

Rivista Giuridica Europea

European Law Journal

ROBERTO ROSAPEPE

CJEU decisions on corporate mobility and the protection of stakeholders' interests (*).

LUCIA ABBAMONTE

Caput mortuum. Anatomia della mente e disciplinamento sociale di Antimo Cesaro – Intersezioni e configurazioni

ROSA CASILLO

Il sistema pensionistico nella prospettiva “delle” sostenibilità

CECILIA DE LUCA

La responsabilità precontrattuale oltre il modello tradizionale: trasformazioni e nuove frontiere risarcitorie^{1*}

FOSCA LAMBERTI

L'intelligenza artificiale istituzionale: esperienze a confronto tra Italia e Inghilterra

ANNA LAURA MAGLIULO

Le modalità per l'individuazione e la nomina dei componenti delle Commissioni Collaudo ex art. 116 D. Lgs. n. 36-2023

ANNA LAURA MAGLIULO

Partecipazione ai procedimenti di espropriazione di pubblica utilità ex D.P.R. n. 327/2001: soggetti interessati e modalità di avviso

MARIA ELENA PAGETTA

La pubblicità sanante degli atti di fusione societaria

RIVISTA GIURIDICA EUROPEA

DIRETTORE RESPONSABILE

Marina Valensise

DIRETTORE SCIENTIFICO

Lucia Picardi

CONDIRETTORE SCIENTIFICO

Maria Camilla Spena

COMITATO SCIENTIFICO

E DI VALUTAZIONE

(SCIENZE GIURIDICHE - AREA 12)

Filippo Annunziata

(Prof. ordinario di Diritto dell'economia Università degli Studi L.Bocconi di Milano)

Marco Calabrò

(Prof. ordinario di Diritto Amministrativo Università degli Studi della Campania L. Vanvitelli)

Barbara Cortese

(Prof. associato di Storia del Diritto Romano Università degli Studi Roma Tre)

Ruggiero Dipace

(Prof. ordinario di Diritto Amministrativo Università del Molise)

Delia Ferri

(Professor of Law Maynooth University Department of Law)

Roberto Leonardi

(Prof. associato di Diritto Amministrativo Università degli Studi di Brescia)

Paola Lombardi

(Prof. ordinario di Diritto Amministrativo Università degli Studi di Brescia)

Micaela Lottini

(Prof. associato di Diritto amministrativo Università degli Studi Roma Tre)

Giuseppina Mari

(Prof. associato di Diritto Amministrativo Università degli Studi di Napoli Federico II)

Francesco Marone

(Prof. ordinario di Diritto Costituzionale Università degli Studi di Napoli S. Orsola Benincasa)

Enrico Minervini

(Prof. ordinario di Diritto Privato Università degli Studi di Napoli Federico II)

Lucia Picardi

(Prof. ordinario di Diritto Commerciale Università degli Studi di Napoli Federico II)

Maria Alessandra Sandulli

(Prof. ordinario di Diritto Amministrativo Università degli Studi Roma Tre)

Renata Spagnuolo Vigorita

(Prof. ordinario di Diritto Amministrativo Università degli Studi di Napoli Federico II)

DOCENTI STRANIERI

Cristina Fruenkel-Haeberle

(Außerplanmäßige Professorin, Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer, Koordinatorin des Programmbereichs „Europäischer Verwaltungsraum“ und Gleichstellungsbeauftragte Deutsches Forschungsinstitut für Öffentliche Verwaltung Speyer)

Fernando García Rubio

(Profesor titular de Derecho Administrativo Universidad Rey Juan Carlos)

Maria Teresa Carballeira Rivera

(Catedrática de Derecho Administrativo Universidad de Santiago de Compostela (Spagna))

Jan Lieder

(Full Professor of Civil law, Commercial law and Business law, Director Department Business Law at the Institute for Business, Labor and Social Law, Albert Ludwigs University of Freiburg)

Ana Felicitas Munioz Perez

(Catedrática de Derecho Mercantil Universidad Rey Juan Carlos)

Francine Macorig-Venier

(Professeur Droit Privé et Sciences criminelles Université Toulouse 1 Capitole)

SEGRETERIA DEL COMITATO
SCIENTIFICO E DI VALUTAZIONE

Maria Camilla Spena

(Professore associato di diritto amministrativo presso Università degli Studi di Napoli Federico II)

COMITATO EDITORIALE

Flaminia Aperio Bella

(Professore associato di Diritto amministrativo, Università degli Studi Roma Tre)

Alessandro Di Martino

(Ricercatore di diritto amministrativo, Università degli Studi di Napoli Federico II)

Lorenzo Mariconda

(Ricercatore di Diritto commerciale, Università degli Studi di Napoli Federico II)

Benedetto Marsili

(Dottorando di ricerca di diritto amministrativo, Università degli Studi di Napoli Federico II)

Nicola Posteraro

(Professore associato di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Milano)

Martina Sinisi

(Professore associato di Diritto amministrativo, Università degli Studi Roma Tre)

Maria Camilla Spena

(Professore associato di diritto amministrativo Università degli Studi di Napoli Federico II)

Sabrina Tranquilli

(Ricercatore di Diritto amministrativo Università degli Studi Napoli Parthenope)

SEGRETERIA DI REDAZIONE

EDITORE

Alessandra Bifani Sconocchia

Aldo Iannotti della Valle

Paolo Mammola

Giusy Sica

ISSN 2612-2995

VOLUME IX - NUMERO I

MESE DI AGOSTO 2026

Edicampus Edizioni

Indice

CJEU decisions on corporate mobility and the protection of stakeholders' interests

Roberto Rosapepe

Abstract	7
1. The evolution of CJEU case law on corporate mobility.....	9
2. The Edil Work case	10
3. Some considerations drawn from Prof. Fehrenbach's report and the Edil Work ruling	12
4. Will we have a 28th legal regime?.....	15

Caput mortuum. Anatomia della mente e disciplinamento sociale di Antimo Cesaro – Intersezioni e configurazioni

Lucia Abbamonte

Abstract	17
----------------	----

Il sistema pensionistico nella prospettiva “delle” sostenibilità

Rosa Casillo

Abstract	25
1. La garanzia di pensione e le tre anime della sostenibilità	27
2. L'equilibrio dei conti come cifra dell'evoluzione delle regole sulle pensioni.....	29
3. Profili di criticità giuridica e sociale. Il tempo del pensionamento e le diverse longevità.....	35
3.1. Il basso importo delle pensioni	39

La responsabilità precontrattuale oltre il modello tradizionale: trasformazioni e nuove frontiere risarcitorie

Cecilia De Luca

1. Premessa	47
2. La buona fede nelle trattative: fondamento e funzione	51
3. La natura della responsabilità precontrattuale.....	57
4. Le principali ipotesi applicative.....	63
5. Il risarcimento del danno.....	69

L'intelligenza artificiale istituzionale: esperienze a confronto tra Italia e Inghilterra

Fosca Lamberti

Abstract	75
----------------	----

1. L'Intelligenza Artificiale al servizio della Pubblica Amministrazione	77
2. La legittimazione all'uso dell'AI nell'esercizio di poteri autoritativi	80
3. La natura giuridica dell'atto di provenienza algoritmica	85
4. L'obbligo di motivazione.....	87
5. La scelta dei dati per il training, affidabilità delle risultanze e automation bias	91
6. La necessità di confrontarsi con altre esperienze giuridiche	94
7. L'ordinamento inglese.....	99
8. Conclusioni	105

Le modalità per l'individuazione e la nomina dei componenti delle Commissioni Collaudo ex art. 116 D. Lgs. n. 36-2023

Anna Laura Magliulo

Abstract	111
1. Il “nuovo” articolo 116 comma 4 del D. Lgs. 36/2023: il collaudo e la verifica di conformità	113
2. Lo scopo del collaudo e le diverse tipologie di collaudi	114
3. L'individuazione dei componenti delle Commissioni di Collaudo..	115
4. I Compensi dei collaudatori e le incompatibilità	117
5. Conclusioni	118

Partecipazione ai procedimenti di espropriazione di pubblica utilità ex D.P.R. n. 327/2001: soggetti interessati e modalità di avviso

Anna Laura Magliulo

Abstract	121
1. I soggetti destinatari degli atti di “pre-informazione” inerenti le procedure di espropriazione: la normativa di riferimento	123
2. La notifica del decreto di occupazione di urgenza	124
3. I destinatari dell'offerta dell'indennità provvisoriamente determinata	126

La pubblicità sanante degli atti di fusione societaria

Maria Elena Pagetta

1. Il procedimento di fusione (e di scissione)	133
2. L'ipotesi limite: atto di fusione (o scissione) iscritto senza delibera assembleare	136
2.1. L'inesistenza giuridica	138
2.2. L'inesistenza di fattispecie a formazione complessa	140
2.3. Gli atti inefficaci.....	141
4. Conclusioni: la portata residuale delle norme sulla pubblicità sanante e la funzione dell'atto pubblico.....	147

CJEU decisions on corporate mobility and the protection of stakeholders' interests (*).

ROBERTO ROSAPEPE

(Prof. ordinario di Diritto Commerciale Dipartimento di Scienze Giuridiche Università degli Studi di Salerno)

Abstract

Il contributo prende spunto dalla relazione del Prof. Marcus Fehernbach, presentata all'Università degli Studi di Napoli Federico II il 25 settembre 2025 e intitolata "la mobilità delle imprese nell'UE e la tutela dell'interesse nazionale", per evidenziare alcuni dubbi sull'adequatezza delle soluzioni proposte dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea e si conclude con un'interrogativa sulle nuove proposte annunciate dalla Commissione per la creazione di un ventottesimo regime giuridico.

The paper draws from Prof. Marcus Fehernbach's report held at Naples University Federico II on 25.9.2025, titled Corporate mobility in the EU and the protection of national interest, to highlight some doubts about the adequacy of the solutions proposed by the CJEU and concludes with a question about the Commission's announced new proposals for the creation of a 28th legal regime.

Summary: 1. The evolution of CJEU case law on corporate mobility 2. The Edil Work 2 case 3. Some considerations drawn from Prof. Fehrenbach's report and the Edil Work 2 ruling 4. Will we have a 28th legal regime?

1. The evolution of CJEU case law on corporate mobility

Prof. Markus Fehrenbach's report on corporate mobility in the EU and the protection of national interest reminds us that the Court's development of the law started with a decision related to the mandatory minimum share capital requirement (the Centros decision), which concerned a British private limited company, and has now reached, with Edil Work 2 and through the Uberseering, Inspire Art and Kornhaus cases law, the powers of directors.

The central issue in the latest case was whether the Article 2381, paragraph 2, of the Italian Civil Code could be applied to a limited liability company incorporated in Italy but transferred to Luxembourg and transformed into an STE, whose activity, however, has always been the management of an ancient noble residence in Italy. As in Centros, the CJEU was called to decide if the application of the Italian law could be an infringement of the company's freedom of establishment referred to in Articles 49 and 54 TFEU (Treaty on the functioning of the EU).

I would like to point out that, in the absence of uniform EU law, as noted by the CJEU in the Edil Work 2 judgment, the principle of freedom of establishment has had a significant impact on the legislation of Member States.

Had it not been for the Centros decision ⁽¹⁾, most European countries would not have introduced limited liability companies not subject to the minimum share capital requirement. France was the first Member to abolish the minimum capital requirement for li-

¹ *With the addition of notes and the omission of circumstantial words, this paper reproduces the speech given at the conference held on September 25, 2025, at the University of Naples Federico II, by Prof. Markus Fehrenbach on Corporate mobility in the EU and the protection of national interest.

Which stated that "it is contrary to Articles 52 and 58 of the Treaty for a Member State to refuse to register a branch of a company formed in accordance with the law of another Member State in which it has its registered office but in which it conducts no business where the branch is intended to enable the company in question to carry on its entire business in the State in which that branch is to be created, while avoiding the need to form a company there, thus evading application of the rules governing the formation of companies which, in that State, are more restrictive as regards the paying up of a minimum share capital".

mitted liability companies, precisely to avoid competition from the United Kingdom. Spain soon followed suit, creating the Sociedad limitada nueva empresa, with a minimum capital of € 3,000. In 2008, Germany introduced the Unternehmergesellschaft ⁽²⁾. Belgium created the Starter limited liability company: a company that can be set up with a minimum share capital ranging from €1 to €18,549 (a normal limited liability company has a minimum of €18,500) ⁽³⁾. In 2013, Italy introduced the limited liability company with reduced capital and the simplified limited liability company, both with a nominal capital of 1 €.

2. The Edil Work case

Edil Work relates to a completely different issue: this time, the discussion centres on the legitimacy of the general delegation of management to an agent by the directors; legitimacy which, pursuant to Article 2381, paragraph 2, of the Italian Civil Code, Italian scholars and case law exclude.

However, the CJEU does not allow this principle to be applied to the Luxembourg company, once again on the basis of the freedom of establishment, because the Court:

- i) emphasises that “companies or firms are entitled to carry on their business in another Member State, the location of their registered office, central administration or principal place of business serves to determine their connection with the legal system of a particular Member State in the same way as does nationality in the case of a natural person (see, to that effect, judgment of 5 November 2002, *Überseering*, C 208/00, EU:C:2002:632, paragraph 57)”;
- ii) points out that “in the absence of harmonisation of EU law, the definition of the connecting factor that determines the national law applicable to a company or firm falls, in accordance with Article 54 TFEU, within the powers of each Member State, that article having

² A variant of the limited liability company that can be set up with € 1 of capital but with the obligation to allocate 25% of net profits to a legal reserve each year. Although designed for young people (as stated in the introduction to the so-called MoMiG - Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen -), it can actually be used by anyone.

³ And which, however, has significant limitations, as explicitly admitted by commentators in that country, given that liability is extended to the founders if it appears that the initial capital of the company was manifestly insufficient to ensure the normal exercise of the planned activity for a period of at least two years.

placed on the same footing the registered office, the central administration and the principal place of business of a company or firm as such connecting factors (judgment of 25 October 2017, *Polbud – Wykonawstwo*, C 106/16, EU:C:2017:804, paragraph 34)”. With the consequence that, considering that “it is apparent from the order for reference, first, that STE was incorporated in 2004 as a Luxembourg company, second, that that company has its registered office in Luxembourg and, third, that it carries on the main part of its activities in another Member State, namely the Italian Republic, (...) it must be held that the situation of that company and, in particular, the acts of management which it adopts in respect of the activities which it carries out in Italy, are covered by the freedom of establishment”;

iii) underlines that “the legislation of a Member State which provides that companies established in another Member State which carry on the main part of their activities in the first Member State must comply, when performing their acts of management, with the law of the first Member State as well as with any obligations arising under the law of their Member State of establishment could render the management of such companies more difficult, since they might have to comply with the requirements imposed by those two sets of rules. It follows that such a legislation is liable to render less attractive the exercise of the freedom of establishment and therefore constitutes an obstacle to the exercise of the freedom of establishment”;

iv) while recognising that “according to settled case-law, a restriction on freedom of establishment is permissible only if it is justified by overriding reasons in the public interest” and that “it is further necessary that it should be appropriate for ensuring the attainment of the objective in question and not go beyond what is necessary to attain that objective (see, to that effect, judgments of 13 December 2005, *Marks & Spencer*, C 446/03, EU:C:2005:763, paragraph 35, and of 25 October 2017, *Polbud – Wykonawstwo*, C 106/16, EU:C:2017:804, paragraph 52)”, the CJEU denies that the application of Article 25(1), second sentence, of Italian Law No 218/1995 can be invoked in relation to the “acts of management of a company validly constituted under the law of another Member State and carrying on the main part of its activities in Italy”.

This conclusion is reached because, on the one hand, Articles 25 of Italian Law No 218/1995 and 2381 of the Italian Civil Code do

not contain specific references to the reasons that should allow for the restriction of freedom of establishment. On the other hand, the reasons invoked by the Italian Government “include the protection of the interests of creditors, staff and minority shareholders (see, to that effect, judgment of 25 October 2017, *Polbud – Wykonawstwo*, C 106/16, EU:C:2017:804, paragraph 54 and the case-law cited)” but “the restriction at issue in the main proceedings must be appropriate for ensuring the attainment of the objective of protecting creditors, minority shareholders and staff and must not go beyond what is necessary to attain that objective”.

This does not apply to the protection of creditors, whose prejudice “may depend, *inter alia*, on the type of measure adopted and vary according to the shareholder composition of the company in question”.

Nor can it be said, according to the Court, that the “national legislation at issue in the main proceedings is intended to combat abusive practices by preventing conduct consisting in the creation of wholly artificial arrangements which fail to reflect economic reality. In that regard, it must be borne in mind that, indeed, it is open to the Member States to adopt any appropriate measure for preventing or penalising fraud (see, to that effect, judgments of 9 March 1999, *Centros*, C 212/97, EU:C:1999:126, paragraph 38, and of 25 October 2017, *Polbud – Wykonawstwo*, C 106/16, EU:C:2017:804, paragraph 61)”. These include measures aimed at combating fraud and tax evasion, but not the establishment of a company’s registered office or place of business in accordance with the legislation of a Member State in order to benefit from more favourable legislation, which does not in itself constitute abuse.

3. Some considerations drawn from Prof. Fehrenbach’s report and the Edil Work ruling

What I think is worth emphasising, and what emerges clearly from Prof. Fehrenbach’s report, is that the judgment, even with regard to restrictions on freedom of establishment, upholds the principle, already established in *Centros*, that the affirmation of the freedom of establishment does not preclude the authorities of the Member State concerned from adopting any appropriate measures for preventing or penalising fraud, either against the company itself, possibly in cooperation with the Member State in which it is establi-

shed, or against members who have shown that their real intention in forming a company is to evade their obligations to private or public creditors established in the territory of the Member State concerned.

This is what was stated in *Centros* and reiterated in *Edil Work*, with the emphasis that “Articles 49 and 54 TFEU do not preclude, in principle, measures of a Member State which seek to ensure that the interests of the creditors, minority shareholders and staff of a company which has been formed in accordance with the law of another Member State but carries on the main part of its activities on national territory are not improperly affected”.

Our Corte di cassazione should be credited with having fully grasped the point. Deciding the *Edil Work* dispute ⁽⁴⁾, the Court emphasises that having reaffirmed the application of the so-called incorporation principle “does not mean (...) that the applicability of the Italian rules governing the operation of limited liability companies is completely excluded”. This statement was made in response to some of the commentators on the CJEU ruling, who considered Article 25 of Law No. 218/1995 to be completely obsolete insofar as it provides for the application of Italian law if the main object of the entity is located in Italy.

It cannot be ignored, however, that this statement runs the risk of becoming a mere *petitio principii*, lacking in practical applicability, as the *Edil Work 2* case demonstrates.

As mentioned earlier the CJEU dismisses the issue of creditor protection with a very quick remark. According to the decision the risk of harm to creditors “may depend, in particular, on the type of measure adopted and vary according to the composition of the corporate structure of the company concerned”.

If this is the case, however, the assessment of whether or not the restriction on freedom of establishment was lawful mandated that due account be taken of the fact that, in this case, the issue at stake was the disposal by the general agent appointed by the director of the entire company assets in favour of another company. The reasons why this occurred are well known, as they have been the subject of attention from the tabloid press ⁽⁵⁾.

⁴ Cass., 7.5.2025, n. 11964, *Foro it.*, 2025, I, c. 2653, with the comment of N. De Luca, *La Cassazione sul caso “Edil Work”* (Castello di Tor Crescenza) dopo la Corte di Giustizia UE. La matassa è ancora da dipanare.

⁵ F.M. Mucciarelli, *Società estere con amministrazione o sede sociale in Italia e libertà*

In short, this is a veritable plundering of social assets, in relation to which it does not seem unreasonable to say that the damage to creditors is in *re ipsa*. This is also in consideration, on the one hand, of the unlimited scope of the delegation and, on the other hand, of the lack of a time limit for its duration.

It is also worth noting that this would not have been permitted under Italian law, which establishes the principle that – taking into account the provisions of Articles 2380 bis, 2381 and 2384 of the Italian Civil Code – “the director cannot relinquish his powers, which correspond to the duties arising from his role, by delegating the management of the company to third parties, thereby circumventing the aforementioned rules or, in any case, making checks, controls and directives increasingly difficult”⁽⁶⁾.

The CJEU maintains (see paragraph 42) that Article 25(1) of Law No 218/1195 is too vague and therefore denies its applicability.

However, it may be argued that if it is accepted that the interests of creditors, minority shareholders and employees of the company allow for the adoption of measures aimed at preventing harm to them, as recognised by the CJEU in paragraph 41, it is perhaps questionable whether it is really necessary for the Member State to expressly prohibit the disposal of the entire company assets by an agent appointed by the director when the main object of the company is carried out in that State.

Is this not a case in which the interests of creditors, to say nothing else, must be protected and therefore in which the application of Article 25 should have been recognised?

The CJEU’s position leads to the conclusion that freedom of

di stabilimento: la giurisprudenza della Corte di Giustizia nasce da errori, equivoci e curiosi fatti di cronaca rosa, *Giur. comm.*, 2024, II, p. 936, pointed out that in 2010 the general meeting of the Luxembourg company STE s.à.r.l. appointed Ms S.B., who was a partner in the company, as sole director (*gérant*). On the same occasion, the latter appointed Mr F.F. as general agent with the power to perform “in the Grand Duchy of Luxembourg and abroad, in the name and on behalf of the company, all necessary acts and operations, without exception or exclusion, always within the limits of the company’s corporate purpose”. The only asset of STE s.à.r.l. was an ancient Roman Renaissance patrician residence, the castle of Tor Crescenza, which was, and still is, used for large events or rented out for luxury weddings. In 2012, the general agent Mr F.F. transferred the castle of Tor Crescenza to an Italian company (ST s.r.l.), which subsequently transferred it to another company (Edil Work2 s.r.l.). Currently, the castle is owned by another company, STI s.r.l., of which Mr F.F. is the majority shareholder and director.

⁽⁶⁾ See Cass., 3.8.2022, n. 24068.

establishment does not adequately resolve the problems raised by so-called pseudo-foreign companies.

It may be that Luxembourg law allows for the sanctioning of the operation carried out in the company in question, and indeed the CJEU itself warns that “the legislation of the Member State in which the company in question was established may have taken such interests into account”. If this were not the case, in the name of freedom of establishment, the interests not only of the shareholders but above all of the company's creditors would inevitably have been harmed by the transfer of the entire assets of the company to another one owned by the agent, which the Italian law would not have allowed.

In my opinion, it must be noted with disappointment that the timely criticism levelled at the Centros ruling by legal scholars had no influence whatsoever on the position of the CJEU. Yet this criticism was based on fully reasonable considerations, which appear to have been reinforced by the Edil Work 2 case.

Among others, Andrea Perrone effectively wrote: «the Court's response - - the legitimacy of pseudo-foreign corporations is 'inherent in the exercise, within the single market, of the freedom of establishment guaranteed by the Treaty' (point 27) - is excessively biased towards the protection of freedom of establishment, neglecting to address the principle of protection of shareholders and third parties explicitly provided for in Article 44(2)(g) of the Treaty (now 50 TFEU, ed.). Nor is the argument persuasive in this regard - ... - that “domestic” creditors would in any case be protected, since they are in a position to know that the company is subject to the rules of a different Member State (Centros judgment, point 36). While this argument does not hold up for so-called involuntary creditors (e.g. victims of unlawful acts by the company) and public creditors (e.g. tax authorities and social security institutions), voluntary creditors are still faced with information and transaction costs which, in practice, may undermine their effective protection» (7).

4. Will we have a 28th legal regime?

It is well known that there has been discussion for some time about the need to decisively overcome the fragmentation of the diffe-

⁷ A. Perrone, *Dalla libertà di stabilimento alla competizione fra gli ordinamenti? Riflessioni sul “caso Centros”*, Riv. soc., 2001, p. 1292 ss.

rent regulatory frameworks of the individual Member States of the Union.

In the past, the European Commission put forward a proposal to this effect, but it was not successful. First, the Letta Report, presented on 17 April 2024 ⁽⁸⁾, and then the Draghi Report of September 2024 ⁽⁹⁾ returned to the issue with equal determination.

The Commission took note of this and, in its Communication dated 29.1.2025 to the European Parliament entitled “A Competitiveness Compass for the EU” ⁽¹⁰⁾, emphasized, with specific regard to start-ups, that «making it possible for innovative companies to benefit from a single, harmonized set of EU-wide rules wherever they invest and operate in the Single Market, instead of facing 27 distinct legal regimes, would represent a real game changer. The Commission will thus propose a 28th legal regime, which will simplify applicable rules and reduce the cost of failure, including any relevant aspects of corporate law, insolvency, labour and tax law».

It is impossible to predict the future development of this initiative and, above all, to predict whether the 28th legal regime will truly constitute a sort of European Delaware. What is certain is that, at present, the solution provided by CJEU case law does not seem to adequately take into account all the interests at stake.

Roberto Rosapepe

⁸ See <https://www.consilium.europa.eu/media/ny3j24sm/much-more-than-a-market-report-by-enrico-letta.pdf>

⁹ See <https://commission.europa.eu/topics/strengthening-european-competitiveness/eu-competitiveness-looking-ahead>

¹⁰ See https://commission.europa.eu/document/download/10017eb1-4722-4333-add2e0ed18105a34_en?filename=Communication_1.pdf. Regarding this initiative see, among others, L. Picotti, Un Delaware europeo è possibile? Geopolitica e geodiritto del 28th, at <https://legrandcontinent.eu/it/2025/07/03/un-delaware-europeo-e-possibile-geopolitica-e-geodiritto-del-28th/>

***Caput mortuum. Anatomia della mente e disciplinamento sociale* di Antimo Cesaro – Intersezioni e configurazioni**

LUCIA ABBAMONTE

(Professore associato, Linguistica inglese, Università Parthenope)

Abstract

Distintiva della scrittura di Antimo Cesaro nell'articolato saggio antologico *Caput mortuum - Anatomia della mente e disciplinamento sociale* (2023 Artetetra Edizioni) è la dinamica fra arte, visione, tavole anatomiche, concetti filosofico-giuridici e la loro evoluzione, in rapporto argomentativo con lo sviluppo delle conoscenze mediche e antropologiche. Il volume indaga il rapporto tra frenologia, potere giudiziario e controllo sociale nel XIX secolo, con attenzione ai temi del libero arbitrio, follia e colpeabilità, partendo dall'analisi dei teschi dei colpevoli di un celebre omicidio avvenuto a Napoli nel 1800. Di interesse la rivisitazione della scrittura di Edgar Allan Poe (1809 - 1849) e la guida alla rilettura dei due racconti dell'autore statunitense, inclusi in appendice.

A defining feature of Antimo Cesaro's writing in the insightful essay "Caput mortuum. Anatomy of the Mind and Social Discipline" (Artetetra Edizioni) is the interplay between art, vision, anatomical tables and philosophical-legal concepts, and their evolution, in relation to the development of medical and anthropological knowledge. The volume explores the relationship between phrenology, the judiciary and social control in the nineteenth century, focusing on the themes of free will, madness and criminal responsibility, beginning with an analysis of the skulls of those convicted of a notorious murder that took place in Naples in 1800. Of particular interest is the focus on the thought and imagery of Edgar Allan Poe (1809–1849), and the guide to (re-) reading the two short stories by the American author, included in the appendix.

*Caput mortuum - Anatomia della mente e disciplinamento sociale*¹ di Antimo Cesaro è lettura di interesse per più ambiti di studio e ricerca. Lo sguardo del *lector curiosus* è subito catturato dalla copertina dove un cranio in posizione centrale, su un supporto dorato, completa il senso del titolo – è la foto del cranio di Giuditta Guastamacchia, rea di un atroce omicidio perpetrato a Napoli, il 19 aprile 1800, al largo delle Pigne. Nel perseguire la sua storia di passione proibita con il prelado Stefano D’Aniello, la ‘scellerata’ Giuditta rimuoveva e superava ogni ostacolo, anche giudiziario, e, dopo rocambolesche quanto torbide vicende, decise di sopprimere il giovane e geloso marito, con la complicità del proprio padre, di un chirurgo infatuato e di un sicario. Scoperti, furono cruentemente giustiziati, e cinquant’anni dopo, Biagio Gioacchino Miraglia (medico alienista) ottenne i loro teschi, che a lungo erano stati esposti in gabbie di ferro sugli spalti di Castel Capuano, quale lugubre memento per la popolazione. Miraglia ne eseguì l’esame cranioscopico, redigendo un parere frenologico, con implicazioni per l’epoca significative sui temi del libero arbitrio in rapporto all’inclinazione naturale/istintuale, della responsabilità e conseguente imputabilità, e dei confini fra crimine e follia. Parere basato sulla misurazione e osservazione di quei crani, che poi donò al Museo di Anatomia Normale e Patologica della Regia Università di Napoli. Successivamente collocati nel Museo Universitario delle Scienze e delle Arti dell’Università della Campania Luigi Vanvitelli, i crani diventano testimonianza di vicende e conoscenze mediche ottocentesche e, in qualche misura, arte-fatti.

Intenso *memento mori*, e polo d’attrazione di significati, il cranio è oggetto simbolico ricorrente nelle letterature e nell’arte. In particolare, l’autore descrive al lettore la famosa opera di Giovanni Francesco Barbieri, il Guercino, *Et in Arcadia ego* (1618 ca): al tramonto, due giovani pastori in abiti seicenteschi incontrano la Morte rappresentata da un teschio, posto in primo piano, in basso su un rudere, con l’iscrizione *Et in Arcadia ego*, ed evidenziato da sagace gioco di luci barocco. Uno dei pastori guarda sorpreso, l’altro, assorto e malinconico. Un moscone si è posato sul teschio, un topo gli è accanto, ad indicare il decadimento in corso, e un bruco strisciante, futura farfalla, evoca le trasformazioni, lo scorrere del tempo, la caducità; il simbolismo si rispecchia nella sezione alta della composizione, con la civetta nascosta tra i rami. Anche in quest’immagine di arca-

¹ A. Cesaro, *Caput mortuum. Anatomia della mente e disciplinamento sociale*, 2023, Arteterta edizioni, ISBN: 9791280633163

dia, luogo idillico e bucolico, sapientemente fissata dal Guercino, si aprono squarci per rappresentare la Morte. Cesaro ben interpreta i poli-sensi della configurazione pittorica, parlando di morte apparente e *vita latente* (Cesaro 2023:13); e la denominazione inglese, ‘still life’, può contribuire a completare l’interpretazione del *memento mori* rivolto agli spettatori e ai pastori insieme – *Anche in Arcadia Io Sono*. *Caput mortuum* è espressione densa: in alchimia designa il residuo solido, lo scarto, di una distillazione o calcinazione, spesso rappresentato da un cerchio con tre punti (ossia il simbolo di un teschio). Nelle arti pittoriche, il *caput mortuum* è pigmento marrone-violaceo, rugginoso, che riscalda il quadro del Guercino, ‘gran disegnatore e felicissimo coloritore’². Storicamente considerato un sottoprodotto inerte, attualmente del *caput mortuum* si apprezzano le tonalità calde e dense. Ineludibile, tuttavia, il significato originale di ‘residuo’: in un’opera sui temi dell’anatomia della mente e del disciplinamento sociale attraverso le dinamiche di potere, controllo anche delle conoscenze, e punizione, *caput mortuum* rimanda ai concetti di margine, esclusione, rifiuto. Oppure, in termini Kantiani, *caput mortuum* è residuo dei reiterati sforzi del giurista nel definire cosa sia il diritto (Cesaro 2023:19). Le riflessioni argomentative dell’autore su tali temi offrono illuminanti interpretazioni diacroniche che attraversano la dottrina giuridica di quegli anni e la dialettica processuale in cui la perizia medica, basandosi sulla frenologia, cercava legittima collocazione, rivisitano l’antropologia criminale, fino alle moderne elaborazioni di Michel Foucault e oltre.

Distintiva della scrittura di Antimo Cesaro è la dinamica fra arte, visione, tavole anatomiche, concetti filosofico-giuridici e la loro evoluzione, in rapporto argomentativo con lo sviluppo delle conoscenze mediche. Certo, le dottrine frenologiche, nate soprattutto dagli studi organologici e neuroanatomici dei tedeschi Franz Joseph Gall (1758-1828) e Johan Gaspar Spurzheim (1776 -1832), che tenne negli Stati Uniti per una serie di conferenze pubbliche, appaiono ingenuie alla luce delle attuali conoscenze mediche. I due medici tedeschi, con le tecniche di osservazione e misurazione all’epoca disponibili, credevano di individuare nella struttura del cranio e localizzazioni cerebrali i segni delle peculiarità e/o devianze comportamentali, con implicazioni per la colpeabilità e le forme di disciplinamento sociale, che in qualche misura si traducevano in pratiche terapeuti-

² Ludovico Carracci, lettera a Ferrante Carli (25 ottobre 1617), <https://gallerie-estensi.beniculturali.it/blog/et-in-arcadia-ego-del-guercino-liconografia/>.

che: faticosamente nel XIX secolo l'ergoterapia, il teatro e la musica cercavano di restituire dignità e speranza ai folli. Le elaborazioni e riflessioni ispirate dalla frenologia all'epoca suscitarono entusiasmo – farsi esaminare la testa da un frenologo era una pratica accreditata in tutta l'età vittoriana – e catturarono la sensibilità di molti, fra cui lo scrittore e critico statunitense Edgar Allan Poe (1809-1849), che però in seguito se ne distaccò.

La frenologia tende ad essere considerata nei nostri giorni alla stregua di pseudo-scienza; tuttavia, prima degli studi sistematici di Gall e dei suoi discepoli (fra i quali George Combe e Lorenzo Fossati) generalmente si riteneva che il cervello funzionasse come un'unità sostanzialmente indifferenziata, e nell'immaginario dell'epoca indugiava la metafora variamente declinata del geroglifico dell'anima. Quindi, le intuizioni di Gall sulle localizzazioni cerebrali, ossia funzioni mentali distinte in base a specifiche aree della corteccia e del cervello, erano fortemente innovative, e in qualche modo aprivano la strada a ipotesi delle neuroscienze contemporanee, adesso ben altrimenti informate, e forse in qualche misura circoscritte, da tecniche sofisticate di EEG, risonanza magnetica funzionale, stimolazione transcranica e le loro interazioni, TAC, PET, e quant'altro.

Quel che rende il volume attrattivo anche per un *audience* di non giuristi è, oltre la chiarezza espositiva, proprio la capacità di Cesaro di attraversare, senza perdere la prospettiva giuridico-filosofica, discipline e geografie diverse, occupandosi, nel secondo capitolo, dei delitti immaginati dalla fervida (o anche *feverish*) mente di Edgar Allan Poe, col suo inconfondibile penchant per il macabro, il lugubre e l'efferato, il mesmerismo e lo spiritismo. Poe, dicevamo, dalla frenologia fu in primo tempo comprensibilmente affascinato, ma poi si spinse oltre, trovandola prescrittiva e limitativa dell'interpretazione degli impulsi e degli istinti, 'perversness' primo fra tutti, che l'attento traduttore Giuseppe M. Ambrosio traduce 'perversità', ossia l'insieme di cattivi sentimenti e il piacere innato e primordiale del male, aldilà dei risvolti utili delle azioni delittuose. Ambrosio richiama così la terminologia italiana delle considerazioni frenologiche del prof. Miraglia, che, rifacendosi al *Giornale Frenologico di Edimburgo* (1824, 5), elaborava tavole sinottiche e annoverò fra gli Istinti dedotti dalle misurazioni del cranio di Giuditta Guastamacchia, l'Amatività, la Combattività, la Distruttività, la Secretività.

