale diffidenza, che circonda la prospettiva di un'apertura della separazione patrimoniale ad una serie indefinita di ipotesi atipiche, è certamente da ricercarsi nel pericolo di un uso fraudolento dello strumento negoziale "incautamente offerto dal legislatore ai più furbi"²⁴⁴.

Tuttavia, l'art. 2645-ter, nel suo tenore testuale, individua nel giudizio di meritevolezza degli interessi legittimamente perseguibili dall'autonomia privata, lo strumento idoneo ad evitare un utilizzo fraudolento dell'istituto.

Pertanto, il "cuore dei problemi interpretativi"²⁴⁵ proposti dall'art. 2645-ter c.c. è da individuarsi nel giudizio di meritevolezza, e l'attenzione della dottrina si è concentrata su tale concetto, quale aspetto saliente della norma dettata dall'art. 2645-ter.

Innanzitutto, il dato testuale della norma chiarisce che nell'atto con cui si istituisce il vincolo deve necessariamente essere contenuta una espressa

²⁴² M. NUZZO, Atto di destinazione e interessi meritevoli di tutela, cit., pp. 65 e 66.

²⁴³ Sull'argomento, C.M. BIANCA, Atto negoziale di destinazione e separazione, in Riv. dir. civ., 2007, p. 197 e ss.; G. D'AMICO, La proprietà destinata, in Riv. dir. civ., 2014, p. 525 e ss.

²⁴⁴ L'apertura della separazione patrimoniale ad una serie indefinita di ipotesi atipiche sono state guardate con sospetto e diffidenza in considerazione del pericolo di un uso fraudolento dello strumento negoziale "incautamente offerto dal legislatore ai più furbi", così, testualmente F. GAZZONI, Osservazioni sull'art. 2645-ter, in Giust. civ., 2006, p. 165.

²⁴⁵ M. BIANCA, La categoria dell'atto negoziale di destinazione: vecchie e nuove prospettive, in Negozio di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata, in Quad. Fond. It. Notar., 2007, I, p. 177.

menzione dello scopo, una «*expressio finis*»²⁴⁶ che giustifichi il vincolo di destinazione impresso ai beni²⁴⁷.

La dottrina è, tuttavia, apparsa divisa²⁴⁸ sul contenuto del giudizio di meritevolezza²⁴⁹.

Secondo una prima tesi²⁵⁰, la meritevolezza cui fa riferimento, per il contratto in generale, l'art. 1322 c.c., coinciderebbe, in sostanza, con l'assenza di illiceità²⁵¹ ed il giudizio di meritevolezza si configurerebbe, pertanto, come un inutile doppione del giudizio di liceità²⁵² della causa²⁵³.

Tale prospettiva risente indubbiamente della tradizionale diffidenza nutrita nei confronti dell'autonomo giudizio di meritevolezza visto come strumento di direzione e controllo²⁵⁴ degli assetti negoziali posti in essere dai contraenti

²⁴⁶ G. DE NOVA, *Esegesi dell'art. 2645ter c.c.*, cit., p. 1: «Lo scopo deve essere necessariamente indicato nell'atto di destinazione, che non può essere atto astratto (potremmo parlare di *expressio finis*)»; Trib. Trieste, 7 aprile 2006, in *Giust. civ.*, 2006, II, p. 190 e ss., con nota di M. BIANCA, *Il nuovo art. 2645 ter. Notazioni a margine di un provvedimento del Giudice tavolo di Trieste*.

²⁴⁷ In questo senso v. anche G. FANTICINI, p. 333, *L'articolo 2645-ter del codice civile: Trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche*, in AA.VV., *La tutela dei patrimoni*, a cura di M. MONTEFAMEGLIO, Santarcangelo di Romagna, 2006, p. 333.

²⁴⁸ Per una sintesi relativa ai contrapposti orientamenti sul punto, A. FUSARO, *Le posizioni dell'accademia nei primi commenti dell'art. 2645-ter*, in *Negoziato di destinazione, percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, cit. p. 22 e ss.

²⁴⁹ E. MINERVINI, *La meritevolezza del contratto*, Torino, 2019, offre un'analitica lettura della clausola generale della meritevolezza.

²⁵⁰ A. FALZEA, *Riflessioni preliminari*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, a cura di M. BIANCA, p. 7; F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645-ter c.c.*, in *Giust. civ.*, 2006, 3, II, p. 168 testualmente afferma che «comunque la si voglia ricostruire, la norma è priva di autonoma rilevanza ed è invocata dai giudici solo per qualificare come atipico un certo contratto, il cui controllo è però operato in chiave esclusivamente di liceità, onde è meritevole qualsivoglia interesse che non sia illecito»; F. PATTI, *Gli atti di destinazione e trust nel nuovo art. 2645-ter cod. civ.*, in *Vita not.*, 2006, III, p. 979.

²⁵¹ G. FANTICINI, *L'articolo 2645-ter del codice civile: Trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche*, cit., p. 335.

²⁵² A. GENTILI, *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Esegesi dell'art. 2645-ter c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 13 testualmente afferma «dietro la formula dell'art. 1322 c.c. che esige la meritevolezza dell'interesse, il legislatore ha voluto mettere in evidenza proprio la necessità di valutare l'operazione negoziale alla luce di come le parti l'hanno configurata e di quello che le parti, con essa, si ripromettevano di raggiungere (...). Una tale valutazione della meritevolezza dell'interesse rispetto ad ogni negozio (tipico o meno) è un'esigenza essenziale dell'ordinamento giuridico, proprio perché con il negozio giuridico vengono realizzati interessi individuali».

²⁵³ R. PARDOLESI, *Conclusioni*, in *Il terzo contratto*, Bologna, 2008, p. 335, «La meritevolezza ha assunto, nel tempo, il significato di mera conformità ai principi dell'ordinamento, nulla di più, dunque, della nuda liceità».

²⁵⁴ Sul tema cfr. F. COSENTINO, *Il paternalismo del legislatore nelle norme di limitazione dell'autonomia dei privati*, in *Quadrimestre*, 1993, p. 119 e ss., 132 e ss.; si veda anche R.

nell'esercizio della loro autonomia privata²⁵⁵ e della persistente avversione all'idea che gli atti negoziali frutto del libero esercizio dell'autonomia privata, possano subire un controllo i cui contenuti siano dipendenti di volta in volta alla discrezionalità del singolo interprete²⁵⁶.

Questa corrente dottrina trarrebbe conforto, inoltre, dalla scarsità di applicazioni pratiche da parte della giurisprudenza²⁵⁷, di un autonomo giudizio di meritevolezza qualitativamente diverso da un mero giudizio di liceità²⁵⁸, anche se, nel corso degli ultimi anni si è registrato, anche da parte della giurisprudenza, il recupero di un ruolo autonomo del giudizio di meritevolezza²⁵⁹.

CATERINA, Paternalismo e antipaternalismo nel diritto privato, in Riv. dir. civ., 2005, II, p. 771 e ss.

²⁵⁵ L'interpretazione dell'art. 1322, co. 2, c.c. quale strumento di controllo degli atti dell'autonomia privata alla stregua del parametro dell'utilità sociale, proposta da E. BETTI, Teoria generale del negozio giuridico, Torino, 1960, p. 248 e ss. e accolta dalla Relazione al Codice. Cfr. Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice Civile del 1942, nn. 603 e 613, ha infatti generato e genera tuttora una significativa diffidenza negli interpreti. In senso contrario G. GORLA, Il contratto, Milano, 1955, p. 199 secondo il quale ogni interesse, purché non illecito dovesse considerarsi meritevole di tutela; in senso conforme, successivamente G.B. FERRI, Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale, in Riv. dir. comm., 1971 p. 81 e ss.

²⁵⁶ P. BARCELLONA, Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici, Milano, 1969, p. 209 e ss., ha efficacemente interpretato i detti timori, G.B. FERRI, Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale, cit., p. 88.

²⁵⁷ Per una disamina sintetica della giurisprudenza in tema di meritevolezza cfr. M. A. URCIUOLI, Liceità della causa e meritevolezza dell'interesse nella prassi giurisprudenziale, in Rass. dir. civ., 1985, p. 752 e ss.; L. GARDANI CONTURSI-LISI, Contratti atipici, I, in Giurisprudenza sistematica di diritto commerciale, diretta da W. BIGIAMI, Torino, 1997, p. 81 e ss.; U. BRECCIA, La causa, in G. ALPA, U. BRECCIA e A. LISERRE, Il contratto in generale, III, in Trattato di diritto privato, diretto da G. BESSONE, XIII, Torino, 1999, p. 97 e ss.

²⁵⁸ R. SACCO, in R. SACCO e G. DE NOVA, Il contratto, I, in Trattato di diritto civile, diretto da R. SACCO, Torino, 2004, p. 850: «la giurisprudenza (...) non ha ancora trovato l'occasione per trovare nullo un contratto ex art. 1322; e, se ha avventurosamente invocato l'articolo, lo ha adoperato come puro schermo, per colpire contratti visibilmente contrari ai buoni costumi, o altrimenti viziati». Tuttavia, non mancano le ipotesi in cui la Corte Suprema ha riconosciuto la nullità di un contratto innominato espressamente ritenuto non contrario a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume, per immeritevolezza, pertanto non può ritenersi veritiera l'affermazione della stessa Cassazione secondo cui dovrebbe ritenersi abbandonato «il requisito autonomo della meritevolezza per dichiarare meritevole tutto ciò che non è contrario alle norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume».

²⁵⁹ Secondo gli orientamenti più recenti, infatti, il giudizio in esame imporrebbe nuove valutazioni sui poteri del giudice che avrebbero una funzione di "controllo" dell'autonomia privata, un controllo tuttavia non orientato a fini pubblicistici e quindi invasivi dell'autonomia stessa, ma funzionale al recupero di pattuizioni "utili" agli interessi delle parti, in una crescente ottica sempre più solidaristica delle dinamiche contrattuali come dimostrano le fattispecie del contratto autonomo di garanzia, cfr. A. BERTOLINI, Il contratto autonomo di garanzia nell'evoluzione giurisprudenziale Rassegna di giurisprudenza in La Nuova giurisprudenza civile commentata, 2010, 9, II, p. 435 e ss.; S. D'ANDREA, Immeritevolezza e illiceità in astratto dei contratti atipici, in La Nuova Giur. civ. comm., 2020, 2, p. 469 e ss.; dei contratti c.d. my way, cfr.: S. GUADAGNO, I piani finanziari

La corrente dottrina che tende ad identificare la nozione di meritevolezza con la nozione di liceità sembra animata dal timore fondato sulla convinzione secondo cui, richiedere ai fini della costituzione di un valido atto di destinazione, il requisito della meritevolezza della tutela dell'interesse oltre alla sua liceità, significherebbe attribuire ai notai ed ai conservatori dei registri immobiliari il compito di valutare l'interesse sotteso al vincolo e riconoscere agli stessi il potere di rifiutare di stipulare e di trascrivere gli atti che non perseguirebbero un interesse meritevole di tutela.

Una diversa impostazione, conferisce, invece, autonoma rilevanza al giudizio di meritevolezza dell'interesse perseguito, assegnando un *quid pluris* alla nozione d'interesse meritevole ex art. 2645-ter cod. civ. rispetto a quella di mera liceità. Gli autori contrari alla sovrapposizione del concetto di meritevolezza con quello di liceità, manifestano una profonda diversità di vedute in ordine allo stesso concetto di meritevolezza richiesto dalla norma.

complessi tra tipicità e giudizio di meritevolezza, Nota a Cass. 21 settembre 2012, n. 16049 in Nuova giur. civ. comm, 2012, 3, I, p. 286 e ss.; R. FORNASARI, Il giudizio di meritevolezza dei prodotti finanziari "my way", ovvero la valutazione della razionalità dello scambio in Contratto e impresa, 2017, 4, p. 1281 e ss.; M. INDOLFI, Il vaglio della meritevolezza degli interessi nella recente giurisprudenza e la funzione di controllo dell'autonomia privata: spunti di riflessione in Le Corti fiorentine, 2018, 2, p. 3 e ss.; G. FAPPIANO, Il contratto di finanziamento a scopo previdenziale e il giudizio di meritevolezza, Nota a Cass. 7 febbraio 2019, n. 3679, in Resp. civ. prev., 2019, 3, p. 808 e ss.; e nelle clausole *claims made* cfr. C. BOITI, Alcune riflessioni sulla distinzione tra giudizio di liceità e giudizio di meritevolezza e clausole "claims made" Nota a Cass. 28 aprile 2017, n. 10506 in Giur. comm., 2018, 6, II, p. 978 e ss.; G. COLOMBO, Meritevolezza delle clausole "claims made" tra restaurazioni imperative ed alterazione del sinallagma Nota a Cass. 2 marzo 2018, n. 4912 in Danno e resp., 2018, 5, p. 630 e ss.; ID., "Claims made" tra meritevolezza e adeguatezza: la "claims made" mista è inadeguata? Nota a sent. Trib. Milano 28 marzo 2019, in Danno e responsabilità, 2020, 2, p. 267 e ss.; G. BUFFONE, Clausola 'claims made', non soggetta al controllo di meritevolezza in Guida al Diritto, 2019, 8, p. 23 e ss.; M. D'AURIA, Polizze "claims made": ascesa e declino della clausola generale di meritevolezza? Nota a ord. Cass., 5 novembre 2018, n. 28084; Cass. sez. un. civ. 24 settembre 2018, n. 22437, in Corr. giur., 2019, 1, p. 28 e ss.; V. DE LORENZI, Clausole "claims made", interesse meritevole di tutela, causa concreta e vuoti di copertura assicurativa in Assicurazioni, 2019, 4, I, p. 481 e ss.; G. FACCI, Le Sezioni Unite e le "claims made": ultimo atto? Nota a ord. Cass., 5 novembre 2018, n. 28084; Cass. sez. un., 24 settembre 2018, n. 22437 in Corr. giur., 2019, 1, p. 36 e ss.; D. ROMBOLÀ, Le Sezioni Unite e le clausole Claims Made: tra tipo, causa e poteri del giudice Nota a Cass. civ. sez. un. 24 settembre 2018 n. 22437, in giustiziacivile.com, 2019, 4, p. 19 e ss.; P. SANTORO, Tutto cambia perché nulla cambi? La sorte delle *claims made* dopo l'ultimo arresto delle Sezioni Unite Nota a ord. Cass. 9 luglio 2019 n. 18413; ord. Cass. 25 giugno 2019 n. 16902, in Danno e resp., 2019, 5, p. 628 ss.

In particolare, alcuni la identificano con la nozione di pubblica utilità²⁶⁰, altri con la nozione di solidarietà²⁶¹, o di interesse socialmente utile²⁶², infine alcuni studiosi considerano la meritevolezza una nozione di rilievo relazionale²⁶³.

²⁶⁰ F. GAZZONI, Osservazioni sull'art. 2645-ter c.c., cit., p. 170 e ss., individua la nozione d'interesse meritevole di tutela ex art. 2645-ter cod. civ. e tende a farla coincidere con quella di pubblica utilità, un tempo presupposto per il riconoscimento delle fondazioni e, pertanto ben nota anche ai notai. «Se lo scopo di pubblica utilità giustifica la destinazione e la sorregge sul piano causale, essendo così il cuore pulsante dell'atto pubblico, la sua inutilità comporterebbe allora inevitabilmente la nullità, senza ovviamente poter ipotizzare una sorta di sanatoria, in esito all'avvenuta trascrizione»; A. LUMINOSO, Contratto fiduciario, trust, e atti di destinazione ex art. 2645-ter c.c., in Riv. Not., 2008, 5, p. 995; M. CEOLIN, Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato – Dalla destinazione economica all'atto di destinazione ex art. 2645-ter c.c., 2010, p. 204, identifica gli interessi ex art. 2645-ter cod. civ. non come quelli «meramente leciti, ma che corrispondano a superiori interessi morali, sociali o di pubblica utilità e che non siano meramente lucrativi, egoistici o futili»; G. DORIA, Vincoli di destinazione e patrimonio del soggetto, in Le nuove forme di organizzazione del patrimonio, a cura di G. DORIA, Torino, 2010, p. 20; G. LENER, Atti atipici di destinazione del patrimonio e rapporti reali, in Le nuove forme di organizzazione del patrimonio, cit., p. 155.

²⁶¹ P. SPADA, Articolazione del patrimonio da destinazione iscritta in Negozio di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata, in Fond. It. Not., 2007, 1, p. 120 e ss., in particolare p. 126.

²⁶² M. BIANCA, La categoria dell'atto negoziale di destinazione: vecchie e nuove prospettive, in Negozio di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata, Fondazione Italiana Notariato, 2007, 1, p. 178, secondo la quale, «la meritevolezza dell'art. 2645-ter c.c. è diversa dalla mera liceità (...) ed esprime valori socialmente rilevanti per l'ordinamento giuridico»; A. DE DONATO, Gli interessi riferibili a soggetti socialmente vulnerabili, in Negozio di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata, cit., p. 253, secondo cui lo scopo dell'atto di destinazione deve necessariamente perseguire finalità socialmente apprezzabili richiamando, a tal proposito il disposto della Costituzione che, agli art. 41 e 42, fissa sia per l'attività economica privata che per la proprietà il criterio del fine sociale.

²⁶³ M. NUZZO, Atto di destinazione, interessi meritevoli di tutela e responsabilità del notaio, in La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione, Milano, 2007, p. 63, e ID, L'interesse meritevole di tutela tra liceità dell'atto di destinazione e opponibilità dell'effetto della separazione patrimoniale, cit., p. 28 e ss., ritiene, innanzitutto, che il giudizio di meritevolezza non riguardi l'atto, ma l'effetto di separazione, per cui l'atto immeritevole non sarebbe nullo ma sarebbe improduttivo dell'effetto di separazione. In secondo luogo, attribuisce al giudizio di meritevolezza un "rilevo relazionale", quindi rappresenta il risultato "di una valutazione comparativa tra interesse sacrificato, quello dei creditori, e quello realizzato dall'atto". A tal fine suggerisce di riferirsi sia alla specificazione iniziale della norma relativamente ai soggetti beneficiari (disabili e p.a.) e sia alle classi di interesse tipizzate dal legislatore in relazione alle figure dei patrimoni separati tipici; G. BARALIS, Prime riflessioni in tema di art. 2645-ter c.c., in Negozio di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata italiana per il notariato, 2007, 1, p. 131, distingue tra controllo di mera liceità, e controllo di meritevolezza ai fini della trascrizione ex art. 2645-ter c.c., che andrà condotto avendo riguardo «alla diversa gerarchia di interessi che fanno capo ai soggetti di cui alla norma; disabili e p.a. appaiono soggetti degni di considerazione maggiore» deve inoltre sussistere un valido motivo che giustifichi la deroga al principio di cui all'art. 2740 c.c. e la limitazione della libera circolazione dei beni; V. SCADUTO, Gli interessi meritevoli di tutela: "autonomia privata delle opportunità" o "autonomia privata della solidarietà", in Negozio di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata, Fond. italiana per il notariato, 2007, 1, p.111, sostiene che il giudizio di meritevolezza ex art. 2645-ter c.c., costituisce un quid pluris rispetto al

In realtà, appare evidente come la meritevolezza, nell'istituto in esame, rappresenti qualcosa in più della semplice liceità, e come oggetto del giudizio debba necessariamente essere lo scopo in concreto perseguito dal destinante. Proprio per questo motivo, come detto, deve essere chiaramente enunciata, nel contesto dell'atto, la finalità della destinazione nonché la congruità dei mezzi rispetto al fine, dal momento che costituiscono elementi imprescindibili per la formulazione del giudizio di meritevolezza²⁶⁴. Il rapporto di congruità tra bene destinato e scopo perseguito deve essere oggetto di attenta valutazione in quanto il bene non può essere sproporzionato né in difetto (perché in tal caso il raggiungimento dello scopo sarebbe compromesso) né in eccesso dal momento che non sarebbe meritevole una destinazione che mirasse a svuotare, in sostanza, il patrimonio del disponente in maniera esorbitante rispetto al raggiungimento dello scopo.

Peraltro, ridurre il giudizio di meritevolezza al giudizio di liceità contrasterebbe integralmente con la costruzione testuale della norma che impone di attribuire un valore all'espresso riferimento ai disabili ed alle pubbliche amministrazioni dal momento che, come è stato acutamente osservato, «esso permea di sé l'intera norma e ne costituisce la chiave di lettura, secondo un parametro di comparazione, un concetto relazionale, che richiede una particolare caratura dell'interesse in esame»²⁶⁵.

semplice giudizio di liceità che necessita di una «comparazione e di un'opera di costruzione della struttura negoziale»; G.A.M. TRIMARCHI, Gli interessi riferibili a persone fisiche, in *Negozio di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, Fond. italiana per il notariato, 2007, 1, p. 269, afferma espressamente che il procedimento di valutazione dell'interesse riferibile al beneficiario, "deve essere valutato in chiave relazionale, a confronto, cioè, con quello dei creditori"; G. PETRELLI, La trascrizione degli atti di destinazione, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, p.179, per il quale la fattispecie in esame necessita di un interesse meritevole di maggior tutela rispetto a quello dei creditori; P. DELL'ANNA, Patrimoni destinati e fondo patrimoniale, in *Nuovo diritto nella giurisprudenza*, Torino, 2009, p. 86. Infine G. DE NOVA, Egesi dell'art. 2645-ter c.c., in *Atti notarili di destinazione di beni*. L'art. 2645-ter c.c., Convegno Milano del 19 giugno 2006, p. 9 afferma che l'elemento della meritevolezza rappresenta un requisito di validità dell'atto di destinazione e, pertanto, se da un lato, non deve riferirsi all'utilità sociale, dall'altro, non è sufficiente che sia meramente lecito. In sostanza, deve valutarsi l'interesse non soltanto in relazione ai beneficiari, ma anche alla situazione specifica del disponente. Deve sussistere la congruità rispetto allo scopo, alla durata e al valore dei beni destinati ed inoltre dovrà tenersi in considerazione anche l'intensità del vincolo alla luce della normativa a tutela dei creditori, dei coeredi e dei legittimari.

²⁶⁴ M. BIANCA, La categoria dell'atto negoziale di destinazione: vecchie e nuove prospettive, in *Negozio di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, 2007, p. 179; A. DE DONATO, Gli interessi riferibili a soggetti socialmente vulnerabili, in *Negozio di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*. *Quad. Fond. It. Notar. cit.*, p. 252.

²⁶⁵ A. DE DONATO, Gli interessi riferibili a soggetti socialmente vulnerabili, *cit.*, p. 253. In senso analogo anche M. NUZZO, L'interesse meritevole di tutela tra liceità dell'atto di destinazione e

L'iniziale specificazione dei fini particolari dell'atto conserverebbe, quindi, un'incontestabile rilievo ermeneutico anche a fronte della genericità ed indeterminatezza del rinvio all'art. 1322, 2° comma, c.c.; in altri termini, l'indicazione esemplificativa degli interessi meritevoli di tutela fornisce indicazioni importanti in ordine al tipo di esigenze che possono essere ritenute idonee a giustificare la destinazione dei beni ad un determinato scopo, in quanto il giudizio di meritevolezza costituisce il risultato di un bilanciamento di contrapposti interessi: quelli dei creditori da un lato e quelli sottesi all'atto di destinazione dall'altro. Accanto alle categorie di interessi individuate espressamente dall'art. 2645-ter, assumeranno rilievo anche le norme che prevedono patrimoni separati ai sensi dell'art. 2740 comma 2 c.c.

Pertanto, anche al di fuori delle fattispecie di separazione patrimoniale normativamente tipizzate, nel caso in cui un atto di destinazione persegua un interesse appartenente alla stessa categoria di interessi per i quali il legislatore ha consentito la costituzione di un vincolo di separazione, quell'interesse dovrà essere ritenuto meritevole di tutela ai sensi dell'art. 2645-ter c.c. e, pertanto, idoneo a giustificare una limitazione alla responsabilità patrimoniale ex art. 2740 c.c.

Al fine di evitare disorientamenti e scelte arbitrarie, parte della dottrina²⁶⁶, ha ritenuto che la meritevolezza dell'interesse andrebbe desunta verificando la sussumibilità dell'interesse perseguito in concreto nelle ipotesi già selezionate ed espressamente codificate dall'ordinamento nelle fattispecie tipiche, desumendo dalle norme già presenti nel sistema i modelli di meritevolezza²⁶⁷.

Tuttavia, lo spirito della norma sembra essere differente, in quanto il legislatore, superando il progetto iniziale di legge²⁶⁸ che individuava e tipizzava gli interessi

opponibilità dell'effetto della separazione patrimoniale cit., p. 32 e ID, Atto di destinazione e interessi meritevoli di tutela, in Studi in memoria di Vittorio Sgroi, Milano, 2007, p. 59 e p. 68; A. FALZEA, Riflessioni preliminari a la trascrizione dell'atto negoziale di separazione. L'art. 2645-ter del codice civile cit., p. 3 e ss.