Dei due evocativi racconti di Poe riportati in appendice, in traduzione italiana, *Il Demone della Perversità*/ "The Imp of the Perverse"

si apre proprio con una riflessione del narratore sulla frenologia. Si tratta di un narratore-omicida, tipico dei racconti di Poe, che, come prolegomeno alla confessione delle sue azioni, discute le categorizzazioni dell'Alimentatività, Amatività, Combattività, Idealità, Causalità, Costruttività, lamentando l'assenza della Perversità fra loro:

when we persist in acts because we feel we should not persist in them, our conduct is but a modification of that which ordinarily springs from the combativeness of phrenology. But a glance will show the fallacy of this idea. The phrenological fallacy of this idea. The phrenological combativeness has for its essence, the necessity of self-defense but in the case of that something which I term perverseness, the desire to be well is not only not aroused, but a strongly antagonistical sentiment exists. Examine these similar actions as we will, we shall find them resulting solely from the spirit of the Perverse. We perpetrate them because we feel that we should not. Beyond or behind this there is no intelligible principle; and we might, indeed, deem this perverseness a direct instigation of the Arch-Fiend were it not occasionally known to operate in furtherance of good (Poe, 1845, pp.3-4)³.

Una 'perversità' intrinseca, che non deriva dall'impulso evolutivamente fisiologico della combattività. Il narratore-omicida ci spiega quindi di aver ucciso, progressivamente e irresistibilmente attratto dall'illiceità e dall'orrore dell'omicidio, un uomo di cui è erede, usando una candela dal vapore velenoso. La vittima leggeva a letto la sera alla luce della candela, e finisce col morire nella sua stanza male arieggiata. Il medico legale ne attribuisce la morte a "the visitation of God". Il narratore, insospettato, eredita, e fruisce per vari anni del provento del suo atto omicida, ripetendosi, "I am safe". Inizia però a sentirsi sopraffatto da un improvviso impulso di confessare l'omicidio, e corre, invasato, per le strade, suscitando sospetti. Quando infine viene fermato, agito da un "invisible fiend" (demone invisibile), confessa il delitto con "distinct enunciation". Processato e in attesa di impiccagione, tiene a spiegare di non essere folle, ma vittima dell'*Imp of the Perverse*. Due volte quindi sua preda – quando uccide e quando confessa.

Interessante il viaggio della parola: dall'alto tedesco antico 'impfōn' all'inglese antico 'impian', 'imp' risale probabilmente al greco antico ἔμψυτος, 'impiantato', 'innestato', ossia, in qualche misura, includibile. Il significato di 'imp' come verbo è più stabile, significa tuttora

³ E. A. Poe, "The Imp of the Perverse", 1845: <https://etc.usf.edu/lit2go/pdf/passage/5233/the-works-of-edgar-allan-poe-010-the-imp-of-the-perverse.pdf>. Vedi anche: T. O. Mabbott (a cura di), *The Works of Edgar Allan Poe*, vol. III, Harvard University Press, 1978, 1217-1227.

‘impiantare’; in particolare, secondo l’Oxford Universal Dictionary, dal 1524 il sostantivo oltre al significato ‘young shoot’ (germoglio), ‘offspring’ (prole), ‘child’ (bambino), ha assunto anche il significato di ‘child of the devil’ (figlio del diavolo), ‘little devil’, ‘demon’, ‘evil spirit’ (spirito malvagio). Per non parlare dell’assonanza con ‘impulse’, che ricorre cinque volte in cinque pagine – la fonestesia è una cifra stilistica della prosa di Poe. Insomma, sembra dirci Poe, scarso è lo spazio del libero arbitrio quando si cade vittima di quel demone: *I am one of the many uncounted victims of the Imp of the Perverse* (1845, 4). Non se ne conosce il numero, in quanto vittime di una patologia non riconosciuta o non dichiarata.

La forma narrativa e retorica del breve racconto, caratterizzato dal contrasto tra la ricchezza della prosa e la struttura rigida della trama, si costruiscono attraverso il focus esclusivo sul tema e la concentrazione sullo stato d’animo, finalizzati ad un impatto emotivo unitario che afferma con forza l’esistenza dell’*Imp of the Perverse*. Contribuiscono all’unità di effetto l’uso di un lessico specifico, non ordinario, colorato da influenze ‘gotiche’ (‘We stand upon the brink of a precipice. We peer into the abyss’), termini relativi al corpo umano e ai suoi disturbi (‘I felt an icy chill creep to my heart’; ‘Could I have torn out my tongue’; ‘we grow sick and dizzy’; ‘I felt a maddening desire to shriek aloud’) e un crescendo ottenuto attraverso la ripetizione e l’uso della punteggiatura, fra cui l’em dash (‘I walked vigorously—faster—still faster—at length I ran’) che guidano la risposta emotiva del lettore. Molti gli studi sulla peculiarità della prosa di E.A. Poe, ma quel che forse qui più rileva ai fini della ricerca di Cesaro è la sua qualità stilistica in grado sia di illustrare, sia di contrastare argomentativamente, materiandoli di *exempla*, i risultati della ricerca scientifica del tempo, e di rappresentare efficacemente le condizioni di reclusione e restrizione.

Non meno spettrali dei ‘dungeons’ dei racconti di Poe le mura e le volte delle carceri fra ‘700 e ‘800 (e oltre), e in tali contesti gli alienisti provavano a spiegare i comportamenti devianti e gradualmente rivendicavano il diritto dei malati a pratiche terapeutiche diverse da quelle coercitive e mortificanti in uso. Già con il “Codice per lo Regno delle Due Sicilie” (1819) nel sistema giudiziario borbonico si legittimò il contributo della medicina nei processi, e gradualmente le riflessioni organologiche e frenologiche promuovevano un dibattito sull’imputabilità per gli alienati, e si arrivò così alle prime perizie in tribunale.

Il volume di Cesaro restituisce alla frenologia il suo ruolo storico nei diversi ambiti medico, giuridico, socio-filosofico, antropologico, illustrandone lo sviluppo, i punti di forza, il declino e le potenziali successive strumentalizzazioni in termini di razzismo, e in particolare la funzione importante nell'evoluzione delle pratiche forensi. La capacità dell'autore di comunicare concetti complessi e pluridisciplinari anche attraverso i codici dell'arte e della letteratura ne fanno una lettura di alta fruibilità e piacevolezza. Non a caso il raffinato *graphic novel* 'L'amaro caso Giuditta Guastamacchia- l'assassina della Vicaria', tratto dal volume, ne rappresenta la naturale espansione figurativa.

Lucia Abbamonte

Il sistema pensionistico nella prospettiva “delle” sostenibilità

ROSA CASILLO

(Professoressa associata di Diritto del lavoro – Università di Napoli Federico II)

Abstract

Il saggio analizza l'evoluzione del sistema pensionistico italiano alla luce di tre dimensioni della sostenibilità: finanziaria, giuridica e sociale. Se da un lato le riforme degli ultimi decenni – culminate nella l.n.214/2011 (c.d. legge Fornero) – hanno avviato il sistema verso la stabilità finanziaria attraverso l'innalzamento dell'età pensionabile e il metodo contributivo, dall'altro emergono forti criticità rispetto alla funzione costituzionale della tutela di vecchiaia. In particolare, l'A. evidenzia come l'adeguamento automatico dell'età pensionabile all'aspettativa di vita ignori le differenze reali nelle condizioni di salute e nella longevità delle persone, rischiando di prolungare il lavoro oltre limiti compatibili con il benessere psico-fisico della persona. Inoltre, il metodo contributivo, in un mercato del lavoro segnato da precarietà e discontinuità occupazionale, produce pensioni spesso insufficienti. Il saggio conclude sottolineando la necessità di strumenti redistributivi e di maggiore flessibilità pensionistica per garantire equità sociale ed effettività del diritto alla pensione.

This essay analyses the evolution of the Italian pension system in the light of three dimensions of sustainability: financial, legal and social. Whilst the reforms of recent decades – culminating in Law n. 214/2011 – have set the system on a path towards financial stability through the raising of the retirement age and the contribution-based method, serious concerns have emerged regarding the constitutional function of providing for old age. In particular, the author highlights how the automatic adjustment of the retirement age to life expectancy ignores real differences in people's health and longevity, risking the prolongation of working life beyond limits compatible with individual well-being. Furthermore, in a labour market characterised by precariousness and employment discontinuity, the contributory method often results in insufficient pensions. The essay concludes by emphasising the need for redistributive measures and greater pension flexibility to ensure social equity and the effective protection of the right to a pension.

Sommario: 1. La garanzia di pensione e le tre anime della sostenibilità 2. L'equilibrio dei conti come cifra dell'evoluzione delle regole sulle pensioni 3. Profili di criticità giuridica e sociale. Il tempo del pensionamento e le diverse longevità 3.1. Il basso importo delle pensioni

1. La garanzia di pensione e le tre anime della sostenibilità

Nell'ultimo decennio, nelle riflessioni scientifiche sulle pensioni di vecchiaia, come pure nella discussione della società civile, il tema della tenuta finanziaria del sistema preordinato a garantire la tutela sociale si intreccia a doppio filo, quasi cedendole il passo, col tema della compatibilità di quel medesimo ingranaggio di regole (giuridiche e finanziario-attuariali) rispetto allo scopo, la funzione e la finalità che la Costituzione, agli art. 3 e 38, co. 2, Cost., assegna al diritto previdenziale.

Non che la questione della sostenibilità finanziaria sia passata in secondo piano. Anzi. Lo scenario demografico negativo, che descrive l'invecchiamento della popolazione e, per quel che ci interessa, degli occupati, come una realtà attuale e anche futura¹, rende ben avvertiti che in un sistema pensionistico come il nostro, che ha un tratto marcatamente occupazionale – le pensioni sono finanziate con i contributi di coloro che ne beneficiano sia pure con elementi di solidarietà – e che funziona secondo la tecnica della ripartizione – le rendite dei pensionati attuali sono coperte dai contributi di chi lavora –, l'equilibrio dei conti previdenziali, oggi e in prospettiva, non è una questione né teorica né prospettica ma decisamente attuale e propriamente fondamentale². E, com'è accaduto in passato e ancora oggi accade, può richiedere anche l'adozione di misure in vario modo regressive della tutela limitandone il livello di godimento. I temi economico-finanziari, in effetti, hanno sempre influenzato

¹ V. ISTAT, *Rapporto 2025*, 67-80. In dottrina, v., almeno: V. FILI (a cura di), *Quale sostenibilità per la longevità?*, *Ragionando degli effetti dell'invecchiamento della popolazione sulla società, sul mercato del lavoro e sul welfare*, ADAPT University Press, e-book series, 2022, n. 95; R. CASILLO, *Invecchiamento e lavoro*, in *Federalismi.it*, 2012, 21 ss.; A.M. BATTISTI, *L'invecchiamento attivo nel sistema normativo "multilivello". prospettive di sviluppo della contrattazione collettiva*, in *Mass. giur. lav.*, 2025, 17 ss.; M. RUSSO, *Strategie e misure di age management nel d.lgs. n. 29/2024 e nella contrattazione collettiva*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2025, 555 ss.

² Tra le riflessioni che dedicano approfondimenti al tema: G.P. CIPRIANI, A. SOMMACAL, *Demografia e pensioni*, in L. GRECO, P. PERTILE, C. ZOLI (a cura di), *Efficienza e sostenibilità dell'intervento pubblico*, Il Mulino, 2022, 125 ss.; G. LUDOVICO, *Dalla società dell'invecchiamento alla società della longevità*, in *Lavori Diritti Europa*, 2025, 1 ss.; G. DE SANTIS, *Pensioni e demografia in Italia: alcune considerazioni e una proposta*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2022, 389 ss.

struttura e regole del sistema pensionistico³, che si sono evolute, determinato il segno ora espansivo ora regressivo della tutela, proprio in base all'esigenza di conciliare la garanzia del diritto sociale (art. 38, co. 2, Cost.) con la sostenibilità finanziaria del sistema che ha essa pure una valenza giuridica perché si riflette sull'equilibrio di bilancio *ex* art. 81 Cost.⁴ Né un così stretto intreccio sul piano giuridico tra attuazione del diritto sociale e dimensione finanziaria deve stupire. La tutela di pensione per sua natura è legata a variabili demografiche-attuariali e, sebbene strumentale all'inveramento della funzione sociale dello Stato, per il modello occupazionale e il sistema a ripartizione con cui è strutturata risente di variabili sia macro sia microeconomiche, tale che, tecnicamente, non potrà mai essere insensibile alla capienza dei mezzi finanziari sia delle singole gestioni sia dello Stato. Ciò che, evidentemente, la regolazione attuativa del diritto non può ignorare; né di ciò la Corte costituzionale ha mai dubitato, limitando lo scrutinio delle legislazioni regressive al profilo della razionalità e ragionevolezza in rapporto alla finalità della tutela⁵.

Tuttavia, le strategie e le soluzioni adottare per ipotecare il funzionamento in equilibrio finanziario del sistema, con il loro portato di *austerità*, non possono essere insensibili ad altri due profili di sostenibilità, che hanno entrambi un solido ancoraggio giuridico. La prima è la sostenibilità giuridica del sistema, intesa come conformità del diritto a pensione, nella fisionomia che assume in base alle regole che lo governano, rispetto alla finalità della tutela secondo l'art. 38, Cost. e le altre disposizioni che specificano la funzione sociale dello Stato (art. 1-4 Cost.). La seconda è la sostenibilità sociale, intesa anzitutto come l'idoneità del sistema a garantire pensioni che, per età di accesso e misura delle medesime, soddisfino il bisogno di tutela in età di vecchiaia non in astratto, ma nella vita reale delle persone; intesa, poi, come rispondenza del sistema ad equità in senso giuridi-

³ V. anche E. ALES, *Il sistema pensionistico a 25 anni dalla riforma*, in *Riv. giur. lav.*, 2020, 593 ss.

⁴ Da ultimo, v: G. RIVOCCHI, *Rapporti economici, equilibrio di bilancio e diritti a prestazione nella Costituzione. In ricordo di Lorenza Carlassare*, in *Rivista Aic*, 2025, 243 ss.

⁵ In tema i contributi sono oramai tanti. Per l'attenzione al tema pensionistico si possono richiamare: S. SCAGLIARINI, *Diritti sociali nuovi e diritti sociali in fieri nella giurisprudenza costituzionale*, in *Gruppo di Pisa*; M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio pubblico e diritti previdenziali*, in *Astrid*, 2013; M. D'ONGHIA, *Diritti previdenziali e sostenibilità economica nella giurisprudenza costituzionale*, Cacucci, 2013; G. DI COSIMO, *Diritti sociali e risorse limitate nella giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2025, 57 ss.

co. Equità, questa, che non è l'equità attuariale, cioè la coincidenza, in valore reale, tra contributi e prestazioni per ciascun lavoratore; è invece l'equità che guarda al profilo redistributivo e richiama il concetto di giustizia sociale, la quale, in rapporto alle pensioni significa parità – non eguaglianza o coincidenza, ma parità – tra il sacrificio e il beneficio pensionistico tra tutti i lavoratori parte del sistema, e per il cui invero è necessario che regole tengano conto del fatto che taluni lavoratori, per condizioni individuali o di contesto socioeconomico, possono trovarsi in condizione di diseguaglianza sostanziale rispetto agli altri per il godimento del diritto alla pensione (art. 3 Cost.). Casi in cui il sistema, proprio per ragioni di equità sociale, deve disporre di strumenti che assicurino anche ad essi la medesima parità di opportunità di pensione, anche mediante attribuzione di vantaggi esclusivi⁶.

Tale prospettiva, peraltro, non pare affatto incompatibile col concetto di sostenibilità finanziaria. Come spiegano gli esperti, essa non significa perfetto equilibrio tra entrate contributive e uscite pensionistiche che, anzi, non si potrà mai verificare in un sistema che funziona a ripartizione, perché un tale sistema contiene in sé le c.d. “perdite in conto capitale”, e dunque di disequilibri⁷. Disequilibri che, però, un sistema pensionistico sostenibile per il profilo sociale deve anche essere in grado di contenere nei limiti accettabili/recuperabili.

Queste tre prospettive della sostenibilità, ora richiamate, costituiscono la traccia lungo cui si svolge la riflessione che segue, orientata a far emergere, da una parte, le direzioni che il principio della stabilità finanziaria ha imposto nel tempo, e sino ad oggi, alle regole sulle pensioni e, dall'altra, alcuni tra i gravi squilibri che in esse si rinven- gono rispetto alla soluzione del bisogno in età di vecchiaia per tutti i lavoratori – come richiede l'universalità selettiva della tutela *ex art.* 38, co. 2, Cost.

2. L'equilibrio dei conti come cifra dell'evoluzione delle regole sulle pensioni

La connessione tra tema finanziario e regole pensionistiche appare chiaramente tracciando le tappe più significative dell'evoluzione del

⁶ R. CASILLO, *Coerenza ed equità nella manutenzione del sistema pensionistico dopo la l. 22 dicembre 2011 n. 214*, in *Mass. giur. lav.*, 2019, 745 ss.

⁷ Nella letteratura finanziario-attuariale v.: G. DE SANTIS, *Pensioni e demografia*, op. cit.

sistema anche solo per l'essenziale, cioè guardando agli elementi che più immediatamente hanno effetto sul segno, migliorativo e peggiorativo, della tutela. Si tratta dei requisiti di accesso alla pensione, che determinano il momento del ritiro dal lavoro, e del metodo di calcolo delle medesime, che influenza l'importo delle rendite.

Procedendo con questa semplificazione⁸, all'osservazione storica appare che il tempo in cui le pensioni registrano una decisa ascesa è solo quello in cui il legislatore si muove con la tranquillità dei *trend* economici crescenti: sono i c.d. "trent'anni gloriosi", tra il 1960 e il 1990, in cui esplode quel processo di espansione della tutela cominciato nel 1950 con l'aggiornamento costituzionale del sistema ereditato dal fascismo.

Nel ventennio fascista, la tutela – totalmente fuori dalle logiche di sicurezza sociale e orientata esclusivamente alla garanzia dell'ordine pubblico⁹ – assicurava pensioni all'età di 60/65 anni secondo rigida corrispettività assicurativa e intervento pubblico solo minimo. Ma già con la Commissione D'Aragona istituita nel 1947 emersero segnali di un'innovazione tributaria dei piani Beveridge, che anticipava l'ideologia dello Stato sociale poi costituzionalizzata nel 1948. Tuttavia, risale al 1952 la prima tappa del percorso volto a scardinare l'impostazione meramente assicurativa dell'apparato di tutela del periodo fascista per aprirla ai nuovi caratteri iscritti nel detto e non detto dell'art. 38 Cost.¹⁰. Si tratta della l. 4 aprile 1952 n. 218, con la quale comincia a prendere corpo l'assunzione della libertà dal bisogno come presupposto della tutela, perciò non più connessa alla valutazione del rischio né totalmente alla contribuzione versata. Ne

⁸ Non è inutile precisare che la selezione dei tratti del sistema che qui si osservano costituisce una semplificazione perché le regole pensionistiche, anche quelle che riguardando aspetti tutto sommato marginali, non sono mai neutre, ma incidono tutte, in misura più o meno rilevante, sul sacrificio e sul beneficio pensionistico determinando il livello di godimento della tutela. Si pensi, solo per fare un esempio, alle regole sulla riunificazione dei contributi (riscatto, totalizzazione e cumulo): non attengono direttamente ai requisiti di pensione né al calcolo della medesima ma, nella misura in cui rendono più o meno agevole la valorizzazione dei contributivi accumulati in diverse gestioni, influiscono sulla determinazione dell'anzianità contributiva e, attraverso di essa, sul tempo di ingresso nel circuito previdenziale pensionistico.

⁹ V.: S. VINCI, *Il fascismo e la previdenza sociale*, in *Annali della facoltà di Giurisprudenza di Taranto*, Cacucci, 2011.

¹⁰ Caratteri dei quali si avvede, a quel tempo, anche la Corte Costituzionale: CINELLI M., *L'apporto della Corte costituzionale all'evoluzione del sistema delle pensioni*, in *Lav. dir.*, 1987, 4, 720 ss.; ID., *Previdenza sociale e orientamenti della giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, p. 73 s.

è esempio la rivisitazione dell'integrazione delle pensioni inferiori al minimo¹¹, con la quale fa ingresso, nel sistema, la solidarietà generale verso i lavoratori, e si sperimenta la tecnica della ripartizione in abbinamento con la capitalizzazione, mantenuta solamente per le pensioni base¹², dando accesso alla solidarietà intergenerazionale su cui si regge, tutt'oggi, il sistema pensionistico¹³.

Saranno però, come accennato, i successivi anni 60-80 a segnare la decisiva ascesa della tutela. Complice la congiuntura economica positiva, il d.p.r. 27 aprile 1968, n. 488 e la l. 30 aprile 1969, n. 153 concessero a quelle generazioni: una pensione di vecchiaia con metodo retributivo all'età (immutata dal 1936) di 60/55 anni con anzianità contributiva di 15 anni, e una pensione di anzianità con 35 anni di contribuzione (istituto già introdotto con l. 21 luglio 1965 n. 903, art. 13, poi abrogato)¹⁴. Peraltro, è in questo tempo che si afferma definitivamente il patto di solidarietà tra le generazioni, con la eliminazione di ogni residua forma di capitalizzazione in favore della ripartizione.

Quello che poi è accaduto a partire dalla fine degli anni '80 è la storia dell'involuzione delle tutele scandita da necessità di ripari finanziari ai bilanci pubblici e previdenziali. Le vicende economiche e finanziarie nazionali, fisiologiche ed euro indotte, in uno con gli

¹¹ Con gli artt. 9, 10, 14, l. 128/1952. L'istituto era già esistente, ma ad applicazione limitata (d.lgt. 1 marzo 1945 n. 177 e d.lgs. 29 luglio 1947 n. 689).

¹² In proposito v. ANDREONI A., *op. cit.*, 51 ss.

¹³ V.: G. LUDOVICO, *La solidarietà intergenerazionale nel sistema pensionistico: fascino e limiti di un principio necessario*, in *Dir. rel. ind.*, 2019, 28 ss.; B. SGRITTA, M. RAITANO, *Generazioni: dal conflitto alla sostenibilità*, in *Riv. pol. soc.*, 2018, 11 ss.; M. CINELLI, *Condizionamenti finanziari e diritti sociali: la giustizia costituzionale tra vecchi e nuovi equilibri*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2019, 1 ss.; R. CASILLO, *Profili giuridici della solidarietà pensionistica nella dimensione temporale*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2022, 455 ss.

¹⁴ Si ricorda, per completezza, che in questi anni si assicurò anche una stabilità del valore reale delle rendite, automaticamente rivalutate in base alle variazioni del potere d'acquisto della moneta e agganciate ai salari, secondo l'art. 19, l. 153/1969; una pensione sociale per gli ultrasessantacinquenni privi di reddito, di lavoro e di tutela pensionistica (per queste norme v. PESSI R., *Il “sistema” giuridico della previdenza sociale*, *op. cit.*, p. 80 ss.); si introdusse l'applicazione (pur condizionata) dell'automaticità delle prestazioni (art. 2116 c.c. e art. 40 l. 153/1969); si accentuò il ricorso alla solidarietà generale, a copertura non solo di una quota dei trattamenti pensionistici in erogazione (nel regime ago ed in alcuni regimi speciali), ma anche gli interventi di perequazione, come alcune ipotesi di integrazione al minimo pensionistico nonché la copertura figurativa dei periodi di non lavoro. Fino alla l. 9 marzo 1989 n. 88, che (art. 37) istituisce la Gias, il finanziamento degli istituti richiamati avveniva a carico del Fondo sociale istituito con l'art. 2, l. 21 luglio 1965 n. 903, soppresso dalla stessa l. 88/1989 di riordino dell'Inps.

squilibri finanziari delle gestioni previdenziali – esito combinato di ben note politiche viziate da disfunzioni nei rapporti di potere¹⁵, mirate a sole ricalibrature nella spesa e non accompagnate da scelte di *retrenchement*¹⁶, di errate valutazioni delle variabili demografiche¹⁷ e dell’impatto, sui sistemi pensionistici a ripartizione, dei mutamenti nei mercati finanziari¹⁸ e nel mercato del lavoro¹⁹ – hanno consegnato le pensioni al regime dell’*austerità* permanente²⁰. E così assorbente appare il legame tra livello di soddisfacimento del diritto e vicende di risanamento dei conti pubblici che nel confronto con l’evoluzione della legislazione pensionistica sembra quasi di osservare la regolazione legale volta ad indirizzare una variabile economica, non invece la regolazione per l’attuazione di un diritto costituzionale di eguaglianza sostanziale.

Al legislatore degli anni ‘90, l’inefficienza nelle gestioni pensionistiche suggerì innanzitutto politiche emergenziali di contenimento della spesa. E così, in costanza di sistema a ripartizione in regime retributivo, il d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 503 ne modifica in senso restrittivo parametri di funzionamento e, per quel che qui interessa, eleva l’età di vecchiaia a 60/65 anni e il requisito contributivo minimo da 15 a 20 anni; ridetermina in aumento il periodo di riferimento per il calcolo della retribuzione pensionabile riducendo, così, l’importo delle rendite; dispone per la graduale eliminazione delle differenze tra i regimi in ordine alla pensione di anzianità²¹.

L’idea che la sostenibilità del *welfare* pensionistico dovesse essere affidata ad interventi strategici in modifica del disegno istituzionale

¹⁵ M. JESSUOLA, *Istituzioni, gruppi, interessi. La “nuova politica pensionistica” in Italia*, in *Riv. it. pol. pub.*, 2011, 211 ss.; A. DIOTALLEVI, G. FALCUCCI, *Il coraggio delle scelte popolari. I crediti di solidarietà*, in *Lav. prev. oggi*, 2011, 1123 ss.

¹⁶ U. ASCOLI, E. PAVOLINI, *Ombre rosse. Il sistema di welfare italiano dopo vent’anni di riforme*, in *Stato e Mercato*, 2012, 96 ss.

¹⁷ V. G. DE SANTIS, *Pensioni e invecchiamento*, in *Economia lav.*, 2005, 55 ss.

¹⁸ V.: O. CASTELLINO, *Il labirinto delle pensioni*, Il Mulino, 1976; E. FORNERO, *Crisi finanziaria e riforme previdenziali: quale ripensamento critico?*, in *Pol. ec.*, 2009, 57 ss.

¹⁹ V.: M. FERRERA, *Le trappole del welfare*, Il Mulino, 1998, 41 ss.

²⁰ P. PIERSON, *Lo stato sociale nell’era dell’austerità permanente*, in *Riv. it. scienze pol.*, 1999, 393 ss.

²¹ Dispone inoltre, con effetto differito al 1994, la perequazione automatica rapportata non più anche alla dinamica salariale bensì solo agli indici Istat, e con aliquote decrescenti per fasce di importo. Nello stesso anno, con la l. 421/1992, si apre, con delega, il capitolo della previdenza complementare, attuata con d.lgs. 21 aprile 1993 n. 124, ora sostituito dal d.lgs. 5 dicembre 2005 n. 252.

del sistema si concretizzò due anni dopo²², con la l. n. 335/1995 che, come noto, tra l'altro reintrodusse la vecchia formula contributiva, destinata ad andare a regime dopo un lungo periodo di transizione; intervenne ancora nella prospettiva dell'eliminazione alla pensione di anzianità²³, come pure sui requisiti di accesso alla pensione di vecchiaia. Peraltro, per posticipare le erogazioni previdenziali furono introdotte le finestre di decorrenza (l. n. 335/95, art. 1, co. 29; l. n. 247/2007, art. 5, co. 1).

L'ultima vicenda della storia previdenziale nazionale è quella a noi più vicina, segnata, ancora con una complessiva restrizione della tutela, dalla l. 22 dicembre 2001, n. 214 (c.d. Legge Fornero), che acquisisce al sistema i tratti anticipati dal d.l. 6 ottobre 2011 n. 201 in definizione di un itinerario di rivisitazione già iniziato nel 2009²⁴. Anche questa riforma è stata motivata da esigenze di stabilità finanziaria (art. 24, co.1) messa a rischio dall'invecchiamento della popolazione; dalla struttura del mercato del lavoro sbilanciato verso la flessibilità/precarietà, dalla crisi del 2008 e dagli impegni assunti con l'UE nell'ambito del MCC di gestione della crisi anche in tema di pensioni²⁵. La reazione dell'ordinamento ha assunto le forme del mutamento dei parametri di funzionamento del sistema: i requisiti di contribuzione e l'età di pensione, definitivamente agganciati alle variazioni dell'attesa di vita (già prevista dal d.l. 78/2009) e, in generale, inaspriti; la struttura delle prestazioni, che da tre (pensione di vecchiaia, pensione di anzianità, pensione di vecchiaia anticipata) diventano due (pensione di vecchiaia e pensione anticipata); infine, il metodo di calcolo delle pensioni, divenuto universalmente con-

²² Impossibile, per brevità, il dettaglio delle disposizioni di seguito richiamate, per il quale v. C. CESTER (a cura di), *Il sistema pensionistico riformato*, Giappichelli, 1995.

²³ Altre disposizioni si sono susseguite in questa direzione, come la l. n. 243/2024, la l. n. 247/2007.

²⁴ In quell'anno, con il d.l. 1luglio 2009, n. 78 (convertito con l. 3 agosto 2009, n. 102), prendono avvio l'adeguamento dell'età pensionabile alle variazioni della speranza di vita (art. 22-ter, co. 2) e l'innalzamento dell'età pensionabile delle lavoratrici del settore pubblico (art. 22-ter, co. 1).

²⁵ Si v., per i primi commenti: M. CINELLI, *La riforma delle pensioni del “governo tecnico”*. *Appunti sull'art. 24 sull'art. 24 della legge n. 214 del 2011*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, 395 ss.; P. SANDULLI, *Il sistema pensionistico tra una manovra e l'altra. Prime riflessioni sulla l. 214/2011*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2012, 7 ss.; R. CASILLO, *Benessere pensionistico e scarsità delle risorse dopo la legge 22 dicembre 2011, n. 214*, in *Dir. lav. merc.*, 2014, 391 ss. V. anche, in una prospettiva più generale, non limitata alle pensioni: F. CONTE, *Governare in «equilibrio». La disciplina di bilancio e i diritti sociali alla prova della governance europea*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2025, 459 ss.

tributivo per tutte le anzianità maturate a far data dall'1.1.2012, con abolizione dei residui regimi transitori.

Nei primi cinque anni successivi alla riforma la stretta sulle pensioni è proseguita, con regole che, per esempio, hanno bloccato il pieno adeguamento antinflazionistico delle pensioni e ridotto quelle di importo più elevato²⁶. Solo negli anni 2016-2019 si sono avuti interventi di segno diverso, in esito al confronto tra Governo e Parti sociali del 2016 volto principalmente a fronteggiare due dei più grandi temi che ha posto l'impatto del sistema riformato con la spiccata discontinuità lavorativa: la rigidità dell'età di pensionamento e il basso importo delle pensioni. Ne è seguita la l. n. 232/2016, alla quale si devono, tra l'altro, gli Anticipi pensionistici – Ape finanziario, ora mai abolito, Ape Rita e Ape agevolato, c.d. sociale²⁷. Non ha avuto seguito, invece, l'idea di istituire una pensione di garanzia per porre rimedio al basso importo delle pensioni, per il quale il legislatore ha scelto, a quel tempo, la misura introdotta con la l. 26/2009: la pensione di cittadinanza, affiancata ad una ulteriore canale di uscita anticipata, temporanea, ossia la pensione quota 100²⁸ - divenuta poi, pensione quota 103 (ma vedi *infra*)²⁹.

La tendenza timidamente espansiva, però, è durata assai poco. A partire dal 2023 il legislatore è nuovamente intervenuto con le misure sottrattive poste con l. n. 213/2023, in cui l'intento di allontanare ancora di più il momento delle uscite pensionistiche allontanando il momento di uscita dal lavoro non è attuato direttamente, con l'inasprimento dei requisiti pensionistici, bensì indirettamente, con varie

²⁶ Su queste disposizioni, peraltro, più volte la Corte costituzionale è intervenuta: sulla perequazione C. Cost., 15 aprile 2015, n. 70 e, da ultimo, di segno opposto, C. cost., 14 febbraio 2025, n. 19; sui contributi di solidarietà v. nota 56.

²⁷ Si ricorda che l'Ape sociale è un'indennità, a carico della fiscalità generale, pari all'intero importo della pensione futura attualizzata, ed è accessibile a lavoratori di almeno 63 anni e 5 mesi (oggi) che hanno almeno 30 anni di anzianità contributiva, e risente di una finestra di decorrenza pari a 3 mesi. Ne possono beneficiare coloro che svolgono lavori gravosi – secondo l'elenco di cui all'art. 53, c. 1, l. 96/2017, peraltro assai ridotto dalla l. 213/2023 – o sono in condizione di svantaggio occupazionale e/o sociale (disoccupati, invalidi, soggetti che assistono parenti disabili). Una volta raggiunti i requisiti di pensione, il lavoratore non percepisce più l'indennità ed entra nel circuito previdenziale pensionistico.

²⁸ Introdotto come “pensione quota 100” (l. 26/2019), poi divenuto “pensione anticipata quota 102” (l. 234/2021) e, infine, “pensione anticipata flessibile” c.d. quota 103 (l. 197/2022), l'istituto consente il pensionamento all'età di almeno 62 anni con un'anzianità contributiva di almeno 41 anni.

²⁹ Per un commento a questi istituti v.: R. CASILLO, *Coerenza ed equità*, op. cit.

misure sui pensionamenti anticipati. Esattamente, con: l'introduzione di tante finestre di decorrenza; l'aggancio alle variazioni dell'attesa di vita anche del requisito contributivo di pensione anticipata esclusiva per i lavoratori attratti totalmente al metodo contributivo³⁰; l'aumento, sempre per questi lavoratori (c.d. contributivi puri), dell'importo soglia per accedere alla pensione, oggi pari a 3 volte l'assegno sociale; l'introduzione, per essi, una specie di penalizzazione indiretta: l'importo della pensione anticipata non potrà essere superiore a 5 volte il trattamento minimo INPS fino a quando il pensionato non raggiungerà i requisiti per pensione di vecchiaia ordinaria³¹.

E non è tutto. La legge di stabilità per il 2026, l. n. 199/2025, non ha più rinnovato due canali prepensionamento importanti: il pensionamento anticipato flessibile l'Opzione donna³².

3. Profili di criticità giuridica e sociale. Il tempo del pensionamento e le diverse longevità

Già da qualche anno, all'esito delle riforme più recenti, le analisi dei tecnici, finanziari e attuariali, sostengono che, come è oggi costruito, il sistema pensionistico ha raggiunto una stabilità economico-finanziaria nel senso che ha in sé i meccanismi per mantenere in equilibrio le entrate e le uscite pensionistiche – al netto dei fisiolo-

³⁰ Sono i lavoratori il cui primo accredito contributivo è successivo al 31.12.1995; assunti cioè per la prima volta dopo tale data (l. 335/1995).

³¹ Si ricorda che, oggi, per i lavoratori di prima assunzione all'1.1.1996, i canali di pensionamento di vecchiaia ordinaria sono due: 67 anni e 20 anni di contribuzione effettiva, se la rendita di pensione è di importo almeno pari all'assegno sociale (per i lavoratori assunti prima di quella data, i requisiti anagrafici e contributivi sono gli stessi, ma manca il limite dell'importo soglia); 71 anni di età con almeno 5 anni di contribuzione effettiva. Per la pensione anticipata, i canali sono i seguenti: 41 anni e 10 mesi di contribuzioni per le lavoratrici e 42 anni e 10 mesi per i lavoratori (è lo stesso canale previsto per gli assunti *ante* 1.1.1996); 64 anni e 20 anni di contribuzione effettiva, con importo soglia pari a 3 volte l'assegno sociale.

³² La misura è molto nota, e può ancora essere attivata se i requisiti richiesti maturano entro il 2025. È stata prevista per la prima volta nel 2004 (l. 243/2004), riproposta dalla l. 214/2011 e annualmente rinnovata fino a tutto il 2025 (l. 207/2024). Essa consente l'accesso alla pensione con ricalcolo contributivo per le lavoratrici di almeno 61 anni con anzianità contributiva di almeno 35 anni, con finestre di decorrenza pari a 12/18 mesi per le lavoratrici dipendenti/autonome. La l. 213/2023 ha però sensibilmente inasprito le condizioni soggettive di accesso alla misura, limitata alle lavoratrici condizione di svantaggio

gici scostamenti³³.