²⁶⁶ M. BIANCA, La categoria dell'atto negoziale di destinazione: vecchie e nuove prospettive, cit., p. 178.

²⁶⁷ In quest'ottica, un criterio di riferimento molto utile può essere individuato nelle classi di interesse già prese in considerazione dalle norme che disciplinano forme di patrimoni separati (come quelle relative al fondo patrimoniale o ad altri vincoli di destinazione a tutela della famiglia o di soggetti deboli all'interno della famiglia) dal momento che si riferiscono a finalità cui l'ordinamento riserva un grado di tutela più a finalità assistenziali, previdenziali o familiari cui l'ordinamento accorda una maggiore tutela rispetto a quella riservata ai creditori.

²⁶⁸ Cfr. progetto di legge di iniziativa parlamentare n. 3972, presentato il 14 maggio 2003, Disciplina della destinazione di beni in favore di soggetti portatori di gravi handicap per favorire l'autosufficienza.

meritevoli di tutela idonei a giustificare una limitazione della responsabilità patrimoniale, ha scelto, con il testo attuale, di renderli atipici.

Pertanto, qualora l'interesse concretamente perseguito non appartenga alla stessa categoria di quelli già previsti normativamente, sarà necessario valutarne in concreto la meritevolezza attraverso un bilanciamento degli interessi contrapposti, che tenga conto dei principi immanenti nell'ordinamento giuridico²⁶⁹, al fine di valutare comparativamente se l'interesse in questione sia tale da giustificare la compressione dell'interesse dei creditori.

Del resto, la compressione degli interessi creditori sarebbe soltanto potenziale e non assoluta: potenziale in quanto la residua massa dei beni del loro debitore potrebbe essere perfettamente capiente e, pertanto, non si avrebbe nessuna limitazione delle ragioni creditorie.

Inoltre, non sarebbe una compressione assoluta, in quanto, a tutela degli interessi dei creditori, l'ordinamento pone gli strumenti dell'azione revocatoria, dall'art. 2929 - bis²⁷⁰ per gli atti a titolo gratuito, e dell'azione di riduzione (nel caso di lesione di legittima)²⁷¹.

5. La valutazione concreta della meritevolezza dell'interesse perseguito.

In questo contesto, emerge la problematica dell'individuazione del soggetto cui spetti in concreto la valutazione preventiva della meritevolezza dell'interesse della destinazione.

La verifica della sussistenza della meritevolezza dell'interesse perseguito spetta in via preventiva al notaio, che effettuerà la valutazione sulla base degli elementi

²⁶⁹ Così M. NUZZO, Atto di destinazione ed interessi meritevoli di tutela, cit., p. 69.; P. SPADA, Conclusioni, a La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645-ter del codice civile, cit., p. 201 e ss.

²⁷⁰ Introdotto dall'art. 12.1, d.l. 27 giugno 2015, n. 83, convertito in l. 6 agosto 2015, n. 132., e poi modificato dalla l. 30 giugno 2016, n. 119, di conversione del d.l. 3 maggio 2016, n. 59, rubricato "Espropriazione di beni oggetto di vincoli di indisponibilità o di alienazioni a titolo gratuito".

²⁷¹ A. GENTILI, Le destinazioni patrimoniali atipiche: esegesi dell'art. 2645-ter c.c., in Rass. dir. civ., 2007, 1, p. 21. In relazione a ciò osserva M. BIANCA, La categoria dell'atto negoziale di destinazione: vecchie e nuove prospettive cit., p. 179 «Ma queste eventualità sanzionano l'abuso dello strumento ma non ne compromettono l'intrinseca operatività. Deve anzi rilevarsi che l'esistenza di questi strumenti è connaturata all'essenza stessa dell'atto di autonomia privata e della libertà che attraverso tale atto l'ordinamento concede ai privati. La considerazione dell'atto di destinazione quale espressione dell'autonomia privata conduce a ritenere che la possibilità dell'utilizzazione abusiva di tale strumento non può comprometterne l'uso, ragionamento che si pone in generale per tutte le espressioni della libera autonomia privata».

di sua conoscenza e di quelli comunicatigli dalle parti tenendo conto altresì della congruità del bene destinato rispetto allo scopo e della durata del vincolo.

Il notaio rogante sarà inoltre tenuto ad esplicitare e descrivere, nel modo più chiaro possibile, lo scopo destinatorio, in modo tale da renderne più agevole un'eventuale valutazione giudiziale ex post²⁷².

In questo contesto si inserisce il profilo della responsabilità del notaio per aver stipulato un atto ritenuto, ex post, in sede giurisdizionale immeritevole.

Ovviamente, la soluzione del problema risente dell'impostazione accolta a monte.

Secondo la prospettiva adottata da coloro che equiparano il giudizio di meritevolezza al giudizio di liceità, al notaio spetterà valutare la non contrarietà dell'interesse perseguito dalle parti alle norme imperative, l'ordine pubblico e il buon costume.

In buona sostanza, l'attività di controllo del notaio con riferimento all'atto di destinazione, per il notaio, sarebbe in tutto e per tutto analoga al controllo di liceità che egli è chiamato ad operare con riferimento a qualsiasi altro atto.

Ma alla mancanza di meritevolezza/liceità dell'atto non potrà che seguire la nullità dello stesso. Da ciò deriverebbe la responsabilità del notaio ai sensi dell'art. 28 della legge notarile che vieta al notaio di ricevere atti

«espressamente proibiti dalla legge, o manifestamente contrari al buon costume o all'ordine pubblico».

Tale ricostruzione che porterebbe ad estendere, con il solo limite della liceità dell'atto, la possibilità per l'atto di destinazione di raggiungere l'effetto della separazione patrimoniale, tuttavia ciò non sembra corrispondere alla ratio dell'art. 2645 ter c.c.²⁷³.

Secondo la prospettiva accolta, invece, che ritiene insito nel giudizio di meritevolezza di cui all'art. 2645-ter un quid pluris rispetto al giudizio di liceità, in caso di esito negativo del controllo di meritevolezza, la conseguenza non può essere la nullità.

²⁷² C. PRIORE, Redazione dell'atto di destinazione: struttura, elementi e clausole, in Quad. Fond. It. Notar., 2007, cit., p. 184 e ss..

²⁷³ In tal caso, come acutamente osservato, si finirebbe per «allargare senza limiti l'ambito in cui l'atto di destinazione può realizzare l'effetto della separazione, finendo irragionevolmente per equiparare questo alla limitazione di responsabilità che il fondatore o gli associati possono realizzare con la costituzione della persona giuridica per la quale è sì richiesto il solo requisito dello scopo lecito, ma in un contesto di organizzazione e controlli del tutto diverso». Così M. NUZZO, Atto di destinazione ed interessi meritevoli di tutela, cit., p. 71.

La sussistenza della meritevolezza dell'interesse perseguito costituisce un elemento della fattispecie complessa a formazione progressiva volta a produrre l'effetto dell'opponibilità ai terzi del vincolo di destinazione e della separazione patrimoniale.

In caso di mancanza del detto requisito, tuttavia, resterebbe perfettamente valido ed efficace il negozio di destinazione.

Il giudizio di meritevolezza di cui all'art. 2645-ter c.c. non sembra possa essere ricondotto alla mera liceità in quanto inerente ad una fattispecie che il codice individua anche se non la disciplina compiutamente²⁷⁴.

L'art. 2645 ter ha infatti introdotto, nel nostro ordinamento, una valutazione positiva dell'atto di destinazione, produttivo di effetti obbligatori, ed in virtù del quale la parte potrà pretendere l'amministrazione e dei beni secondo le indicazioni dell'atto²⁷⁵. Secondo questa impostazione, quindi, l'esito negativo del giudizio di meritevolezza, non renderebbe nullo l'atto di destinazione in quanto non inciderebbe sulla sua validità ma sulla sua opponibilità.

Su queste basi, non può dunque essere configurata una responsabilità del notaio rogante ai sensi dell'art. 28 della legge notarile.

6. Conclusioni.

In definitiva, il giudizio di meritevolezza richiesto dall'art. 2645 ter c.c. non coincide con il giudizio di liceità e non limita gli scopi meritevoli di tutela a quelli espressamente individuati dal legislatore.

La ratio della norma, a parere di chi scrive, è quella di offrire uno strumento giuridico per la realizzazione di una destinazione patrimoniale opponibile a terzi, sulla base di specifici presupposti.

Pertanto, il criterio che rispetta la ratio della norma, in coerenza con i principi del sistema in cui essa è inserita, sembra essere quello relazionale, che impone il confronto tra l'interesse perseguito dal destinante, e gli interessi per la realizzazione dei quali la legge accorda il beneficio della separazione patrimoniale, al fine di verificare se appartengano, o meno, alla stessa classe di interessi.

²⁷⁴ Un'attenta dottrina ritiene la suddetta fattispecie dotata di «una propria tipicità, sia pure affatto particolare (...), in quanto riguardante il modello, ma non il contenuto» così F. GAZZONI, Osservazioni sull'art. 2645-ter, cit., p. 222 e ss.).

²⁷⁵ In tal senso M. NUZZO, op. ult. cit., p. 66 che però fa salvo anche in questo caso, il controllo ad opera del giudice della sua liceità in concreto in relazione agli elementi specifici dell'operazione effettivamente realizzata.

Ciò, peraltro, non esclude la possibilità di individuare ulteriori interessi meritevoli di tutela perché espressione di principi generali dell'ordinamento che riconosce agli stessi una particolare protezione²⁷⁶ operando quindi un bilanciamento che tenga conto della gerarchia di interessi tutelati dal nostro ordinamento.

In quest'ottica, l'art. 2645-ter c.c., considerato quale norma di carattere generale, idonea a disciplinare tutte le ipotesi di destinazione meritevoli di tutela, può essere usato al fine di consentire la separazione del patrimonio affidato che sarebbe strumentale alla realizzazione del programma espresso dal negozio di affidamento fiduciario.

La proposta linea interpretativa unitamente alle ulteriori elaborazioni dottrinarie evidenzia come i tempi siano ormai maturi per un'opera di revisione del concetto di unità ed indivisibilità del patrimonio, a sua volta legata all'unicità del centro di imputazione soggettiva.

Si avverte, pertanto, la necessità di un intervento normativo che disciplini la materia in via definitiva, prendendo atto dei risultati raggiunti dall'elaborazione teorica, sulla base di esigenze fortemente sentite nelle attuali dinamiche socio economiche²⁷⁷.

L'obiettivo sarebbe quello di ridisegnare il rapporto tra soggetto e patrimonio rivedendo criticamente l'art. 2740 c.c.²⁷⁸, consentendo una suddivisione del patrimonio di un soggetto, in funzione della realizzazione di scopi specifici, in più patrimoni che, pur appartenendo al medesimo soggetto, siano sottoposti ad una disciplina differenziata soprattutto per i profili attinenti alle regole di responsabilità che non obblighi alla creazione di nuovi soggetti di diritto²⁷⁹.

²⁷⁶ M. Nuzzo, Atto di destinazione ed interessi meritevoli di tutela, cit., p. 67.

²⁷⁷ In relazione a ciò, si rileva come il disegno di legge n. 1151, recante delega al Governo per la revisione del codice civile, presentato al Senato, in data 19.03.2019, si pone espressamente l'obiettivo (lett p) di «disciplinare le modalità di costituzione e di funzionamento del trust e degli altri contratti di affidamento fiduciario», ponendo in essere un'operazione ricostruttiva che tenti di individuare le caratteristiche fondamentali e la disciplina della fattispecie ed, in particolare affrontare la problematica relativa alla rilevanza del requisito della meritevolezza. Cfr. R. LENZI, Gli affidamenti fiduciari, in *Materiali per un revisione del codice civile cit.*, p.526.

²⁷⁸ R. LENZI, Le destinazioni atipiche e l'art. 2645-ter c.c., in *Contr. impr.*, 2007, p. 249 evidenzia che la norma consente di «finalmente di prendere atto dell'equivalenza funzionale tra personalità giuridica e organizzazione di un patrimonio in compendi separati, come tecniche alternative e sostanzialmente equivalenti, attraverso le quali si possono manifestare i regimi giuridici della garanzia patrimoniale» e in senso analogo ID., in *Gli affidamenti fiduciari*, in *Materiali per una revisione del codice civile*, I, a cura di V. CUFFARO e A. GENTILI Milano, 2021, p. 514.

²⁷⁹ In realtà, il tema della fiducia e dei rapporti fiduciari affonda le sue radici nella nostra tradizione giuridica ed è stata, sotto svariati profili, oggetto di attenta riflessione da parte della dottrina civilistica sin dall'inizio del secolo scorso, F. FERRARA SEN., I negozi fiduciari, in *Scritti per le onoranze a Scialoja*, II, Milano, 1905, p. 745; L. CARIOTA FERRARA, I negozi fiduciari, Padova, 1933, I, p. 414; C. GRASSETTI, Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro

Il controverso paradigma dell'abuso d'ufficio fino alla riforma del 2020.

di Cristina LAURITANO e Roberta CHIUMMARIELLO*

SOMMARIO ²⁸⁰: **1.** Premessa **2.** Evoluzione della norma: i numerosi interventi di riforma **3.** La novella del d.l. 16 luglio 2020, n. 76 **4.** Problemi applicativi alla luce del Decreto Semplificazioni **5.** Profili intertemporali **6.** Conclusioni.

ABSTRACT: *This paper aims to investigate the evolutionary path of the crime of "abuse of office" in the current system, starting from the original formulation of the case up to the current one, subject to Reform by the Simplification Decree. The numerous interventions on the Regulation's text were all characterized by the intention to fill the uncertainties application deriving from the indeterminacy of the literal data.*

It is also focused on the role that jurisprudence has played and on the conflicting readings of the regulation.,

The examination focuses on the recent Reform made by the Simplifications Decree which, through the circumscription of punishable conduct, has tried to contain the expansive exegesis of the crime and to stem the phenomenon of the so-called "defensive bureaucracy" so as to make possible a freer behaviour of public officials, especially in the current historical moment.

ordinamento giuridico, in Riv. dir. comm., 1936, I, p. 345; ID, Il negozio fiduciario nel diritto privato, in AA.VV., Fiducia, trust, mandato ed agency, Milano, 1991, p. 1 e ss.; G. MESSINA, I negozi fiduciari, in Scritti giuridici, Milano, 1948; F. PUGLIATTI, Fiducia e rappresentanza indiretta, in Diritto civile. Metodo, teoria, pratica, Milano, 1951, p. 201; A. GRAZIANI, Negozi indiretti e negozi fiduciari, in Riv. dir. comm. 1953, p. 3; N. NITTI, Negozio fiduciario, in Noviss. dig. it., XI, Torino, 1965, p. 202; P.G. JAEGER, La separazione del patrimonio fiduciario nel fallimento, Milano, 1968; G. CRISCUOLI, Fiducia e fiducie in diritto privato. Dai negozi fiduciari ai contratti uberrimae fidei, in Riv. dir. civ., 1983, I, p. 136; M. NUZZO, Negozio fiduciario, in Riv. dir. civ., 1985, I, p. 645; G. RAGUSA MAGGIORE, Il "pactum fiduciae" e l'intestazione fiduciaria di azioni, in Dir. fall., 1996, II, p. 201 e ss.; G. PALERMO, Autonomia negoziale e fiducia (breve saggio sulla libertà dalle forme), in Studi in onore di Pietro Rescigno, V, Milano, 1998, p. 339 e ss.; E. BILOTTI, Intestazione simulata di azioni, rapporto fiduciario e mandato senza rappresentanza, in Nuova giur. civ. comm., 2000, I, p. 462 e ss.; F. PENE VIDARI, Il contratto di gestione fiduciaria: natura giuridica, revoca e ordine di esecuzione, in Giur. it., 2000, I, p. 498 e ss.

* Dott.sse in Giurisprudenza.

²⁸⁰ Par. 1-2-3-6 redatti dalla dott.ssa R. Chiummariello; par. 4-5-6 redatti dalla dott.ssa C. Lauritano

The Reform, in this regard, also concerned the reshaping of relations between the judicial authority and the administrative authority, limiting the interference of the judicial union on the discretionary choices of the public administration.

1. Premessa.

L'attuale formulazione del delitto di abuso d'ufficio disciplinato dall'art. 323 c.p., che si colloca nell'ambito dei delitti contro la pubblica amministrazione (Capo II, titolo II), è il frutto di una lunga e stratificata evoluzione della norma in esame, operata da numerosi interventi legislativi sollecitati da un'esigenza di ristrutturazione dell'intero sistema dei delitti contro la p.a.

Sebbene il Legislatore sia intervenuto, non di rado, sulla fattispecie *de quo*, la ratio sottesa fin dai primi interventi di riforma non può che individuarsi nella necessità di colmare le incertezze applicative dovute all'indeterminatezza e imprecisione del dato letterale.

Si ravvisa, pertanto, una continua tensione verso una rimodulazione dei rapporti tra l'autorità giudiziaria e l'autorità amministrativa, al fine di limitare il travalicamento dei confini della discrezionalità delle scelte amministrative da parte del giudice nell'accertamento del reato in questione.

In tale quadro complessivo, è intervenuta anche la giurisprudenza di legittimità fornendo delle letture, talvolta contrastanti; tuttavia, l'opinione dominante è nel senso di contenere il controllo penale sull'attività degli amministratori entro i confini compatibili con il principio costituzionale della divisione dei poteri.

Da ultimo, a seguito del D.L. semplificazioni, l'art. 323 c.p. è stato nuovamente interessato da una riforma che ne ha modificato un elemento costitutivo della condotta punibile, con l'obiettivo di restringere le esecuzioni espansive che, negli anni, hanno contribuito al fenomeno del c.d. "timore della firma" da parte del funzionario pubblico e la conseguente paralisi del sistema amministrativo.

Sicché, a seguito della nuova disciplina, si sono create delle incertezze ermeneutiche rispetto all'applicazione della disciplina sulla successione delle leggi penali nel tempo, a cui è stata, recentemente, fornita una soluzione da parte delle Sezioni Unite.

2. Evoluzione della norma: i numerosi interventi di riforma.

Il delitto di abuso d'ufficio è stato al centro di importanti interventi di Riforma da parte del Legislatore, interventi che ne hanno, nel tempo, modificato la fisionomia; negli anni novanta (L. 86/1990, L. 234/1997), recentemente ad opera della Legge n. 190/2012, ed in ultimo con il D.L. semplificazione del 2020.

Alle origini dell'introduzione dell'abuso d'ufficio, risalente al codice Rocco del 1930 (a sua volta ereditato dalla Leopoldina del 1786²⁸¹), la ratio del reato era riconducibile all'obbligo di fedeltà allo Stato da parte del funzionario amministrativo, la cui violazione comportava il venir meno del rapporto di fiducia e di solidarietà sociale, condotta sanzionata, principalmente, con fattispecie di reato affini²⁸² al 323 c.p., a cui veniva, invece, riconnessa una funzione del tutto residuale²⁸³.

La fisionomia del reato così strutturata fissava una soglia di consumazione anticipata rispetto alla lesione dei diritti del cittadino, in un'ottica totalitaria in cui il disvalore del fatto era riconducibile alla lesione del dovere di fedeltà allo Stato²⁸⁴.

Pertanto, la condotta tipica punibile dall'abuso d'ufficio si identificava con i tre vizi canonici dell'atto amministrativo comprendendo, oltre la violazione di legge e l'incompetenza, anche l'eccesso di potere quale sinonimo di cattivo uso del potere, nel senso che erano punibili le condotte dei pubblici ufficiali che, sebbene avessero una base legale, erano poste in essere con uno scopo diverso da quello per cui il potere era stato affidato; in tal senso vi era un'applicazione estensiva dell'art. 323 fino a ricomprendere le violazioni dei c.d. limiti interni del potere discrezionale²⁸⁵.

²⁸¹ L'art. LXIV della *Riforma della legislazione criminale toscana* (in BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di F. Venturi, Torino 1973, p. 281) puniva il fatto di un agente pubblico «*trascendendo i limiti o altrimenti abusando del pubblico ministero, ufficio o impiego per fare a chichessia qualsivoglia specie d'ingiustizia e di torto, e massimamente a vedove, pupilli ed altre miserabili persone, come ancora per favorire un reo conosciuto*».

²⁸² Tra queste emergeva l'art. 324 c.p., il quale era così formulato: «*Interesse del privato in atti d'ufficio- il pubblico ufficiale, che, direttamente o per interposta persona, o con atti simulati, prende un interesse privato in qualsiasi atto della pubblica amministrazione presso la quale esercita il proprio ufficio, è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni e con la multa da lire duecentomila a quattro milioni*».

²⁸³ Il testo previgente alla riforma del 1990, recitava: «*Il pubblico ufficiale che, abusando dei poteri inerenti alle sue funzioni, commette, per recare ad altri un danno o per procurargli un vantaggio, qualsiasi fatto non preveduto come reato da una particolare disposizione di legge, è punito con la reclusione fino a due anni o con la multa da lire centomila a due milioni*».

²⁸⁴ A. MANNA, *Profili storico-comparatistici dell'abuso d'ufficio*, cit., 1202. Con il Codice Rocco si abbandona quindi la prospettiva dei codici penali ottocenteschi, in cui si tutelava la libertà del singolo contro le prevaricazioni del funzionario pubblico, adottando una figura che servisse invece da «strumento di controllo del giudice penale sull'operato dei pubblici funzionari»: M. Gambardella, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, cit., 249 ss.

²⁸⁵ F. BRICOLA, In tema di legittimità costituzionale dell'art. 323 c.p., in RIDPP 1966, 993 ss. Sul nesso fra l'espansione del sindacato del giudice penale sul merito delle scelte discrezionali della PA e l'incompatibilità della fattispecie incriminatrice – in particolare, l'art. 323 c.p. precedente alla riforma del 1990 – con il principio di tassatività e determinatezza, G. Cocco, *L'atto amministrativo invalido elemento delle fattispecie penali*, Cagliari 1996, 255 ss.

Con la riforma del 1990 il Legislatore, oltre ad ampliare il novero dei soggetti punibili – ricomprendendo anche gli incaricati di pubblico servizio – aveva modificato la norma in modo da farla diventare una fattispecie fondamentale per la tutela penale della pubblica amministrazione²⁸⁶.

Anche i contorni dell'elemento soggettivo del dolo specifico – già presente nella previgente formulazione – furono ulteriormente definiti indicando come necessario ai fini dell'integrazione dell'abuso la presenza di un vantaggio (per sé o altri) o di un danno ingiusto; inoltre, fu previsto un aumento di pena nel caso in cui l'agente si fosse procurato un vantaggio patrimoniale²⁸⁷.

Ciononostante, non era inusuale che il sindacato del giudice, nella sua attività di accertamento, si spingesse fino a ricomprendere l'attività discrezionale della p.a. favorendo una paralisi della funzione amministrativa²⁸⁸.

Tuttavia, con la contestuale eliminazione dal novero delle condotte punibili per peculato nella forma "per distrazione" (art. 314 c.p.) e dall'eliminazione dell'interesse privato in atti d'ufficio, il nuovo paradigma dell'abuso d'ufficio aveva ottenuto un ruolo fondamentale nella lotta contro le condotte abusive degli amministratori²⁸⁹.

Invero, nelle intenzioni dei compilatori, la novellata fattispecie di abuso d'ufficio era considerata una norma di chiusura, al cui interno dovevano essere ricomprese da un lato le ipotesi di reato contenute in altre fattispecie affini – ormai abrogate – e dall'altro ipotesi di abuso "innominato"²⁹⁰.

Con la riforma del 1997, il Legislatore ha tentato di delineare in maniera più dettagliata e netta, i tratti della fattispecie in esame con l'obiettivo di garantire maggior certezza applicativa.

²⁸⁶ Questo è il testo dell'art. 323 come modificato dalla l. 86/1990: «*Abuso d'ufficio. Il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio non patrimoniale o per arrecare ad altri un danno ingiusto, abusa del suo ufficio, è punito, se il fatto non costituisce più grave reato, con la reclusione fino a due anni. Se il fatto è commesso per procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale, la pena è della reclusione da due a cinque anni*».

²⁸⁷ Ulteriori riferimenti per la configurabilità dell'abuso d'ufficio post riforma del 1990 v. P. Pisa, voce *Abuso d'ufficio*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma 1995, vol. I; A. Manna, *Abuso d'ufficio e conflitto di interessi nel sistema penale*, Torino 2004, 17 ss.

²⁸⁸ F. PRETE, *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi nell'abuso d'ufficio e nei reati edilizi*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2013.