Difficile però esprimere il medesimo giudizio se la prospettiva di osservazione è quella della sostenibilità sia giuridica sia sociale, ove emergono tanti profili di criticità. Qui, come si diceva all'inizio, si sceglie di osservarne due: uno collegato al requisito anagrafico di pensione; l'altro legato all'importo delle rendite per quanto dipende dai metodi di calcolo delle pensioni. E, all'esito dell'osservazione non sembrerà una forzatura dire che la conformità giuridica e la sostenibilità sociale delle pensioni oggi seguono traiettorie opposte, descrivendo, per il sistema, un difetto di astrazione dalla realtà.

Ciò emerge assai chiaramente rispetto al primo profilo, relativo l'età di pensione.

La l. n. 214/2011, come anticipato, ha disposto l'adeguamento di ogni requisito anagrafico e del requisito per il pensionamento con sola anzianità contributiva (la pensione anticipata)³⁴ alle variazioni in aumento dell'aspettativa di vita media a 65 anni, determinate su basi statistiche ogni due anni, e applicabili anche nei casi di vigenza della precedente normativa (art. 24, co. 12 e 13, l. 214/2011). Quando l'attesa di vita decresce, i requisiti pensionistici non si riducono, e la perdita nel guadagno di vita viene recuperata nel primo biennio in cui si registra l'aumento. Per effetto di detti adeguamenti, dal 2013 al 2026 l'età di pensione è aumentata da 66 a 67 anni³⁵. Il requisito di pensione anticipata, invece, è passato dagli originari 40 anni per le donne e 41 anni per gli uomini, a 41/42 anni e 10 mesi³⁶. Per il biennio 2027/2028, l'adeguamento darà luogo ad un incremento dei requisiti in misura pari a 3 mesi così ripartito (*ex l.* 199/2025): 1 mese

³³ V., tra i contributi più recenti: G. DE SANTIS, *Pensioni e demografia*, op. cit.; A. MARANO, M. RAITANO, *Potenzialità e criticità del sistema contributivo. Un quadro introduttivo*, in *Riv. pol. soc.*, 2025, 7 ss.

³⁴ E oggi, a partire dal 2024, anche il requisito contributivo della pensione anticipata esclusiva per i lavoratori contributivi puri (l. n. 213/2023).

³⁵ Il requisito ora indicato (67 anni) risulta dall'incremento dell'attesa di vita per gli anni 2020-2021. Ciò perché nel 2021, in sede di rilevazione della variazione applicabile per il biennio 2022-2023, non si sono registrati incrementi bensì decrementi di 1 mese (circ. INPS 28/2022). Pure si sono registrati decrementi, di 3 mesi, nel 2023, con conseguente assenza di adeguamento anche nel biennio 2024/2025 (d.m. 18.7.2023). La perdita di 4 mesi sarà recuperata nel biennio 2027/2028, quando, come tra poco si dirà nel testo, l'aumento dell'attesa di vita registrato nel 2024, ossia 7 mesi, adeguerà i requisiti di pensione solo per 3 mesi.

³⁶ Il valore è relativo all'adeguamento per il biennio 2018-2019, perché quello successivo, che avrebbe portato il requisito a 42/43 anni e 3 mesi (circ. INPS 62/2018; 19/2020), è stato sospeso fino a tutto il 2026 (l. 26/2019, art. 15, co. 2).

dall'1.1.2027 e 2 mesi dall'1.1.2028, fino a successivi adeguamenti. Certo, non si può dubitare che quest'aggancio tra età e speranza di vita sia giuridicamente sostenibile, cioè coerente con la finalità della tutela *ex art.* 38, co. 2, Cost. Se questa finalità è assicurare un reddito sostitutivo di quello di lavoro quando l'attitudine al lavoro viene meno in ragione dell'età, con essa è in linea la scelta di legare la determinazione convenzionale dell'età di vecchiaia con il dato statistico dell'allungamento della vita - più si allunga la durata della vita, più si allontana il momento in cui si perde l'attitudine al lavoro per età.

La regola, però, così com'è, ha ricadute assai problematiche dal punto di vista sociale, perché costruisce l'innalzamento progressivo dell'età di accesso alla pensione (di ritiro dal lavoro per vecchiaia) in base ad un indicatore demografico che, basato su tavole di mortalità riferite all'intera popolazione, è neutro rispetto alla relazione tra salute ed età avanzata e alle differenze di longevità tra le persone³⁷. È cioè insensibile al dato di realtà testimoniato dalle scienze mediche e sociologiche che ancora oggi distinguono la vecchiaia patologica dalla vecchiaia se non “di successo” almeno in buona salute, c.d. longevità³⁸; dimostrano che non v'è correlazione diretta tra aumento della speranza di vita e longevità, che anzi segnano traguardi significativamente diversi³⁹; osservano, infine, come determinanti la longevità fattori di contesto – i c.d. predittori positivi di longevità⁴⁰ - tra i quali il progresso medico non ha un ruolo decisivo neanche

³⁷ G. DE SANTIS, *Speranza di vita*, op. cit., 77 ss.; C. ARDITO, G. COSTA, A. D'ERRICO, R., LEOMBRUNI, *Innalzamento dell'età pensionabile, salute e disuguaglianze in Italia*, in *Riv. pol. soc.*, 2025, 159 ss.

³⁸ Tra i più recenti: F. CARETTA, *Longevità, fragilità, ambiente: tra limiti e risorse*, in P. Grassi, R. Zammit (a cura di), *Bioetica e il paradosso delle apparenze: fragilità, dipendenza, disabilità nelle varie fasi della vita*, ed. Armando, 2023, pp. 451 ss.; L. GAVIANO, *Modelli concettuali nello studio dell'invecchiamento: dall'invecchiamento attivo all'invecchiamento sano*, in R. PILI, G.P. CARROGU, L. GAVIANO, D.R. PETRETTO, *Giovani e longevi insieme per promuovere la salute*, UNICAPress, 2023, pp. 39 ss.

³⁹ L'Istat, nel Rapporto Annuale 2025, rileva che al 2024 la speranza di vita alla nascita ha raggiunto il picco di 83,4 anni, con un guadagno di quasi 5 mesi rispetto al 2023: per gli uomini è stimata a 81,4 anni, per le donne a 85,5 (p. 68). Per la speranza di vita in buona salute, invece, i numeri sono diversi: 59,8 anni per gli uomini; 56,6 anni per le donne (p. 100): v. *infra* nel testo.

⁴⁰ V. EGIDI, *Invecchiamento, longevità, salute: nuovi bisogni, nuove opportunità*, in M. LIVI BACCI (a cura di), *Salute, sopravvivenza e sostenibilità dei sistemi sanitari*, Fondazione Cesfin e Istituto Stensen, 2013, pp. 13 ss.; N. BRENDORF, *La salute e i segreti della longevità*, Sonzogno, 2021.

nell'attualità⁴¹.

Effetto ne è che il dato sull'attesa di vita a 65 anni registrato dall'ISTAT nel 2024, pari a 22,6 anni per le donne e a 19,7 anni per gli uomini con un guadagno di circa 7 mesi rispetto all'ultimo adeguamento, indica, a quell'età, la durata della vita residua, non della vita residua in buona salute. Sicché, irrilevanti in questo indicatore, le condizioni di salute negli anni di vita attesa rimarranno irrilevanti anche quando, secondo le attuali regole, tra il 2027-2028 l'adeguamento, come anticipato prima, sposterà in avanti il momento del pensionamento di 3 mesi totali. Il che, considerando ancora l'ultima fotografia dell'ISTAT sulla demografia del Paese, che stima l'aspettativa di vita in buona salute alla nascita pari a 59,8 anni per gli uomini e 56,6 anni per le donne, poco spazio lascia al dubbio che l'attuale sistema dei requisiti di pensione rischia realisticamente di imporre l'attività di lavoro in un tempo della vita che non presenta più condizioni psico-fisiche per essere pienamente attiva. Del che non sfugge l'effetto di irrazionalità rispetto alla funzione della tutela *ex art. 38, co. 2 Cost.*, che vuole garantita al lavoratore l'accesso alla solidarietà previdenziale al tempo, pur convenzionalmente determinato, in cui fisiologicamente viene meno l'attitudine al lavoro in ragione dell'età.

Ed è anche difficile ipotizzare che la reazione dell'ordinamento a tutto ciò possa essere l'attribuzione di rilevanza giuridica alle diverse ipotesi di diseguaglianza sociale nella longevità: ancorché empiricamente verificate, esse, infatti, sono ancora prive di quell'evidenza statistica che conferisce loro il carattere di generalità necessario all'inserimento nella costruzione della fattispecie *ex art.38, co. 2, Cost.*⁴².

Piuttosto, realisticamente praticabile appare irrobustire la flessibilità pensionistica (i canali di prepensionamento) dedicata alla soluzione di un bisogno di salute: che non risponderebbe a un'istanza individuale di libertà – di autodeterminazione circa il tempo di uscita dal lavoro nei limiti consentiti – ma al godimento di un diritto primario (la salute).

Ad oggi, si vuol dire, la previsione di più canali di ritiro anticipato e anche di istituti che agevolano l'uscita dal lavoro prima della matu-

⁴¹ L'INPS analizza il tema nella prospettiva della «mortalità evitabile»: Istat, Rapporto 2025, cit., pp. 101 s., segnalando anche l'influenza del dato geografico (p. 100).

⁴² Già nelle riflessioni sulla l. n. 214/2011: R. CASILLO, *La pensione di vecchiaia*, op. cit., 129-136. Critico è anche G. DE SANTIS, *Speranza di vita*, op. cit., 76 ss.

razione dei requisiti di pensione selezionando i destinatari in base di condizioni di salute sembra il solo modo per intercettare le istanze individuali connesse alla diversa longevità⁴³. Certo, non si può tacere che detta soluzione sconta il condizionamento finanziario amplificato dal sistema a ripartizione, dal momento che le uscite anticipate privano il sistema pensionistico di risorse contributive e, contestualmente, anticipano i flussi di uscita nelle forme di rendita, con effetti sulla sostenibilità finanziaria attuale e futura del sistema. Tuttavia, ragionando in una prospettiva rigorosamente giuridica, neanche si può tacere che la prevalenza dell'istanza personalistica (la salute) su quella economica (il vincolo dei costi) fa, della flessibilità pensionistica orientata dal bisogno di salute, un dovere di solidarietà pubblica *ex art. 2, 3 e 38 Cost.*, e non, invece, una scelta discrezionale del legislatore in sede di allocazione di risorse scarse *ex art. 81 Cost.*

3.1. Il basso importo delle pensioni

È legato all'importo basso delle pensioni il secondo profilo di criticità sociale del sistema pensionistico che, come si diceva all'inizio, qui si intende sottolineare, limitatamente a quanto di esso dipende dal metodo di calcolo delle pensioni, universalmente contributivo a partire dal 2012.

Come ben si sa, il metodo contributivo dimensiona la pensione in base ai contributi versati e/o accreditati (art. 1, co. 6-11, l. 335/1995)⁴⁴, a differenza di quello retributivo per il quale la pen-

⁴³ Oggi accade, per esempio, per i lavoratori: con invalidità superiore all'80%, che accedono alla pensione a 60/55 anni con 20 di contribuzione (d.lgs. n. 503/1992); con invalidità pari al 74%, ai quali si apre l'anticipo dei lavoratori precoci (41 anni di contribuzione). Per le misure di accompagnamento alla pensione, si segnala l'Ape sociale, cui sono ammessi i lavoratori con capacità lavorativa ridotta del 74%, che vi accedono a 63 anni con 30 anni di contribuzione.

⁴⁴ In sintesi, e semplificando al massimo. La base è costituita dal montante contributivo individuale, costituito dai contributi accreditabili per ogni anno e rivalutati in base alle variazioni medie del Pil dei 5 anni precedenti; l'importo della pensione deriva dall'applicazione, sul montante individuale, del coefficiente di trasformazione. Questo è un valore percentuale determinato, per ogni età di pensionamento a partire da 57 anni e fino a 71 anni, tenendo conto di diversi elementi (variazioni della speranza di vita a ciascuna età; eventuale reversibilità; variazioni del pil destinate a remunerare le rendite da erogare). Per questa ragione, esso è diverso per ogni età di pensionamento, e aumenta al crescere della medesima. Sicché, maggiore è l'età di pensionamento, maggiore è il coefficiente di trasformazione e più elevata sarà la pensione – la quale, in relazione alla minore speranza di vita residua connessa alla maggiore età, sarà presumibilmente

sione, pur se collegata all'anzianità contributiva, è determinata con un meccanismo che la pone in percentuale della retribuzione percepita tendenzialmente negli ultimi anni della vita lavorativa (d.P.R. 488/1968, art. 5; l. 160/1975, art. 27; l. 180/1996, art. 3)⁴⁵.

Osservati nella prospettiva giuridica, entrambi i metodi paiono perfettamente in linea con la finalità della tutela *ex* art. 38, co. 2, Cost., perché idonei entrambi a garantire, per la pensione, il tratto di adeguatezza. Se questa si intende verificata col carattere “meritocratico” della prestazione, che deve riflettere la qualità e la quantità del lavoro svolto nella vita attiva testimoniati, il primo, dalla retribuzione e, il secondo, dall'anzianità contributiva, i due metodi sono allineati: ferma la rilevanza dell'anzianità contributiva, quello retributivo determina la pensione in base alla retribuzione e quello contributivo la determina in base alla contribuzione che proprio sulla retribuzione è calcolata⁴⁶.

Sicché la scelta legislativa, del 2011, di universalizzare la regola contributiva per tutte le anzianità maturare successivamente all'1.1.2012 - così segnando l'esaurimento delle pensioni retributive da erogare entro il 2035 (circa) - non presenta profili di incoerenza rispetto all'impianto sistematico della tutela di vecchiaia.

Il problema è che il sistema oggi genera, e può continuare generare, pensioni di importo decisamente basso: che possono essere infe-

corrisposta per un tempo breve. Viceversa, minore è l'età di pensionamento, minore è il coefficiente di trasformazione e, di conseguenza, minore sarà importo della pensione - la quale, sempre per il collegamento con l'indicatore demografico, sarà presumibilmente corrisposta per tempi più lunghi, per la maggiore durata della vita residua al tempo della pensione.

⁴⁵ Anche qui è utile richiamarne il funzionamento in sintesi. Gli elementi alla base del calcolo della pensione qui sono tre. Il primo è l'anzianità contributiva, per un massimo di 40 anni. Il secondo è la retribuzione pensionabile, data dalla media delle retribuzioni/redditi percepiti in un tempo più o meno lungo, discrezionalmente definito dal legislatore ma che cade sempre negli ultimi anni di vita lavorativa. Il terzo è la c.d. aliquota di rendimento. Tecnicamente, la pensione risulta dall'applicazione dell'aliquota di rendimento sulla retribuzione pensionabile tante volte quanti sono gli anni di anzianità contributiva, fino al massimo di 40. L'aliquota è pari al 2% per le retribuzioni pensionabili fino ad un certo importo, annualmente definito (per il 2026 è pari a 56.224, 40); sulle quote di retribuzione pensionabile eccedenti tale importo si applicano aliquote decrescenti (l. 67/1988, art. 21, c. 6) - è il c.d. computo a scaglioni.

⁴⁶ Si rinvia ancora, per l'argomentazione delle tesi qui esposta, a R. CASILLO, *La pensione*, op. cit., 182 ss. Ma v. anche, S. LA PORTA, *Adeguatezza e adeguamento delle pensioni: principi costituzionali e dati empirici*, in *Dir. cost.*, 2024, 53 ss.; G. CANAVESI, *I mezzi adeguati alle esigenze di vita tra idealità e utopia*, in *Var. temi dir. lav.*, 2021, 1 ss.; G. LUDOVICO, *Il principio di adeguatezza delle prestazioni previdenziali nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, ivi, 815 ss.

riori al trattamento minimo INPS senza il diritto all'integrazione al minimo – il quale, per la vecchiaia, ancora oggi vale solo per i pensionati retributivi (art. 16, co. 1, l. 335/95)⁴⁷ - se non addirittura inferiori alla pensione assistenziale (l'assegno sociale) – si ricorda che per il pensionamento residuale a 71 anni e 5 anni di anzianità contributiva non vi è più il limite dell'importo soglia (art. 24, co. 7, l. 214/2011)⁴⁸.

Sembra assai facile, di prima, convenire con chi vede, in ciò, la ricaduta del sistema contributivo, che, a differenza di quello retributivo, strutturalmente dà luogo a pensioni non calibrate con la retribuzione. Del resto, il confronto dei numeri delle rendite contributive di oggi (maturate a partire dal 1996) con quelle retributive maturate nel passato (fino al 1996) e percepite oggi, non lascia spazio a dubbi⁴⁹. In realtà, il confronto tra i due metodi svincolato dal contesto in cui le pensioni sono maturate appare fuorviante. Perché se è vero che, come affermano da tempo gli analisti finanziari, a parità di carriere lavorative l'importo delle pensioni non risente significativamente del metodo di calcolo⁵⁰, allora si deve concludere che le pensioni retributive sono più elevate di quelle contributive non perché sono dimensionate sulla retribuzione e non sulla contribuzione. Sono più alte perché negli anni in cui sono maturate - ossia nei c.d. trent'anni gloriosi (dal 1960 al 1980) e comunque fino al 1995 – le carriere lavorative non erano discontinue come lo sono oggi⁵¹. Come dire che è la realtà socioeconomica e giuridica del lavoro, caratterizzata da spiccata flessibilità che si trasforma in precarietà, il fenomeno che attribuisce al sistema pensionistico attuale un forte portato di esclu-

⁴⁷ Nonostante C. cost., 3 luglio 2025, n. 94 che colpisce con l'incostituzionalità non l'intero art. 16, co. 1, l. 335/1995, bensì solo la sua applicazione alle pensioni di invalidità. Come dire che ai contributivi puri la pensione minima è garantita solo se è pensione di invalidità. Su questa sentenza v.: M. DELLA SEGA, *Assegno di invalidità e integrazione al minimo: verso la fine di un modello?*, in *Labor*, 2025, 635 ss.

⁴⁸ È d'obbligo, a questo punto, il richiamo al monito di C. cost., 23 gennaio, 1986, n. 31.

⁴⁹ Ci si riferisce ai dati INPS sulle pensioni in erogazione nel 2024 distinti per regime di calcolo: le pensioni retributive in erogazione sono 5.290.185, con importo medio mensile euro 1.312,73; le pensioni misto Fornero, cioè post 2012, sono 808.170, con importo medio mensile 2.364,84; le pensioni contributive pure in erogazione sono 254.210, con importo medio di 803,61 euro.

⁵⁰ R. ARTONI, *Note sintetiche su stato e prospettive del sistema pensionistico italiano*, in *Pol. soc.*, 2015, 382 ss. e, di recente, anche rispetto alle osservazioni di seguito svolte, v.: A. MARANO, M. RAITANO, *Potenzialità e criticità del sistema contributivo*, op. cit.

⁵¹ Di recente: M. RAITANO, *Mercato del lavoro debole e diseguale e storie lavorative fragili: quali conseguenze per il sistema pensionistico italiano?*, in *Riv. pol. soc.*, 2025, 139 ss.

sione, per gli effetti che la precarietà ha in termini di discontinuità retributiva e contributiva, con effetto sull'importo delle pensioni qualsiasi sia il meccanismo con cui esse sono calcolate.

E non è azzardato sostenere che, in presenza di discontinuità lavorativa, anche le pensioni retributive sono basse; del resto, l'integrazione al minimo di pensione è stata introdotta, con l. 638/1983, in un tempo vigeva esclusivamente il metodo retributivo.

La discontinuità lavorativa, com'è a tutti noto, è la realtà attuale e, con tutta probabilità, futura. Anche a non voler considerare gli effetti, sull'occupazione, dell'automatizzazione del lavoro e dei rapporti di lavoro – effetti discussi⁵² – è sufficiente pensare, nell'ambito del lavoro subordinato, agli elevati numeri delle assunzioni mediante contratti non *standard* e all'allentamento dei limiti al licenziamento. E, nell'ambito del lavoro autonomo, alle collaborazioni coordinate ma anche etero-organizzate (*i riders* innanzitutto); alle fasce deboli del lavoro autonomo professionale, spesso afferenti alla gestione separata *ex art. 2, co. 26, l. 335/1995* perché, per mancanza dei requisiti reddituali, sono esclusi dalla più favorevole previdenza di categoria.

Nella prospettiva dei rimedi, nell'ottica di restituire al sistema quel tratto di universalità (selettiva) richiesta dall'art. 38, co. 2, Cost., il ragionamento non ci porta necessariamente lontano dalla revisione dell'esistente. A cominciare dal rafforzamento dai meccanismi che incidono sulla continuità contributiva: gli istituti di riunificazione dei contributi tra diverse gestioni, ad esempio, che ancora oggi non sono universalmente accessibili (almeno per il profilo delle gestioni di destinazione) e hanno costi anche elevati (è il caso della ricongiunzione); come pure gli istituti di copertura contributiva dei periodi di non lavoro (è il caso del riscatto)⁵³.

Ma si potrebbe anche agire in una prospettiva di innovazione, con interventi di solidarietà volti a beneficiare i soli lavoratori contributivi puri, che sono i più esposti alla precarietà. Potrebbero essere interventi sul montante contributivo, con attribuzione di un valore maggiorato alla contribuzione di tali lavoratori; sul coefficiente di trasformazione, per essi più favorevole; potrebbe essere, anche, la

⁵² T. TREU, *Intelligenza Artificiale (IA): integrazione o sostituzione del lavoro umano*, in WP CSDL E - IT 487/ 2024.

⁵³ V., nella manualistica: M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, 2025, 219 ss.

reintroduzione dell'integrazione al minimo di pensione⁵⁴; e potrebbe essere, infine, la c.d. pensione di garanzia, già in passato proposta in dottrina e contemplata anche nel confronto tra governo e parti sociali del 2016⁵⁵. Si tratta di misure di equità redistributiva, che ricadono sulla solidarietà previdenziale oppure sulla solidarietà generale iniettando nel sistema tratti di equità sociale per garantire a tutti parità di opportunità di pensione.

Il problema è che dette misure, che sono peraltro le più efficaci, richiedono una significativa esposizione solidale, generale o solo previdenziale, la quale, in contesti economici sfavorevoli o comunque negativi, la collettività è poco disposta ad accettare. E non è un caso che la discussione su di esse, benché risalente, non abbia ancora avuto concretizzazione; e che le più consistenti richieste di solidarietà, nella forma dei contributi di solidarietà sulle pensioni “d'oro”, hanno sempre sollecitato dubbi di costituzionalità⁵⁶.

Anche in considerazione di ciò, si può dire, può essere davvero di primo piano il ruolo della previdenza complementare, la cui anima corrispettiva – che pur non esclude elementi di solidarietà tra gli aderenti per il profilo della gestione delle risorse – è tale da renderle socialmente accettabili più di ogni altra misura per la garanzia di pensioni adeguate. E in effetti nei tempi recentissimi il legislatore si è nuovamente attivato per incentivarne l'adesione, con la rivisitazione, o rinnovamento, del risalente meccanismo del silenzio assenso trasformandolo in uno strumento strutturale di adesione alla previdenza complementare (l. n. 199, art. 1, co. 195-205)⁵⁷. Eppure, non si può far velo sul portato potenzialmente non inclusivo delle pensioni complementari, che sono sicuramente meno accessibili a chi,

⁵⁴ V. nota 47

⁵⁵ Si tratta, in sintesi, di costruire un trattamento di pensione composto da due parti: una prima, uguale per tutti, a carico della fiscalità generale; una seconda di natura contributiva, che riflette l'attività di lavoro individuale. Tra i primi: T. TREU, *Riforme o destrutturazione del welfare*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2002, 543 ss.; ID., *Rilevanza e limiti della riforma pensionistica del 2005: oltre il welfare assicurativo*, in *Pol. soc.*, 2015, 429 ss.

⁵⁶ Ci si riferisce, in particolare a: C. cost n. 116/2013, che dichiara illegittima la previsione dell'art. 18, comma 22-bis, d.l. n. 98/2011; C. cost., 13 luglio 2016, n. 173, che ha assolto art. 1, co. 486, l. n. 147/2013; C. cost., 1 dicembre 2017, n. 250, che interviene ancora sui contributi di solidarietà disposti nel 2023; C. cost., 9 novembre 2020, n. 234 e C. cost., 19 giugno 2023, n. 130, che intervengono, giudicandoli legittimi, sul contributo di solidarietà ex art. 1 cc. 261-268, d.l. n. 4/2019.

⁵⁷ Da ultimo: M. MIRACOLINI, *La previdenza complementare nell'era delle transizioni*, in *Ambienteditto.it*, 2025.

lavoratore non subordinato, non può contare sul trattamento di fine rapporto che, allo stato, ne è la principale fonte di finanziamento.

Rosa Casillo

La responsabilità precontrattuale oltre il modello tradizionale: trasformazioni e nuove frontiere risarcitorie^{1*}

CECILIA DE LUCA

(Dottoranda in Diritto delle persone, delle imprese e dei mercati -
Università degli Studi di Napoli Federico II)

Abstract La responsabilità precontrattuale ha conosciuto nel corso del tempo una significativa evoluzione applicativa. Muovendo dall'analisi dell'obbligo di buona fede sancito dall'art. 1337 c.c. e dell'obbligo informativo previsto dall'art. 1338 c.c., il contributo ricostruisce il progressivo ampliamento dell'operatività della *culpa in contrahendo*, esteso dalle tradizionali ipotesi di interruzione ingiustificata delle trattative e di conclusione di un contratto invalido alle più recenti figure del contratto valido, ma pregiudizievole, e della lesione dell'affidamento al di fuori di una trattativa in senso stretto. Particolare attenzione è dedicata alla natura della responsabilità precontrattuale, attraverso l'esame delle principali ricostruzioni dottrinali e giurisprudenziali, nonché al danno risarcibile. L'indagine evidenzia come il progressivo riconoscimento della funzione protettiva della buona fede abbia posto in discussione la consolidata limitazione del risarcimento al solo interesse negativo, favorendo l'emersione di criteri risarcitori maggiormente aderenti alle concrete conseguenze della violazione dei doveri precontrattuali.

L'evoluzione dell'istituto conferma la crescente centralità della tutela dell'affidamento e dell'autodeterminazione negoziale, anche alla luce delle trasformazioni tecnologiche che incidono sulla formazione del consenso.

Pre-contractual liability has undergone a significant evolution in its application over time. Starting with an analysis of the duty of good faith enshrined in Article 1337 of the Italian Civil Code and the duty to provide information set out in Article 1338 of the Italian Civil Code, this paper traces the gradual broadening of the scope of pre-contractual liability, moving from the traditional hypotheses of unjustified interruption of negotiations and conclusion of an invalid contract to the more recent figures of the valid but prejudicial contract and the damage to the reliance outside a strict sense of negotiation. Particular attention is dedicated to the nature of pre-contractual liability, through the examination of the main doctrinal and jurisprudential reconstructions, as well as to the recoverable damage. The investigation shows how the progressive recognition of the protective function of good faith has put in question the consolidated limitation of compensation to the sole negative interest, favouring the emergence of compensation criteria more closely aligned with the concrete consequences of the breach of pre-contractual duties.

^{1*} Il presente contributo riproduce, sviluppandolo e con l'aggiunta delle note, l'intervento svolto il 24 marzo 2026 nell'ambito del seminario dottorale su “La responsabilità precontrattuale”, organizzato, all'interno del ciclo di lezioni su *Nuove tendenze evolutive della responsabilità civile*, dal Dottorato di ricerca in Diritto delle persone, delle imprese e dei mercati dell'Università degli Studi di Napoli Federico II.

dening of the scope of culpa in contrahendo, extending from the traditional cases of unjustified termination of negotiations and the conclusion of an invalid contract to the more recent concepts of a valid but disadvantageous contract and the frustration of legitimate reliance outside the context of bargaining.

Particular attention is paid to the nature of pre-contractual liability, through an examination of the main doctrinal and case-law interpretations, as well as to compensable damage. The study highlights how the gradual recognition of the protective function of good faith has questioned the established limitation of compensation to negative interest alone, favouring the emergence of compensation criteria more closely aligned with the concrete consequences of the breach of pre-contractual duties.

The evolution of this legal concept confirms the growing centrality of the protection of reliance and self-determination in negotiations, not least in light of the technological changes affecting the formation of consent.

Sommario: 1. Premessa 2. La buona fede nelle trattative: fondamento e funzione 3. La natura della responsabilità precontrattuale 4. Le principali ipotesi applicative 5. Il risarcimento del danno

1. Premessa

Tradizionalmente confinata entro i limiti della tutela dell'affidamento leso nel corso delle trattative, la responsabilità per *culpa in contrahendo* ha progressivamente assunto una funzione più incisiva nella regolazione dei rapporti negoziali, sino a investire profili concernenti l'equilibrio contrattuale, gli obblighi informativi e la conformazione del comportamento delle parti ai canoni di correttezza e buona fede². Tale approdo costituisce il risultato di un articolato percorso evolutivo.

Le prime riflessioni sui doveri di correttezza nella fase antecedente alla conclusione del contratto si possono rinvenire già nell'esperienza romana, che evidenziava l'esigenza di impedire la formazione di una volontà negoziale viziata da errore, dolo o violenza³.

² In argomento, v. E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, *Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*, Milano, 1953, 101 ss.; L. MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Riv. dir. comm. e obbligazioni*, 1954, I, 185 ss.; F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, 5 ss.; G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972, 118 ss.; V. CUFFARO, voce *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1265 ss.; A. LUMINOSO, *La lesione dell'interesse contrattuale negativo (e dell'interesse positivo) nella responsabilità civile*, in *Contr. e impr.*, 1988, 794 ss.; M. ORLANDI, voce *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. dir.*, Tematici, I, Milano, 1990, 996 ss.; G. PATTI, *La buona fede nella formazione del contratto*, in G. Patti e S. Patti, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard* (Artt. 1337-1342 c.c.), in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, 2^a ed., Milano, 1993, 3 ss.; M. MANTOVANI, «*Vizi incompleti*» del contratto e rimedio risarcitorio, Padova, 1995, 152 ss.; P. GALLO, *La responsabilità precontrattuale: il quantum*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 487 ss.; G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013, 10 ss.; A. ZACCARIA, *La natura della responsabilità per culpa in contrahendo secondo il punto di vista del gambero*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 353 ss.; G. D'AMICO, *Responsabilità precontrattuale anche in caso di contratto valido?*, in *Giust. civ.*, 2017, 1348 ss.; D. DI SABATO, *La nuova disciplina della responsabilità precontrattuale francese*, in *Contr. e impr.*, 2018, 81 ss.; M. FOTI, *Responsabilità precontrattuale e compliance normativa*, Napoli, 2023, 78 ss.; F. ROSSI, voce *Contratti del minore*, in *Digesto online*, Torino, 2025.

³ Già Cicerone affrontava la questione dell'esistenza di uno specifico dovere di informazione nella fase che precede la stipulazione del contratto, con riferimento al celebre caso del mercante di grano giunto a Rodi, duramente colpita dalla carestia. Essendo approdato nell'isola prima degli altri rivenditori, il quesito era se gravasse su costui l'obbligo di rivelare ai potenziali acquirenti l'imminente arrivo di altri

La teoria della *culpa in contrahendo* è stata oggetto di accurata sistemazione scientifica nell'opera di Jhering, il quale individuò nella violazione dei doveri gravanti nella fase prenegoziale un'autonoma fonte di responsabilità⁴. Nell'ordinamento italiano, tuttavia, soltanto il codice civile del 1942 attribuì espresso riconoscimento normativo a tali esigenze di tutela, sancendo agli artt. 1337 e 1338 c.c. il dovere delle parti di comportarsi secondo buona fede nel corso delle trattative e della formazione del contratto e l'obbligo di informazione sulle cause di invalidità dello stesso.

La clausola generale di buona fede ha progressivamente cessato di operare quale mero criterio integrativo del comportamento delle parti, assumendo una valenza conformativa dell'autonomia privata e imponendo obblighi di protezione, informazione e lealtà suscettibili di operare anche al di fuori della stretta dinamica delle trattative. Il canone, del resto, accompagna l'intera vicenda contrattuale, imponendo alle parti un contegno leale e corretto dalla fase formativa, ai sensi dell'art. 1337 c.c., sino a quella esecutiva, in forza dell'art. 1375 c.c.

Con riferimento alla fase precontrattuale, l'evoluzione giurisprudenziale ha esteso l'ambito operativo della responsabilità ben oltre le ipotesi paradigmatiche dell'interruzione ingiustificata delle negoziazioni⁵ e della conclusione di contratti invalidi⁶, ricomprendendo

carichi di frumento ovvero se gli fosse lecito tacere questa circostanza, al fine di ricavarne un prezzo più elevato. In argomento, v. G. GROSSO, voce *Buona fede* (*dir. rom.*), in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, 661 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, in *Digesto civ.*, II, Torino, 1988, 154 ss.; G. PATTI, *La buona fede nella formazione del contratto*, cit., 3; P. GALLO, *Buona fede oggettiva e trasformazioni del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2002, 243.

⁴ R. VON JHERING, *Della culpa in contrahendo ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*, trad. it. a cura di F. Procchi, Napoli, 2005, 47 ss.

⁵ Cfr. Cass., Sez. II, 14 ottobre 1978, n. 4626, in *Mass. Giur. it.*, 1978, 1099; Cass., Sez. I, 18 ottobre 1980, n. 5610, in *Arch. civ.*, 1981, 133; Cass., Sez. III, 22 ottobre 1982, n. 5492, in *Giur. it.*, 1982, 1199; Cass., Sez. III, 30 marzo 1990, n. 2623, in *www.onelegale.it*; Cass., Sez. I, 13 marzo 1996, n. 2057, in *Giust. civ. mass.*, 1996, 348; Cass., Sez. III, 4 marzo 2002, n. 3103, in *www.onelegale.it*; Cass., Sez. III, 18 luglio 2003, n. 11243, *ivi*; Cass., Sez. I, 1 marzo 2007, n. 4856, *ivi*; Cass., Sez. III, ord., 4 dicembre 2024, n. 31013, *ivi*; Cass., Sez. III, 31 dicembre 2025, n. 34927, *ivi*.

⁶ Tra le altre, v. Cass., Sez. III, 8 luglio 2010, n. 16149, in *Famiglia e dir.*, 2011, 137 ss., con nota di G. OBERTO, *Le responsabilità conseguenti all'atto dispositivo compiuto da un solo coniuge su beni immobili o beni mobili registrati in regime di comunione legale*; Cass., Sez. II, 12 maggio 2015, n. 14924, in *www.dejure.it*; Cass., Sez. I, 23 marzo 2016, n. 5762, in *Contr.*, 2016, 986 ss., con nota di S.

la stipulazione di contratti validi, ma pregiudizievoli⁷. Il dibattito investe, inoltre, la possibilità di estendere tali forme di tutela anche ai contesti segnati dall'impiego delle nuove tecnologie e dal progressivo accentuarsi delle asimmetrie informative tra le parti⁸.

Accanto alla tradizionale ricostruzione della responsabilità precontrattuale in termini aquiliani⁹ hanno progressivamente guadagnato terreno le impostazioni riconducibili alla teoria del contatto sociale qualificato¹⁰ e, secondo talune elaborazioni, a un autonomo *tertium*

ALBERTI, *La conclusione di un valido contratto non esclude la responsabilità precontrattuale*; Cass., Sez. lavoro, 26 giugno 2020, in *www.dejure.it*; Cass., Sez. II, 14 febbraio 2022, n. 4715, in *Foro it.*, 2022, I, c. 1739; in *Giur. it.*, 2023, 818 ss., con nota di V. CINTIO, *Responsabilità precontrattuale da contratto valido*; Cass., Sez. II, 12 maggio 2022, n. 15147, in *CED Cassazione*, 2022.