²⁸⁹ L'intervento riformatore aveva lo scopo di attribuire al riformato art. 323 una funzione residuale, ricomprensiva di tutte le condotte illecite prima sussumibili nell'art. 314 e nell'art. 324; costituendo un filtro idoneo per garantire maggiore aderenza – almeno secondo le intenzioni – al principio di offensività; L. STORTONI, *Intervento*, in *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, a cura di A. Castaldo, Torino 2018, 117 s.

²⁹⁰ C. GRASSO, *Condotte ed eventi nel delitto di abuso d'ufficio*, in FI, 1999.

Ed invero, il Legislatore ha identificato la condotta tipica con due condotte alternative: la «violazione di norme di legge o di regolamento»; la mancata astensione «in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti». Inoltre, la condotta abusiva doveva avvenire nell'esercizio delle proprie funzioni, concretizzandosi in un esercizio "distorto" dei poteri conferiti al p.u.²⁹¹.

Pertanto, ai fini dell'integrazione del reato, si era resa necessaria la produzione effettiva del vantaggio o del danno ingiusto, specificandone la natura patrimoniale.

Un'ulteriore modifica aveva interessato anche la rideterminazione della sanzione comminabile, mediante una diminuzione del limite edittale massimo da 5 a 3 anni; sicché, a seguito della diminuzione dei termini prescrizionali, si ebbe l'indesiderato effetto di rendere più blanda la pretesa punitiva rispetto alle condotte incriminate.

La dottrina di allora, tuttavia, sottolineò rilevanti criticità della nuova fisionomia del reato in esame ovvero: 1) il riferimento al solo vantaggio patrimoniale, escludendo dall'area di operatività della norma i vantaggi non patrimoniali e ponendosi in rotta di collisione con il concetto di "interesse privato" indicato nella norma; 2) la doppia ingiustizia richiesta, sia del danno che del vantaggio, comportandone un'applicazione alterata ovvero ritenendolo un requisito alternativo e non cumulativo; 3) le difficoltà probatorie derivanti dal requisito richiesto del dolo intenzionale²⁹².

Ancor più gravi furono le questioni attinenti all'area di operatività del sindacato del giudice in ordine all'interpretazione da attribuire alla «violazione di legge o di regolamento», in quanto era dubbio se la riforma avesse comportato l'esclusione del sindacato del giudice nell'ipotesi di eccesso di potere o se questa ipotesi poteva ancora costituire espressione di una condotta punibile ex art. 323 c.p.

Per integrare la fattispecie, dunque, secondo l'orientamento seguito in quegli anni, era necessario che le regole di condotta fossero contenute in delle leggi in senso formale o al più in atti normativi espressamente regolati (come i regolamenti) ed inoltre fu precisato che «la sola inosservanza di norme di

²⁹¹ Vedi V. Valentini, *Abuso d'ufficio e fast law ANAC. Antichi percorsi punitivi per nuovi programmi preventivi*, in www.archiviopenale.it, 18.9.2018, 17.

²⁹² A. MANNA, *Luci ed ombre nella nuova fattispecie d'abuso d'ufficio*, cit., 27 s., «poteva essere sufficiente costruire la norma in modo da renderla incompatibile, anche nei suoi estremi oggettivi, con il dolo eventuale», mentre la scelta del legislatore importerebbe «un'ulteriore, notevole restrizione di tutela».

principio o genericamente strumentali alla regolarità dell'azione amministrativa – come quella contenuta nell'art. 97 Cost. (principio di imparzialità e di buon andamento) – non è idonea a configurare la violazione di legge rilevante ai fini dell'integrazione del novellato delitto di abuso d'ufficio»²⁹³.

Tuttavia, tale approccio garantista e restrittivo del dato normativo, favoriva la creazione di un vuoto di tutela proprio nelle aree di interesse maggiormente propense a distorsioni di carattere funzionale, realizzate nell'ambito dell'attività discrezionale²⁹⁴.

Successivamente, a seguito dell'intervento dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite che nel 2003 aveva approvato la *United Convention against corruption*, con la risoluzione 58/4 del 31 ottobre 2003, è stata promulgata la Riforma n. 190/2012 che è intervenuta con il precipuo scopo di apprestare una tutela più solida per i fenomeni corruttivi, mediante politiche volte alla prevenzione e alla trasparenza; in particolare, aumentando il massimo di pena edittale per il reato di abuso d'ufficio da 3 a 4 anni.

A seguito dell'intervento riformatore, il Legislatore ha sostituito ad una formula generale e omnicomprensiva delle condotte abusive punibili²⁹⁵, una tipizzazione analitica delle condotte rilevanti riconducibili alla violazione di (norme di) legge e di regolamento e all'obbligo di astensione nei casi di conflitto di interesse con prossimi congiunti.

Ebbene, il risultato ottenuto fu opposto a quello sperato, giacché per impedire vuoti di tutela, la giurisprudenza iniziò ad interpretare la norma in senso ampio, sussumendo all'interno delle violazioni di legge anche condotte poste in essere in violazione della imparzialità della p.a. tutelata da norme di principio (art. 97 Cost.).

Il risultato di questo nuovo approccio ermeneutico fu di rendere (nuovamente) eccessivamente vaga la fattispecie incriminatrice, con un indesiderato ritorno al passato.²⁹⁶

Con riguardo alla seconda condotta punita inerente all'obbligo di astensione dell'agente, si pose un'ulteriore criticità in capo all'interprete: se tale generico dovere di astensione dovesse trovare la sua fonte nell'art. 323 c.p.

La risposta fornita in giurisprudenza fu in senso positivo poiché, ragionando diversamente, si sarebbe giunto a ritenere superflua la disposizione in questione

²⁹³ Vedi Cass., Sez VI, n. 35108, 8 maggio 2003.

²⁹⁴ T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit. 9.

²⁹⁵ Definito da Padovani abuso innominato.

²⁹⁶ Cfr. D'AVIRRO, *L'abuso d'ufficio*, Giuffrè, 2009, 113 ss.

in quanto la violazione di un dovere di astensione prescritto da altra norma avrebbe già costituito una violazione di legge ex sé.

3. La novella del d.l. 16 luglio 2020, n. 76.

Recentemente è intervenuta un'ulteriore Riforma che ha nuovamente riscritto il reato di abuso d'ufficio. Si fa riferimento all'art. 23 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76 («Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale»), in vigore dal 17 luglio 2020 ed ora convertito in legge (L. 11 settembre 2020, n. 120).

La riforma dell'art. 323 c.p. sostituisce le parole «di norme di legge o di regolamento» con le seguenti: «di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità».

La *ratio legis* sottesa a tale ultimo intervento è chiara: limitare le interpretazioni espansive della giurisprudenza, con il fine ultimo di garantire lo sblocco della paralisi amministrativa dovuta al timore del funzionario pubblico di incorrere, nell'esercizio delle sue funzioni, in responsabilità penale.

Le criticità della Riforma sono già state evidenziate da una parte della dottrina sia con riguardo al metodo che al merito.²⁹⁷

Con riguardo al merito, la dottrina contesta che la Riforma in questione ha ricondotto il sindacato del giudice penale solo a fattispecie marginali e non rilevanti – svuotando di fatto il dato normativo – ovvero limitato solo all'attività vincolata del funzionario pubblico;²⁹⁸ in tal modo è stato sostenuto che si è in presenza di una chiara violazione del principio di uguaglianza²⁹⁹.

Con riguardo al metodo il Legislatore, invece di rafforzare la struttura dell'art. 323, si è basato sul diritto vivente, principalmente, con l'obiettivo di: a) contenere le derive giurisprudenziali, rimodulando la fattispecie con maggiore specificità; b) focalizzare l'attenzione solo su una parte della condotta punibile, vale a dire sul disvalore dell'azione³⁰⁰.

Pertanto, le novità introdotte dal d.l. Semplificazioni riguardano, in primis, la non rilevanza di condotte violative di regolamenti – essendo stati espulsi dalla

²⁹⁷ Cfr. G.L. GATTA, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura'*, cit.; M. Gambardella, *Simul stabunt vel simul cadent*, cit.; T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit.

²⁹⁸ M. DONINI, *Reati contro la P.A. e riconoscibilità del precetto*, cit., 4. Sul punto, già M. DONINI, *Osservazioni sulla proposta "Castaldo-Naddeo" di riforma dell'art. 323 c.p.*, cit., 97 ss.

²⁹⁹ T. PADOVANI, op. cit. 9.

³⁰⁰ M. NADDEO, *I tormenti dell'abuso d'ufficio tra teoria e prassi. Discrezionalità amministrativa e infedeltà nel nuovo art. 323 c.p.*, in www.penaledp.it, 10.8.2020

fattispecie de quo – ma solo quelle inerenti a violazioni di legge o atti avente forza di legge.

L'irragionevolezza si rinviene nel fatto che proprio nei regolamenti, di consueto, vi sono delle regole specifiche di condotte volte ad orientare il comportamento del funzionario pubblico, diversamente dalle leggi che sono per definizioni generali ed astratte e dunque, prive di specificità.

Il secondo aspetto rilevante è costituito dalla rilevanza della sola inosservanza di regole di condotte specifiche ed espressamente previste da fonti primarie; in tal modo si è, pertanto, escluso dal novero delle condotte punibile quelle poste in violazione dell'art. 97 Cost.

Connesso a tal dato, vi è l'ulteriore elemento di nuovo conio ovvero la rilevanza delle sole condotte da cui non derivi alcun margine di discrezionalità.

La fattispecie, così delineata, conserva la natura di reato proprio, individuando i soggetti attivi del reato nei pubblici ufficiali e negli incaricati di pubblico servizio nell'esercizio delle proprie funzioni, riconducibili a qualunque specie di atto o attività posti in essere; resta un reato di evento, il cui disvalore si realizza nella concretizzazione della doppia ingiustizia del danno recato ad altri o del vantaggio patrimoniale.

Con riguardo all'elemento soggettivo nella seconda estrinsecazione della condotta punibile qualora vi sia un obbligo giuridico di astensione in presenza di una situazione di conflitto di interessi, il reato richiede il dolo generico, connotato dalla intenzionalità, il quale determina l'impossibilità di configurare il delitto nei casi di mero dolo eventuale.

4. Problemi applicativi alla luce del Decreto Semplificazioni.

Le modifiche introdotte al reato di abuso di ufficio, come appena descritte, richiedono necessariamente un approfondimento sotto il versante applicativo, posto che l'intervento riformatore ha comportato una parziale *abolitio criminis* (confermata, del resto, dalle recenti Sezioni Unite 1146 del 2020), restringendo sensibilmente le ipotesi di incriminazione dei pubblici funzionari nell'esercizio delle proprie funzioni.

La Riforma, del resto, tende ad arginare il fenomeno della c.d. "burocrazia difensiva", quale atteggiamento dei pubblici funzionari, diffusosi nella prassi, di ridurre al minimo l'apporto contributivo al perseguimento del pubblico interesse per timore di poter essere perseguiti ed incriminati – secondo il disposto dell'art. 323 c.p. antecedente al Decreto Semplificazioni – in un numero considerevole di casi; la riforma mira a combattere l'inerzia della pubblica amministrazione, a

semplificare il suo operato in un'ottica coerente al buon andamento ed all'imparzialità; l'eccessiva genericità che caratterizza(va) la lettera della norma paralizzava l'attività amministrativa, esponendo il pubblico funzionario al rischio di incorrere facilmente in una serie di responsabilità, civile, penale, contabile e disciplinare nell'esercizio delle proprie funzioni. Una situazione di stasi burocratica che rendeva molto più semplice l'astenersi piuttosto che l'agire; erano in molti ad auspicare una modifica e finanche un'abrogazione della fattispecie.³⁰¹

L'efficacia dell'azione amministrativa, elevato a principio generale dalla legge 241 del 1990 (legge sul procedimento amministrativo) richiede una procedura snella e non inficiata dal c.d. "timore della firma", che porta i pubblici funzionari a non agire e, di conseguenza, a paralizzare il sistema burocratico.

Si comprende, allora, come il contesto storico all'interno del quale nasce la Riforma, quello caratterizzato dall'emergenza epidemiologica Covid-19, abbia influenzato la portata della stessa; la ripartenza del Paese deve essere celere e non può scontare il prezzo di una classe burocratica timorosa di agire, perché soggetta ad una possibile incriminazione rimessa alla violazione di presupposti generali, quali erano quelli che – fino ad oggi – hanno retto il reato di abuso d'ufficio.