⁷ V., *ex multis*, Cass., Sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, in *Giur. it.*, 2008, 347 ss., con nota di G. COTTINO, *La responsabilità degli intermediari finanziari e il verdetto delle Sezioni unite: chiose, considerazioni, e un elogio dei giudici*; in *Resp. civ. prev.*, 2008, 556 ss., con nota di F. GRECO, *Intermediazione finanziaria: violazione di regole comportamentali e tutela secondo le Sezioni Unite*; in *Contr. e impr.*, 2008, 936 ss., con nota di F. PROSPERI, *Violazione degli obblighi di informazione nei servizi di investimento e rimedi contrattuali (a proposito di Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725)*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 432, con nota di U. SALANITRO, *Violazione della disciplina dell'intermediazione finanziaria e conseguenze civilistiche: ratio decidendi e obiter dicta delle sezioni unite*; in *Contr.*, 2008, 653 ss., con nota di V. SANGIOVANNI, *Mancato aggiornamento del contratto quadro e «nullità sopravvenuta»*; in *Dir. fall.*, 2008, 2001 ss., con nota di F. SARTORI, *La (ri)vincita dei rimedi risarcitori nell'intermediazione finanziaria: note critiche*; in *Resp. civ.*, 2008, 525 ss., con nota di F. TOSCHI VESPA- SIANI, *La violazione di obblighi informativi da parte dell'intermediario finanziario: il rimedio risarcitorio*.

⁸ In argomento, v., da ultimo, L. TAFARO, *Sistemi di IA e obblighi informativi tra “protezione” e “autoresponsabilità”*, in *Contr. e impr.*, 2026, 110 ss. In precedenza v., per tutti, N. LUCIFERO, *La responsabilità per le informazioni al consumatore di alimenti tra regole di validità, regole di comportamento e doveri informativi*, in *Contr. e impr.*, 2017, 467 ss.

⁹ Tra i sostenitori di questo orientamento, v. F. CARRESI, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, a cura di A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1987, 734 ss.; S. MAIORCA, *Il contratto. Profili della disciplina generale. Lezioni di diritto privato*, 2ª ed., Torino, 1996, 200; G. PATTI, *La buona fede nella formazione del contratto*, cit., 41 ss.; A. ZACCARIA, *La natura della responsabilità per culpa in contrahendo secondo il punto di vista del gambero*, cit., 344 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, 3ª ed., Milano, 2019, 140.

¹⁰ Ritengono che la responsabilità precontrattuale abbia natura contrattuale, *ex multis*, E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., 84 ss.; S. ROMANO, voce *Buona fede*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, 677 ss.; F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 4 ss.; C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur.*

genus di responsabilità¹¹. Il dibattito, lungi dall'esaurirsi in una questione meramente classificatoria, produce rilevanti conseguenze applicative, incidendo sul regime della prova, sulla prescrizione e, soprattutto, sull'estensione del danno risarcibile¹².

Se è vero che l'orientamento tradizionale limitava il ristoro al solo interesse negativo¹³, è parimenti vero che parte della dottrina mostra crescenti aperture verso la riparazione dell'interesse positivo e forme di tutela idonee a incidere sul contenuto del regolamento negoziale¹⁴.

Treccani, XXI, Roma, 1990, 1 ss.; V. BELLOMIA, *La responsabilità precontrattuale tra contrattazione civile, del consumatore e di impresa*, Milano, 2012, 46 ss.; M. FRANZONI, *La responsabilità precontrattuale è, dunque, ... «contrattuale»?», in Contr. e impr.*, 2013, 283 ss.; P. GALLO, voce *Contatto sociale*, in *Digesto civ.*, IX, Torino, 2014, 90 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Verso il definitivo accreditamento della tesi della natura «contrattuale» della responsabilità precontrattuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, 1160 ss.; G. BEVIVINO, *La natura «contrattuale» della responsabilità precontrattuale: luci ed ombre di una recente pronuncia della Corte di Cassazione*, nota a Cass., 12 luglio 2016, n. 14188, in *Giust. civ.*, 2017, 3 ss.; R. CALVO, *Diritto civile*, II, *Il contratto*, 3^a ed., Torino, 2023, 64; M. FOTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, cit., 128 ss.; P. PERLINGIERI, R. DI RAIMO e G. PERLINGIERI, *Trattative, buona fede e responsabilità precontrattuale*, in P. PERLINGIERI e AA.VV., *Manuale di diritto civile*, 12^a ed., Napoli, 2024, 526 ss.

¹¹ In tal senso, v., fra i numerosi AA., P. RESCIGNO, *Obbligazioni (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 160 ss.; V. CUFFARO, voce *Responsabilità precontrattuale*, cit., 1265 ss.; G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, 2^a ed., Milano, 2006, 79 ss.

¹² V., *amplius*, M. ORLANDI, voce *Responsabilità precontrattuale*, cit., 1022; G. PATTI, *La buona fede nella formazione del contratto*, cit., 34 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 3^a ed., 2025, 158 ss.

¹³ Sul punto, v. Cass., Sez. II, 20 agosto 1980, n. 4942, in www.onelegale.it, che, in materia di recesso ingiustificato dalle trattative, limita il risarcimento all'interesse negativo; Cass., Sez. I, 12 marzo 1993, n. 2973, in *Giur. it.*, 1994, 605; in *Corr. giur.*, 1994, 566 ss., con nota di V. CARBONE, *La buona fede come regola di governo della discrezionalità contrattuale*; Cass., Sez. I, 26 ottobre 1994, n. 8778, in *Giust. civ. mass.*, 1994, 1283; Cass., Sez. III, 14 febbraio 2000, n. 1632, in *Danno e resp.*, 2000, 982 ss., con nota di P. MANINETTI, *Responsabilità precontrattuale e risarcimento dei danni: verso una concezione sempre più estensiva*; in *Giur. it.*, 2000, 909 ss., con nota di A. MUSY, *Comportamenti affidanti e valutazione del danno risarcibile: il recesso dalle trattative in materia di locazione. Note comparatistiche*. Cass., Sez. III, 10 giugno 2005, n. 12313, in *Guida dir.*, 2005, 28 ss., ha condannato il re cedente al risarcimento della parte lesa per le perdite subite a causa dell'affidamento riposto sulla validità del contratto, ma non per i vantaggi che avrebbe ottenuto dalla conclusione dello stesso.

¹⁴ F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 162 ss.; A. RAVAZZONI, *La*

2. La buona fede nelle trattative: fondamento e funzione

L'esame delle principali fattispecie che integrano responsabilità precontrattuale richiede una preliminare, sia pure rapida, ricostruzione della nozione dell'obbligo di buona fede, della relativa funzione e del suo ambito operativo nella fase prenegoziale.

La buona fede assume rilievo nella sua accezione oggettiva, tradizionalmente contrapposta a quella soggettiva. Mentre quest'ultima attiene alla condizione psicologica del soggetto che agisce ignorando di ledere l'altrui diritto, quella oggettiva integra una regola di condotta fondata sui canoni di correttezza e lealtà. Essa impone alle parti l'adozione di comportamenti coerenti e collaborativi, conformi al principio di solidarietà sociale, al fine di tutelare il reciproco affidamento e garantire il corretto esercizio dell'autonomia negoziale¹⁵.

La nozione ora richiamata costituisce, tuttavia, il risultato di una progressiva evoluzione interpretativa. Inizialmente, infatti, la buona fede non operava autonomamente all'interno del sistema, ma assumeva rilevanza esclusivamente nei casi espressamente previsti dal legislatore, al quale spettava il compito di concretizzarne il contenuto e delimitarne l'ambito applicativo¹⁶.

Con l'entrata in vigore della Costituzione la persona ha progressivamente assunto valore centrale nell'ordinamento e la buona fede, conseguentemente, è stata considerata manifestazione dei principi

formazione del contratto, II, *Le regole di comportamento*, Milano, 1974, 212 ss.; F. CARRESI, *Il contratto*, cit., 740 ss.; V. CUFFARO, *Responsabilità precontrattuale*, cit., 1274; S. MAIORCA, *Il contratto. Profili della disciplina generale. Lezioni di diritto privato*, cit., 210; P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale: il quantum*, cit., 492 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, cit., 149; P. PERLINGIERI, R. DI RAIMO e G. PERLINGIERI, *Trattative, buona fede e responsabilità precontrattuale*, cit., 533; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 160.

¹⁵ In argomento, v., per tutti, S. ROMANO, voce *Buona fede*, cit., 682; F. CARUSI, voce *Correttezza (obblighi di)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 709 ss.; G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, cit., 94 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, cit., 154 ss.; P. GALLO, *Buona fede oggettiva e trasformazioni del contratto*, cit., 58 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, cit., 456 ss.; F. GAZZONI, *Obbligazioni e contratti*, 20ª ed., Napoli, 2022, 801 ss.

¹⁶ Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, cit., 457. In giurisprudenza, v., per tutte, Cass., Sez. II, 16 febbraio 1963, n. 357, in *Foro it.*, 1963, I, c. 1768, secondo cui il dovere di lealtà e correttezza può costituire solo un criterio di valutazione e di qualificazione di un comportamento, ma non potrebbe creare, singolarmente considerato, un diritto soggettivo, quando quest'ultimo non sia riconosciuto da un'espressa disposizione di legge.

di solidarietà politica, economica e sociale sanciti dall'art. 2 Cost. In questa prospettiva, essa impone a ciascuna parte del rapporto obbligatorio il dovere di agire in modo da salvaguardare gli interessi dell'altra, indipendentemente dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o da quanto espressamente previsto da singole previsioni normative¹⁷.

La buona fede individua il modello comportamentale cui le parti devono conformarsi nel corso delle trattative e della formazione del contratto e opera, al contempo, quale parametro di valutazione della condotta concretamente tenuta dai contraenti¹⁸.

Chiarito il ruolo della buona fede, occorre ora definirne la collocazione all'interno del sistema, verificando se essa debba essere qualificata come clausola generale, principio o regola di condotta.

Secondo un primo orientamento, il canone appartarrebbe alla categoria delle clausole generali¹⁹. Con questa espressione la dottrina individua concetti dal contenuto indeterminato contenuti nella legge, i cui criteri applicativi non derivano direttamente né da una specifica disposizione né da altre norme ad essa collegate, ma discendono dal rinvio, necessariamente elastico, a regole e valori propri del contesto sociale. Il contenuto della buona fede, pertanto, non può essere integralmente predeterminato dal legislatore, poiché richiede una costante opera di concretizzazione affidata all'interprete. Alla clausola generale la tradizione giuridica attribuisce, del resto, una pluralità di funzioni, come quella di colmare le lacune dell'ordinamento, orientare l'attività interpretativa e correggere gli esiti dell'applicazione di

¹⁷ V., *ex multis*, Cass., Sez. III, 15 febbraio 2007, n. 3462, in *Mass. Giur. it.*, 2007; Cass., Sez. I, 6 ottobre 2008, n. 21250, in *www.onelegale.it*; Cass., Sez. lavoro, 24 giugno 2009, n. 14852, *ivi*; Cass., Sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106, in *Rep. Foro it.*, 2010, voce *Contratto in genere, atto e negozio giuridico*, n. 433; in *Foro it.* 2010, I, c. 82; in *Danno e resp.*, 2010, 347 ss., con nota di A. MASTRORILLI, *L'abuso del diritto e il terzo contratto*; in *Giur. it.*, 2010, 809 ss., con nota di F. SALERNO, *Abuso del diritto, buona fede, proporzionalità: i limiti del diritto di recesso in un esempio di jus dicere "per principi"*; in *Riv. dir. civ.*, 2010, 147 ss., con nota di M. ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto (in margine a Cass. 18 settembre 2009, n. 20106)*; Cass., Sez. III, 6 maggio 2015, n. 9006, in *Rep. Foro it.*, 2016, voce *Contratto in genere, atto e negozio giuridico*, n. 375. In dottrina, v., per tutti, G.D. COMPORI, *Regole di comportamento per un ripensamento della responsabilità dell'amministrazione*, in *Giur. it.*, 2018, 1984 ss.

¹⁸ In tal senso, v. M. FOTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, cit., 31.

¹⁹ Cfr. E. FABIANI, voce *Clausola generale*, in *Enc. dir.*, Annali, V, Milano, 2012, 183 ss.

determinate prescrizioni normative²⁰.

Un diverso indirizzo riconosce alla buona fede il valore di principio generale dell'ordinamento²¹. In quanto tale essa esprimerebbe un criterio direttivo destinato a permeare il sistema giuridico, imponendo limiti all'attività legislativa e orientando l'interprete nell'individuazione del significato da attribuire alle norme che disciplinano le materie alle quali il principio inerisce. In questa prospettiva la buona fede costituirebbe un criterio di integrazione e valutazione dei rapporti giuridici patrimoniali, strettamente connesso ai doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale consacrati dall'art. 2 Cost.²².

Secondo un'ulteriore impostazione, la buona fede oggettiva assumerebbe i caratteri di una regola di condotta, indirizzata alla valutazione dei comportamenti tenuti dalle parti nell'ambito dei rapporti obbligatori²³. In tale veste, essa imporrebbe obblighi di correttezza, lealtà, cooperazione e protezione reciproca, destinati a conformare l'agire dei soggetti coinvolti non soltanto nella fase esecutiva del contratto, ma in ogni rapporto obbligatorio, ai sensi dell'art. 1175 c.c.²⁴.

Tra le ricostruzioni richiamate, appare preferibile quella che qualifica la buona fede come clausola generale, poiché coglie il tratto distintivo del canone, ossia l'attitudine a produrre regole non predefinite dal legislatore, il cui contenuto è concretizzato dall'interprete in relazione alle circostanze del caso. Né questa qualificazione esclude il collegamento con i doveri di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., che orientano l'opera di concretizzazione, o la capacità della buona fede di tradursi in specifiche regole di condotta, le quali co-

²⁰ V., *amplius*, C. LUZZATI, *Clausole generali e principi. Oltre la prospettiva civilistica*, in AA.VV., *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, a cura di G. D'Amico, Milano, 2017, 15 ss.

²¹ In tal senso, v. Cass., Sez. I, 20 aprile 1994, n. 3775, in *Rep. Foro it.*, 1995, voce *Azienda*, n. 20; in *Giur. it.*, 1995, 1122, con nota di L. PICARDI, *Tutela dell'avviamento, discrezionalità e buona fede contrattuale, in una complessa vicenda di affitto d'azienda*.

²² G. D'AMICO, *Principi costituzionali e clausole generali: problemi (e limiti) nella loro applicazione nel diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in AA.VV., *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, cit., 77 ss.

²³ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, cit., 455; F. GAZZONI, *Obbligazioni e contratti*, cit., 801.

²⁴ V., ancora, G. D'AMICO, *Principi costituzionali e clausole generali: problemi (e limiti) nella loro applicazione nel diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, cit., 79.

stituiscono, piuttosto, gli esiti applicativi che la struttura di clausola generale rende possibili.

È proprio sul terreno degli obblighi che ne costituiscono espressione che la buona fede rivela la propria effettiva portata precettiva. L'art. 1337 c.c., infatti, non si limita a imporre un generico dovere di correttezza, ma pone a carico delle parti una serie di obblighi funzionali alla salvaguardia dell'altrui sfera giuridica e alla tutela dell'affidamento reciproco. Da tale canone discendono molteplici doveri comportamentali, il cui comune fondamento risiede nell'esigenza di assicurare uno svolgimento leale e trasparente delle trattative²⁵.

Tra le principali manifestazioni della buona fede prenegoziale assumono particolare rilievo gli obblighi di avviso e di protezione. I primi impongono alle parti, anche in assenza di una specifica previsione normativa o contrattuale, un dovere reciproco di informazione in ordine a fatti, circostanze o vicende la cui mancata conoscenza possa compromettere il corretto svolgimento delle trattative o incidere negativamente sull'esito dell'operazione negoziale. Gli obblighi di protezione, invece, sono preordinati alla salvaguardia della sfera giuridica della controparte, imponendo l'adozione di comportamenti idonei a prevenire o limitare il verificarsi di pregiudizi connessi all'instaurazione, allo svolgimento o all'attuazione del rapporto prenegoziale²⁶.

Una concretizzazione normativa dei doveri di correttezza è rinvenibile nell'art. 1338 c.c., che, nell'ambito della disciplina della responsabilità precontrattuale, specifica il contenuto del generale dovere di buona fede di cui all'art. 1337 c.c. La disposizione impone alla parte che conosca o che avrebbe dovuto conoscere una causa di invalidità del contratto di comunicarla alla controparte, preservandola

²⁵ Cfr. C. CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione*, cit., 1 ss.; V. BELLOMIA, *La responsabilità precontrattuale tra contrattazione civile, del consumatore e di impresa*, cit., 41 ss.; P. LAGHEZZA, *Responsabilità precontrattuale e obbligo d'informazione*, in *Danno e resp.*, 2012, 1210 ss.; A. NICOLUSSI, voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. dir.*, Annali, VIII, Milano, 2015, 659 ss.

²⁶ V., *amplius*, P. PERLINGIERI e L. FERRONI, *Situazioni di credito e di debito*, in P. PERLINGIERI e AA.VV., *Manuale di diritto civile*, cit., 279; G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, cit., 240 ss., che riconduce i doveri di protezione a quattro categorie fondamentali, individuando doveri di avviso e comunicazione, di custodia, di conservazione e sicurezza, nonché doveri di salvataggio. In giurisprudenza, v. Cass., Sez. III, 23 maggio 2011, n. 11295, in *Obbl. e contr.*, 2011, 700 ss., con nota di G. GENNARI, *L'osservatorio delle Corti Superiori*; Cass., Sez. III, ord. 12 maggio 2026, n. 13813, in *www.dejure.it*.

dal rischio di compiere scelte negoziali pregiudizievoli, basate su un affidamento non correttamente formato²⁷.

La previsione dell'art. 1338 c.c. costituisce soltanto una delle manifestazioni tipiche degli obblighi derivanti dalla buona fede precontrattuale. L'evoluzione dottrinale²⁸ e giurisprudenziale²⁹ mostra, infatti, come il contenuto dell'art. 1337 c.c. non possa essere considerato come circoscritto alle ipotesi espressamente contemplate dal legislatore. Al contrario, questa clausola ha consentito l'emersione di una pluralità di obblighi di protezione e di avviso, il cui riconoscimento risponde alle esigenze di assicurare una tutela effettiva dell'affidamento e di conformare il comportamento delle parti ai canoni di lealtà e correttezza, i quali devono presidiare l'intera fase delle trattative³⁰.

È proprio l'ampliamento del contenuto precettivo della buona fede ad aver determinato una progressiva espansione dell'ambito applicativo della responsabilità precontrattuale. Quando la buona fede era concepita come criterio destinato ad operare entro gli spazi espressamente delineati dal legislatore, le fattispecie riconducibili alla responsabilità precontrattuale risultavano essenzialmente circo-

²⁷ V. diffusamente A. NICOLUSSI, voce *Obblighi di protezione*, cit., 659, il quale individua plurime disposizioni normative espressive di doveri di protezione anche al di fuori dell'ambito prenegoziale. In argomento, v. F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 44; G. PATTI, *Art. 1338: conoscenza delle cause di invalidità*, in G. PATTI e S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard (Artt. 1337-1342 c.c.)*, cit., 162 ss.

²⁸ V., *supra*, nota n. 1.

²⁹ V., *ex multis*, Cass., Sez. un., 23 marzo 2011, n. 6596, in *Rep. Foro it.*, 2011, voce *Responsabilità civile*, n. 434; in *Corr. giur.*, 2011, 933 ss., con nota di A. DI MAJO, *L'affidamento nei rapporti con la p.a.*; in *Urbanistica e app.*, 2011, 915 ss., con nota di S.R. MASERA, *Danni da atto amministrativo positivo, ma illegittimo, e giudice competente*. Cass., Sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188, in *Rep. Foro it.*, 2016, voce *Contratto in genere, atto e negozio giuridico*, n. 332; in *Corr. giur.*, 2016, 1504 ss., con nota di C. CICERO, *La responsabilità (pre)contrattuale come responsabilità da contatto sociale*; 1517 ss., con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *Ancora sulla configurabilità della responsabilità precontrattuale in presenza di un contratto validamente concluso*; in *Danno e resp.*, 2016, 1051 ss., con nota di V. CARBONE, *Responsabilità precontrattuale della P.A. che non adempie l'obbligazione ex lege di comportarsi secondo buona fede*; in *Giur. it.*, 2016, 2565 ss., con nota di A. DI MAJO, *La culpa in contrahendo tra contratto e torto*. Cass., Sez. II, 3 ottobre 2019, n. 24738, in *Studium iuris*, 2020, 607 ss.; Cass., Sez. III, 20 gennaio 2021, n. 1005, in *www.dejure.it*; Cass., Sez. II, 5 febbraio 2024, n. 3217, *ivi*.

³⁰ V., per tutti, F. BENATTI, *Doveri di protezione*, in *Digesto civ.*, VII, Torino, 1991, 223 ss.

scritte all'ingiustificata interruzione delle trattative, il cui fondamento normativo era individuato nell'art. 1337 c.c., e alla conclusione di un contratto invalido, disciplinata dall'art. 1338 c.c.³¹.

Una simile impostazione appariva coerente con il contesto culturale nel quale il codice civile venne elaborato, caratterizzato da una concezione del contratto fortemente orientata alla realizzazione di finalità socialmente apprezzabili. In tale quadro, il mancato perfezionamento del contratto costituiva l'evento cui l'ordinamento ricollegava la lesione dell'interesse meritevole di tutela, giustificando così l'operatività della responsabilità precontrattuale³².

La crescente valorizzazione dei doveri informativi ha consentito di configurare ipotesi di responsabilità precontrattuale anche in presenza di un contratto validamente concluso, ogniquale volta l'omessa comunicazione di circostanze rilevanti abbia compromesso la libertà e la consapevolezza della scelta negoziale della controparte. Ne discende la figura della responsabilità precontrattuale da contratto valido, ma pregiudizievole, fondata sulla lesione dell'affidamento riposto nella correttezza e completezza delle informazioni fornite durante le trattative³³.

I più recenti approdi giurisprudenziali hanno riconosciuto la configurabilità della responsabilità precontrattuale anche in assenza di una vera e propria fase prenegoziale, valorizzando il più ampio principio di tutela dell'affidamento. In quest'ottica, la giurisprudenza ha esteso l'operatività dell'istituto anche all'attività della pubblica amministrazione, ravvisandone i presupposti nell'ipotesi di ingiustificata revoca di una procedura di gara successivamente all'ingenerarsi, nei partecipanti, di un ragionevole affidamento circa la prosecuzione dell'*iter* amministrativo³⁴.

³¹ Sul punto, v. G. PATTI, *La buona fede nella formazione del contratto*, cit., 18 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 151.

³² Una disamina storica del fenomeno precontrattuale è svolta da G. BEVIVINO, *Antiche, nuove e nuovissime questioni attorno al tema della "pre-contrattualità"*, in *Giust. civ.*, 2019, 565 ss.

³³ In argomento, v. diffusamente M. MANTOVANI, *«Vizi incompleti» del contratto e rimedio risarcitorio*, cit., 152 ss.; V. BELLOMIA, *La responsabilità precontrattuale tra contrattazione civile, del consumatore e di impresa*, cit., 83 ss.; G. D'AMICO, *Responsabilità precontrattuale anche in caso di contratto valido?*, cit., 1348 ss.; G. BEVIVINO, *Antiche, nuove e nuovissime questioni attorno al tema della «pre-contrattualità»*, cit., 587; V. CINTIO, *Responsabilità precontrattuale da contratto valido*, in *Giur. it.*, 2023, 821 ss.

³⁴ V., *ex multis*, Cons. St., Ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5, in *Foro it.*, 2018, III, c.

L'ampliamento degli obblighi informativi non può giungere sino al punto di comprimere eccessivamente la libertà negoziale delle parti. La buona fede impone doveri di correttezza e lealtà, ma non annulla la naturale divergenza di interessi che accompagna la contrattazione, né richiede una totale trasparenza informativa tra le parti. L'autonomia privata costituisce, infatti, il luogo nel quale istanze cooperative ed esigenze competitive convivono e si bilanciano, consentendo a ciascun contraente di perseguire il proprio interesse e di conseguire legittime posizioni di vantaggio, entro i limiti segnati dalla correttezza e dalla tutela dell'affidamento. Una conferma sistematica di tale equilibrio è rinvenibile nella tradizionale figura del *dolus bonus*, che ricomprende la generica esaltazione delle qualità del bene o della convenienza dell'affare, ritenuta inidonea a viziare il consenso, in quanto rientrando nella fisiologica dialettica della contrattazione e riconoscibile dal contraente di media avvedutezza. In questi termini, persuasiva appare la ricostruzione che differenzia le informazioni il cui mancato disvelamento integra una violazione del dovere di buona fede da quelle che, invece, possono essere legittimamente mantenute riservate, perché estranee all'area degli obblighi informativi imposti dall'art. 1337 c.c. e, pertanto, insuscettibili di fondare una responsabilità precontrattuale³⁵.

3. La natura della responsabilità precontrattuale

La qualificazione giuridica della *culpa in contrahendo*, ossia stabilire

453; in *Giur. it.*, 2018, 1983 ss., con nota di G.D. COMPORI, *Regole di comportamento per un ripensamento della responsabilità dell'amministrazione*; in *Resp. civ. prev.*, 2018, 1594 ss., con nota di S. FOÀ e M. RICCIARDO CALDERARO, *Responsabilità precontrattuale della p.a. tra correttezza e autodeterminazione negoziale*; in *Urbanistica e app.*, 2018, 639 ss., con nota di L. GIAGNONI, *Responsabilità precontrattuale della P.A. anche prima dell'aggiudicazione*; Cons. St., Sez. V, 10 agosto 2018, n. 4912, in *www.dejure.it*; Cons. St., Sez. V, 11 gennaio 2021, n. 368, in *Dir. e giustizia*, 2021.

³⁵ Cfr. G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, cit., 109. Sul punto, v. anche F. VALENTI, *Dolo omissivo incidente nel prisma della responsabilità precontrattuale*, in *Contr.*, 2012, 898, il quale distingue le circostanze negative, relative a vizi, difetti o altri elementi suscettibili di incidere sfavorevolmente sull'operazione negoziale, da quelle positive, concernenti qualità o caratteristiche del bene idonee ad accrescerne l'utilità o il valore economico. Mentre le prime devono essere comunicate alla controparte in attuazione dei doveri di correttezza e buona fede, le seconde potrebbero essere legittimamente taciute. V. anche M. FOTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, cit., 95.

se essa appartenga all'area dell'art. 2043 c.c., a quella della responsabilità contrattuale ovvero costituisca una figura autonoma, come è noto, incide sulla disciplina della capacità, dell'onere della prova, della prescrizione e dell'estensione del risarcimento.

Per un primo orientamento, la violazione dei doveri sanciti dagli artt. 1337 e 1338 c.c. dovrebbe essere ricondotta all'alveo della responsabilità aquiliana, escludendo che tra le parti possa configurarsi un vincolo obbligatorio prima della conclusione del contratto³⁶. Secondo tale impostazione, prima del perfezionamento del contratto non sussiste ancora un rapporto obbligatorio tra le parti, sicché la violazione degli obblighi precontrattuali integrerebbe una lesione del principio generale del *neminem laedere*, trovando il proprio fondamento nell'art. 2043 c.c. In questa prospettiva, le disposizioni codicistiche in materia di buona fede non configurerebbero autonome fonti di obbligazione, ma costituirebbero specificazioni legislative del generale divieto di arrecare danno ingiusto ad altri. Tale dovere grava su tutti i soggetti che operano sul mercato e non sui contraenti già legati da uno specifico rapporto obbligatorio³⁷.

La ricostruzione *de qua* ha trovato ampio séguito a lungo nella giurisprudenza di legittimità³⁸, la quale ha costantemente affermato che la responsabilità per *culpa in contrahendo* presenta un oggetto diverso

³⁶ F. CARRESI, *Il contratto*, cit., 734 ss.; G. PATTI, *La buona fede nella formazione del contratto*, cit., 41 ss.; S. MAIORCA, *Il contratto. Profili della disciplina generale. Lezioni di diritto privato*, cit., 200; A. ZACCARIA, *La natura della responsabilità per culpa in contrahendo secondo il punto di vista del gambero*, cit., 344 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, cit., 140.

³⁷ V., per tutti, F. GAZZONI, *Obbligazioni e contratti*, cit., 563 ss.

³⁸ V., *ex multis*, Cass., Sez. I, 28 gennaio 1972, n. 199, in *www.foroplus.it*, secondo cui gli obblighi di correttezza gravanti sulle parti durante le trattative non traggono origine da un vincolo negoziale, ma tutelano l'affidamento riposto sul leale e corretto svolgimento delle negoziazioni, impedendo che una parte tenga ingiustificatamente impegnata l'altra, precludendole alternative opportunità contrattuali; Cass., Sez. I, 11 maggio 1990, n. 4051, in *Rep. Foro it.*, 1991, voce *Prescrizione e decadenza*, n. 61, che applica il termine quinquennale di prescrizione in ragione della asserita natura aquiliana della *culpa in contrahendo*; Cass., Sez. III, 3 aprile 1991, n. 3468, in *Corr. giur.*, 1991, 771 ss., con nota di V. MARICONDA, *Nullità del mandato e responsabilità del mandatario*; Cass., Sez. II, 1 febbraio 1995, n. 1163, in *www.onelegale.it*; Cass., Sez. I, 29 aprile 1999, n. 4299, in *Danno e resp.*, 1999, 1012, con nota di P. LAGHEZZA, *Il falsus procurator ed il risparmiatore*; Cass., Sez. un., 16 luglio 2001, n. 9645, in *Foro it.*, 2002, I, c. 806; Cass., Sez. lavoro, 7 maggio 2004, n. 8723, in *www.onelegale.it*; Cass., Sez. II, 14 marzo 2017, n. 6587, in *Guida dir.*, 2017, 71; Cass., Sez. II, 3 ottobre 2019, n. 24738, in *CED Cassazione*, 2019; Cass., Sez. III, 4 giugno 2024, n. 15643, in *www.onelegale.it*.

da quello della responsabilità contrattuale. Quest'ultima presuppone, infatti, l'inadempimento di un'obbligazione derivante da un preesistente *vinculum iuris*, mentre la responsabilità precontrattuale segue alla violazione di regole di condotta destinate a governare la fase prenegoziale. Il danno risarcibile non deriva, pertanto, dall'inesatta esecuzione di una prestazione dovuta, bensì dalla lesione dell'affidamento ingenerato da un comportamento contrario ai canoni di correttezza e buona fede.

L'indirizzo in esame ha trovato conferma anche nella giurisprudenza europea. La Corte di Giustizia ha infatti escluso che la responsabilità derivante dalla violazione dei doveri di correttezza durante le trattative rientri nella materia contrattuale, rilevando come essa presupponga non già la violazione di un'obbligazione liberamente assunta dalle parti, bensì un comportamento lesivo dell'altrui affidamento. Ne discende la riconduzione della stessa all'ambito dei delitti o quasi delitti, secondo una qualificazione coerente con la tradizionale impostazione aquiliana dell'istituto³⁹.

All'impostazione di pensiero sin qui riassunta è stata contrapposta la tesi che ravvisa nella responsabilità precontrattuale una forma di responsabilità da inadempimento. Secondo questa tesi, l'assenza di un contratto concluso non vale, di per sé, ad escludere la configurabilità di un rapporto obbligatorio tra le parti. Del resto, l'art. 1173 c.c. individua, accanto al contratto e al fatto illecito, una categoria aperta di fonti dell'obbligazione, comprensiva di ogni atto o fatto idoneo a produrre obblighi giuridici conformemente all'ordinamento. Le trattative, in quanto idonee a instaurare un rapporto qualificato tra soggetti determinati, darebbero origine ad obblighi specifici di correttezza, protezione e informazione, la cui violazione integrebbene l'inadempimento di un'obbligazione⁴⁰.

³⁹ Sul punto, v. Corte Giust., 17 settembre 2002, C-334/00, in *Resp. civ. prev.*, 2004, 399 ss., con nota di L. VEDOVATO, *Competenza giurisdizionale e natura aquiliana della responsabilità precontrattuale: il responso della Corte di Giustizia e gli oblii della Corte di Cassazione*. La Corte, interpretando l'art. 5 della Convenzione di Bruxelles (ora rifiuta nel Reg. UE n. 1215/2012), ha stabilito che la materia contrattuale presuppone l'esistenza di un obbligo giuridico liberamente assunto, indipendentemente dalla formale conclusione del contratto.

⁴⁰ In tal senso, cfr. E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., 84 ss.; S. ROMANO, voce *Buona fede*, cit., 677 ss.; F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 4 ss.; C. CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione*, cit., 1 ss.; V. BELLOMIA, *La responsabilità precontrattuale tra contrattazione civile, del consumatore e di impresa*, cit., 46 ss.; M. FRANZONI, *La responsabilità precontrattuale è, dunque,*

Gli obblighi di informazione, protezione, segretezza e custodia nel corso delle trattative presentano caratteristiche difficilmente compatibili con il paradigma dell'illecito aquiliano, risultando piuttosto assimilabili agli obblighi specifici che derivano da un rapporto obbligatorio⁴¹. A differenza del generale dovere di *alterum non laedere*, che opera nei confronti della generalità dei consociati, gli obblighi precontrattuali sorgono nell'ambito di una relazione qualificata intercorrente tra soggetti determinati e assumono contenuto specifico in relazione all'interesse concretamente coinvolto nelle trattative. La fase prenegoziale, pertanto, dà luogo all'instaurazione di posizioni giuridiche reciproche di carattere attivo e passivo, la cui violazione integra un'ipotesi di responsabilità da inadempimento⁴².

La relazione qualificata consiste nel contatto sociale instaurato tra i paciscenti diretto al perseguimento dell'interesse comune alla corretta formazione del vincolo negoziale. In questo contesto, il dovere precontrattuale verrebbe ricondotto alla categoria delle obbligazioni senza prestazione, poiché nella fase prenegoziale le parti non sono ancora vincolate all'adempimento di obblighi contrattuali in senso tecnico, ma sono reciprocamente gravate da doveri di cooperazione, informazione e salvaguardia dell'altrui sfera giuridica, che costituiscono espressioni dei canoni di correttezza e lealtà⁴³.

La teoria del contatto sociale qualificato consente, pertanto, di valo-

...«contrattuale»?», cit., 283 ss.; P. GALLO, voce *Contatto sociale*, cit., 90 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Verso il definitivo accreditamento della tesi della natura «contrattuale» della responsabilità precontrattuale*, cit., 1160 ss.; G. BEVIVINO, *La natura «contrattuale» della responsabilità precontrattuale: luci ed ombre di una recente pronuncia della Corte di Cassazione*, nota a Cass., 12 luglio 2016, n. 14188, cit., 3 ss.; R. CALVO, *Diritto civile*, II, *Il contratto*, cit., 64; M. FOTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, cit., 128 ss.

⁴¹ S. ROMANO, voce *Buona fede*, cit., 682; F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 130.

⁴² In argomento, v. L. VEDOVATO, *Competenza giurisdizionale e natura aquiliana della responsabilità precontrattuale: il responso della Corte di Giustizia e gli oblii della Corte di Cassazione*, cit., 407.

⁴³ Sulla teoria del contatto sociale, v. C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in AA.VV., *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Milano, 1995, I, 446; S. ROSSI, voce *Contatto sociale*, in *Digesto civ.*, Torino, 2010, 346 ss.; P. GALLO, voce *Contatto sociale*, cit., 90 ss.; F. VENOSTA, *Prestazioni non dovute, «contatto sociale» e doveri di protezione autonomi*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, 109 ss.; Id., *Contatto sociale e affidamento*, Milano, 2021, 32 ss.; A. NICOLUSSI, voce *Responsabilità da contatto sociale qualificato*, in *Enc. dir.*, Tematici, VII, Milano, 2024, 1076 ss.

rizzare il legame intercorrente tra le parti nel corso delle trattative, distinguendolo dalla relazione indifferenziata che caratterizza la responsabilità aquiliana e giustificando l'applicazione del regime della responsabilità da inadempimento. A tale ricostruzione ha progressivamente aderito anche parte della giurisprudenza, la quale ha ravvivato nella fase prenegoziale l'instaurazione di un rapporto idoneo a far sorgere specifici obblighi di protezione⁴⁴.

Nel contesto europeo, una conferma della natura contrattuale della responsabilità precontrattuale è stata rinvenuta nella direttiva 2005/29/CE in materia di pratiche commerciali scorrette nei rapporti tra professionista e consumatore. La disciplina sovranazionale, nel perseguire la finalità di tutelare il consumatore, valorizza infatti l'affidamento maturato dal contraente debole nel corso della relazione prenegoziale e afferma l'operatività dei rimedi previsti per i contratti in caso di violazione dei doveri di correttezza e trasparenza. In tale prospettiva, la responsabilità precontrattuale trova il proprio fondamento non nella lesione del generale dovere di *neminem laedere*, bensì in quella della fiducia nella correttezza della controparte⁴⁵.

Accanto alle ricostruzioni tradizionali ha trovato sviluppo una terza impostazione, la quale, muovendo dall'insufficienza di entrambi i modelli, configura la responsabilità precontrattuale come un autonomo *tertium genus*. In quest'ottica, la *culpa in contrahendo* non risulterebbe pienamente riconducibile né allo schema dell'illecito aquiliano né a quello dell'inadempimento contrattuale, in ragione della peculiare relazione giuridica che emerge nella fase prenegoziale. L'anzidetta relazione, pur non integrando ancora un vincolo contrattuale, genera obblighi di contenuto più specifico rispetto al dovere del *neminem laedere*, alla luce dei doveri precontrattuali di cui all'art. 1337 c.c.⁴⁶, i quali assumono una dimensione funzionale articolata in ob-

⁴⁴ Cass., Sez. I, 21 novembre 2011, n. 24438, in *Resp. civ. prev.*, 2012, 1948; in *Eur. dir. priv.*, 2012, 1227 ss., con nota di C. CASTRONOVO, *La Cassazione supera sé stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*; in *Giur. it.*, 2012, 2662 ss., con nota di M. RENNA e A. SPEZZATI, *Sulla natura della responsabilità della Pubblica Amministrazione per la violazione degli obblighi procedurali e di correttezza*; Cass., Sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188, cit.; Cass., Sez. II, 5 febbraio 2024, n. 3217, cit.

⁴⁵ In argomento, v. V. MONTANI, *Responsabilità precontrattuale e abbandono ingiustificato dalle trattative: un rapporto da genus a species*, in *Danno e resp.*, 2012, 1103 ss.

⁴⁶ V., fra i numerosi AA., P. RESCIGNO, *Obbligazioni (diritto privato)*, cit., 160 ss.; V. CUFFARO, voce *Responsabilità precontrattuale*, cit., 1265 ss.; G. VISINTINI, *Ina-*

blighi di informazione, protezione e custodia, suscettibili di gravare anche su soggetti terzi coinvolti nelle trattative⁴⁷.

La tesi da ultimo citata consentirebbe di risolvere le questioni applicative concernenti il termine di prescrizione, il regime probatorio e l'estensione del danno risarcibile. In particolare, tale impostazione riconduce il termine prescrizione a quello ordinario decennale di cui all'art. 2946 c.c. L'onere probatorio, invece, premessa l'applicabilità dell'art. 2697 c.c., viene soddisfatto con la dimostrazione del tessuto sociale ed economico nel quale le trattative hanno avuto svolgimento e il comportamento scorretto ha avuto luogo. Per tale motivo, la prova di fatti e comportamenti, a seconda dell'ambiente negoziale di riferimento, ha ad oggetto una mera allegazione dell'esistenza di una trattativa ovvero la dimostrazione dell'altrui scorrettezza. Quanto al danno risarcibile, la pluralità delle ipotesi riconducibili alla responsabilità precontrattuale consente di superare la rigida limitazione all'interesse negativo, ammettendo, in casi specifici, anche forme di reintegrazione più estese, fino alla tutela dell'interesse positivo⁴⁸.

Nonostante la coerenza sistematica dell'impostazione, la teoria del *tertium genus* non ha trovato un séguito consistente né in dottrina né in giurisprudenza. In particolare, la letteratura giuridica ha criticato l'assenza di un autonomo fondamento normativo e la riconducibilità della fattispecie entro le categorie generali degli artt. 1218 e 2043 c.c.⁴⁹.

Malgrado il perdurare del dibattito dottrinale, la giurisprudenza di legittimità appare ormai orientata nel senso della natura extracontrattuale della responsabilità precontrattuale, ricondotta all'area dell'art. 2043 c.c.⁵⁰

dempimento e mora del debitore, cit., 79 ss.

⁴⁷ Cfr. V. CUFFARO, *Responsabilità precontrattuale*, cit., 1268.

⁴⁸ V., ancora, V. CUFFARO, *Responsabilità precontrattuale*, cit., 1273.

⁴⁹ V., per tutti, F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 115; C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, cit., 480.

⁵⁰ Da ultimo, v. Cass., Sez. III, 4 giugno 2024, n. 15643, cit.; Cass., Sez. III, 7 aprile 2026, n. 8676, in *www.dejure.it*, secondo cui la responsabilità precontrattuale, derivante dalla violazione degli obblighi di correttezza e buona fede nello svolgimento delle trattative, mantiene natura extracontrattuale, non potendosi attribuire carattere generale all'isolato orientamento che la qualifica come responsabilità contrattuale da contatto sociale qualificato. In dottrina, v. C. CASTRONOVO, *La giurisprudenza della Corte di Cassazione sulla natura della responsabilità precontrattuale: contrasto latente o contrasto apparente?*, in *Resp. civ. prev.*, 2024, 745 ss.

4. Le principali ipotesi applicative

Ipotesi paradigmatica di comportamento contrario a buona fede nella fase antecedente alla stipulazione del contratto è costituita dal recesso ingiustificato dalle trattative. Durante la fase prenegoziale le parti restano libere di recedere dal negoziato, non essendo ancora sorto un vincolo contrattuale. Questa libertà, tuttavia, deve essere esercitata secondo lealtà⁵¹. Il recesso risulta legittimo fintantoché non incida su un affidamento ragionevolmente maturato dalla controparte nella conclusione del contratto. La responsabilità precontrattuale discende, infatti, non dal mero ritiro dalle trattative, bensì dalla violazione degli obblighi di correttezza e informazione che abbiano indotto l'altra parte a confidare nella conclusione dell'affare. In tale prospettiva, assumono rilievo decisivo la sussistenza di un affidamento qualificato e l'assenza di una giusta causa di recesso⁵². Per quanto riguarda il primo profilo, l'affidamento deve risultare incolpevole e non dipendere da una mancata attenzione a circostanze conoscibili con l'ordinaria diligenza dell'uomo medio. Determinante appare, al riguardo, l'individuazione del momento in cui sorge tale affidamento, alla luce dei comportamenti tenuti dalle parti nel corso della contrattazione. Secondo l'impostazione tradizionale, le trattative assumono acquistano idoneità a fondare un ragionevole affidamento quando le parti abbiano raggiunto una prima intesa quantomeno sugli elementi essenziali del contratto⁵³.

⁵¹ Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, cit., 145; M. FOTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, cit., 114.

⁵² In argomento, v. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 154.

⁵³ Cfr. R. CALVO, *Diritto civile*, II, *Il contratto*, cit., 53. In giurisprudenza, v. Cass., Sez. III, 22 ottobre 1982, n. 5492, cit., secondo la quale, affinché sorga la responsabilità precontrattuale, è necessario che le parti abbiano discusso sugli elementi essenziali del contratto, la cui mancanza impedisce il sorgere di un affidamento legittimo; Cass., Sez. III, 25 febbraio 1992, n. 2335, in *Foro it.*, 1992, I, c. 1766 ss., con nota di F. CARINGELLA, che precisa come la responsabilità precontrattuale possa operare anche nel corso delle semplici trattative, purché siano serie e concludenti, e cioè allorquando i paciscenti abbiano preso in considerazione gli elementi essenziali; Cass., Sez. I, 13 marzo 1996, n. 2057, cit., che indica come esempio di trattative idonee a fondare l'affidamento la pattuizione della prestazione e la sua entità; Cass., Sez. III, 26 febbraio 2013, n. 4802, in *www.dejure.it*; Cass., Sez. II, 10 marzo 2016, n. 4718, in *Corr. giur.*, 2017, 342 ss., con nota di S. MARONI, *Il recesso ingiustificato dalle trattative: presupposti per l'applicazione delle fattispecie e criteri risarcitori*; Cass., Sez. VI, ord. 16 novembre 2021, n. 34510, in *CED Cassazione*, 2021; Cass., Sez. II, 13 maggio 2025, n. 12679, *ivi*. Non mancano,

La seconda condizione consiste nella colpevole rottura delle trattative, ossia nella mancanza di giusta causa. Questa ipotesi ricorre quando una parte abbia avviato o condotto le trattative con l'intento di arrecare pregiudizio alla controparte, senza una reale volontà di pervenire alla conclusione del contratto.

In definitiva, il discrimine tra libertà negoziale e responsabilità precontrattuale è individuato nella tutela dell'affidamento: la libertà di recesso rimane impregiudicata nella misura in cui non provochi la frustrazione ingiustificata di un affidamento ragionevolmente ingenerato nel corso delle trattative.

Accanto all'ipotesi del recesso ingiustificato dalle trattative, il legislatore disciplina espressamente, all'art. 1338 c.c., la responsabilità derivante dalla conclusione di un contratto invalido. La disposizione, come già osservato, pone a carico della parte che conosca o avrebbe dovuto conoscere, con l'ordinaria diligenza, una causa di invalidità del contratto l'obbligo di risarcire il danno subito dalla controparte che abbia confidato, senza colpa, nella validità dell'accordo. La configurabilità della responsabilità *ex* art. 1338 c.c., dunque, presuppone la conclusione di un contratto invalido, la violazione del dovere di informazione sull'invalidità del vincolo, nonché l'affidamento incolpevole della controparte nella validità di quest'ultimo⁵⁴.

Quanto al primo profilo, sebbene il legislatore non abbia elaborato una nozione unitaria di invalidità, disciplinando solo le specifiche figure della nullità, dell'annullabilità e della rescissione, la dottrina tende a ricomprendere nell'ambito applicativo dell'art. 1338 c.c. anche le ipotesi di inefficacia del contratto⁵⁵.

Con riferimento al secondo requisito, il canone precontrattuale im-

comunque, orientamenti giurisprudenziali che hanno valorizzato un approccio casistico che prescinde dalla rigida identificazione del momento in cui matura l'affidamento con il raggiungimento dell'accordo sugli elementi essenziali. L'affidamento può sorgere, infatti, anche in presenza di trattative avanzate, di intese parziali o di comportamenti concludenti, quali minute, puntualizzazioni o lettere di intenti, che attestino la serietà della negoziazione. In tal senso, v., *ex multis*, Cass., Sez. II, 12 novembre 1986, n. 6629, in www.onelegale.it; dopo avere ribadito i presupposti in presenza dei quali è possibile configurare il recesso ingiustificato dalle trattative, Cass., Sez. III, 14 febbraio 2000, n. 1632, cit., demanda al giudice il controllo della sussistenza di ulteriori elementi in presenza dei quali sia possibile invocare il rimedio risarcitorio.

⁵⁴ V., per tutti, G. BEVIVINO, *Antiche, nuove e nuovissime questioni attorno al tema della "pre-contrattualità"*, cit., 573 ss.

⁵⁵ Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, cit., 141; F. GAZZONI, *Obbligazioni e contratti*, cit., 882; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 157.

pone alle parti un dovere di leale cooperazione nel corso delle trattative, dal quale discende altresì l'obbligo di informare la controparte circa l'esistenza di circostanze idonee a compromettere la validità o l'efficacia dell'accordo⁵⁶.

Infine, la tutela risarcitoria presuppone che l'affidamento della parte lesa sia incolpevole. La responsabilità precontrattuale dovrà essere esclusa, pertanto, quando la causa di invalidità, pur non comunicata, sia conoscibile con l'ordinaria diligenza. In proposito, la giurisprudenza ritiene generalmente colpevole il contraente che ignori cause di invalidità direttamente previste dalla legge⁵⁷.

La mancata informazione circa la non convenienza dell'affare esulava dall'ambito della responsabilità precontrattuale, poiché l'interesse al conseguimento del maggior vantaggio economico rientra nel fisiologico "gioco" della contrattazione. Ciascun contraente, perciò, conserva la libertà di perseguire la propria utilità senza essere tenuto a rendere note alla controparte circostanze attinenti alla convenien-

⁵⁶ Sul dovere di informazione nella fase precontrattuale, v., *ex multis*, F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 35 ss.; G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, cit., 94 ss.; A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, II, *Le regole di comportamento*, cit., 112 ss.; M. MANTOVANI, «*Vizi incompleti*» del contratto e rimedio risarcitorio, cit., 152 ss.; V. BELLOMIA, *La responsabilità precontrattuale tra contrattazione civile, del consumatore e di impresa*, cit., 41 ss.

⁵⁷ Per Cass., Sez. III, 26 giugno 1998, n. 6337, in *Rep. Foro it.*, 1998, voce *Contratto in genere, atto e negozio giuridico*, n. 320, se la causa di invalidità del negozio deriva da una norma imperativa o proibitiva di legge o da altre norme aventi efficacia di diritto obiettivo, tali cioè da dover essere note per presunzione assoluta alla generalità dei cittadini e, comunque, tali che la loro ignoranza avrebbe potuto o dovuto essere superata attraverso un comportamento di normale diligenza, non è configurabile la colpa precontrattuale a carico del contraente che abbia ome-so di far rilevare alla controparte l'esistenza delle norme; Cass., Sez. I, 7 marzo 2001, n. 3272, in *www.onelegale.it*; Cass., Sez. lavoro, 21 ottobre 2004, n. 16508, in *CED Cassazione*, 2004; Cass., Sez. III, 2 marzo 2006, n. 4635, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Contratti pubblici (lavori, servizi e forniture) e obbligazioni della pubblica amministrazione*, n. 317; Cass., Sez. III, 18 maggio 2016, n. 10156, in *CED Cassazione*, 2016. *Contra*, v. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, cit., 141, il quale reputa non condivisibile l'esclusione della responsabilità delle ipotesi di ignoranza della legge, atteso che la conoscenza della disciplina applicabile può richiedere competenze tecniche proprie di una sola delle parti ovvero riguardare norme di diritto straniero. Nello stesso senso, v. R. CALVO, *Diritto civile*, II, *Il contratto*, cit., 58, secondo cui una simile impostazione finirebbe per introdurre una limitazione all'operatività dell'art. 1338 c.c. estranea alla *ratio* della disposizione, tanto più se si considera che le norme la cui violazione determina l'invalidità del contratto hanno, nella maggior parte dei casi, carattere imperativo.

za economica dell'operazione⁵⁸. In quest'ottica, la responsabilità precontrattuale era circoscritta alle sole ipotesi di mancata conclusione del contratto, in conseguenza del recesso ingiustificato dalle trattative, ovvero alla conclusione di un contratto invalido ai sensi dell'art. 1338 c.c. Erano, dunque, sottratte dal perimetro applicativo della *culpa in contrahendo* le vicende nelle quali il contratto, pur validamente perfezionato, risultasse economicamente svantaggioso per una delle parti⁵⁹. A lungo, la giurisprudenza ha escluso che la responsabilità precontrattuale potesse operare in presenza di un contratto regolarmente concluso. Questo orientamento trovava fondamento nella centralità attribuita dall'art. 1338 c.c. alle sole cause di invalidità del contratto, nel carattere eccezionale riconosciuto all'art. 1440 c.c. e nel principio di insindacabilità dell'equilibrio economico del contratto tra pari⁶⁰.

Il già considerato progressivo riconoscimento della buona fede quale strumento di tutela della libertà di autodeterminazione negoziale ha condotto a una revisione dei suesposti approdi. Come è noto, in questa prospettiva, la conclusione di un contratto formalmente valido non esclude, di per sé, la configurabilità di una responsabilità precontrattuale, qualora la decisione negoziale sia maturata sulla base di informazioni inesatte o incomplete fornite dalla controparte⁶¹. Invero, gli orientamenti pretori più recenti hanno progressivamente ampliato l'operatività della *culpa in contrahendo*, ravvisando una responsabilità precontrattuale anche quando una parte, mediante informazioni

⁵⁸ Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, cit., 142.

⁵⁹ V., per tutti, G. D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, cit., 37 ss., secondo cui l'estensione della responsabilità precontrattuale all'ipotesi del contratto valido, ma pregiudizievole, potrebbe far sì che si configuri una «responsabilità senza fattispecie», idonea a fondare una tutela risarcitoria per qualunque violazione di regole comportamentali, anche in assenza di un vizio incidente sulla validità del contratto.

⁶⁰ Cass., Sez. I, 18 ottobre 1980, n. 5610, cit., stabilisce che solo nel caso in cui la trasgressione del dovere di buona fede provochi il recesso ingiustificato dalle trattative vi sarà responsabilità precontrattuale, mentre la generica violazione del principio non implica né responsabilità civile né annullamento del contratto; v., inoltre, Cass., Sez. I, 11 settembre 1989, n. 3922, in *www.onelegale.it*; Cass., Sez. II, 16 aprile 1994, n. 3621, in *Giur. it.*, 1995, 880 ss., con nota di F. PASCUZZI; Cass., Sez. II, 5 febbraio 2007, n. 2479, in *www.onelegale.it*.

⁶¹ In argomento, v. F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 16; R. CALVO, *Diritto civile*, II, *Il contratto*, cit., 55; F. CARRESI, *Il contratto*, cit., 740; G. PATTI, *La buona fede nella formazione del contratto*, cit., 18 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 151 ss.

inesatte ovvero attraverso la reticenza su circostanze rilevanti sulla convenienza dell'affare, abbia indotto la controparte a concludere un contratto valido, ma economicamente pregiudizievole⁶².

⁶² Il principio di diritto è stato per la prima volta affermato da Cass., Sez. I, 29 settembre 2005, n. 19024, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Contratto, atto e negozio giuridico*, n. 570; in *Resp. civ.*, 2006, 648 ss., con nota di C. MIRIELLO, *La responsabilità precontrattuale in ipotesi di contratto valido ed efficace, ma pregiudizievole*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, 897 ss., con nota di E. PASSARO, *Intermediazione finanziaria e violazione degli obblighi informativi: validità dei contratti e natura della responsabilità risarcitoria*; in *Contr.*, 2006, 446 ss., con nota di F. POLIANI, *La responsabilità precontrattuale della banca per violazione del dovere di informazione*; in *Danno e resp.*, 2006, 25 ss., con nota di V. ROPPO e G. AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*; in *Giur. it.*, 2006, 1599 ss., con nota di G. SICCHIERO, *Un buon ripensamento del S. C. sulla asserita nullità del contratto per inadempimento*; in *Foro it.*, 2006, I, c. 1105, con nota di E. SCODITTI, *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale*. Cass., Sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, cit.; Cass., Sez. I, 17 settembre 2013, n. 21255, in *Foro it.*, 2013, I, c. 3121; in *Resp. civ. prev.*, 2013, con nota di G. DE NOVA, *La modificazione delle condizioni economiche del contratto mediante risarcimento del danno ex art. 2043, ivi*, 10 ss.; con nota di V. ROPPO, *Spunti in tema di responsabilità «pericontrattuale»*. Dialogo con Giorgio De Nova a margine della sentenza di Cassazione sul Lodo Mondadori, *ivi*, 16 ss.; con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *Effettività della tutela e risarcimento per equivalente: la Cassazione sul caso Cir c. Fininvest, ivi*, 42 ss.; con nota di E. GILIBERTI, *Il «lodo Mondadori», la fine della guerra di Segrate e l'incerto limite della responsabilità aquiliana, ivi*, 31 ss.; in *Eur. dir. priv.*, 2013, 1098 ss., con nota di A. DI MAJO, *La «via di fuga» nel torto aquiliano*. Cass., Sez. I, 23 marzo 2016, n. 5762, cit.; Cass., Sez. II, 14 febbraio 2022, n. 4715, cit. Anche nell'ambito di tale evoluzione interpretativa resta ferma la distinzione tra regole di validità e regole di comportamento: la violazione della buona fede precontrattuale attiene al piano della condotta delle parti e non a quello della validità del negozio, con la conseguenza che essa non determina, di per sé, l'invalidità del contratto. In senso critico rispetto alla distinzione tra regole di validità e di comportamento, è stato osservato che ogni regola giuridica possiede inevitabilmente una dimensione comportamentale, in quanto orienta i consociati verso determinati *standard* di condotta. Da questa premessa deriva che la violazione di obblighi comportamentali nella fase prenegoziale può incidere sul regolamento di interessi consacrato nel contratto e, in presenza dei necessari presupposti, integrare una causa di nullità ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c. Inoltre, un'eccessiva enfaticizzazione della distinzione tra le due categorie rischierebbe di svuotare di contenuto la figura della nullità virtuale. Pertanto, è preferibile un approccio casistico, che rimette all'interprete la valutazione circa il rimedio più adeguato agli interessi coinvolti, potendo la violazione configurare, a seconda delle circostanze, l'invalidità, la responsabilità ovvero forme di tutela diverse, come la reintegrazione in forma specifica. In tal senso, v. G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, cit., 10 ss.; M.

L'accennata evoluzione trova ulteriore conferma nell'impatto delle nuove tecnologie sui processi di formazione del consenso. L'impiego di *smart contracts* basati sulla tecnologia *blockchain* incide sulle modalità tradizionali di negoziazione, senza tuttavia escludere la permanenza di obblighi di correttezza e informazione. Questi ultimi gravano necessariamente sulla fase di predisposizione del codice e di adesione all'accordo, anteriore all'avvio del programma. Una volta reso operativo, il protocollo diviene immodificabile, e l'esecuzione consegue automaticamente al verificarsi dell'evento condizionante, senza che residui alcun margine per condotte informative successive. Proprio per tale ragione, la predisposizione del codice e l'inserimento dei dati contrattuali costituiscono i momenti nei quali possono emergere asimmetrie informative o condotte omissive idonee a condizionare la formazione del consenso⁶³.

Analoghe criticità emergono sul piano della trasparenza informativa, soprattutto con riguardo all'impiego di algoritmi e al trattamento dei dati personali, la cui mancata *disclosure* in sede di trattativa può integrare una violazione dei doveri precontrattuali e fondare una responsabilità risarcitoria, pur in presenza di un accordo formalmente valido.

Ulteriori profili problematici riguardano le trattative automatizzate tramite sistemi di intelligenza artificiale, nelle quali la fornitura di informazioni inesatte o incomplete da parte di *chatbot* o agenti algoritmici pone il problema dell'imputazione della responsabilità in capo al soggetto che ha predisposto o implementato la tecnologia, alla luce dei doveri informativi e di controllo gravanti sulle parti del rapporto negoziale⁶⁴.

FOTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, cit., 198 ss.

⁶³ Cfr. L. TAFARO, *Sistemi di IA e obblighi informativi tra "protezione" e "autore-sponsabilità"*, cit., 135 ss. Sugli *smart contracts* e le implicazioni per la formazione del consenso, v., nella letteratura, P. CUCCURU, *Blockchain ed automazione contrattuale. Riflessioni sugli smart contract*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, 107 ss., il quale evidenzia come la barriera semantica tra linguaggio naturale e codice renda necessaria l'intermediazione dei programmatori, reintroducendo profili di vulnerabilità nel rapporto; M. FOTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, cit., 148 ss.; D. DI SABATO, *Tecnologia algoritmica e attività negoziale smart*, in *Contr. e impr.*, 2024, 360 ss., la quale sottolinea che la fonte del rapporto resta la volontà dei contraenti, che esercitano la propria libertà negoziale attraverso l'adozione dell'algoritmo, e che il vero rapporto «nuovo» meritevole di indagine è quello che lega le parti al creatore del codice e all'abilitatore che ne gestisce il funzionamento.

⁶⁴ In argomento, v. N. LUCIFERO, *La responsabilità per le informazioni al consumatore di alimenti tra regole di validità, regole di comportamento e doveri informativi*,

5. Il risarcimento del danno

Rispetto al pregiudizio risarcibile, l'impostazione tradizionale limita il risarcimento al c.d. interesse negativo, cioè l'interesse a non essere coinvolti in trattative inutili o nella conclusione di un contratto invalido. La lesione di tale interesse produce un pregiudizio che si concretizza sia nel danno emergente, costituito dalle spese inutilmente sostenute e dal tempo impiegato nel corso delle trattative, sia nel lucro cessante, integrato dalla perdita di occasioni contrattuali alternative. Una conferma normativa della risarcibilità del pregiudizio precontrattuale pur in presenza di un contratto valido è rinvenibile, del resto, nell'art. 1440 c.c., che, nell'ipotesi di dolo incidente, mantiene fermo il vincolo contrattuale e riconosce al contraente ingannato il diritto al risarcimento del danno⁶⁵.

La distinzione rispetto all'interesse positivo è nota: quest'ultimo coincide con l'utilità economica che il soggetto avrebbe conseguito dall'esatto adempimento dell'obbligazione derivante dal contratto e comprende tanto le perdite evitate quanto i vantaggi che sarebbero derivati dalla sua esecuzione.

La limitazione del risarcimento all'interesse negativo è stata prospettata nell'elaborazione di Jhering con riferimento all'ipotesi della conclusione di un contratto invalido⁶⁶. Tale impostazione risente di una concezione della *culpa in contrahendo* circoscritta a fattispecie assai più ristrette rispetto a quelle oggi ricondotte all'ambito della responsabilità precontrattuale. Per tale ragione, una parte della dottrina si domanda se il risarcimento del danno precontrattuale

cit., 467 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità civile ed intelligenza artificiale: quali soluzioni per quali problemi?*, in *Resp. civ. prev.*, 2023, 1073 ss.; M. FACCIO-LI, *Responsabilità contrattuale e intelligenza artificiale*, in *Jus civile*, 2024, 472 ss.

⁶⁵ In argomento, v. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, cit., 148; R. CALVO, *Diritto civile*, II, *Il contratto*, cit., 59; P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale: il quantum*, cit., 506; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 160. In giurisprudenza, v. Cass., Sez. II, 20 agosto 1980, n. 4942, cit.; v. ancora, *ex multis*, Cass., Sez. I, 12 marzo 1993, n. 2973, cit.; Cass., Sez. I, 26 ottobre 1994, n. 8778, cit.; Cass., Sez. I, 30 agosto 1995, n. 9157, in *www.dejure.it*; Cass., Sez. III, 14 febbraio 2000, n. 1632, cit.; Cass., Sez. III, 10 giugno 2005, n. 12313, cit.; Cass., Sez. III, 3 dicembre 2015, n. 24625, in *CED Cassazione*, 2015; Cass., Sez. II, 27 ottobre 2021, n. 30186, in *Giur. it.*, 2022, 1084 ss., con nota di P. GALLO, *Il quantum nella responsabilità precontrattuale*; Cass., Sez. VI, ord. 16 novembre 2021, n. 34510, cit.; Cass., Sez. III, ord. 12 aprile 2024, n. 9960, in *www.onelegale.it*.

⁶⁶ R. VON JHERING, *Della culpa in contrahendo ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*, cit., 70 ss.

debba essere invariabilmente circoscritto al solo interesse negativo⁶⁷. Questa limitazione appare, infatti, coerente solo con l'ipotesi disciplinata dall'art. 1338 c.c., che tutela l'affidamento riposto sulla validità del contratto e circoscrive il ristoro al pregiudizio derivante dall'inutilità della contrattazione. Peraltro, la norma sarebbe qualificabile come eccezionale, strettamente riferita alla specifica fattispecie del contratto invalido e, pertanto, non suscettibile di estensione alle ulteriori ipotesi di responsabilità precontrattuale⁶⁸.

Con specifico riguardo al recesso ingiustificato dalle trattative, la giurisprudenza prevalente continua ad aderire alla impostazione tradizionale. Sono, pertanto, risarcibili le spese sostenute dopo il momento in cui l'affidamento abbia assunto carattere ragionevole, nonché la perdita di concrete occasioni contrattuali alternative. Restano invece esclusi i vantaggi che sarebbero derivati dall'esecuzione del contratto non concluso, poiché una diversa soluzione finirebbe per sanzionare non già la scorrettezza del comportamento tenuto durante le trattative, ma il mancato perfezionamento dell'accordo, in contrasto con il principio di libertà negoziale⁶⁹.

⁶⁷ Cfr. P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale: il quantum*, cit., 506.

⁶⁸ Presupposto il carattere meramente descrittivo della nozione di interesse negativo, F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 162 ss., ritiene che non vi sia alcuna ragione per escludere dalla fattispecie della responsabilità precontrattuale l'applicazione dei criteri generali contemplati dagli artt. 1223, 1226 e 1227 c.c. A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, II, *Le regole di comportamento*, cit., 212 ss., osserva che il problema della quantificazione del danno nelle forme tradizionali dell'interesse negativo sussiste in caso di recesso ingiustificato dalle trattative e di responsabilità per conclusione di contratto invalido ex art. 1338 c.c.; tuttavia, tenuto conto della varietà degli illeciti che possono essere commessi nel corso delle trattative – si pensi alla conclusione di un contratto valido oppure all'ipotesi di dolo incidente di cui all'art. 1440 c.c. – considera insoddisfacente la limitazione del danno all'interesse negativo. Nel medesimo senso, v. S. MAIORCA, *Il contratto. Profili della disciplina generale. Lezioni di diritto privato*, cit., 210. P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale: il quantum*, cit., 492 ss., non reputa necessario porre un limite all'ammontare del risarcimento del danno precontrattuale; *contra*, v. F. CARRESI, *Il contratto*, cit., 740 ss., il quale sostiene che il risarcimento non potrebbe mai superare il limite posto dall'interesse positivo.

⁶⁹ V., *ex multis*, Cass., Sez. I, 30 agosto 1995, n. 9157, in www.onelegale.it, per cui, quando non è stipulato il contratto, non può essere dovuto un risarcimento equivalente a quello conseguente all'inadempimento contrattuale. In costanza della lesione dell'interesse giuridico al corretto svolgimento delle trattative, il danno risarcibile è unicamente quello consistente nelle perdite che sono derivate dall'aver fatto affidamento nella conclusione del contratto e nei mancati guadagni verificatisi in conseguenza della perdita di altre occasioni contrattuali; nello stesso senso, v.

Per quanto concerne le ipotesi di contratto valido, ma sconveniente, il pregiudizio consiste non nell'inutile svolgimento delle trattative, bensì nell'alterazione dell'assetto di interessi risultante dal contratto. Il risarcimento assolve una funzione correttiva, volta a neutralizzare gli effetti economici della condotta sleale e a ricollocare il contraente nella posizione che avrebbe occupato in assenza della violazione dei doveri precontrattuali. Per questa ragione, il danno risarcibile non può essere commisurato al solo interesse negativo, ma deve coincidere con il c.d. interesse positivo differenziale, rappresentato dal minor vantaggio o dal maggiore aggravio economico derivante dalle condizioni contrattuali pattuite sotto l'influenza del comportamento scorretto⁷⁰.

Le difficoltà connesse alla determinazione del danno risarcibile hanno spinto la dottrina a verificare l'adequatezza del tradizionale criterio dell'interesse negativo, prospettando il ricorso a diversi modelli di quantificazione del pregiudizio. Un primo parametro è stato individuato nell'*actio quanti minoris*, che consente di ridurre il prezzo in proporzione alla differenza tra il valore che la prestazione avrebbe avuto se conforme alla rappresentazione fornita e il suo valore effettivo. Una soluzione siffatta, tuttavia, è stata criticata nella misura in cui può attribuire al danneggiato un'utilità eccedente la tutela dell'interesse negativo⁷¹.

Maggiore consenso incontra il criterio dell'*out of pocket*, di derivazione anglosassone, che commisura il risarcimento alla differenza tra il valore effettivamente ricevuto e quanto corrisposto dalla vittima della scorrettezza. In questo modo il danneggiato è riportato nella situazione patrimoniale che avrebbe mantenuto in assenza dell'ille-

Cass., Sez. III, 14 febbraio 2000, n. 1632, cit.; Cass., Sez. II, 30 luglio 2004, n. 14539, in *Corr. giur.*, 2005, 1099 ss., con nota di G. MERUZZI, *La quantificazione dell'interesse contrattuale negativo nella responsabilità in contrahendo ex art. 1338 c.c.*; Cass., Sez. II, 20 dicembre 2011, n. 27648, in *Contr.*, 2012, 235 ss., con nota di F. DELLA NEGRA, *Culpa in contrahendo, contatto sociale e modelli di responsabilità*; Cass., Sez. III, 3 dicembre 2015, n. 24625, cit.; Cass., Sez. II, 27 ottobre 2021, n. 30186, cit.; Cass., Sez. II, 12 maggio 2022, n. 15147, cit.; Cass., Sez. III, 15 settembre 2025, n. 25205, in *www.dejure.it*.

⁷⁰ Cfr. F. TOSCHI VESPASIANI e S. GUOLI, *Responsabilità precontrattuale e danno risarcibile*, in *Contr.*, 2019, 449 ss. In giurisprudenza, v. Cass., Sez. II, 25 gennaio 2018, n. 1887, in *CED Cassazione*, 2018; Cass., Sez. III, 6 novembre 2024, n. 28561, in *www.dejure.it*; Cass., Sez. III, 18 marzo 2026, n. 6485, *ivi*.

⁷¹ V. ROPPO e G. AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, cit., 34.

cito, senza conseguire vantaggi ulteriori⁷².

Più ampia, invece, è la logica sottesa allo strumento del *loss of bargain*, che mira a collocare il danneggiato nella posizione in cui si sarebbe trovato ove la rappresentazione della realtà fosse stata corretta, consentendo, in determinate circostanze, il ristoro di utilità riconducibili all'interesse positivo⁷³.

Per le ipotesi in cui la precisa determinazione del danno risulti impossibile o particolarmente difficile, resta ferma la possibilità di procedere alla liquidazione equitativa. Parte della dottrina ammette, inoltre, il ricorso alla reintegrazione in forma specifica ai sensi dell'art. 2058 c.c. e, nei casi più significativi, alla rettifica del contenuto contrattuale, ritenuta talvolta il rimedio maggiormente idoneo a ripristinare l'assetto di interessi che le parti avrebbero concordato in assenza della violazione degli obblighi di buona fede⁷⁴.

In una prospettiva comparatistica emerge un progressivo superamento della tradizionale identificazione della responsabilità precontrattuale con la sola tutela dell'interesse negativo. Il legislatore tedesco, attraverso la riforma del BGB del 2002, ha mostrato una crescente apertura verso forme di ristoro paramtrate all'effettiva incidenza della violazione sugli interessi del contraente leso, sino a ricomprendere, in determinate ipotesi, anche utilità riconducibili all'interesse positivo. Analoga tendenza emerge nell'ordinamento olandese, nel quale la responsabilità precontrattuale può comportare, in alcune circostanze, il ristoro anche del mancato profitto. Al riguardo, sono distinte due fasi del procedimento negoziale; in una prima, caratterizzata dalla piena libertà delle parti, ciascun contraente può interrompere le trattative senza conseguenze risarcitorie. In un momento successivo, invece, quando il negoziato abbia raggiunto un grado di avanzamento tale da rendere ragionevolmente prevedibile la conclusione del contratto, l'ingiustificata interruzione delle trattative potrà comportare l'obbligo di risarcire non soltanto le spese inutilmente sostenute, ma anche i vantaggi patrimoniali che la controparte avrebbe conseguito dall'esecuzione del contratto non concluso⁷⁵.

⁷² V., ancora, V. ROPPO e G. AFFERNI, *op. loc. ult. cit.*

⁷³ Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 180.

⁷⁴ In argomento, v. P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale: il quantum*, cit., 515; V. BELLONIA, *La responsabilità precontrattuale tra contrattazione civile, del consumatore e di impresa*, cit., 273; G. BEVIVINO, *Antiche, nuove e nuovissime questioni attorno al tema della "pre-contrattualità"*, cit., 594.

⁷⁵ V., *amplius*, M. FOTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, cit., 148.