A testimonianza del panorama appena descritto, del resto, soccorre il dato concreto, testimone della scarsa rilevanza pratica del reato di abuso; vi è una significativa differenza, infatti, dal numero delle indagini avviate per abuso di ufficio rispetto a quello delle condanne;³⁰² ne deriva una sostanziale abrogazione della norma, a discapito dei beni giuridici da essa tutelati quali il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione.

Inoltre, in un contesto emergenziale come quello attuale, è necessario – secondo il legislatore della Riforma – snellire i tempi delle procedure e consentire alla macchina amministrativa di agire in maniera più libera, sempre tendendo a mente il perseguimento dell'interesse pubblico.

Il nuovo reato, come già in precedenza evidenziato, si caratterizza per l'introduzione di presupposti più specifici cui ancorare la penale rilevanza delle

³⁰¹ Sul punto cfr. CASTALDO, *Migliorare le performance della pubblica amministrazione, riscrivere l'abuso d'ufficio*, Torino, 2018; F. COPPOLA, *Abuso d'ufficio: appunti per una possibile riforma dai lavori della Law Commission sulla common law offence of Misconduct in Public Office*, in *Arch. pen.*, n. 2/2020.

³⁰² V. MAGLIONE, *Il nuovo abuso d'ufficio non taglia i fascicoli a carico dei funzionari ma rischia di complicare le indagini*, in *Giustizia penale e riforme*, *Il Sole 24 Ore*, 28 luglio 2020. Secondo l'Istat, nel 2017, dei 6.582 procedimenti aperti in procura, appena 57 sono stati definiti con una sentenza di condanna.

condotte dei pubblici ufficiali e degli incaricati di un pubblico servizio nell'esercizio delle proprie funzioni.

La circoscrizione del perimetro del reato si coglie nell'eliminazione, dal testo della norma, della penale rilevanza di tutte quelle condotte poste in essere in «violazione di norme di legge o di regolamento» e nell'introduzione, in sostituzione, di una violazione passibile di incriminazione solo qualora riguardi «specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità»; resta ferma, per il resto, l'altra condotta punita, individuata nella mancata astensione se ricorre un interesse proprio o di un congiunto o «negli altri casi prescritti».

È chiaro l'intento del legislatore di limitare i casi di incriminazione, dal momento che la violazione di norme regolamentari si presentava in termini più generali rispetto alla violazione di norme specifiche e dettagliate; del resto, l'eliminazione del regolamento dal novero delle fonti della responsabilità ex art. 323 c.p. comporta, giocoforza, l'irrilevanza penale anche di una serie di condotte, pur individuate da "specifiche regole", per il solo fatto di essere ricomprese in un regolamento, la cui violazione non integra (più) la fattispecie dell'abuso di ufficio. Si realizza, in tal modo, una parziale *abolitio criminis* per tutte le classi di condotte che esulano dall'area di tipicità della norma, comportando numerosi dubbi anche a livello applicativo, con riguardo ai procedimenti pendenti istaurati proprio sulla scorta della vecchia formulazione del precetto, nei confronti dei quali il giudice dovrebbe intervenire con una pronuncia di assoluzione perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato.

In disparte i profili intertemporali, di cui si dirà in maniera più approfondita di seguito, occorre soffermarsi sul concetto di "regolamento" che, nel nostro ordinamento, è annoverato tra le fonti secondarie e caratterizzato da generalità, innovatività ed astrattezza.³⁰³

A fronte dell'esclusione dei regolamenti, è stata prevista la punibilità della sola inosservanza di regole di condotta "specifiche" ed "espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge".

Ad una prima lettura, tenuto conto soprattutto della ratio ispiratrice della Riforma, ragioni di ordine logico portano a comprendere che per il pubblico funzionario sarà sicuramente meno frequente incorrere in una violazione di

³⁰³ Cfr. F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo* XIII Edizione, Dike: "Caratteri dei regolamenti sono la generalità, intesa come indeterminabilità dei destinatari e quindi idoneità alla ripetizione nell'applicazione della norma; innovatività, quale capacità di concorrere alla costituzione ed all'innovazione dell'ordinamento giuridico; astrattezza, intesa quale capacità di regolare una serie indefinita di casi."

norme specifiche, *prima facie* riconoscibili, soprattutto da soggetti qualificati ai quali l'ordinamento chiede un grado di diligenza superiore, piuttosto che in quella di regolamenti, fonti secondarie e generali e, pertanto, caratterizzati da minor precisione; il riconoscimento dell'area di tipicità della condotta, nel caso di violazione di fonti subordinate, risulta allora – secondo il legislatore della riforma – più arduo, in termini di prevedibilità ed evitabilità.³⁰⁴

Le stesse Sez. Unite, sul punto, hanno affermato che, in luogo "del generico richiamo" della disciplina previgente ad una violazione di norme di legge o di regolamento, si pretende ora che la condotta del pubblico funzionario, nell'esercizio delle proprie funzioni, sia connotata dalla violazione di regole cogenti per l'azione amministrativa fissate dalla legge in maniera precisa e puntuale, senza che possa rilevare la violazione di fonti sub primarie o di principi generali.³⁰⁵

Sotto quest'ultimo profilo merita attenzione la controversa possibilità, riconosciuta in passato da una parte della giurisprudenza, osteggiata da autorevole dottrina, di ricomprendere nella formula "violazione di legge" anche quelle condotte contrarie all'art. 97 Cost., valorizzandone la portata immediatamente percettiva, nella parte in cui prescrive il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione; si opponeva, invece, chi assegnava all'art. 97 Cost. valore esclusivamente programmatico, tendendo conto che estendere l'ambito dell'abuso di ufficio alla violazione di principi tanto generali, come quello di imparzialità e buon andamento, avrebbe taciato la norma di incostituzionalità, per violazione dell'art. 25 Cost., sub specie di principio di legalità.

È fuor di dubbio che la p.a., nell'esercizio della propria attività, sia tenuta a conformarsi ai principi costituzionali che prescrivono obblighi di comportamento, come del resto conferma lo stesso art. 1 l.241 del '90, norma posta in apertura della legge sul procedimento amministrativo che codifica i principi generali cui l'attività amministrativa deve ispirarsi; il principio imparzialità, inteso come divieto per i pubblici funzionari di compiere alcun tipo di favoritismo, risulta poi strettamente connesso anche ad istituti di fondamentale importanza, come

³⁰⁴ Cfr. T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, GIURISPRUDENZA PENALE WEB, 2020, 7-8 "Ancorando la condotta tipica alla violazione «di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità», si è inteso proclamare con irta tassatività che l'abuso si deve risolvere nell'inosservanza di un dovere vincolato nell'*an*, nel *quid* e nel *quomodo* dell'attività".

³⁰⁵ Cfr. Cass. Sez. Un. 1146/2020.

quello dell'accesso agli atti e, di conseguenza, alla trasparenza amministrativa, paradigma imprescindibile nei rapporti tra pubblica amministrazione e privati. Considerare, però, integrante una fattispecie penalmente rilevante la violazione di un principio generale come quello in esame, vorrebbe dire assegnare al giudice penale un inaudito potere, non legittimato dalla legge, che si tradurrebbe nella sostituzione del potere giudiziario a quello amministrativo, in contrasto con l'art. 31 co.3 c.p.a., che prescrive proprio la separazione dei poteri come baluardo imprescindibile di legalità.³⁰⁶

a violazione di legge riguarda norme che "prescrivano modalità proprie delle attività della p.a., che vincolino cioè il pubblico agente a un dato contegno", senza che possa rilevare la violazione di principi generali; ecco che il richiamo all'art. 97 cost., inteso come norma dalla portata spiccatamente precettiva, si rivela del tutto erroneo poichè sottende un contrasto con la voluntas legis, chiosa nell'individuare ipotesi "tipiche" di responsabilità, che possano essere ricondotte a parametri formali e riconoscibili e non a principi astratti e generali, ancorchè fondamentali.³⁰⁷

È indubbio, del resto, che la pubblica amministrazione sia tenuta a rispettare, nell'esercizio della propria attività, i principi fondamentali richiamati tanto dall'art. 97 cost., quanto dall'art. 1 l.241/90; entrambe le norme, lette specularmente, ci consegnano una pubblica amministrazione tesa al perseguimento del pubblico interesse in maniera efficiente ed efficace, imparziale ed in aperto dialogo con i consociati, in un'ottica generale di buon andamento.

La semplificazione amministrativa, nuovo paradigma dei rapporti tra p.a. e privato, riflette l'esigenza di uno snellimento delle procedure che possa dirsi rispettoso del principio di leale collaborazione; la p.a. non ricopre (più) il ruolo di autorità sovraordinata al privato, detentrica di un potere autoritario che si impone al cittadino senza il suo consenso.

Gli interventi legislativi degli ultimi anni militano, al contrario, a favore di una nozione di pubblica amministrazione che, nel perseguimento dei fini pubblici prescritti dalla legge, è tenuta a tenere in considerazione i privati, attraverso strumenti che ne consentano la più ampia partecipazione all'esercizio della "cosa pubblica".

³⁰⁶ Cfr. sul punto, tra gli altri: MERLI, *Il controllo di legalità dell'azione amministrativa e l'abuso d'ufficio*, in www.penalecontemporaneo.it, GAMBARELLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Milano, 2002.

³⁰⁷ Cfr., ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione, i delitti dei pubblici ufficiali*, Giuffrè, 2019.

Appare dunque inopportuno assegnare alla violazione dei principi generali la stessa incidenza della violazione di legge, così come intesa dal Legislatore dell'abuso di ufficio; il rischio sarebbe quello di allargare eccessivamente le maglie della norma, in spregio al principio di determinatezza e di tassatività delle fattispecie, corollari - a loro volta - del principio di legalità.³⁰⁸

Tale logica, pertanto, non è nuova all'abuso di ufficio, da sempre crocevia di dubbi in punto di eccessiva ingerenza del sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità amministrativa; accogliere un'interpretazione estensiva di "violazione di legge", e ricomprendervi la violazione del buon andamento e dell'imparzialità, consentirebbe al giudice penale di "entrare" all'interno della discrezionalità amministrativa e di spingersi fino al merito della "scelta" espressamente rimessa all'autonoma determinazione dell'amministrazione pubblica, preposta alla cura dell'interesse pubblico di riferimento.

Il rischio di un'ingerenza troppo ampia del sindacato del giudice sull'esercizio del potere amministrativo è, probabilmente, il motivo che ha ispirato la riforma anche con riguardo all'ulteriore novità, relativa al tipo di potere esercitato dai pubblici funzionari.

La nuova formula dell'art. 323 c.p. specifica che rilevano, ai fini della punibilità, solo le regole di condotta «dalle quali non residuino margini di discrezionalità». E bene, il riferimento alla discrezionalità amministrativa, così formulato, non può che portare alla mente il già richiamato art. 31 comma 3, c.p.a., norma relativa al silenzio inadempimento che apre al giudice il sindacato sulla fondatezza della

³⁰⁸ Sul punto Cfr. Cass. pen., Sez. VI, Sent. 12 novembre 2020 (ud. 17 settembre 2020), n. 31873 Presidente Mogini, Relatore Calvanese. La Corte si è espressa in merito all'interpretazione della nozione di "violazione di legge", alla luce della riforma, e sulla rilevanza della condotta consistita nel rilascio di un Permesso di costruire in violazione del piano regolatore comunale e degli altri strumenti urbanistici. Sul punto la Corte ha rilevato che "come più volte affermato da questa Corte, il permesso di costruire, per essere legittimo, deve conformarsi – ai sensi dell'art. 12, comma 1, d.P.R. n. 380 del 2001 – alle previsioni degli strumenti urbanistici, dei regolamenti edilizi e della disciplina urbanistico-edilizia vigente". Dall'espresso rinvio della norma agli strumenti urbanistici discende che il titolo abilitativo edilizio rilasciato senza rispetto del piano regolatore e degli altri strumenti urbanistici integra, una "violazione di legge", rilevante ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 323 cod. pen.". Di conseguenza "seguendo questa elaborazione giurisprudenziale" ha concluso la Corte "deve ribadirsi che i piani urbanistici non rientrano nella categoria dei regolamenti, come ritenuto da risalente e superato orientamento giurisprudenziale, che nel mutato quadro normativo escluderebbe la fattispecie di abuso in atti di ufficio, ma in quella degli atti amministrativi generali la cui violazione, in conformità dell'indirizzo ermeneutico consolidato, rappresenta solo il presupposto di fatto della violazione della normativa legale in materia urbanistica (art. 12 e 13 del d.P.R. n. 380 del 2001) (...), normativa a cui deve farsi riferimento, per ritenere concretata la 'violazione di legge', quale dato strutturale della fattispecie delittuosa ex art. 323 cod. pen. anche a seguito della modifica normativa".

pretesa, a condizione che l'attività sia vincolata o che non residuino ulteriori margini di discrezionalità.