Vale la pena di ricordare, infine, che, all'art. 3:204, comma 2, dei *Principles of European Contract Law* è stabilito, con riferimento alla responsabilità del rappresentante senza potere, che, in mancanza della ratifica da parte del rappresentato, «colui che ha agito come rappresentante è tenuto al risarcimento del danno nei confronti del terzo contraente nella misura che consenta a quest'ultimo di trovarsi nella stessa situazione nella quale si sarebbe trovato se il rappresentante avesse agito con i relativi poteri». La disposizione testimonia la crescente centralità di una tutela modellata sulle concrete conseguenze della violazione e non rigidamente ancorata alla tradizionale dicotomia tra interesse negativo e interesse positivo⁷⁶.

Cecilia De Luca

⁷⁶ Sul punto, v. P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale: il quantum*, cit., 498.

L'intelligenza artificiale istituzionale: esperienze a confronto tra Italia e Inghilterra

FOSCA LAMBERTI

(Avvocato e Ph.D in Diritto Pubblico Comparato)

Abstract

L'articolo analizza l'applicazione dei sistemi di Intelligenza Artificiale nell'ambito dell'azione amministrativa, ponendo particolare attenzione al tema della legittimazione all'uso dell'AI nell'esercizio di poteri autoritativi, alla natura giuridica dell'atto algoritmico e all'obbligo di motivazione dei provvedimenti adottati tramite sistemi automatizzati.

L'indagine muove dalla constatazione dei limiti strutturali e normativi che caratterizzano il sistema italiano, ancora privo di una disciplina organica in materia, per poi confrontarli con l'esperienza britannica, nella quale i principi di Common law — grazie alla loro elasticità interpretativa — consentono di esplorare modalità innovative di applicazione del diritto amministrativo in contesti tecnologicamente evoluti. Attraverso un'analisi comparata, lo studio evidenzia come la *rule of law* si stia progressivamente intrecciando con la *rule of technology*, rendendo necessario individuare nuovi strumenti di controllo e di garanzia, capaci di assicurare la trasparenza, la tracciabilità e l'imputabilità delle decisioni automatizzate. L'esperienza inglese mostra come la giurisprudenza possa fungere da apripista nel delineare standard di legalità e correttezza procedimentale anche in assenza di una disciplina legislativa, mentre nel sistema di Civil law permane l'esigenza di un intervento del legislatore volto a definire i confini applicativi dell'Intelligenza Artificiale istituzionale.

Pertanto, risulta auspicabile una normativa generale che, valorizzando il principio di buon andamento e i valori costituzionali di imparzialità, proporzionalità e tutela dei diritti fondamentali, consenta di integrare la tecnologia nei processi amministrativi senza alterare i fondamenti dello Stato di diritto, garantendo che i sistemi di AI operino in modo trasparente, spiegabile e conforme ai principi della legalità amministrativa.

The article examines the application of Artificial Intelligence systems within administrative action, with particular attention to the legitimacy of using AI

in the exercise of authoritative powers, the legal nature of algorithmic acts, and the obligation to provide reasoning for administrative decisions adopted through automated systems. The analysis starts from the recognition of the structural and regulatory limitations affecting the Italian system, which still lacks a comprehensive framework, and compares them with the British experience, where the principles of Common law — thanks to their interpretative flexibility — allow for the exploration of innovative approaches to administrative law in technologically advanced contexts. Through a comparative perspective, the study highlights how the rule of law is progressively intertwining with the rule of technology, making it necessary to identify new mechanisms of control and accountability capable of ensuring transparency, traceability, and imputability in automated decision-making processes. The English experience demonstrates how case law can act as a driving force in shaping standards of legality and procedural fairness even in the absence of specific legislation, whereas in civil law systems the need remains for legislative intervention to define the scope and limits of institutional Artificial Intelligence.

It is therefore desirable to establish a general regulatory framework that, by enhancing the constitutional principles of efficiency, impartiality, proportionality, and the protection of fundamental rights, enables the integration of technology into administrative processes without undermining the foundations of the rule of law, ensuring that AI systems operate transparently, are explainable, and remain consistent with the principles of administrative legality.

Sommario: 1. L'Intelligenza Artificiale al servizio della Pubblica Amministrazione 2. La legittimazione all'uso dell'AI nell'esercizio di poteri autoritativi 3. La natura giuridica dell'atto di provenienza algoritmica 4. L'obbligo di motivazione 5. La scelta dei dati per il training, affidabilità delle risultanze e *automation bias* 6. La necessità di confrontarsi con altre esperienze giuridiche 7. L'ordinamento inglese 8. Conclusioni

1. L'Intelligenza Artificiale al servizio della Pubblica Amministrazione

L'interesse verso l'implementazione di sistemi di Intelligenza Artificiale (AI) nell'ambito dell'*agere* pubblico si è recentemente intensificato, a seguito dell'affermarsi di modelli tecnologici capaci di incidere profondamente sull'organizzazione amministrativa e sui processi decisionali.

Nonostante la spinta alla digitalizzazione e il riconoscimento della funzione strategica dei dati pubblici, il sistema italiano incontra oggi limiti strutturali e giuridici significativi nell'applicazione di sistemi di decisione automatizzata (*Automated Decision Making*) nell'ambito amministrativo. Sebbene, sia in Italia che in altri sistemi giuridici, sono diverse le esperienze nell'adozione di provvedimenti amministrativi attraverso l'automazione "classica" (basata su algoritmi predeterminati tradizionali, che si fondano sullo schema "input – sequenza di istruzioni – output"¹), ciò che, ad oggi, si impone come un tema sul quale approfondire le ricerche e sviluppare un dibattito, è l'utilizzo dei sistemi di Intelligenza Artificiale nell'ambito dei procedimenti amministrativi, ossia di sistemi che si basano su logiche differenti dai c.d. algoritmi "condizionali" o deterministici².

¹ Esempi in tal senso sono riscontrabili nei procedimenti per la formazione delle liste dei professori universitari che possono far parte delle commissioni per l'ASN, o ancora nei provvedimenti di esclusione dalle procedure concorsuali, la cui domanda di partecipazione avviene attraverso una piattaforma informatica.

² Sulla differenza tra algoritmi condizionali e IA si rinvia a L. TORCHIA, *Lo Stato digitale. Un'introduzione*, Il Mulino, Bologna, 2025, 132 ss.; M.C. CAVALLARO, *Intelligenza artificiale, interesse pubblico e complessità della scelta amministrativa*, in *Amministrativ@mente*, Rivista di ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico", 2024, 3, 938 ss.; A. DE MARTINO, *Tecnica e potere nell'amministrazione per algoritmi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023; e al filone giurisprudenziale nella vicenda nota come la riforma della "buona scuola", che ha posto le basi per la discussione in tema di applicazione di sistemi automatizzati ai procedimenti amministrativi. Per un approfondimento sul tema dell'automatizzazione della P.A. Dello stesso Autore, *Intelligenza artificiale, garanzie dei privati e decisioni amministrative: l'apporto umano è ancora necessario? Riflessioni a margine di Cons. Stato 8 aprile 2019, n. 2270 in Riv. Giur. Eur.*, 2019, 2. Si veda anche D. MARONGIU, *L'attività amministrativa automatizzata*, Maggioli, Rimini, 2005; A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico*, Jovene, Napoli, 1993.

Nei casi in cui si ricorre a forme di automazione tradizionale, l'emissione degli atti amministrativi, pur avvenendo in modo automatico quale risultato operativo del software, resta comunque fondata su una manifestazione di volontà previamente incorporata nelle istruzioni di programmazione³. Pertanto, da un lato, l'imputazione di tali atti deve essere riferita all'amministrazione che ha predisposto l'algoritmo o che, pur avendolo commissionato a soggetti terzi, ne ha fatto proprio il contenuto; dall'altro, il provvedimento prodotto rappresenta semplicemente la traduzione esterna dei presupposti giuridici già codificati nelle stringhe del programma⁴.

Quando si tratta di sistemi di Intelligenza Artificiale è necessario prendere in considerazione diversi aspetti che possono in qualche modo scontrarsi con quelli che sono i principi fondamentali dell'*agere* pubblico e che informano il nostro ordinamento.

In tale quadro, il primo nodo problematico emerso in relazione all'impiego dei sistemi di Intelligenza Artificiale nell'ambito dell'amministrazione pubblica riguarda la legittimazione degli enti pubblici ad avvalersi di software basati su reti neurali e tecniche di *machine learning* che, avendo un funzionamento completamente diverso da quello degli algoritmi "condizionali", comportano forti perplessità circa il rispetto dei principi e delle garanzie previste dal nostro ordinamento.

L'applicazione dell'Intelligenza Artificiale alla sfera pubblicistica impone, pertanto, di valutare una pluralità di profili potenzialmente in tensione con i principi fondamentali che informano l'azione amministrativa, tant'è che sul tema delle decisioni automatizzate si è sviluppato, negli ultimi anni, un ampio dibattito giurisprudenziale⁵: sia i giudici di merito⁶

³ G. TERRACCIANO, *I sistemi di intelligenza artificiale, l'attività amministrativa e il sindacato giurisdizionale, in considerazione della legge n. 132 del 2025*, in *Amministrativ@mente*, Rivista di ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico", 2025, 3, 817 ss.

⁴ D. MARONGIU, *L'intelligenza artificiale "istituzionale": limiti (attuali) e potenzialità*, in *European Review of Digital Administration & Law – Erdal*, 2020, 1, 1-2, 41.

⁵ A tal proposito, con riferimento alle pronunce con orientamenti diversi che si sono susseguite, in dottrina c'è chi ha parlato di "dis-orientamenti giurisprudenziali" alludendo proprio alla difficoltà degli organi di giustizia amministrativa ad affrontare la tematica della applicazione degli algoritmi all'interno dei procedimenti amministrativi. In tal senso v. S. CIVITARESE MATTEUCCI, *«Umano troppo umano». Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in *Diritto Pubblico*, 2019, 1, 27.

⁶ La giurisprudenza di merito in un primo orientamento ha mantenuto un approccio particolarmente cauto e conservativo rispetto alla possibilità di affidarsi alle dotazioni tecnologiche, negandone l'uso all'interno del procedimento amministrativo. Sul punto si veda Tar Lazio, Sez. III bis, 22 marzo 2017 n. 3769; Tar Lazio, Sez. III bis, 10

sia quelli di legittimità⁷ si sono pronunciati in materia, richiamando in alcune decisioni anche sistemi fondati su *deep learning*, ma con riferimento concreto a meccanismi automatizzati riconducibili al modello “condizionale”. All’uopo, è necessario sottolineare che le decisioni basate su sistemi di apprendimento automatizzato non sono elaborate da algoritmi che operano in base a delle deduzioni, come quelli di cui si è discusso in giurisprudenza, bensì da algoritmi che fanno predizioni in termini probabilistici e che quindi «generano predizioni attraverso un proprio sistema di apprendimento»⁸ e per i quali sussistono diverse caratteristiche che possono limitarne la loro adozione.

Infatti, ciò che viene in evidenza nell’affrontare il tema dell’Intelligenza Artificiale nell’ambito pubblicistico attiene alla circostanza per cui tali sistemi si pongano in contrasto con quelli che sono i principi fondamentali della *rule of law*, «intesa come diritto alla legalità e alla spiegazione delle decisioni e alla loro giustiziabilità»⁹, nonché del rispetto dei principi di certezza e non discriminazione.

settembre 2018 n. 9230; Tar Lazio, sez. III bis, 10-13 settembre 2019, n. 10964. In dottrina per un commento cfr. I.A. NICOTRA, V. VARONE, *L'algoritmo, intelligente ma non troppo*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2019; E. PROSPERETTI, *Accesso al software e al relativo algoritmo nei procedimenti amministrativi e giudiziali. Un'analisi a partire da due pronunce del TAR Lazio*, in *Dir. dell'informatica*, 2019, 4, p. 979 ss.; I. FORGIONE, *Il caso dell'accesso al software MIUR per l'assegnazione dei docenti*, in *Giorn. Dir. amm.*, n. 5, 2018, p. 647 ss.; G. FASANO, *Le decisioni automatizzate nella pubblica amministrazione: tra esigenze di semplificazione e trasparenza algoritmica*, in *Media Laws*, n. 3, 2019; A. SOLA, *La giurisprudenza e la sfida dell'utilizzo di algoritmi nel procedimento amministrativo*, in *Giustamm.it*, n. 2, 2020.

⁷ Si veda Cons. Stato, Sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881; Id., 13 dicembre 2019, n. 8472, 8473 e 8474; Id., 8 aprile 2019, n. 2270, per un commento in proposito si veda A. DI MARTINO, *Intelligenza artificiale, garanzie dei privati e decisioni amministrative*, *op.cit.*, il quale rileva come nella sentenza venga enfatizzata l'applicazione dei sistemi deterministici specie all'interno di quelle procedure le cui sequenze sono seriali o standardizzate e, dunque, prive di una valutazione discrezionale da parte dell'amministrazione. Sicché per i giudici di legittimità il tema della compatibilità con le garanzie procedurali viene risolto ponendo quale condizione di legittimità la conoscibilità dei momenti dell'iter argomentativo e decisionale del software. Soluzione, questa, non attuabile quando il sistema apprende ed agisce applicando tecniche di *machine learning*.

⁸ F.F. PAGANO, *Pubblica amministrazione e innovazione tecnologica*, in *Gruppo di Pisa*, 2021, III, 99; I. MARTÍN DELGADO, *Automazione, intelligenza artificiale e pubblica amministrazione: vecchie categorie concettuali per nuovi problemi?*, in *Istituzioni del federalismo*, 2019, 3, 645.

⁹ B. MARCHETTI, *Intelligenza artificiale, poteri pubblici e rule of law*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2024, 1, 53, inoltre l'Autore richiama «i c.d. core elements che secondo la Commissione di Venezia costituiscono la rule of law checklist, un dato ordinamento può dirsi fondato sulla Rule of law se assicura legality, legal certainty, equality (e non discrimination) before the law, access to justice e previene gli abusi di potere, se dispone cioè di misure in grado di limitare l'arbitrio dei funzionari pubblici.», 52.

2. La legittimazione all'uso dell'AI nell'esercizio di poteri autoritativi

Un primo profilo di riflessione attiene alla legittimazione dell'impiego dell'algoritmo nell'esercizio di poteri autoritativi in sostituzione del decisore umano e, conseguentemente, l'individuazione del fondamento normativo che può sorreggere tale scelta. La domanda che ci si è posti, in parole semplici, è se il potere amministrativo esercitato attraverso lo strumento algoritmico debba essere qualificato come un potere amministrativo del tutto nuovo ovvero possa essere configurato una differente modalità di esercizio del potere autoritativo.

Il principio di legalità — o, nel linguaggio del diritto dell'Unione europea, la base legale¹⁰ — richiede che l'esercizio dei poteri da parte dell'autorità amministrativa trovi la propria giustificazione in un atto legislativo, variamente configurato nei diversi ordinamenti (costituzioni, leggi, trattati, regolamenti o direttive)¹¹. Tale principio costituisce un cardine della cultura costituzionale comune agli Stati membri ed è riconosciuto come principio generale del diritto dell'Unione europea.

Occorre sottolineare che fino a poco fa non era riscontrabile nel nostro ordinamento alcuna norma che sanciva espressamente il ricorso a strumenti che impiegano algoritmi “tradizionali” o di AI, tuttavia, con l'art. 14 della Legge 23 settembre 2025, n. 132, è stato espressamente previsto che *“Le pubbliche amministrazioni utilizzano l'intelligenza artificiale allo scopo di incrementare l'efficienza della propria attività, di ridurre i tempi di definizione dei procedimenti e di aumentare la qualità e la quantità dei servizi erogati ai cittadini e alle imprese, assicurando agli interessati la conoscibilità del suo funzionamento e la tracciabilità del suo utilizzo. L'utilizzo dell'intelligenza artificiale avviene in funzione strumentale e di supporto all'attività provvedimentale, nel rispetto dell'autonomia e del potere decisionale della persona che resta l'unica responsabile dei provvedimenti e dei procedimenti in cui sia stata utilizzata l'intelligenza artificiale”*.

¹⁰ Sul concetto di base legale in Ue: C.G.U.E. 6 settembre 2017, C-643/15 e C-647/15; C.G.U.E. 7 settembre 2016, C-113/14; C.G.U.E., 1 dicembre 2015, C-124/13 e 125/13.

¹¹ A. TRAVI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, in *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, A. Travi (a cura di), Atti del convegno “LIII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione”, Varenna, 20-22 Settembre 2007, Giuffrè, Milano 2008, 21; R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Giuffrè, Milano, 1990; F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Cedam, Padova, 1969.

L'intervento del legislatore risulta quanto mai interessante ai fini della presente indagine poiché la citata norma, nonostante preveda espressamente la possibile adozione di sistemi di AI nell'ambito dell'attività amministrativa, non si preoccupa di innovare in alcun modo i criteri di azione della P.A. e non sancisce nessun tipo di distinzione tra sistemi di AI “deboli”, che possono essere ricondotti a quelli di tipo deterministico, e quelli “forti” che, a causa delle loro particolarità tecniche, pongono non pochi problemi circa la loro rispondenza ai principi di legalità e tipicità che regolano l'azione amministrativa¹².

In particolare, l'art. 14 citato, non fornendo alcun tipo di distinzione, si occupa unicamente di definire l'utilizzo del sistema come “funzionale” all'incremento di efficienza, alla riduzione dei tempi di definizione dei procedimenti, al miglioramento della quantità e qualità dei servizi, richiamando in modo generico il criterio di conoscibilità del funzionamento del sistema di IA e quello di tracciabilità del suo utilizzo. Inoltre, il secondo comma ribadisce l'utilizzo del sistema a mero supporto dell'attività provvedimentale o in funzione comunque strumentale, sottolineando che il potere decisionale resta del responsabile del procedimento. Questa impostazione, tuttavia, omette di prendere in considerazione che l'impiego dei sistemi di intelligenza artificiale non può essere relegato alla sola fase decisionale, essendo – invero - «*funzionali all'esercizio delle potestà amministrative pubbliche durante l'intero procedimento, dalla fase di iniziativa a quella decisoria*»¹³.

Sebbene il provvedimento sia volto a mantenere la centralità del funzionario umano, quale centro di imputazione del potere e delle

¹² F.F. PAGANO, *Pubblica amministrazione e innovazione tecnologica*, op.cit., 103; A. MASUCCI, *Digitalizzazione dell'amministrazione e servizi pubblici “on line”. Lineamenti del disegno normativo*, in *Diritto pubblico*, 2019, XXV, 1, 117 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Umano troppo umano*, op. cit., 34 ss. L'autore parla di attenuazione del principio in questione in virtù di una pluralità rappresentativa dovuta alla perdita del monopolio della rappresentanza da parte dei Parlamenti; N. LUPO, *Dalla legge al regolamento*, il Mulino, Bologna, 2003, 382 ss., il quale per sostenere la sua tesi fa un confronto con il modello istituzionale dell'Unione Europea; C. PINELLI, *Modernizzazione amministrativa, principio di legalità, interpretazione costituzionale*, in *Diritto pubblico*, 2001, I, 103, l'autore condivide l'orientamento che ricava il principio di legalità dall'insieme dei principi e degli istituti costituzionali che presuppongono la legge come veicolo di formazione delle scelte politiche che maggiormente caratterizzano il vivere civile.

¹³ G. TERRACCIANO, *I sistemi di intelligenza artificiale, l'attività amministrativa e il sindacato giurisdizionale, in considerazione della legge n. 132 del 2025*, op. cit., 821.

conseguenti responsabilità, è opportuno rilevare che, qualora si optasse per sistemi di AI “forti”, sarebbe difficile scindere la macchina dall’uomo data l’attitudine di questi ultimi a sostituirsi al funzionario umano, quantomeno nell’ambito di quelle decisioni che non hanno margini di discrezionalità o quando gli interessi pubblici o privati coinvolti non siano di particolare rilevanza.

Alla luce di queste riflessioni appare ancor più necessario indagare quali possano essere le regole che legittimino e supportino l’azione amministrativa svolta dai sistemi AI “forti”, nel rispetto del principio di legalità e della necessaria previsione legislativa del potere autoritativo attribuito ai soggetti pubblici. Invero, si è ritenuto che l’utilizzo degli strumenti di AI possa ritenersi implicitamente ricompreso nell’ambito di tale attribuzione in virtù del principio di buon andamento sancito dall’art. 97 della Costituzione e in altre norme del nostro ordinamento. In base al precetto costituzionale, le amministrazioni, nella selezione dei mezzi da adottare per l’esecuzione dei propri compiti istituzionali, devono privilegiare quegli strumenti, ritenendo inclusi anche i sistemi di IA basati su *machine learning*, che risultino idonei a migliorare l’efficienza e l’efficacia dell’azione amministrativa¹⁴.

Inoltre, all’interno del CAD la disposizione di cui all’art. 41 statuisce che “*Le Pubbliche Amministrazioni gestiscono i procedimenti amministrativi utilizzando le tecnologie dell’informazione e della comunicazione*”, evidenziando un obbligo in capo all’Amministrazione di dotarsi di sistemi ICT necessari per gestire i propri procedimenti. Tant’è che dalla lettura della norma, in combinato disposto con l’art. 3-bis della L. 241/1990, si evince che la disposizione sia «*idonea a fare acquistare una valenza precettiva a quell’obbligo meramente programmatico che l’art. 3-bis della legge generale sul procedimento indubbiamente contiene*»¹⁵.

Accanto a tale prospettiva, una diversa base di legittimazione per l’adozione di sistemi decisionali automatizzati può essere individuata nella normativa europea in materia di protezione dei dati personali, in quanto l’art. 22 del GDPR impone al titolare del trattamento che effettui operazioni su dati personali di informare l’interessato circa l’esistenza di un processo decisionale automatizzato. Da ciò, parte

¹⁴ G. CARULLO, *La decisione amministrativa e intelligenza artificiale*, in *Dir. Inform.*, 2021, 3, 452.

¹⁵ D.U. GALETTA, *Algoritmi, procedimento amministrativo e garanzie: brevi riflessioni, anche alla luce degli ultimi arresti giurisprudenziali in materia*, in *Rivista di diritto pubblico comparato ed europeo*, 2020, 3, 503. ;

della dottrina¹⁶ ha ritenuto di poter desumere una forma di legittimazione implicita in capo alla Pubblica Amministrazione all'utilizzo di tali sistemi, atteso che la disposizione stessa prevede espressamente l'obbligo di fornire l'informativa ogniquale volta i dati personali siano impiegati nell'ambito di un processo decisionale automatizzato. L'art. 22 GDPR dispone che *“L'interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato (...) che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona”*, ad eccezione che il trattamento risulti necessario *“per l'esecuzione di un compito svolto nel pubblico interesse oppure nell'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento, ovvero per i legittimi interessi di un titolare del trattamento o di terzi”*. Infatti, è il successivo art. 23 GDPR a disporre che tale diritto possa essere limitato purché *“mediante misure legislative”* da norme di diritto UE ovvero da norme di diritto nazionale *“tale limitazione rispetti l'essenza dei diritti e delle libertà fondamentali e sia una misura necessaria e proporzionata in una società democratica”* per garantire la tutela di interessi pubblici indicati nella disposizione¹⁷. Da ciò deriva che è ammissibile una decisione basata sul trattamento automatizzato quando sia rispettato il principio di proporzionalità e vengano indicate le *“misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato”*.

Inoltre, il filone giurisprudenziale¹⁸ sviluppatosi negli ultimi anni in materia di applicabilità dei sistemi automatizzati ai procedimenti amministrativi, ha offerto l'occasione ai giudici del Consiglio di Stato¹⁹ di delineare alcune prime linee interpretative circa gli ambiti nei quali l'impiego di tali strumenti possa ritenersi ammissibile.

Va osservato che, sebbene nei casi esaminati si è trattato di algoritmi di tipo “semplice”, privi cioè di componenti di vera e propria Intelligenza Artificiale, tali pronunce assumono rilievo poiché consentono di individuare le principali criticità connesse all'uso di procedi-

¹⁶ L. TORCHIA, *Lo Stato digitale. Un'introduzione*, op. cit., 135 ss; D.U. GALETTA, *Algoritmi, procedimento amministrativo e garanzie*, op.cit., 501 e ss.

¹⁷ D.U. GALETTA, J.G. CORVALÁN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0?, ? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Federalismi.it*, 2019, III, 15; P. OTRANTO, *Riflessioni in tema di decisione amministrativa, intelligenza artificiale e legalità*, XIII Lezione: *il provvedimento amministrativo algoritmico*, in *XXVI Lezioni di diritto dell'Intelligenza Artificiale*, Ruffolo U. (a cura di), Giappichelli, Torino, 2021, 259.

¹⁸ TAR Lazio, sez. III bis sent. 3769 del 2017 e TAR Lazio III bis sent. Nn. 9224 e 9230 del 2018.

¹⁹ Cons. Stato, Sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881; Id., 13 dicembre 2019, n. 8472, 8473 e 8474; Id., 8 aprile 2019, n. 2270;

menti automatizzati nella Pubblica Amministrazione e di estendere tali riflessioni anche ai più complessi sistemi basati su tecniche di *machine learning*.

Come notato in dottrina²⁰, si è assistito ad una trasposizione della *rule of law* nella *rule of technology*, in quanto con le pronunce del Supremo Consiglio sono stati ricostruiti alcuni principi di carattere generale che debbono essere implementati nell'ambito dell'amministrazione algoritmica²¹.

Il primo principio è quello della conoscibilità, che riconosce al privato il diritto di essere informato dell'esistenza di processi decisionali automatizzati che lo riguardano e di ricevere indicazioni sulla logica impiegata nel loro funzionamento. Tale principio si ricollega, in modo diretto, alla possibilità di sindacare le motivazioni sottese alle decisioni amministrative.

Il secondo principio è quello della non esclusività della decisione algoritmica, richiamato anche dal GDPR, che esprime la necessità di mantenere un approccio antropocentrico nell'uso di tali strumenti, assicurando che la decisione finale resti comunque riconducibile all'intervento umano²².

²⁰ A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2019, 4, 1165; Id., *Amministrazione digitale algoritmica. Il quadro costituzionale*, in *Il diritto dell'Amministrazione pubblica digitale*, R. Cavallo Perin-D.U. Galetta (a cura di), Giappichelli, Torino, 2020, 17.

²¹ Tra le pronunce che hanno segnato un punto di partenza nella valutazione dell'applicazione di tali strumenti vi è la sentenza del C.d.S. n. 2270 del 2019, la quale ha inteso ricostruire i limiti della decisione algoritmica nell'ambito dei poteri autoritativi e del sindacato giurisdizionale, andando a delineare quello che potrebbe essere inteso come un principio di legalità algoritmica, sul punto si veda F.F. PAGANO, *Pubblica amministrazione e innovazione tecnologica*, in *Gruppo di Pisa*, 2021, 3, 107; B. SPAMPINATO, *Per un primo inquadramento teorico della decisione amministrativa algoritmica*, in *Amb. dir.*, 3, 2021, 3 ss; G. MARCHIANO, *La legalità algoritmica nella giurisprudenza amministrativa*, in *Dir. econ.*, 3, 2020, 229 ss. In particolare, il principio di conoscibilità dell'algoritmo, il principio di non esclusività della decisione algoritmica e il principio di non discriminazione algoritmica costituiscono i tre pilastri della legalità algoritmica, fungendo da condizioni di legittimità per le decisioni automatizzate adottate dalla pubblica amministrazione.

²² Sulla distinzione tra "decisione algoritmica" e "supporto algoritmico" alla decisione umana già affermata in materia di appalti pubblici si veda Consiglio di Stato, sez. IV, 4 giugno 2025, n. 4857. Sul punto si veda anche G. TERRACCIANO, *I sistemi di intelligenza artificiale, l'attività amministrativa e il sindacato giurisdizionale, in considerazione della legge n. 132 del 2025, op. cit.*, 814 ss., il quale evidenzia che nella sentenza si rileva che «le decisioni che si avvalgono di un algoritmo di mero supporto – che restano rigorosamente ancorate al fattore umano – non sono disciplinate dall'art. 30, comma 2, lett. a), del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 il quale, di contro regolamenta solamente i principi che devono governare l'adozione dei "provvedimenti per

Infine, il terzo principio è quello della non discriminazione algoritmica, in forza del quale il titolare del trattamento è tenuto ad adottare tecniche e procedure adeguate, nonché misure organizzative idonee a correggere eventuali inesattezze nei dati e a ridurre al minimo il rischio di errori o distorsioni nei risultati.

Alla luce di quanto sin qui osservato, si deve concludere in senso favorevole all'ipotesi per cui l'utilizzo degli strumenti algoritmici deve essere inteso quale modalità di esercizio del potere amministrativo. Tale orientamento, infatti, è stato confermato anche dalla giurisprudenza che sin ora non ha richiesto la sussistenza di una specifica norma abilitativa per le decisioni automatizzate, orientandosi – piuttosto – a ritenere che il ricorso agli algoritmi sia una scelta di natura organizzativa, che non richiede una base legale espressa e per la quale non è necessario il rispetto dei principi di normatività e tipicità. Ciò che la giurisprudenza richiede, invece, è che l'amministrazione assolva ad un obbligo di motivazione relativamente alle ragioni della scelta specifica in relazione al provvedimento adottato e l'obbligo di indicare la logica e le modalità di funzionamento dello strumento impiegato²³.

3. La natura giuridica dell'atto di provenienza algoritmica

Un ulteriore profilo che è stato oggetto di riflessione da parte della dottrina²⁴, che attiene all'impiego di strumenti di Intelligenza Artificiale nell'ambito delle decisioni amministrative, riguarda la possibilità di qualificare l'atto algoritmico come vero e proprio atto giuridico e, dunque, la compatibilità della decisione prodotta dalla macchina con i principi e le categorie fondamentali della teoria dell'atto amministrativo²⁵.

Come osservato da numerosi maestri del diritto italiano²⁶, la volontà deve essere intesa come manifestazione di un'attività psichica, e

algoritmi” (principio di trasparenza, principio di non esclusività della decisione algoritmica, principio di non discriminazione)». spec. p. 827: «si è anche preso atto che, pur con riserva di “umanità”, l'utilizzazione in attività amministrativa di sistemi di IA è ormai comune e diffusa, e si è anche provato a delimitare il confine tra decisione algoritmica e algoritmo di mero supporto all'attività decisionale amministrativa, ciò al fine di riconoscere o meno il diritto di accesso al c.d. 'sorgente'».

²³ L. TORCHIA, *Lo Stato digitale. Un'introduzione*, op. cit., 166 ss.

²⁴ A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, op. cit., 1170.

²⁵ F. FOLLIERI, *Decisione amministrativa e atto vincolato*, in *Federalismi.it*, 2017, 7.

²⁶ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Tomo I, Cedam, Padova, 1967; O. RANELLETTI, A. AMORTH, *Atti amministrativi* voce, in *Novissimo digesto italiano*, Utet, Torino, 1964.

dunque riconducibile esclusivamente all'agire umano. Tuttavia, l'ordinamento ammette che l'espressione della volontà possa provenire anche da soggetti diversi dalle persone fisiche, come nel caso degli atti delle persone giuridiche, della responsabilità degli enti o della volontà del legislatore.

Ne consegue che il nodo centrale della riflessione concerne la possibilità di considerare l'atto generato da un sistema algoritmico come un atto giuridico, pur trattandosi del prodotto di un meccanismo automatizzato capace di "intendere", ma non di "volere" nel senso proprio della coscienza umana. Secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato²⁷, è possibile riconoscere la natura di atto giuridico informatico agli atti adottati tramite algoritmi, utilizzati nell'ambito di decisioni vincolate, in quanto la regola tecnica alla base del funzionamento dell'algoritmo implica la volontà dell'uomo stesso, sicché la macchina provvederà solo ad applicare quest'ultima.

Dall'analisi delle decisioni di merito sopra richiamate emerge, infatti, una tendenza condivisa nel ritenere ammissibile l'utilizzo di strumenti automatizzati nei procedimenti caratterizzati da attività vincolata, mentre se ne esclude l'impiego nei casi in cui l'amministrazione eserciti un potere discrezionale, che implica valutazioni comparative e ponderazioni di interessi non riducibili a schemi pre-determinati²⁸.

A tal proposito occorre sottolineare come «*all'interno dell'organizzazione amministrativa, ogni valutazione compiuta dal singolo funzionario, o dall'unità organizzativa nel suo complesso, è sempre il frutto di una scelta tra più opzioni possibili, che, in alcuni casi, può essere immediata, ma assai più*

²⁷ Consiglio di Stato, n. 2770/2019, la sentenza ha subordinato l'ammissibilità dell'impiego di tali strumenti, nell'ambito dell'attività vincolata, alla presenza di alcuni principi fondamentali che hanno determinato la c.d. "regola algoritmica", come «*regola amministrativa generale*», cfr. M. PAPA, *Future Crimes: intelligenza artificiale e rinnovamento del diritto penale*, in *Criminalia*, 2020.

²⁸ A. CORRADO, *Il sindacato giurisdizionale sull'attività amministrativa algoritmica sui profili generali*, in *Il sindacato giurisdizionale sull'attività amministrativa*, A. Cassatella, R. Chieppa e A. Moliterni (a cura di), La Tribuna, Piacenza, 2024, 481 ss.; E. CARLONI, *I principi di legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, 2020, II, 271 ss. Il problema è stato oggetto di ampio dibattito in dottrina *ex multis* per un approfondimento si veda anche L. PARONA, *Poteri tecnico-discrezionali e machine learning: verso nuovi paradigmi dell'azione amministrativa*, in F. DONATI, A. PAJNO, A. PERUCCI (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?*, vol. II, Bologna, 2022, 131 ss.; A. DI MARTINO, *Tecnica e potere nell'amministrazione per algoritmi*, Napoli, 2023, 60 ss. G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative. Indagine sui limiti dell'automazione decisionale tra procedimento e processo*, Milano, 2023, 71 ss..

frequentemente «è il prodotto di una complessa serie di attività»²⁹. Per tale ragione, a parere di alcuni³⁰, sembra improbabile poter delegare la ponderazione e la scelta ad uno strumento che, seppur “intelligente”, non sia in grado di assicurare quel bilanciamento e quella flessibilità che la decisione da assumere richiede, rilevante soprattutto per la scelta da compiere. Pertanto, tale possibilità andrebbe esclusa tutte le volte in cui non sia immaginabile un intervento umano, anche solo in termini di vigilanza o controllo.

Tuttavia, una distinzione così netta tra attività vincolata e discrezionale non esiste, in quanto i casi di provvedimenti interamente vincolati sono assai pochi, poiché nella maggior parte dei casi l'attività amministrativa si estrinseca nell'esercizio di un potere che può essere vincolato anche solo per alcuni aspetti o determinate fasi, mantenendo comunque uno spazio più o meno ampio di discrezionalità. Infatti, tale distinzione non appare utile a risolvere la questione relativa ai limiti del ricorso a strumenti di AI, stante anche la doppia attività volitiva e interpretativa che attiene all'esercizio del potere in entrambi i casi³¹.

4. L'obbligo di motivazione

Un ulteriore profilo che solleva questioni relativamente all'ammissibilità dell'impiego dell'Intelligenza Artificiale nelle decisioni amministrative riguarda l'obbligo di motivazione del provvedimento, sancito dall'art. 111, comma 6, della Costituzione e ripreso dall'art. 3 della legge n. 241/1990.

A differenza degli algoritmi di tipo condizionale, i sistemi di Intelligenza Artificiale non elaborano i dati seguendo regole informatiche rigidamente proceduralizzate, bensì operano attraverso modelli fondati su correlazioni statistico-matematiche, sviluppati nella fase di *training* e, per questo, non immediatamente verificabili dall'uomo. Ne consegue che il problema della motivazione del provvedimento automatizzato risulta strettamente connesso al fenomeno della co-

²⁹ M.C. CAVALLARO, *Intelligenza artificiale, interesse pubblico e complessità della scelta amministrativa*, op. cit., 946.