Quest'ultima, infatti, si caratterizza per la scelta insindacabile della pubblica amministrazione tra più soluzioni tutte astrattamente valide ed idonee al perseguimento del pubblico interesse³⁰⁹, sottratte nel merito al sindacato del giudice, al contrario dell'attività vincolata in cui non è possibile scorgere il momento "volitivo" della p.a., posto che il fine pubblico e le modalità di esercizio del potere sono predeterminate a monte dal legislatore.

Orbene, ad una prima analisi della riforma ed in considerazione degli ancora scarsi casi pratici analizzati, il riferimento così netto compiuto dal legislatore alla discrezionalità amministrativa potrebbe essere sintomatico della volontà di scardinare quegli orientamenti secondo cui sarebbe configurabile il reato di abuso di ufficio (anche) nelle ipotesi di eccesso di potere, vizio di legittimità tipico del potere discrezionale, quando tale potere sia esercitato in maniera difforme rispetto alle finalità per cui è attribuito e, pertanto, in modo "non funzionale" al pubblico interesse (vizio conosciuto anche come sviamento di potere rispetto al fine tipico predeterminato).

L'eccesso di potere ricorre, allora, quando i pubblici funzionari esercitino il proprio potere discrezionale per finalità differenti rispetto a quelle assegnate dalla legge, finalità prettamente personali ed egoistiche, che integrano proprio la condotta tipica punita dall'art. 323 c.p.

Storicamente l'eccesso di potere ha costituito il grimaldello attraverso cui consentire lo sconfinamento del sindacato del giudice dai vizi di legittimità al merito amministrativo, proprio per la linea sottile che differenzia la scelta discrezionale della p.a. da quella opportunistica; e bene, a tal riguardo, la giurisprudenza più recente ha precisato che l'ammissibile sindacato sull'eccesso di potere non deve (non può) tradursi in una valutazione "sull'opportunità e la scelta dell'atto (...) o nella volontà dell'organo giudicante di sostituirsi a quella dell'amministrazione (...)"³¹⁰

Ricondurre l'ipotesi di abuso di ufficio all'interno della figura dell'eccesso di potere porta con sé il rischio di un'invasione del potere giudiziario nelle scelte discrezionali della p.a. e nella stessa attività amministrativa.

³⁰⁹ Sul punto F. CARINGELLA, che la definisce come la "*Facoltà di scelta tra più comportamenti giuridicamente leciti per il soddisfacimento dell'interesse pubblico e per il perseguimento di un fine rispondente alla causa del potere esercitato*", pg. 977 e ss.

³¹⁰ Cass. Civ., Sez. Un., 24 maggio 2019, n. 14264.

Da ciò deriva la limitazione di responsabilità penale del pubblico funzionario, quando si trovi ad agire in un contesto caratterizzato da un potere discrezionale che richiede, necessariamente, una scelta derivante dal bilanciamento di interessi contrapposti, sempre nell'ottica del perseguimento dei fini prescritti dalla legge.

Le SS.UU. 1146 del 2020, sul punto, hanno precisato che la discrezionalità richiamata nella nuova formulazione del precetto ingloba anche quella c.d. tecnica, che si caratterizza non già per la scelta riservata alla p.a. tra soluzioni tutte ragionevolmente valide, quanto nell'applicazione di regole tecniche e specialistiche che conducono ad un risultato per sua natura opinabile e non predeterminabile; regole tecniche il più delle volte individuate da specifiche leggi e regolamenti, tanto che non è possibile parlare di una vera e propria "autonoma scelta di merito", come nel caso della discrezionalità c.d. pura.

Sicchè sembrerebbe illogico, alla luce dei parametri di buon andamento ed imparzialità, escludere l'abuso di ufficio nelle ipotesi in cui il pubblico funzionario violi tali regole specialistiche, per il solo fatto che si tratti formalmente di attività discrezionale.

Ciò nonostante, gli stessi Ermellini fanno salvi i casi in cui la discrezionalità *"trasmodi in una vera e propria distorsione funzionale dai fini pubblici, laddove risultino perseguiti, nel concreto svolgimento delle funzioni o del servizio, interessi oggettivamente difformi e collidenti con quelli per i quali soltanto il potere discrezionale è attribuito, oppure si sostanzia nell'alternativa modalità della condotta, rimasta penalmente rilevante, dell'inosservanza dell'obbligo di astensione in situazioni di conflitto di interessi"*.

È chiaro il riferimento alla figura dello sviamento di potere, che si configura quando la p.a., pur nell'esercizio di attività discrezionale, ecceda i limiti fissati a monte dal legislatore, che si sostanziano nel funzionale esercizio del potere, da indirizzare esclusivamente verso il perseguimento del pubblico interesse.³¹¹

Ne consegue allora che, pur tenuto conto della clausola di salvezza introdotta dalla Riforma con riguardo alla discrezionalità amministrativa, non appare logico, né tanto meno ragionevole, escludere a monte il sindacato del giudice penale sull'esercizio dei poteri pubblici, quando questi siano esercitati in maniera

³¹¹ Sul punto, tra gli altri, M. LEONI, *Il nuovo reato di abuso d'ufficio*, cit., p. 35 ss.; G. DELLA MONICA, *La non configurabilità dell'abuso d'ufficio per eccesso di potere*, in *La modifica dell'abuso d'ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa*, a cura di AA.VV., coordinato da A.A. Dalia, M. Ferraioli, Giuffrè, 1997, p. 70 ss.

difforme da quanto prescritto, in contrasto con il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione.

La discrezionalità amministrativa sarà, pertanto, sindacabile quando comporti uno sviamento di potere o quando il suo esercizio violi l'obbligo di astensione imposto al pubblico ufficiale in presenza di un conflitto di interessi; ipotesi, quest'ultima, non toccata dalla riforma e che conserva la sua penale rilevanza, ancorché ad essa sia sotteso un potere discrezionale.

Del resto, l'attribuzione di una facoltà o di un diritto da parte dell'ordinamento trova il proprio limite principale nelle modalità in cui questo viene esercitato; discrezionalità non può risolversi in abuso perché, in tal caso, non risulterebbero opportunamente tutelati (ed anzi, messi in pericoli) i beni giuridici tutelati dalla norma incriminatrice.

In questo modo, inoltre, lo stesso obiettivo della Riforma resterebbe vanificato, poiché perderebbe il *prius logico* di ogni intervento normativo, quale il rispetto del principio di legalità.

La nuova disposizione normativa, nella parte in cui fa riferimento alla discrezionalità amministrativa, sottraendone il sindacato al giudice penale, farebbe allora riferimento alle ipotesi di "cattivo uso del potere", inteso come violazione dei limiti interni sulle modalità di esercizio e, come tale, insindacabile. Come è noto, invece, la Riforma non ha inciso sulla seconda parte di condotta punita dalla norma, che continua ad avere rilevanza penale e che riguarda la mancata astensione del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto" o "negli altri casi prescritti"; pertanto, quando il pubblico ufficiale procura intenzionalmente a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto omettendo di astenersi nei casi prescritti dalla norma, la sua condotta continua – anche dopo la riforma della norma – a ricoprire rilevanza penale e a soggiacere alla pena all'uopo prevista.

Dunque, l'abuso di ufficio penalmente rilevante consiste – oggi – nelle ipotesi appena descritte di omessa astensione in presenza di un obbligo in tal senso e nella violazione di una specifica ed espressa regola di condotta, dalla quale non residuino margini di discrezionalità; non rileverà più – almeno secondo l'interpretazione puramente letterale della norma - la violazione dei generici doveri incombenti sulla p.a. nell'esercizio delle proprie funzioni, individuati nel buon andamento e nell'imparzialità.³¹²

³¹² Cfr. G.L.GATTA, *Riforma dell'abuso d'ufficio: note metodologiche per l'accertamento della parziale abolitio criminis* in Sistema Penale, 2 dicembre 2020.

5. Profili intertemporali.

La nuova formulazione della fattispecie di abuso di ufficio ha, dunque, un ambito applicativo più ristretto rispetto a quello previgente ed integra un'ipotesi di parziale *abolitio criminis* in relazione ai fatti commessi in violazione di norme di regolamento, di norme di legge dalle quali non siano ricavabili regole di condotta specifiche ed espresse e di regole di condotta che lascino residuare margini di discrezionalità, restando invece intatte le modalità alternative della condotta, non attinte dalla riforma.

Ne consegue che, qualora il fatto – commesso prima della modifica – risulti già contestato come “omessa astensione in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto”, non essendosi verificata – per tale parte – nessuna *abolitio criminis*, non troverà applicazione il disposto dell'art. 2 co. 2 c.p.

La stessa Cassazione, nella pronuncia più volte richiamata, ha invece confermato l'*abolitio criminis* parziale per quelle classi di condotta, intervenute prima della Riforma, che si risolvano nella violazione di regolamenti o di norme di legge generali ed astratte o che comunque lascino residuare margini di discrezionalità, nei termini prima precisati.

Si applicherà pertanto il disposto normativo dell'art. 2 co.2 c.p. che impone, per i casi già giudicati e per i quali sia intervenuta sentenza di condanna, la cessazione dell'esecuzione e degli effetti penali.

Nel caso di procedimenti pendenti in fase di indagine sarà necessaria l'archiviazione, mentre in quelli ancora *sub iudice* dovrà necessariamente intervenire una pronuncia assolutoria perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato.

La revoca del giudicato, ex art. 673 cod. proc. pen., ad opera del giudice dell'esecuzione, impone una verifica concreta e puntuale sull'effettiva abolizione di quella condotta per la quale è intervenuta condanna; occorrerà verificare, cioè, se il pubblico funzionario, nell'esercizio delle proprie funzioni, nel procurare intenzionalmente a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale o nell'arrecare ad altri un danno ingiusto, abbia violato una norma non specifica, regolamentare o che lasci residuare margini di discrezionalità.

Il compito dell'interprete si rivela piuttosto arduo tanto che, secondo alcuni, ben si potrebbe ricondurre le condotte già giudicate all'interno della norma come Riformata, valorizzando la parte non interessata dall'intervento normativo, quale

“l’omessa astensione in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto” o, ancor più generale, “gli altri casi prescritti”.³¹³

In questo modo anche la violazione di norme a contenuto generale o dalle quali residuino margini di discrezionalità potrebbe ritenersi ancora rientrante nella fattispecie dell’art. 323 c.p., all’indomani della Riforma.³¹⁴

Si paventa cioè la possibilità, nemmeno troppo remota, di un’interpretazione estensiva della locuzione “altri casi prescritti”, così da ricomprendervi tutte le classi di condotta che, per effetto della riforma, hanno perduto rilevanza penale; orientamento seguito tanto in dottrina³¹⁵, quanto a livello giurisprudenziale; la Cassazione, con la sentenza n. 32174 del 2020 (che rappresenta una delle prime pronunce post riforma) sembrerebbe inaugurare una tendenza volta ad “arginare” gli stringenti limiti della nuova formulazione dell’art. 323 c.p., facendo rientrare all’interno delle segmento “altri casi prescritti” – rispetto ai quali “*non è pertinente la limitazione alle fonti primarie di legge*”, anche quelle violazioni riguardanti “*altre fonti normative extrapenali, che prescrivano lo stesso obbligo di astensione*”.

Con la modifica dell’art. 323 c.p., inoltre, si profila la questione relativa ad una possibile “riespansione” di fattispecie incriminatrici preesistenti le quali, per effetto della clausola di sussidiarietà «salvo che il fatto non costituisca un più grave reato» posta in apertura dell’art. 323 c.p., rimanevano in quest’ultima assorbite.

Il riferimento è, in particolare, alla fattispecie di omissione o rifiuto in atti di ufficio, contemplata dall’art. 328 c.p. che, a seguito del restringimento della più

³¹³ Come osserva correttamente Tullio Padovani: “*la fattispecie alternativa, costituita dalla violazione dell’obbligo di astensione, non è mutata né punto né poco, e continua placidamente a investire anche (e soprattutto!) l’esercizio della discrezionalità amministrativa*”, T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell’abuso di ufficio* in *Giurisprudenza Penale*, 28 luglio 2020.

³¹⁴ Sul punto cfr. Cass. pen., Sez. fer., Sent. 17 novembre 2020 (ud. 25 agosto 2020), n. 32174. I Giudici hanno espressamente affermato che “*siffatta modifica, seppure di grande impatto ove non dovessero intervenire ulteriori modifiche in sede di conversione, e sebbene medio tempore abbia notevolmente ristretto l’ambito di rilevanza penale del delitto di abuso d’ufficio con inevitabili effetti di favore applicabili retroattivamente ai sensi dell’art. 2, comma 2 cod. pen., non esplica alcun effetto con riguardo al segmento di condotta che, in via alternativa rispetto al genus della violazione di legge, riguarda esclusivamente e più specificamente l’inosservanza dell’obbligo di astensione, rispetto al quale la fonte normativa della violazione è da individuarsi nella stessa norma penale salvo che per il rinvio agli altri casi prescritti, rispetto ai quali non pare ugualmente pertinente la limitazione alle fonti primarie di legge, trattandosi della violazione di un precetto vincolante già descritto dalla norma penale, sia pure attraverso il rinvio, ma solo per i casi diversi dalla presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto, ad altre fonti normative extrapenali che prescrivano lo stesso obbligo di astensione*”.

³¹⁵ V. Valentini, *Burocrazia difensiva e restyling dell’abuso d’ufficio*, in *Discrimen*, 14 settembre 2020.

grave fattispecie di abuso di ufficio, potrebbe ora interessare le condotte prima sussumibili esclusivamente all'interno dell'art. 323 c.p.

Occorre premettere, a riguardo, che per giurisprudenza consolidata il reato di abuso di ufficio è realizzabile anche in forma omissiva, qualora (prima della Riforma, si intende) il potere omesso fosse stato esplicitamente attribuito all'agente pubblico da una norma di legge o regolamentare.³¹⁶

A fronte della commissione in forma omissiva del reato di abuso di ufficio, la fattispecie meno grave di cui all'art. 328 c.p. restava in quella assorbita, per effetto della clausola di riserva posta in apertura dell'art. 323 c.p.³¹⁷

Dopo l'intervento riformatore del 2020, il restringimento dell'area di rilevanza dell'abuso d'ufficio e la sensibile riduzione delle condotte penalmente rilevanti potrebbero allora portare ad uno speculare ampliamento del raggio di azione dell'art. 328 c.p.

È necessario, però, precisare che tale eventualità potrebbe profilarsi solo per quei fatti posti in essere dopo la modifica dell'abuso di ufficio, posta l'eterogeneità tra le due norme incriminatrici, in omaggio al principio di legalità euro-unitario, sub specie di necessaria prevedibilità degli effetti penali.

Altra fattispecie che dalla modifica dell'art. 323 c.p. potrebbe vedere sensibilmente ampliato il proprio campo di applicazione è quella contemplata nell'art. 314 a tenore del quale *"il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che, avendo per ragione del suo ufficio o servizio il possesso o comunque la disponibilità di denaro o di altra cosa mobile altrui, se ne appropria, è punito con la reclusione da quattro a dieci anni e sei mesi"*.

La condotta distrattiva, nell'ipotesi del peculato, si caratterizzerebbe per la finalità dell'agente che è quella di soddisfacimento di fini meramente privatistici, attuata mediante la sottrazione del bene e la perdita definitiva dello stesso da parte della p.a.; ricorrerebbe invece, secondo l'orientamento più diffuso, l'ipotesi di abuso di ufficio qualora il p.u., pur utilizzando il bene per finalità puramente personali ed egoistiche, non realizzerebbe una materiale sottrazione dello stesso al patrimonio statale ma se ne servirebbe con modalità che esulano dai fini preposti all'adempimento del proprio ufficio.³¹⁸

³¹⁶ Cfr. Cass. Sez. VI, 22 gennaio 2010, n. 10009, *"Il delitto di abuso d'atti d'ufficio può essere integrato anche attraverso una condotta meramente omissiva, rimanendo in tal caso assorbito il concorrente reato di omissione d'atti d'ufficio in forza della clausola di consunzione contenuta nell'art. 323, comma primo, c.p."*

³¹⁷ T. PADOVANI, *op.cit.*

³¹⁸ Da ultimo, Cass. Sez. VI, 23 settembre 2020, n. 27910: *"L'utilizzo di denaro pubblico per finalità diverse da quelle previste integra il reato di abuso d'ufficio qualora l'atto di destinazione avvenga in violazione delle regole contabili, sebbene sia funzionale alla"*

Tale ipotesi appare simile alla fattispecie autonoma di peculato, contenuta nel secondo comma art. 314, la quale sarebbe l'unica idonea a poter trovare applicazione dopo la parziale abolizione di determinate condotte contemplate nell'art. 323 c.p.

A tenore della norma ricorre l'ipotesi di peculato d'uso quando *"il colpevole ha agito al solo scopo di fare uso momentaneo della cosa, e questa, dopo l'uso momentaneo, è stata immediatamente restituita"*; pertanto, quando il bene sia utilizzato con finalità diverse da quelle prescritte, che realizzino un danno al patrimonio pubblico e non sia però sottratto definitivamente alla pubblica amministrazione (*id est* uso momentaneo), le condotte prima punibili ai sensi dell'art. 323 c.p. potrebbero rientrare nell'art. 314 co. 2 c.p.³¹⁹

Ulteriore questione problematica sorta all'indomani della riforma, riguarda la possibilità per il giudice di revocare i giudicati intervenuti ante riforma per quelle condotte che non rivestono più rilevanza penale; si tratta di comprendere, cioè, se sia possibile riaprire i giudicati di condanna per quei fatti relativi, ad esempio, a violazioni di regolamenti o di norme da cui residuino margini di discrezionalità in capo alla p.a.

Il giudice dell'esecuzione sarà, pertanto, tenuto a verificare se il fatto per cui è stata pronunciata sentenza di condanna rientri effettivamente tra le ipotesi oggetto di *abolitio criminis* parziale ad opera della riforma o se quella condotta attenga ancora all'area del penalmente rilevante (omessa astensione in caso di interesse proprio o di un prossimo congiunto, o negli altri casi prescritti).

In quest'ultimo caso, anche tenuto conto delle SS.UU. Gatto del 2014 che estendono i poteri di accertamento del giudice dell'esecuzione, questo potrebbe respingere la richiesta di revoca della sentenza di condanna; in caso contrario, verrebbe in rilievo una parziale *abolitio criminis* per le condotte già giudicate, cui consegue la revoca da parte del giudice dell'esecuzione, ex art. 673 c.p.p., delle pronunce di condanna e la rimozione dei relativi effetti.³²⁰

realizzazione, oltre che di indebiti interessi privati, anche di interessi pubblici obiettivamente esistenti e per i quali sia ammissibile un ordinativo di pagamento o l'adozione di un impegno di spesa da parte dell'ente, mentre integra il più grave reato di peculato nel caso in cui l'atto di destinazione sia compiuto in difetto di qualunque motivazione o documentazione, ovvero in presenza di una motivazione di mera copertura formale, per finalità esclusivamente private ed estranee a quelle istituzionali".

³¹⁹ M. GAMBARELLA, Simul stabunt vel simul cadent. *Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio*, in Sistema Penale, 29 luglio 2020, pg.142 e ss.

La possibilità che trovino applicazione, riespandendosi, le preesistenti figure di rifiuto di atti di ufficio ex art. 328 o del peculato d'uso ex art. 314 c.p. opera solo *pro futuro*, per tutte quelle condotte – cioè – astrattamente riconducibili all'ipotesi di abuso di ufficio, secondo la formulazione antecedente della norma.

6. Conclusioni.

Dalla disamina svolta emerge la risalente e continua insofferenza verso le ampie maglie dell'art. 323 c.p., determinata dalla divergenza tra la legalità offerta dalla norma e la legalità raggiunta all'esito dell'applicazione in concreto.

La riprova è data dalla dissonanza dell'elevatissimo numero di procedimenti avviati per condotte abusive e quelli conclusi con una condanna in tal senso.

Si ritiene che, stante il complesso momento storico, con le annesse difficoltà economiche per l'intero Paese, si apprezza lo sforzo del Legislatore nel consentire un'attenuazione della pretesa punitiva per il funzionario pubblico, al quale deve essere consentito di svolgere la propria funzione con maggiore serenità, garantendo il principio del buon andamento della p.a.

Non può, tuttavia, sottacersi il timore che l'attuale configurazione del reato di abuso d'ufficio possa comportare l'impunità per una serie di condotte poste in essere dai pubblici funzionari, con conseguenti danni all'erario.

La novella legislativa, pertanto, pare essere inadeguata e del tutto priva di un'efficacia deterrente rispetto alle condotte abusive creando delle zone franche – il merito amministrativo – sottratte al vaglio giurisdizionale.

Il giudice penale non deve e non può arrestare la sua indagine entro i limiti della legittimità dell'atto amministrativo bensì è tenuto ad analizzare ogni profilo di scelta dell'attività svolta dal p.u.

È evidente che l'intervento giurisdizionale si renda necessario proprio laddove vi è una scelta di merito dell'agente funzionalizzata al raggiungimento di un fine di natura personale in cui si concretizza l'illecito penale. Invero, l'illegittimità dell'atto – sebbene sia sintomatica di una condotta *contra ius* – non ne esaurisce la sostanza in quanto è necessaria una distorsione del potere del p.u. finalizzata per scopi estranei all'attività istituzionale.

Parimenti, anche quando a seguito dell'accertamento giurisdizionale l'atto – sotto il profilo formale – appare legale, emerge che le scelte discrezionali invece siano state effettuate con scopi illeciti (per arrecare un vantaggio a sé o a un terzo), finendo con il rendere evidente che l'atto è il frutto di uno sviamento del potere penalmente sanzionabile.

Le prime applicazioni pratiche della Riforma dimostrano come l'interprete si sia orientato nel senso di non azzerare gli sforzi punitivi compiuti nel corso degli anni, sfociati in sentenze di condanna (seppur in numero ridotto, come evidenziato) anche per condotte illegittime poste in essere in violazione di norme che si trovino "al confine" tra violazione di legge o di regolamenti.

Vi sono norme, cioè, in cui la rilevanza legislativa non sia ravvisabile *ictu oculi* ma possa essere apprezzata solo in via indiretta.

A tali norme non può allora negarsi idonea rilevanza ad integrare il requisito della violazione di legge, nel senso richiesto dalla norma.

È quanto è accaduto nel caso esaminato da Cass. pen., Sez. VI, Sent. 12 novembre 2020, già richiamata nel testo del presente contributo, che rappresenta una delle prime pronunce all'indomani della Riforma.

Nel caso posto al vaglio della Corte si discuteva sull'attualità della rilevanza penale della condotta consistita nel rilascio di un Permesso di costruire in violazione del piano regolatore comunale e degli altri strumenti urbanistici.

Ebbene, nel caso di specie i Giudici, soffermandosi sull'interpretazione della nozione di "violazione di legge", hanno ritenuto che *"il titolo abilitativo edilizio rilasciato senza rispetto del piano regolatore e degli altri strumenti urbanistici integra una violazione di legge"*, rientrante nella condotta di abuso di ufficio, così come riformata.

L'inosservanza delle prescrizioni del piano regolatore, qualificato non già come regolamento ma come atto amministrativo generale, è stata ricondotta dai giudici a "presupposto di fatto della violazione della normativa legale in materia urbanistica", alla quale occorre fare riferimento per ritenere integrato il requisito della violazione di legge.

Dunque, se è vero che per raggiungere dei risultati idonei ad evitare un'eccessiva sovrapposizione tra piani differenti – giurisdizionale e amministrativo – si auspica non solo un ulteriore intervento legislativo di riforma delle fattispecie incriminatrici inerenti all'intero sistema dei reati contro la p.a., quanto una ridefinizione degli scopi istituzionali per cui è conferito il potere, tale da consentire all'interprete maggior determinatezza nell'individuazione delle condotte abusive, non può tacersi circa lo sforzo compiuto da quest'ultimo nell'applicazione concreta della norma.

Ad un restringimento delle maglie della fattispecie dell'abuso di ufficio compiuto dal legislatore, la giurisprudenza pare rispondere – almeno nelle prime pronunce analizzate – con un'interpretazione estensiva della norma, così da evitare che l'eliminazione della violazione dei regolamenti dal novero delle fonti di

responsabilità penale (in uno alla delimitazione in relazione al tipo di attività esercitata), possa portare, quale conseguenza intollerabile ed irragionevole, un vuoto di tutela incolmabile rispetto a beni giuridici di rango costituzionale, individuati dall'art. 97 Cost. nel buon andamento e nell'imparzialità amministrativa.