³⁰ A. CIAFARDONI, *L'algoritmo nella costruzione del potere amministrativo, tra opportunità e questioni ancora aperte*, in *Amministrativ@mente - Rivista di ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"*, 2025, 3, 1256 ss; L.R. PERFETTI, *Beyond the chinese room. Appunti per una riflessione su intelligenza artificiale e diritto pubblico*, in *P.A. persona e amministrazione*, 2017, 1, 466.

³¹ L. TORCHIA, *Lo Stato digitale. Un'introduzione*, op. cit., 156 ss.

siddetta *black box*³², ossia all'opacità dei processi decisionali interni al sistema algoritmico.

La cosiddetta *black box* rappresenta un limite, al tempo stesso tecnico e sostanziale, all'utilizzo dei sistemi che impiegano reti neurali artificiali nelle decisioni giuridiche assunte dalla Pubblica Amministrazione. L'adozione di tali strumenti genererebbe, infatti, un vero e proprio paradosso: l'esito dell'elaborazione algoritmica non solo risulterebbe privo di trasparenza e di tracciabilità per il destinatario del provvedimento, ma le stesse ragioni della decisione resterebbero opache persino alla Pubblica Amministrazione, che sarebbe comunque chiamata a far proprio l'atto prodotto dal sistema³³.

Tale situazione comporterebbe un palese contrasto con quanto previsto espressamente nella Costituzione che sancisce il principio dell'obbligo di motivazione³⁴ per tutti i provvedimenti giurisdizionali, di cui all'art. 111, comma 6, e ripreso all'interno dell'art. 3 della L. 241/1990, per tutti i procedimenti amministrativi, confermando di fatto l'interpretazione giurisprudenziale dell'art. 97 Cost. sul buon andamento dell'amministrazione; nonché l'illegittimità dell'uso di sistemi automatizzati in quanto in contrasto con i principi del giusto procedimento³⁵ che si estrinseca nei diritti contemplati dagli artt. 6, 7, 8, 10 e 10-bis della Legge 241/1990.

Inoltre, l'obbligo di motivazione si ricollega al diritto di difesa san-

³² F. DE LEONARDIS, *Big data, decisioni amministrative e "povertà" di risorse della Pubblica Amministrazione*, in *La decisione nel prisma dell'intelligenza artificiale*, E. Calzolaio (a cura di), Wolters-Kluwer, Milano, 2020, 152; Y. BATHAE, *The Artificial Intelligence Black Box and the failure of intent and causation*, in *Harvard Journal of Law & Technology*, 2018, XXXI, 2, 890 e ss.; J. BURREL, *How the machine "thinks": Understanding opacity in machine learning algorithms*, in *Big Data & society*, 2015, consultabile al seguente link < <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2660674> > (ultima consultazione 10.10.2024).

³³ D. MARONGIU, *L'intelligenza artificiale "istituzionale"*, *op. cit.*, 47.

³⁴ Sulla motivazione si veda I. MARINO, *Giudice amministrativo, motivazione degli atti e "povertà" dell'amministrazione*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2003, II, 1, 338. Si veda inoltre M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2023, 45. In generale, sulle garanzie procedurali in relazione all'automazione si veda L. VIOLA, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte*, in *Federalismi.it*, 2018, 21, 14.

³⁵ Per un esame sistematico del principio in questione si rinvia a L. BUFFONI, *Il rango costituzionale del giusto procedimento e l'archetipo del processo*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, II, 277 ss.; ID., *Alla ricerca del principio costituzionale del «giusto procedimento»: la «processualizzazione» del procedimento amministrativo*, in *Le tutele procedurali. Profili di diritto comparato*, A. Massera (a cura di), Jovene, Napoli, 2007, 192 ss.; V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e «giusto procedimento»*, in *Giur. Cost.*, 1962, 133.

cito dall'art. 24 Cost., che risulterebbe compromesso tutte le volte in cui il destinatario del provvedimento, e anche il giudice dinanzi al quale la questione è posta, non siano in grado di ricostruire l'iter logico-giuridico seguito dalla PA per giungere alla decisione amministrativa, funzionale al concreto esplicarsi del sindacato giurisdizionale di cui all'art. 113 Cost.

Nei sistemi basati su tecniche di *machine learning* la difficoltà di garantire il rispetto dell'obbligo di motivazione si accentua ulteriormente, poiché risulta estremamente complesso individuare le ragioni di una decisione assunta attraverso processi interni non conoscibili neppure dai programmatori.

In dottrina³⁶ è stato suggerito che una possibile via per superare tale criticità possa essere individuata nell'applicazione dell'istituto della motivazione *per relationem*, che consentirebbe di ricondurre la spiegazione dell'esito algoritmico ai presupposti normativi e ai parametri tecnici previamente definiti nel sistema. Come noto, l'art. 3, terzo comma, della l. 291 del 1990, riconosce la possibilità che l'obbligo di motivazione sia adempiuto con il rinvio ad atti ulteriori e diversi, adottati nell'ambito del procedimento specifico o anche in altri procedimenti. In questo caso, l'onere motivazionale si intenderà assolto purché la P.A. indichi espressamente nel provvedimento l'atto e lo renda disponibile, insieme alla decisione, nel momento della relativa comunicazione.

Nell'ambito di sistemi che impiegano modelli linguistici l'obbligo di motivazione potrebbe essere assolto facendo riferimento innanzi tutto al contenuto dell'atto stesso, il quale sarà il frutto dell'elaborazioni di altri provvedimenti amministrativi che il sistema ha adoperato per formulare il proprio output, e quindi al *dataset* di allenamento. Infatti, l'AI, allenata con atti amministrativi discrezionali, potrà essere programmata proprio perché impari a formulare atti che abbiano un contenuto simile a quello appreso in fase di *training*, ma elaborati sulla base dei dati di input inseriti per la richiesta specifica. Sicché il testo generato dovrà contenere il riferimento ai precedenti utilizzati per giungere alla decisione finale e sui quali è stata basata la logica giuridica acquisita in fase di allenamento.

Da questa prima valutazione si potrebbe quindi individuare l'elemento motivazionale proprio dal testo prodotto dal sistema, che potrà essere idoneo anche a rappresentare l'iter logico seguito dalla macchina, in quanto rappresenta null'altro che l'applicazione degli

³⁶ G. CARULLO, *La decisione amministrativa e intelligenza artificiale*, op. cit., 446.

iter logici giuridici dei precedenti amministrativi rilevanti rispetto al caso esaminato.

Accanto alla soluzione appena esposta, tuttavia, se ne pone un'altra che è frutto dell'evoluzione della tecnica, che dovrebbe garantire il superamento del problema della *black box* e quindi consentire di conoscere i passaggi intermedi effettuati dalla macchina per pervenire all'output finale³⁷, ossia l'*Explainable AI* (XAI, nell'acronimo inglese). La cosiddetta XAI dovrebbe, appunto, garantire la trasparenza e l'esplicabilità³⁸ degli algoritmi di *machine learning* che si basano su sistemi di reti neurali e *deep learning*³⁹. Da ciò emerge che l'onere di motivazione *ex art.* 3 della l. 241/1990 possa essere assolto, come già detto, oltre che attraverso il contenuto dell'atto così come elaborato dal sistema, anche attraverso la verifica dell'iter prodotto dal sistema, che prende in considerazione il codice sorgente e il *dataset* di *training*, e quindi i singoli precedenti amministrativi individuati dalla macchina come quelli più pertinenti rispetto alla determinazione del caso di specie. Tuttavia, nei sistemi più avanzati, come le reti neurali profonde o i modelli generativi, tali spiegazioni assumono spesso carattere approssimativo e descrivono il comportamento osservabile del modello più che il suo effettivo processo decisionale.

Ad oggi il tipo di spiegabilità, pur rappresentando un significativo passo avanti in termini di trasparenza e controllabilità, non equivale ancora a una piena intelligibilità giuridica del ragionamento algoritmico, permanendo un divario tra la ricostruzione tecnica delle inferenze e la comprensione sostanziale delle ragioni che sorreggono la decisione.

Considerando che l'obbligo motivazionale rappresenta lo strumento attraverso il quale il cittadino può valutare la legittimità delle decisioni assunte con l'ausilio dell'IA, emerge con maggiore evidenza

³⁷ D. MARONGIU, *L'intelligenza artificiale "istituzionale"*, *op. cit.*, 47; R. G. AVESANI, *Analisi statistica e machine learning: intelligenza artificiale senza paura*, in *XXVI Lezioni di Diritto dell'Intelligenza Artificiale*, U. Ruffolo (a cura di), 2021, Giappichelli, Torino, 402-403; G. MOBILIO, *L'intelligenza artificiale e le regole giuridiche alla prova: il caso paradigmatico del GDPR*, in *Federalismi.it*, 2020, 16, 290; G. IOZZIA, *L'intelligenza artificiale deve essere "spiegabile", ecco i progetti e le tecniche*, in *Agendadigitale.eu*, 2019; A. PITTOZZI, *IBM, arriva la chiave per aprire la scatola nera dell'intelligenza artificiale*, in *Wired.it*, 2018; W. SAMEK, T. WIEGAND, K.R. MÜLLER, *Explainable Artificial Intelligence: Understanding, Visualizing and Interpreting Deep Learning Models*, in *ITU Journal: ICT Discoveries*, 2017, 1.

³⁸ A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, *op. cit.*, 1184.

³⁹ F. PASQUALE, *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*. Harvard University Press, 2015, 1-18.

il ruolo cruciale dei dati impiegati: essi diventano, infatti, parte integrante della motivazione, in quanto oggetto dell'elaborazione del sistema e riferimento necessario per la comprensione e la verifica della decisione adottata. Conseguentemente, laddove fosse impossibile conoscere questi aspetti, «*il contenuto dell'atto, inteso in tali termini, dovrebbe essere considerato tamquam non esset, poiché generato a partire da elementi ignoti*»⁴⁰.

5. La scelta dei dati per il training, affidabilità delle risultanze e *automation bias*

Tra i limiti che stiamo esaminando e che si frappongono all'adozione di sistemi di Intelligenza Artificiale nell'ambito delle procedure decisionali della Pubblica Amministrazione, rientra anche la questione connessa alla gestione dei dati su cui si fonda l'azione del sistema di AI.

I dati costituiscono il presupposto indispensabile per il funzionamento dei sistemi che utilizzano tecniche di *machine learning*. Per poter garantire un adeguato livello di accuratezza e migliorare progressivamente le proprie prestazioni, tali sistemi devono essere addestrati su un insieme di dati di dimensioni enormemente superiori rispetto a quelli impiegati dai software tradizionali⁴¹.

L'impiego dei *big data* come fonte di conoscenza e base per il *training* dei modelli di Intelligenza Artificiale destinati all'adozione di provvedimenti amministrativi solleva, tuttavia, significative perplessità non solo sotto il profilo della tutela della privacy ma anche in relazione all'affidabilità e alla solidità giuridica delle decisioni così ottenute.

Per questa ragione l'impiego di un sistema di Intelligenza Artificiale nell'ambito dei procedimenti amministrativi, al termine dei quali è prevista l'adozione di un provvedimento, implica che il sistema venga allenato su un enorme set di dati proveniente dalla pubblica amministrazione stessa e che comprenda decisioni già assunte, ovviamente parametrato rispetto alle regole di diritto interessate dallo

⁴⁰ G. CARULLO, *La decisione amministrativa e intelligenza artificiale*, op. cit., 451 e nota 60.

⁴¹ M. RAMAJOLI, *L'amministrazione pubblica deve cercare di sfruttare tutte le potenzialità insite nell'Intelligenza artificiale, senza però abbandonare l'aspirazione a essere aperta e adattabile alle circostanze concrete*, in *Rivista Il Mulino*, maggio 2024, L'A. sottolinea come «L'insieme dei dati utilizzati deve essere affidabile e soddisfare i requisiti di quantità (volume), qualità (value), varietà (variety), veridicità (veracity), velocità (velocity)».

scopo. Una volta che l'algoritmo sia stato correttamente allenato e parametrato potrebbe, quindi, applicare il modello matematico-statistico imparato in fase di *training* per valutare le nuove situazioni che le venissero sottoposte⁴².

La precisione dell'algoritmo risulta potenziata dalla quantità e dalla varietà dei casi che alimentano il *data lake* di riferimento⁴³, per cui la scelta accurata dei *dataset* da utilizzare per l'addestramento dell'Intelligenza Artificiale "istituzionale" assume rilievo anche ai fini dell'imputabilità della decisione amministrativa adottata mediante tali sistemi. Perché tale requisito possa dirsi soddisfatto, è necessario che l'amministrazione mantenga un pieno controllo sui dati impiegati nella fase di apprendimento, poiché essi costituiscono il presupposto essenziale per la costruzione, da parte del sistema, del modello matematico-statistico poi utilizzato nell'elaborazione delle decisioni successive.

La qualità dei dati è elemento così essenziale che proprio nell'AI Act⁴⁴ per i sistemi ad alto rischio, e per quelli impiegati dalle amministrazioni pubbliche - specialmente quelli che utilizzano il *machine learning* - diventa requisito obbligatorio in quanto la qualità, l'accuratezza e la completezza degli stessi sono cruciali per minimizzare la possibilità di errori⁴⁵.

In tal modo il modello appreso in fase di *training*, sulla base dei dati inseriti, assumerà un ruolo centrale nella determinazione del contenuto della decisione dell'algoritmo, sicché la decisione stessa potrebbe essere inquadrata nella prospettiva del precedente amministrativo⁴⁶: «*Si tratta in sostanza di creare un modello matematico-numerico*

⁴² G. CARULLO, *La decisione amministrativa e intelligenza artificiale*, op.cit., 441; J.G. CORVALÁN, *Inteligencia artificial: retos, desafíos y oportunidades - Prometea: la primera inteligencia artificial de Latinoamérica al servicio de la Justicia*, in *Revista de Investigações Constitucionais*, 2018, 5, 295-316.

⁴³ V.R. CAVALLO PERIN, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in *Dir. Amm.*, 2020, 2, 309.

⁴⁴ Regolamento UE 2024/1689, art. 10, prevede che i set di dati debbano soddisfare i requisiti indicati ai paragrafi da 2 a 5 dell'articolo, e, in particolare, il comma 2 lettera b richiede che siano soggetti a pratiche di governance e gestione dei dati adeguate alla finalità prevista dal sistema di IA (i processi di raccolta dei dati e l'origine dei dati, nonché la finalità originaria della raccolta nel caso di dati personali).

⁴⁵ Sul punto si veda G. FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale. Quali regole?*, Il Mulino, Bologna, 2024, 80, che evoca il principio "garbage in, garbage out" secondo cui se si immettono all'interno di un sistema dati "spazzatura" si avrà, di riflesso, un output "spazzatura".

⁴⁶ V.R. CAVALLO PERIN, I. ALBERTI, *Atti e procedimenti amministrativi digitali*, in *Il Diritto*

*in grado di offrire una rappresentazione della casistica amministrativa sulla base della quale operare future valutazioni di casi analoghi*⁴⁷.

Ne consegue che la decisione generata dal sistema può essere imputata all'amministrazione ogniqualvolta quest'ultima disponga integralmente dei dati utilizzati per l'allenamento — potendo selezionarli, valutarli e approvarli — nonché del codice sorgente del sistema stesso, elemento imprescindibile per garantire la tracciabilità e la responsabilità del processo decisionale automatizzato.

Tuttavia, non può trascurarsi un altro profilo problematico che attiene ai dati, ossia la loro insensibilità al contesto, sia generale che concreto. Infatti, relativamente al contesto generale è opportuno sottolineare che vi è una notevole differenza fra l'oggettività dei dati, da un lato, e l'imparzialità e la neutralità degli stessi, dall'altro. Un dato può essere senz'altro oggettivo ma comunque frutto di un contesto in cui sussistevano ingiustizie e pregiudizi⁴⁸, sicché l'inserimento di siffatti dati in un sistema AI basato sul *machine learning* porterebbe l'algoritmo a proiettare il passato anche nelle decisioni future, essendo modelli basati sulla razionalità causale, andrebbero quindi a riprodurre e conservare un determinato «*stato del mondo*»⁴⁹. Da ciò si comprende un ulteriore rischio dato dalla difficoltà di discostarsi dalle risultanze della macchina: il c.d. *automation bias*, ossia la tendenza a fidarsi delle raccomandazioni automatiche. Una tale situazione comporterebbe «*il rischio che il decisore umano finisca per appiattirsi al calcolo matematico, per quanto complesso e sofisticato, dando credito alla predizione e con ciò favorendo la realizzazione dell'evento supposto*»⁵⁰. A maggior ragione, nell'ambito della pubblica amministrazione, tale circostanza comporterebbe diversi problemi sociali e culturali per quanto riguarda la posizione del funzionario pubblico, il quale dovrebbe (o non dovrebbe) prendersi la responsabilità della decisione

dell'*Amministrazione Pubblica digitale*, R. Cavallo Perin-D.U. Galetta (a cura di), Giappichelli, Torino, 2020, 123.

⁴⁷ G. CARULLO, *La decisione amministrativa e intelligenza artificiale*, op. cit., 441.

⁴⁸ Sul punto per approfondimenti si veda E. STRADELLA, *Stereotipi e discriminazioni: dall'intelligenza umana all'intelligenza artificiale*, in *Consulta Online*, 30 marzo 2020, 5; M. AIROLDI, D. GAMBETTA, *Sul mito della neutralità algoritmica*, in A. Martella, E. Campo, L. Ciccarese (a cura di), *Gli algoritmi come costruzione sociale*, *The lab's quarterly*, xx, 4, 2018, 29; M. VEALE, R. BINNS, *Fairer machine learning in the real world: Mitigating discrimination without collecting sensitive data*, in *Big Data & Society*, 2017, 2.

⁴⁹ L. TORCHIA, *Lo Stato digitale. Un'introduzione*, op. cit., 162 ss.

⁵⁰ G. TERRACCIANO, *I.I.A. (intelligenza artificiale amministrativa) e sindacato giurisdizionale*, in *Amministrativ@mente*, 2022, 2.

o dell'istruttoria compiuta dalla macchina sulla base di parametri apparentemente inconfutabili⁵¹.

6. La necessità di confrontarsi con altre esperienze giuridiche

Poiché l'Intelligenza Artificiale si sta sviluppando in modo esponenziale in tutto il mondo, tutti gli ordinamenti si stanno trovando ad affrontare problemi comuni, tant'è che il 5 settembre 2024 è stata aperta alla firma la Convenzione quadro sull'IA e i diritti umani, la democrazia e lo Stato di diritto adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa del 17 maggio 2024, alla quale hanno aderito come primi firmatari il Regno Unito, gli Stati Uniti, Israele, Islanda e Norvegia⁵². Si tratta del primo accordo internazionale giuridicamente vincolante in materia di AI, finalizzato ad assicurare il rispetto delle norme relative ai diritti umani, alla democrazia e allo Stato di diritto nell'impiego dei sistemi di intelligenza artificiale.

Inoltre, come ormai noto, a livello europeo è stato approvato il Regolamento n. 1689 del 13 giugno 2024 (AI Act) con il quale viene introdotta una regolazione dell'utilizzo dei sistemi di Intelligenza Artificiale basato sul rischio. Rinviano ad altra sede gli opportuni approfondimenti relativi all'AI Act⁵³, ciò che preme sottolineare in questa sede è che gli obiettivi principali della disciplina contenuta nel Regolamento attengono all'introduzione di sistemi di controllo per la verifica della conformità dei sistemi AI ai valori e ai diritti fondamentali assicurati dall'Unione e di fornire un quadro regolatorio

⁵¹ Per un approfondimento degli aspetti sociologici si veda P. SANTORO, *Pubblica amministrazione e digitalizzazione: una relazione controversa*, in *Sociologia del diritto*, 2025, 1, 302. L'A. sostiene che con l'impiego degli strumenti algoritmici si determina un indebolimento dell'expertise professionale a favore di una razionalità computazionale incapace di orientare criticamente i dati, con il rischio di compromettere la distinzione tra know-how e apparato amministrativo posto a garanzia dei principi di imparzialità e buon andamento; M. CATANZARITI, *La razionalità algoritmica dei processi decisionali*, in *Big Data E Processi Decisionali Strumenti Per L'analisi Delle Decisioni Giuridiche, Politiche Economiche e Sociali*, S. Gozzo, C. Pennisi, V. Asero, R. Sampugnaro (a cura di), Milano, EGEA, 2020, 149-165.

⁵² M. DE LUCA, *Il diritto all'intelligenza artificiale*, in *Amministrativ@mente-Rivista di ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"*, 2025, 4, 1700.

⁵³ Per un approfondimento si veda O. POLLICINO, F. DONATI, G. FINOCCHIARO e F. PAOLUCCI (a cura di), *La disciplina dell'intelligenza artificiale*, Giuffrè, Milano, 2025; F. PIZZETTI, S. CALZOLAIO, A. IANNUZZI, E. LONGO, E M. OROFINO, *La regolazione europea dell'intelligenza artificiale nella società digitale*, Giappichelli, Torino, 2025.

che assicuri un certo grado di uniformità e di certezza del diritto.

Alla luce di ciò, appare ancora più opportuno che i temi rilevati nei paragrafi precedenti divengano l'oggetto di un'indagine generale sull'approccio che gli altri ordinamenti⁵⁴, anche al di fuori dello spazio dell'Unione, hanno rispetto all'applicazione dell'IA nell'ambito dell'attività amministrativa.

L'analisi soddisfa la necessità di comprendere se, anche in altri sistemi appartenenti alla *Western Legal Tradition* esistono norme giuridiche e principi di carattere costituzionale che pongono, come avviene nel nostro ordinamento, dei limiti all'applicabilità dell'AI, derivanti dal contrasto tra i principi che regolano l'agire della PA e la struttura stessa della tecnologia sottostante all'IA; ma soprattutto vale la pena verificare se in altri ordinamenti sia stato possibile superarli e in che modo, al fine di poter immaginare soluzioni che siano efficaci anche nel nostro Paese⁵⁵.

Una prima distinzione di fondo tra i sistemi di Civil law e quelli di Common law — particolarmente marcata nelle esperienze storiche — riguarda la presenza, nei primi, del cosiddetto «*droit administratif*» di matrice francese. Negli ordinamenti riconducibili a tale tradizione si riscontra una forte gerarchizzazione e centralizzazione dei poteri amministrativi, i quali assumono un carattere pervasivo, in quanto esercitati all'interno di un regime giuridico autonomo e derogatorio rispetto al diritto privato. Anche la giurisdizione chiamata a controllare l'esercizio di tali poteri è tipicamente speciale, originariamente affidata a organi strettamente collegati al potere esecutivo e, in certa misura, orientati alla tutela dei suoi interessi.

Al contrario, negli ordinamenti appartenenti al Common law, in passato, il diritto era caratterizzato da un'amministrazione diffusa e dotata di un potere limitato che doveva essere esercitato secondo una *fair procedure* soggetta al principio di *rule of law*⁵⁶, nonché alle me-

⁵⁴ Per un approfondimento in ambito europeo si veda B. MARCHETTI, F. DECAROLIS e L. TORCHIA (a cura di), *The EU Digital Regulation and Its Impact on Member States*, Springer, Cham, 2025; il numero speciale dedicato a *The Law of the Algorithmic State in Central and Eastern Europe*, in *Italian Journal of Public Law*, 2, 2025.

⁵⁵ Per un approfondimento si veda B. MARCHETTI, *Intelligenza artificiale, poteri pubblici e rule of law*, in F.G. Scoca, M.P. Chiti, D.U. Galetta (a cura di), *Liber Amicorum per Guido Greco*, Giappichelli, Torino, 2024, 529-544; V.R. CAVALLO PERIN, I. ALBERTI, *Atti e procedimenti amministrativi digitali*, op. cit., 138-176; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Umano troppo umano, Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, op. cit., 5 ss.

⁵⁶ «La rule of law consiste nella eredità medievale della supremazia della legge, di una legge che né il governo può violare, né il Parlamento radicalmente cambiare, proprio perché nella concezione medievale

desime regole di diritto comune a cui sono soggetti i privati, senza alcuno spazio per prerogative speciali. In particolare, nel sistema inglese l'amministrazione pubblica era impossibilitata a godere di un foro speciale ed era, pertanto, integralmente soggetta alla giurisdizione dei tribunali ordinari. Tant'è che i tratti caratteristici di questo ordinamento, che sanciscono la distanza con quelli continentali, sono la presenza giurisdizione unica, l'assenza di tribunali separati dalla magistratura ordinaria, la sottoposizione delle pubbliche autorità al controllo giudiziario e l'inesistenza di un diritto speciale per l'amministrazione⁵⁷.

Tuttavia, in entrambi questi due modelli sono subentrate delle trasformazioni.

Nel sistema di Common law si è assistito a una progressiva espansione della specialità del diritto amministrativo, favorita dall'ampliamento dell'apparato pubblico, dall'introduzione di norme di carattere derogatorio e dalla creazione di una procedura specifica di *judicial review* per il controllo giurisdizionale sugli atti della pubblica amministrazione.

Negli ordinamenti di Civil law, al contrario, l'evoluzione è avvenuta in senso opposto, attraverso una riduzione degli spazi di specialità e un progressivo avvicinamento del diritto amministrativo ai principi del diritto comune. Tale trasformazione si è concretizzata in una regolamentazione più garantista e paritetica dell'azione amministrativa, nella quale il procedimento — cardine dell'attività della Pubblica Amministrazione — è stato permeato dai principi civilistici, con un più ampio ricorso agli istituti consensuali e alle logiche privatistiche, nonché con un significativo rafforzamento degli strumenti di tutela

*nessuno «fa» la legge; essa non deriva dall'atto di volontà di un singolo o di una maggioranza nella misura in cui la legge viene semplicemente dichiarata o ricordata; e soltanto in caso di una lacuna interviene — in funzione meramente suppletiva — il re con l'equity o il Parlamento con uno statuto. Questa legge antica e immemorabile, la Common law, si fonda nel consenso, non in quello di una assemblea, ma in quello tacito delle popolazioni, comprovato dall'uso delle generazioni», citazione di N. MATTEUCCI nell'introduzione a C.H. McIlwain, *La Rivoluzione americana*, il Mulino, Bologna, 1965, 26; Secondo A.V. DICEY, in *Introduction to the study of the Law of the Constitution*, nella prima edizione del 1885, nel concetto di *rule of law* sono ricompresi tre principi: il predominio del diritto rispetto al potere discrezionale; la sottoposizione di ciascun soggetto, pubblico o privato, al giudice ordinario; la formazione giurisprudenziale delle norme dirette a proteggere gli individui, in R. SCARCIGLIA, *Diritto Amministrativo Comparato*, Giappichelli, Torino, 2020, 202.*

⁵⁷ E. SANTORO, *Rule of Law e «libertà degli inglesi». L'interpretazione di Albert Venn Dicey*, in *Lo stato di diritto. Storia, teoria, critica*, P. COSTA - D. ZOLO (a cura di), Milano, Feltrinelli, 2006.

riconosciuti dalla giurisdizione amministrativa.

Ulteriori distinzioni, tra gli ordinamenti appartenenti ai due sistemi, si rinvencono anche nell'organizzazione delle strutture amministrative che palesano una differenza sostanziale, in quanto nei sistemi di Common law vige un modello dipartimentale, caratterizzato per una netta separazione fra politica e amministrazione, maggiormente articolato e frammentario. In questi sistemi la struttura organizzativa di riferimento è il *department*, che a seconda dei casi può avere o meno al suo vertice un ministro, ma il rapporto tra politica e dirigenza non è di tipo gerarchico, in quanto si sostanzia in un potere di indirizzo generale dell'azione amministrativa.

Al contrario, nei paesi di Civil law è possibile osservare un modello ministeriale in cui ciascun ministro è contemporaneamente componente del governo e vertice dell'apparato amministrativo ministeriale.

Venendo ora al procedimento amministrativo, se si osservano gli appartenenti al novero delle democrazie stabilizzate⁵⁸ è possibile rilevare alcuni principi fondamentali di garanzia procedimentale comuni a tutti⁵⁹. Tra questi principi emergono: la partecipazione e il contraddittorio, l'accesso ai documenti e la trasparenza, l'obbligo di motivazione, la ragionevolezza e la proporzionalità delle decisioni.

È possibile, praticamente in tutti i sistemi della WLT, far risalire la creazione di questi principi, in misura preminente, al lavoro dei formanti giurisprudenziale e dottrinale, mentre la disciplina legislativa è subentrata solo in un secondo momento.

Appare chiaro che se ci riferiamo al Regno Unito l'individuazione delle regole procedimentali è spettata in via esclusiva alle corti di Common law, proprio in applicazione del principio già richiamato di *rule of law*, al fine di delimitare la discrezionalità amministrativa e consentire un controllo del fenomeno della delega di poteri agli organi esecutivi.

Taluni principi risultano essere condivisi tra gli ordinamenti richiamati e costituiscono il nocciolo duro del procedimento amministra-

⁵⁸ E. D'ORLANDO, *La pubblica amministrazione*, in *Diritto pubblico comparato*, T.E. Frosini (a cura di), Il Mulino, Bologna, 2019, 274.

⁵⁹ Per un approfondimento sui temi si veda: S. ROSE-ACKERMAN et. al, *Comparative Administrative Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2017; S. CASSESE, *The Max Planck Handbooks in European Public Law, Volume I: The Administrative State*, A. von Bogdandy-P. Huber (a cura di), Oxford University Press, 2017, Capitolo 3; P. CRAIG, R. RAWLINGS, *Law and Administration in Europe*, Oxford University Press, 2003.

tivo, tra questi rientra in primo luogo quello della partecipazione dell'interessato e del contraddittorio.

Tale principio, che presenta una duplice valenza difensiva e collaborativa, si traduce nel diritto dei destinatari delle decisioni pubbliche a essere ascoltati, a presentare memorie e documenti e a far valere le proprie ragioni all'interno del procedimento amministrativo. Esso, tuttavia, può conoscere deroghe in casi specifici o per determinate tipologie di procedimenti, e può manifestarsi con diversi gradi di intensità a seconda della rilevanza delle situazioni giuridiche coinvolte. Ciò è particolarmente evidente negli ordinamenti che riconoscono un'ampia discrezionalità alle autorità amministrative nel modulare, in concreto, le regole del contraddittorio — come avviene nel sistema del Regno Unito.

Ulteriore principio comune, e strettamente connesso a quello della partecipazione, è il principio di accessibilità che riconosce agli interessati il diritto di accedere ai documenti relativi al procedimento e di estrarne copia, al fine di consentire l'esercizio delle facoltà di difesa e di partecipazione procedimentale. A tale principio si è affiancato, in un secondo momento, quello della trasparenza che non si limita all'ambito procedimentale ma permea l'intero potere pubblico, imponendo all'amministrazione di rendere pubbliche e accessibili, da parte di chiunque, le informazioni in suo possesso, a prescindere da un interesse procedimentale o giuridicamente qualificato, in conseguenza dell'approccio *open government*, inaugurato con il FOIA (Freedom of Information Act USA del 1966).

Un principio generalmente riconosciuto negli ordinamenti europei è quello relativo all'obbligo di motivazione degli atti e dei provvedimenti amministrativi finali, volto a garantire ai destinatari dell'azione pubblica la piena comprensione delle ragioni di fatto e di diritto poste a fondamento della decisione, obbligo strettamente connesso tanto all'esercizio del sindacato di legittimità quanto alla tutela del diritto di difesa. Pur trattandosi di un principio ampiamente condiviso, si riscontrano differenze significative tra gli ordinamenti quanto al suo ambito di applicazione, ai contenuti della motivazione e alle modalità di sanatoria dei relativi vizi. In particolare, nell'ordinamento inglese l'obbligo di motivazione non ha carattere generale, ma opera soltanto nei casi individuati dalla giurisprudenza, potendo inoltre essere assolto in forma sintetica.

Connesso al contenuto della decisione è il principio di ragionevolezza che costituisce un limite intrinseco alla discrezionalità del po-

tere amministrativo, in virtù del quale il suo esercizio non può mai portare a decisioni contraddittorie o arbitrarie, dovendo seguire un iter logico razionale e congruente rispetto ai presupposti posti alla base dell'esercizio del potere e delle sue finalità⁶⁰. Il principio in questione influisce anche sul grado di intervento giurisdizionale nelle decisioni discrezionali della Pubblica Amministrazione, che oscilla tra *judicial deference*⁶¹ e un controllo più approfondito.

7. L'ordinamento inglese

Nel Regno Unito non vi è una legge generale sul procedimento amministrativo, pertanto, l'adozione di decisioni pubbliche implica il rispetto dei principi generalmente riconosciuti dalla maggior parte degli ordinamenti e in particolare di quello di buona amministrazione e di imparzialità⁶².

Tali principi vengono attuati attraverso la raccolta delle informazioni rilevanti per la decisione, l'applicazione delle disposizioni norma-

⁶⁰ Un esempio in tal senso è il test della "*Wednesbury Unreasonableness*" che in Common law costituisce parametro della *judicial review*. Tale parametro viene utilizzato nella valutazione di una richiesta di controllo giurisdizionale della decisione di un'autorità pubblica, per cui secondo il criterio di ragionevolezza, un ragionamento o una decisione sono irragionevoli (o irrazionali) se sono così irragionevoli che nessuna persona che agisca ragionevolmente avrebbe potuto prenderli. *Associated Provincial Picture Houses Ltd v Wednesbury Corporation*, 1948, 1 KB 223.

⁶¹ *Judicial deference* nel sistema di *judicial review* negli Stati Uniti si riferisce al principio secondo cui i tribunali, durante la revisione delle decisioni delle agenzie amministrative, devono rispettare e non sovvertire il giudizio dell'agenzia se tale decisione è ragionevole e ben motivata, anche se i giudici avrebbero preso una decisione diversa. Il concetto di *judicial deference* si basa sull'idea che le agenzie amministrative hanno una specializzata competenza in determinati settori e che i tribunali dovrebbero rispettare il loro giudizio tecnico e il loro processo decisionale, a meno che non vi siano chiare violazioni di legge o mancanza di razionalità. *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 1984, è una delle decisioni fondamentali riguardanti la deferenza giudiziaria, in cui la Corte Suprema degli Stati Uniti ha stabilito due passaggi per determinare se deferire l'interpretazione di una legge ad un'agenzia: il tribunale deve verificare se il Congresso ha fornito una risposta chiara alla questione in discussione, per cui se la legge è chiara, e non ambigua, l'agenzia deve seguire il testo della legge; se la legge è ambigua, il tribunale deve stabilire se l'interpretazione dell'agenzia è ragionevole. In caso di valutazione positiva, la Corte deve deferire l'interpretazione all'agenzia.

⁶² Sul principio di buona amministrazione si veda P. CRAIG, *Administrative Law*, Sweet and Maxwell, London, 2016, 8ª ed, 18; sul principio di proporzionalità ID., *Proportionality and Judicial Review: a UK Historical perspective*, in *General principles of Law: European and Comparative perspectives*, S. Vogenauer-S. Weatherill (a cura di), Hart, Oxford, 2017, 145.

tive e degli standards previsti per quel tipo di decisione, l'obbligo di motivazione della decisione finale, la tutela delle *legitimate expectations*, i principi di ragionevolezza e proporzionalità e la *procedural fairness*.⁶³ Occorre comunque precisare che, seppur nel rispetto di tali principi, i procedimenti possono presentare caratteristiche peculiari in ragione del contenuto della decisione, sicché è anche possibile ritenere che i principi generali dell'azione amministrativa vengano diversamente interpretati o disciplinati da norme speciali.

Per quanto concerne l'uso dei sistemi automatizzati, nel 2016 l'Office For Science del Governo del Regno Unito ha pubblicato lo studio *Artificial intelligence: opportunities and implications for the future of decision making*⁶⁴, specificamente dedicato all'uso dell'Intelligenza Artificiale nel settore pubblico. Nello studio vengono analizzate le opportunità legate all'impiego di sistemi di *machine learning* soprattutto per raggiungere maggior equità e un esame delle basi di dati più preciso, sottolineando, tuttavia, ancora una certa "immaturità" di tali sistemi, per la quale sarebbe stato sempre necessario il c.d. "*human in the loop*".

Ovviamente, si trattava di un report che fotografa la situazione dell'epoca e che non aveva previsto i passi da giganti che sono stati fatti negli anni successivi, tant'è che nel settembre 2021, è stata pubblicata una nuova strategia nazionale per l'IA, aggiornata nel 2022, con l'obiettivo di investire e pianificare le esigenze di lungo termine nell'ecosistema dell'Intelligenza Artificiale e sostenere la transizione economica basata sullo sviluppo delle AI⁶⁵.

Passando all'analisi della compatibilità tra l'uso di sistemi automatizzati nelle decisioni pubbliche e i principi che disciplinano il procedimento amministrativo, una prima considerazione riguarda i principi di Common law applicabili al diritto amministrativo⁶⁶. In tale prospettiva, le principali criticità possono emergere in relazione alla legittimità dell'utilizzo di sistemi automatizzati rispetto ai principi che regolano la *sub-delegation* dei poteri, all'eventuale limitazione indebita della discrezionalità amministrativa, all'impiego per fini impropri,

⁶³ R. SCARCIGLIA, *Diritto amministrativo comparato*, op. cit., 211.

⁶⁴ Consultabile al seguente indirizzo: <<https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5a7f96e9ed915d74e622b62c/gs-16-19-artificial-intelligence-ai-report.pdf>>

⁶⁵ National AI Strategy, Office for Artificial Intelligence, consultabile al seguente link <<https://www.gov.uk/government/publications/national-ai-strategy>>

⁶⁶ R. WILLIAMS, *Rethinking administrative law for algorithmic decision making*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2022, 42, 2, 479.

nonché alla necessità di motivare adeguatamente le decisioni adottate attraverso tali strumenti⁶⁷.

In particolare, il diritto amministrativo stabilisce il principio del divieto di sub-delega⁶⁸ che si riferisce alla regola secondo cui, quando una legge o un regolamento assegna una specifica responsabilità decisionale a un individuo o a un ente particolare (per esempio, ad un Ministro), quella responsabilità non può essere delegata ad un'altra persona o organismo, salvo diversa disposizione espressa. Il principio garantisce che chi è chiamato a prendere una decisione rimanga responsabile e che ci sia trasparenza nel processo decisionale, secondo il brocardo "*delegatus non potest delegare*"⁶⁹.

La questione centrale riguarda, dunque, la legittimità dell'impiego di un sistema automatizzato da parte di un soggetto titolare del potere decisionale alla luce del principio di sub-delega⁷⁰.

In proposito, la giurisprudenza ha precisato che, nei casi in cui i soggetti abilitati ad adottare decisioni si avvalgano dell'assistenza o dei suggerimenti di terzi, non si possa ritenere, per ciò solo, che abbiano delegato la propria autorità⁷¹, purché la decisione finale resti frutto della loro autonoma valutazione e non sia stata imposta da altri. Con specifico riferimento ai procedimenti automatizzati è quindi possibile distinguere tra le ipotesi in cui il funzionario competente si affidi integralmente al sistema decisionale automatizzato, trasferendogli di fatto la propria discrezionalità, e quelle in cui lo utilizzi come semplice strumento di supporto all'attività valutativa, mantenendo la titolarità e la responsabilità della decisione finale.

Nel primo caso, sarebbe necessario legittimare la decisione prodotta dal sistema e adottata dal funzionario attraverso la previsione di una delega interna, che consenta la delega di funzioni a sottoposti o funzionari specifici, e che sia espressamente prevista nell'atto legi-

⁶⁷ J. COBBE, *Administrative law and the machines of government: judicial review of automated public-sector decision-making*, in *Legal Studies*, 2019, 39, 4, 642.

⁶⁸ E. FISHER, *Transparency and Administrative Law: A Critical Evaluation*, in *Current Legal Problems*, 2010, 63, 1, 272-314; P. CANE, *Understanding judicial review and its impact*, in *Judicial Review and Bureaucratic Impact*, M. Hertogh and S. Halliday (a cura di), Cambridge University Press, Cambridge, 2008; M. ELLIOTT, T. THOMAS, *Tribunal justice and proportionate dispute resolution*, in *Cambridge Law Journal*, 2012, 71, 2, 297-324.

⁶⁹ *Noon v Matthews* [2014] EWHC 4330; *R v Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions, ex parte Spath Holme Ltd* [2001] 2 AC 349; *R v London Borough of Tower Hamlets, ex p Khalique* [1994] 26 HLR 517.

⁷⁰ R. WILLIAMS, *Rethinking administrative law for algorithmic decision making*, *op. cit.*, 488-492.

⁷¹ *H Lavender & Son v Minister of Housing and Local Government* [1970] 1 WLR 1231.

slativo che conferisce il potere decisionale. In assenza di una siffatta previsione, la persona autorizzata ad assumere la decisione non potrebbe mai legittimamente usare un sistema automatizzato, a meno che non sia previsto da una norma di legge, come ad esempio nel caso dell'art. 2 del Social Security Act 1998⁷².

Oltre a questa previsione, tuttavia, vale la pena ricordare anche che nel Regno Unito è stata a lungo seguita la c.d. *Ram doctrine* secondo la quale i poteri esercitati dall'esecutivo nazionale non derivano necessariamente da una specifica attribuzione legislativa, ma possono fondarsi sul più ampio patrimonio di prerogative e capacità giuridiche della Corona, purché non siano in contrasto con la legge essendo che lo stesso ha la titolarità di tutti i poteri e la medesima sfera di autonomia che il Common law conferisce ad ogni individuo. La conseguenza di tale impostazione è che l'esecutivo – inteso come emanazione della Corona – può agire senza una base legislativa espressa ogniquale volta l'ordinamento non imponga un divieto o non richieda esplicitamente una autorizzazione normativa⁷³.

Nel secondo caso, invece, appare concretamente più complesso stabilire fino a che punto si sia trattato di un mero “consiglio” espresso dal sistema, poi elaborato successivamente dal funzionario che ha assunto la decisione finale. In questo senso emerge il tema per cui l'automatismo del sistema tende a sovrapporsi alla decisione ovvero a rendere estremamente difficile prescindere, per cui il rischio che si concretizza è che, dato l'indubbio valore pratico della decisione automatica, sarà sempre più difficile discostarsene a meno che non si affronti un notevole sforzo valutativo⁷⁴.

⁷² Il Social Security Act del 1998 è stata la prima normativa a prevedere disposizioni per la decisione algoritmica basata su computer, in quanto stabilisce che qualsiasi decisione da adottare da parte del Segretario di Stato “può essere presa o emessa non solo da un funzionario che agisca sotto la sua autorità, ma anche (a) da un computer la cui operatività è sotto la responsabilità di tale funzionario”. Sul tema si veda A. LE SUEUR, *Robot government: automated decision-making and its implications for parliament*, Draft chapter to be published in *Parliament: Legislation and Accountability*, A. Horne-A. Le Sueur (a cura di), 2015, 6, consultabile al seguente link <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2668201>; M. FINCK, *Automated decision-making and administrative law*, in *Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper*, 2020, 19-10, 4.

⁷³ L. TORCHIA, *Lo Stato digitale. Un'introduzione*, op. cit., 139 ss.

⁷⁴ Tale situazione, conosciuta anche come “*burden of motivation*”, si concretizza in quanto la decisione così assunta, apparentemente connotata da un elevato grado di affidabilità, solleva il decisore dal peso dell'esame e della motivazione, anche perché la decisione “matematica” verrà ammantata di una certa autorità in quanto caratterizzata da scientificità e neutralità. Si tratta del II c.d. “*math-washing*”, in M. C. CAVALLARO,

Una seconda questione riguarda l'impiego di sistemi automatizzati nei casi in cui l'autorità amministrativa sia titolare di un potere discrezionale.

Secondo i principi del Common law, quando un soggetto è chiamato a esercitare tale potere deve valutare le circostanze specifiche del caso e adottare una decisione nel merito, evitando approcci standardizzati o uniformi. Egli deve, inoltre, conservare la possibilità di discostarsi da *policy* o linee guida generali ogniqualvolta ciò risulti opportuno, poiché in caso contrario, l'autorità finirebbe per agire in modo illegittimo, avendo di fatto auto-limitato la propria discrezionalità⁷⁵.

In questo contesto, il rischio è che la discrezionalità del decisore venga compromessa anche quando il sistema automatizzato suggerisca o orienti verso un determinato esito, o quando, in altro modo, condizioni il processo decisionale.

Va altresì considerato che i sistemi automatizzati tendono ad applicare in modo uniforme un unico modello statistico a tutti i casi esaminati: ciò assicura, almeno in teoria, una certa coerenza dei risultati, ma trascura le peculiarità del singolo caso. Ne deriva che, in quei settori dell'amministrazione pubblica in cui il potere discrezionale riveste un ruolo centrale — o in cui le *policy* richiedono di valutare eccezioni alle regole generali — i sistemi di decisione automatizzata risultano inadeguati o comunque di difficile applicazione.

Infine, un ulteriore parametro da considerare riguarda l'impiego di sistemi automatizzati nei casi in cui sia richiesta la motivazione della decisione amministrativa⁷⁶.

Nel sistema inglese, infatti, il diritto amministrativo non prevede in via generale un obbligo di motivazione⁷⁷, sebbene tale dovere possa

G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, in *Federalismi.it*, 2019, 3, con riferimento a quanto osservato da C. O'NEIL, *Armi di distruzione matematica. Come i big data aumentano la disuguaglianza e minacciano la democrazia*, Bompiani, Milano, 2017.

⁷⁵ *Padfield v Minister of Agriculture, Fisheries and Food* [1968] 1 All ER 694; *British Oxygen Co Ltd v Minister for Technology* [1971] AC 610; *R v Warwickshire County Council, ex p Collymore* [1995] ELR 217; *R (Gujra) v Crown Prosecution Service* [2012] UKSC 52.

⁷⁶ Sull'argomento si veda: T. HICKMAN, *Candour Inside-Out: Disclosure in Judicial Review*, in *Judicial Review*, 2023, 28, 4, 254-260; J. MENDES, *The Foundations of the Duty to Give Reasons and a Normative Reconstruction*, in *The Foundations and Future of Public Law: Essays in Honour of Paul Craig*, E. Fisher-J. King-A. Young (a cura di), Oxford University Press, 2020, 299-322.

⁷⁷ *R v Secretary of State for the Home Department, ex p Doody* [1993] 3 WLR 154.

essere imposto dalla legge. In genere la normativa riconosce l'esigenza di fornire motivazioni nelle decisioni aventi natura giudiziale o quasi giudiziale⁷⁸, ossia in quei procedimenti che incidono direttamente sui diritti o sugli interessi legittimi dei cittadini.

In altri casi l'obbligo di motivazione sorge in forza del principio di equità, la cui applicazione dipende dalle circostanze concrete, da ciò ne discende una regola di carattere generale secondo cui, quanto più rilevante e incisiva è la decisione nei confronti del destinatario, tanto più stringente diventa l'esigenza di esplicitare le motivazioni che la sorreggono.

Come già osservato, rispettivamente all'ordinamento italiano, anche nell'ordinamento del Regno Unito sembrerebbe esserci un'incompatibilità tra l'utilizzo di sistemi automatizzati a causa del tema della c.d. *black box* e le regole di Common law, che impongono che l'amministrazione accompagni il provvedimento con la motivazione, allorquando la decisione amministrativa sia tale da incidere particolarmente sul destinatario.

Nonostante ciò, l'autorità pubblica che ha adottato una decisione può ricorrere alla cosiddetta *retrospective justification*⁷⁹, ossia alla possibilità di fornire le motivazioni del provvedimento in un momento successivo alla sua adozione e già dopo la comunicazione agli interessati, spesso in risposta a una contestazione o a una revisione giudiziale. Tuttavia, tale prassi rischia di compromettere la legittimità e la validità della decisione stessa poiché la motivazione fornita *ex post* viene generalmente considerata con cautela dalle Corti nel contesto del diritto amministrativo inglese.

In alternativa, le autorità pubbliche possono invocare la circostanza che la motivazione non sia necessaria nei casi in cui la sua redazione risulti particolarmente difficile o eccessivamente gravosa per il decisore⁸⁰. Nel diritto amministrativo inglese, infatti, vige il principio secondo cui un'autorità pubblica può non essere obbligata a fornire le ragioni di una decisione qualora ciò comporti un onere sproporzionato. Tale orientamento trova fondamento in una combinazione di esigenze pratiche e considerazioni giuridiche, legate alla necessità

⁷⁸ R v Civil Service Appeal Board, ex p Cunningham [1991] 4 All ER 310.

⁷⁹ J. COBBE, *Administrative law and the machines of government: judicial review of automated public-sector decision-making*, op. cit., 648; sul tema si veda in particolare J. MALKAN, *Retrospective justification*, in Touro L. Rev., 1989, 6, 213.

⁸⁰ R v Higher Education Funding Council, ex p Institute of Dental Surgery [1994] 1 All ER 651 at [665]–[666].

di preservare l'efficienza dell'azione amministrativa e di contenere il carico di lavoro gravante sulle pubbliche autorità⁸¹.

Un ulteriore tema si pone, poi, rispetto alla revisione di una decisione che sia viziata da un errore di fatto, ossia quando la stessa promani da un procedimento nel quale l'istruttoria abbia preso in considerazione fatti o atti che sono inaccurati, ma che siano stati ritenuti rilevanti per giungere alla decisione. In una simile evenienza, l'autorità pubblica incorre in un errore di fatto materialmente rilevante, eccedendo i limiti della propria giurisdizione. Da questa prospettiva, risulta evidente — come già osservato — che la correttezza dei *dataset* utilizzati nella fase di *training* del sistema è determinante per garantire l'accuratezza del modello statistico-matematico applicato nella generazione dell'output. Tuttavia, individuare all'interno del *dataset* i dati inesatti o distorti che possano aver compromesso il risultato finale si rivela estremamente complesso, anche perché occorre considerare che non tutti i fattori impiegati nella fase di addestramento e nel processo decisionale risultano direttamente pertinenti rispetto a una singola decisione, pur potendo esercitare un'influenza — talvolta significativa — sull'esito complessivo del procedimento automatizzato.

8. Conclusioni

L'Intelligenza Artificiale, come fenomeno globale in rapidissima diffusione, ha comportato che nel nostro ordinamento l'intervento

⁸¹ Queste esigenze pratiche derivano da: ragioni di efficienza, poiché fornire motivazioni può essere oneroso, soprattutto per decisioni che vengono prese in contesti che coinvolgono questioni tecniche complesse. In questi casi, il requisito di motivare ogni singola decisione potrebbe gravare eccessivamente sul funzionamento efficiente dell'amministrazione; rispetto del potere di giudizio discrezionale, poiché in certe situazioni potrebbe essere giustificato non fornire motivazioni dettagliate se questo interferisce con la capacità dell'autorità di esercitare la sua discrezione in modo efficiente; ragioni legate ai precedenti giurisprudenziali, essendo che i tribunali inglesi hanno riconosciuto che non esiste un obbligo generale di fornire motivazioni in ogni decisione amministrativa. Ad esempio, in *R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Doody* [1994] 1 AC 531, la House of Lords stabilì che, sebbene non ci sia un obbligo generale di fornire motivazioni, in alcuni casi particolari l'equità può richiedere che le motivazioni siano fornite, specialmente quando la decisione ha un impatto significativo sui diritti degli individui; in base al principio del test di proporzionalità che i tribunali possono applicare se il carico di lavoro o la difficoltà tecnica di fornire motivazioni è sproporzionata rispetto al beneficio che tali motivazioni offrirebbero, in tali casi i tribunali potrebbero accettare che l'autorità non fornisca spiegazioni dettagliate.

regolatorio fosse, prima, giurisprudenziale e, poi, legislativo. Dalla comparazione appena svolta rispetto alla compatibilità tra l'applicazione dei sistemi di AI e i principi che regolano l'agire della Pubblica Amministrazione, si nota come – in un certo senso – ci sia stato un avvicinamento tra il nostro ordinamento e quello inglese, in quanto lo sviluppo di soluzioni che possano legittimare l'impiego di tali sistemi è pervenuto prevalentemente dal formante giurisprudenziale. Nel nostro ambito nazionale abbiamo assistito all'enucleazione di principi per mano della giurisprudenza che possiede quel requisito di elasticità che manca al legislatore e che le consente di saper leggere la realtà e interpretare i cambiamenti, in modo da dare una risposta più rapida ed efficace ad un vuoto normativo⁸². Dalle pronunce dei giudici di legittimità amministrativa si è progressivamente aperta la strada a un confronto tra diritto e tecnologia, ponendo i primi punti fermi in tema di legalità algoritmica e di trasparenza decisionale.

Tuttavia, sebbene la giurisprudenza possa certamente operare come apripista dell'evoluzione del diritto, nei sistemi di Civil law permane l'esigenza imprescindibile di un intervento del legislatore. Spetta infatti alla legge individuare i principi cardine da preservare - legalità, imparzialità, trasparenza, proporzionalità e tutela dei diritti fondamentali - e definire in che modo tali valori debbano essere integrati nella progettazione e nell'utilizzo delle tecnologie decisionali, affinché l'Intelligenza Artificiale si sviluppi in piena conformità con i fondamenti dello Stato di diritto.

Nell'ambito del diritto inglese l'utilizzo di sistemi di Intelligenza Artificiale nelle decisioni amministrative risulta astrattamente ammissibile, in quanto i principi di Common law applicati al diritto amministrativo si prestano a un'interpretazione evolutiva, capace di adattarsi a contesti nuovi e di esplorare modalità inedite di applicazione. Tale flessibilità consente alle Corti di modellare il diritto in funzione delle esigenze concrete, colmando progressivamente i vuoti normativi e ponendo le basi per un'elaborazione giurisprudenziale del fenomeno. Nel sistema inglese, il diritto amministrativo pare stia evolvendo in una direzione per cui vi è una maggior accettazione del fatto che sia necessaria un'applicazione delle *policy* in modo più coerente – in cui si tiene conto delle eccezioni solo in casi particolari – in quanto ciò apporterebbe benefici per una miglior go-

⁸² M.C. CAVALLARO, *Intelligenza artificiale, interesse pubblico e complessità della scelta amministrativa*, op. cit., 944.

vernance, coerenza e prevedibilità dell'agire della pubblica autorità⁸³. È opportuno sottolineare che il ricorso ai sistemi di AI consente di incidere significativamente sull'attività conoscitiva dell'amministrazione "oggettivandola", rafforzando la capacità istruttoria e verosimilmente quella decisoria, e consentirle di anticipare e gestire bisogni, problemi, e criticità. L'impiego di tali sistemi permetterebbe di raggiungere con maggiore efficienza ed efficacia gli scopi cui è diretta l'amministrazione, in questo senso, andando incontro anche ad una maggior standardizzazione del Common law in ambito amministrativo⁸⁴. Tuttavia, è anche bene sottolineare che la High Court considera comunque il trattamento equo, nell'esercizio dei poteri discrezionali, come generalmente desiderabile ma non come un principio autonomo del diritto amministrativo in sé⁸⁵.

Anche nell'ordinamento italiano non è raro che le amministrazioni prendano decisioni diverse, talvolta addirittura opposte in presenza dell'applicazione delle stesse norme, per cui l'impiego di strumenti che adottino «*un trattamento automatizzato produrrebbe, invece, un effetto di oggettivazione e consentirebbe di replicare sempre lo stesso esito a fronte dei medesimi elementi di fatto e di diritto*»⁸⁶. L'utilizzo degli algoritmi, infatti, potrebbe portare ad alcune importanti miglie in nell'ambito amministrativo, ad esempio, rafforzare la capacità conoscitiva dell'amministrazione, dando una base più solida e ampia per le valutazioni discrezionali, diminuendo i tempi per la raccolta e l'analisi dei dati; potrebbe apportare una maggior trasparenza all'operato della PA diminuendo le disparità, incertezze e contraddizioni, evitando trattamenti differenziati ingiustificati; attraverso la verifica delle regole di funzionamento dell'algoritmo, verrebbero in evidenza eventuali pregiudizi umani che hanno inciso sulla scelta dei dati o sulle regole di calcolo.

Dall'analisi condotta emerge con chiarezza la necessità di un intervento normativo di carattere generale in grado «*di fissare principi e regole generali a protezione delle libertà delle persone attraverso la costruzione di un complesso e delicato sistema di tutele valevoli a livello internazionale, che,*

⁸³ A. LE SUEUR, *Robot government*, op. cit., 10.

⁸⁴ A tal proposito, vale la pena sottolineare che, nel Social Security Act del 1998, uno dei motivi sottostanti l'impiego di computer per fornire le decisioni è proprio il perseguimento della produzione di decisioni maggiormente coerenti.

⁸⁵ R (*Gallaher Group Ltd*) v *The Competition and Markets Authority* [2018] UKSC 25 at [24]–[30].

⁸⁶ L. TORCHIA, *Lo Stato digitale. Un'introduzione*, op. cit., 151.

tuttavia, non rappresenti un freno irrazionale al progresso tecnologico»⁸⁷.

Questa esigenza regolatoria ha trovato la sua espressione a livello Europeo con l'AI Act che si è posto obiettivi diversi e che riguardano la sicurezza e il rispetto dei diritti fondamentali e dei valori europei, da parte dei sistemi IA immessi ed utilizzati in Europa; facilitazione degli investimenti per l'innovazione nel campo dell'Intelligenza Artificiale; migliorare la governance e l'attuazione della normativa in materia di diritti fondamentali e requisiti di sicurezza applicabili ai sistemi di IA; lo sviluppo di un mercato unico per le applicazioni di IA lecite, sicure e affidabili⁸⁸.

Il legislatore europeo, tuttavia, non è stato in grado di sciogliere quei dubbi che attengono all'eventuale utilizzo di sistemi di Intelligenza Artificiale nell'ambito dei procedimenti e dei provvedimenti promananti dalla Pubblica Amministrazione, tant'è che il testo normativo non è intervenuto in modo puntuale a sanare i dubbi e le perplessità che son stati esposti nei paragrafi precedenti. Infatti, accanto ad un tale sistema è comunque necessario un complesso regolatorio nazionale in cui sulla base dei diversi ordinamenti vengano fissati principi e criteri specifici nell'impiego dell'AI al fine di consentire la conformità dell'esercizio del potere pubblico all'interesse pubblico. Il compito di affrontare le questioni ancora irrisolte e di individuare soluzioni adeguate è ricaduto sul legislatore nazionale il quale con la legge n. 132 del 2025, all'art. 14 ha previsto una scarna regolamentazione dell'IA nella pubblica amministrazione, senza alcuna innovazione dei criteri di azione della PA stessa⁸⁹.

Sarà quindi necessario la formulazione di regole per una *governance* algoritmica che, nel rispetto dei principi fissati dalla legge citata, indichi una disciplina chiara, che vada a stabilire i principi generali e le regole di funzionamento che un sistema di tal specie dovrebbe implementare *by design*.

⁸⁷ G. TERRACCIANO, *I sistemi di intelligenza artificiale, l'attività amministrativa e il sindacato giurisdizionale, in considerazione della legge n. 132 del 2025*, op. cit., 818.

⁸⁸ I. MACRÌ, *Intelligenza artificiale per la Pubblica Amministrazione*, op. cit., 950.

⁸⁹ La legge n. 132/2025 in relazione all'intelligenza artificiale nei processi decisionali automatizzati, introduce disposizioni rilevanti sia sul piano della responsabilità sia su quello della tutela dei diritti. Nel complesso, il provvedimento mira a disciplinare l'impiego dell'IA secondo un approccio antropocentrico, volto a garantire che anche nei procedimenti automatizzati restino centrali il controllo umano, la trasparenza decisionale e la tutela dei diritti fondamentali. Persistono però incertezze applicative, legate soprattutto all'ampio rinvio a successivi decreti attuativi chiamati a definire in concreto i limiti e le condizioni di utilizzo dei sistemi automatizzati.

In particolare, gli aspetti più tecnici, che riguardano le regole di programmazione del software e di elaborazione dei *dataset*, da utilizzare per l'allenamento dello stesso, dovrebbero essere rimandati a linee guida, stabilite in collaborazione tra esperti appartenenti a diversi settori disciplinari tecnico-legali-sociali. Per fare ciò ci si dovrà necessariamente avvalere del supporto tecnico delle scienze informatiche e del contributo delle scienze sociali, al fine di elaborare una disciplina unitaria e lungimirante, capace di andare oltre la mera regolazione dello stato attuale della tecnologia. Poiché le scelte di digitalizzazione risultano fortemente condizionate dal contesto normativo e istituzionale, il ruolo del giurista assume una rilevanza centrale: egli è chiamato a utilizzare il diritto come strumento per elaborare soluzioni coerenti e legittime, in grado di garantire i diritti e le libertà della persona digitale, conciliando le esigenze tecniche con il rispetto delle tutele fondamentali⁹⁰. Non si tratta, dunque, di integrare la tecnologia nelle Carte costituzionali, ma di assicurare che i principi fondamentali, già consolidati a livello costituzionale ed europeo, trovino nuove forme di espressione all'interno dei sistemi algoritmici, preservando la centralità della persona umana. Ciò richiede un sistema di regole radicato nella tradizione costituzionale dell'Unione europea, ma al tempo stesso coordinato e sufficientemente flessibile da adattarsi all'evoluzione tecnologica, così da garantire che i valori costituzionali continuino ad avere piena operatività nel nuovo ecosistema digitale⁹¹.

Fosca Lamberti

⁹⁰ P. PIRAS, *Il tortuoso cammino verso un'amministrazione nativa digitale*, in *Dir. Inform.*, 2020, 1, 59.

⁹¹ U. PAGALLO, *Algoritmi e conoscibilità*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2020, 1, 101.

Le modalità per l'individuazione e la nomina dei componenti delle Commissioni Collaudo ex art. 116 D. Lgs. n. 36-2023

ANNA LAURA MAGLIULO

(Magistrato Ordinario presso il Tribunale Civile di Roma)

Abstract

Il correttivo di cui al D. Lgs. 209/2024 ha riscritto il comma 4 dell'articolo 116 D. Lgs. 116-2023, in ordine alla scelta dei componenti della Commissione di collaudo.

A seguito del parere reso dal Consiglio di Stato sulla novella relativa alla riformulazione del comma 4 dell'articolo 116 ad opera del D. Lgs. 209/2024, il potere di nomina della commissione di collaudo è stato rimodulato in ragione della natura pubblica o privata del committente.

Nel caso della natura pubblica della stazione appaltante, la norma in esame, alla lettera a), prevede che le stazioni appaltanti nominino da uno a tre collaudatori scelti fra il proprio personale o tra il personale di altre amministrazioni pubbliche, con qualificazione rapportata alla tipologia e caratteristica del contratto, in possesso dei requisiti di moralità, competenza e professionalità. E' confermato che i collaudatori dipendenti della stessa amministrazione devono in ogni caso, come già previsto dal Codice, appartenere a strutture funzionalmente indipendenti.

Il principio generale del componimento delle Commissioni di collaudo deve dunque rinvenirsi nel buon andamento, nell'economicità e nella rapidità della scelta, da effettuarsi in seno alla pubblica amministrazione di appartenenza (ovvero di altra pubblica amministrazione), senza il ricorso alla esternalizzazione mediante procedura di gara.

The amendment set out in Legislative Decree 209/2024 has rewritten paragraph 4 of Article 116 of Legislative Decree 116-2023, concerning the selection of members of the Acceptance Committee.

Following the opinion issued by the Council of State on the amendment relating to the reformulation of paragraph 4 of Article 116 by Legislative Decree 209/2024, the power to appoint the acceptance committee has been restructured according to whether the contracting authority is public or private.

Where the contracting authority is a public body, the provision in question, in subparagraph (a), stipulates that contracting authorities shall appoint between one and three inspectors chosen from among their own staff or from the staff of other public administrations, with qualifications appropriate to the type and characteristics of the contract, and who meet the requirements of good character, competence and professionalism. It is confirmed that inspectors employed by the same administration must, in all cases – as already provided for in the Code – belong to functionally independent departments.

The general principle governing the composition of acceptance committees must therefore be based on efficiency, cost-effectiveness and speed in the selection process, which is to be carried out within the relevant public administration (or another public administration), without recourse to outsourcing through a tender procedure.

Sommario: 1. Il “nuovo” articolo 116 comma 4 del D. Lgs. 36/2023; il collaudo e la verifica di conformità 2. Lo scopo del collaudo e le diverse tipologie di collaudi 3. L’individuazione dei componenti delle Commissioni di Collaudo 4. I compensi dei Collaudatori e le incompatibilità 5. Conclusioni

1. Il “nuovo” articolo 116 comma 4 del D. Lgs. 36/2023: il collaudo e la verifica di conformità

La materia concernente le modalità di individuazione dei soggetti componenti le Commissioni di collaudo, ai sensi della normativa dettata dal Codice degli Appalti, è stata di recente riformata dal correttivo al Codice introdotto dal D.lgs. 209/2024, in particolare con il correttivo di cui all’art. 116 comma 4 del D. Lgs. 36/2023.

La suddetta norma, la cui analisi concerne dunque l’oggetto principale del presente parere, stabilisce, per quel che qui di interesse, che *“4. Per effettuare le attività di collaudo dei lavori:*

a) le stazioni appaltanti e gli enti concedenti che sono amministrazioni pubbliche nominano da uno a tre collaudatori scelti tra il proprio personale o tra il personale di altre amministrazioni pubbliche, con qualificazione rapportata alla tipologia e caratteristica del contratto, in possesso dei requisiti di moralità, competenza e professionalità. I collaudatori dipendenti della stessa amministrazione appartengono a strutture funzionalmente indipendenti;

4-bis. Tra le unità di personale della stazione appaltante o di altre amministrazioni pubbliche è individuato anche il collaudatore delle strutture per la redazione del collaudo statico. Per accertata carenza nell’organico della stazione appaltante, o nei casi di particolare complessità tecnica, la stazione appaltante può verificare la possibilità di nominare il collaudatore tra i dipendenti di altre amministrazioni pubbliche formulando, anche contestualmente, apposita richiesta ad almeno tre amministrazioni, e, in caso di mancato riscontro entro il termine di trenta giorni, affidare l’incarico con le modalità previste dal codice. Il compenso spettante per l’attività di collaudo è contenuto per il personale della stessa amministrazione nell’ambito dell’incentivo di cui all’articolo 45, mentre per il personale di altre amministrazioni pubbliche è determinato ai sensi dell’articolo 29, comma 1, dell’allegato II.14.

L’articolo 116 del Codice detta dunque la disciplina afferente il collaudo e la verifica di conformità. Il comma 4 del menzionato articolo 116 disciplina la nomina e il compenso dei collaudatori per i contratti di lavori, prevedendo, al fine di garantire l’imparzialità delle operazioni di collaudo, che i collaudatori siano scelti tra i dipendenti dell’amministrazione che svolge le funzioni di stazione appaltante o tra i dipendenti di altre amministrazioni pubbliche, sulla base di requisiti di moralità, competenza e professionalità.

La modifica all'articolo 116, comma 4 del Codice, apportata dal comma 1, lettera a) della disposizione in esame, come di recente introduzione di cui al D. Lgs. 209-2024, prevede innanzitutto una specificazione per l'individuazione dei collaudatori.

In particolare, le stazioni appaltanti che sono amministrazioni pubbliche nominano da uno a tre collaudatori scelti fra il proprio personale o tra il personale di altre amministrazioni pubbliche, con qualificazione rapportata alla tipologia e caratteristica del contratto, in possesso dei requisiti di moralità, competenza e professionalità, purché i collaudatori dipendenti della stessa amministrazione appartengano a strutture funzionalmente indipendenti dalla Stazione Appaltante stessa¹.

2. Lo scopo del collaudo e le diverse tipologie di collaudi

Sullo scopo del collaudo si sofferma, più in particolare, anche l'articolo 13 dell'Allegato II.14, secondo il quale esso consiste nel *“verificare e certificare che l'opera o il lavoro siano stati eseguiti a regola d'arte, secondo il progetto approvato e le relative prescrizioni tecniche, nonché le eventuali perizie di variante, in conformità del contratto e degli eventuali atti di sottomissione o aggiuntivi debitamente approvati”*, nonché nel *“verificare che i dati risultanti dalla contabilità finale e dai documenti giustificativi corrispondano fra loro e con le risultanze di fatto, non solo per dimensioni, forma e quantità, ma anche per qualità dei materiali, dei componenti e delle provviste, e che le procedure espropriative poste a carico dell'esecutore siano state espletate tempestivamente e diligentemente. Il collaudo comprende altresì tutte le verifiche tecniche previste dalle normative di settore”*.

Sul punto, si osservi che l'art. 116 del Codice Appalti detta, al comma 4, la disciplina afferente al collaudo e alla verifica di conformità, prevedendo le procedure di nomina e i compensi dei collaudatori per i contratti di lavori: al fine di garantire l'imparzialità delle operazioni di collaudo, l'art. 116 comma 4 che i collaudatori (tanto quelli tecnico- amministrativi quanto i collaudatori impianti) siano scelti tra i dipendenti dell'amministrazione che svolge le funzioni di stazione appaltante o tra i dipendenti di altre amministrazioni pubbliche, sulla base di requisiti di moralità, competenza e professionalità².

¹ L. CARBONE, F. CARINGELLA, G. ROVELLI, *Manuale dei contratti pubblici*, Dike Giuridica, Napoli, 2025, pag. 638

² R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale dei contratti pubblici, alla luce del nuovo codice D.Lgs. 31 marzo 2023, n.36*, Molfetta, 2023, pag. 519 e ss.

Il collaudo tecnico-amministrativo e funzionale impianti ha lo scopo, infatti, di verificare e certificare che l'opera sia stata eseguita a regola d'arte, secondo il progetto approvato e le relative prescrizioni tecniche, nonché le eventuali perizie di variante, in conformità del contratto e degli eventuali atti di sottomissione o aggiuntivi debitamente approvati.

Ha altresì lo scopo di verificare che i dati risultanti dalla contabilità finale e dai documenti giustificativi corrispondano fra loro e con le risultanze di fatto, oltre a comprendere anche l'esame delle riserve dell'esecutore, sulle quali non sia già intervenuta una risoluzione definitiva in via amministrativa, se iscritte nel registro di contabilità e nel conto finale.³

3. L'individuazione dei componenti delle Commissioni di Collaudo

Per quel che qui di interesse, in ordine alla scelta dei componenti della Commissione di collaudo, si osservi che il recente Correttivo ha riscritto il comma 4 dell'articolo 116 D. Lgs. 116-2023.

A seguito del parere reso dal Consiglio di Stato sulla novella relativa alla riformulazione del comma 4 dell'articolo 116, il potere di nomina della commissione di collaudo è stato rimodulato in ragione della natura pubblica o privata del committente.

Nel caso della natura pubblica della stazione appaltante, la norma in esame, alla lettera a), prevede che le stazioni appaltanti nominino da uno a tre collaudatori scelti fra il proprio personale o tra il personale di altre amministrazioni pubbliche, con qualificazione rapportata alla tipologia e caratteristica del contratto, in possesso dei requisiti di moralità, competenza e professionalità. E' confermato che i collaudatori dipendenti della stessa amministrazione devono in ogni caso, come già previsto dal Codice, appartenere a strutture funzionalmente indipendenti.

Il principio generale del componimento delle Commissioni di collaudo deve dunque rinvenirsi nel buon andamento, nell'economicità e nella rapidità della scelta, da effettuarsi in seno alla PA di appartenenza (ovvero di altra PA come infra si vedrà), senza in alcun modo ricorrere a esternalizzazione mediante procedura di gara.

L'art. 116 comma 4 let. a) prevede altresì che, in caso di impossi-

³ R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Nuovo codice dei contratti pubblici annotato con dottrina e giurisprudenza*, Molfetta, 2025, pag. 738 e ss.

bilità di individuazione dei componenti all'interno della P.A. di appartenenza, la stazione appaltante che sia pubblica amministrazione individui i collaudatori tra i dipendenti di altre amministrazioni pubbliche.

Non prevedendosi una norma speciale come per il collaudatore statico⁴ di cui al successivo art. 116 comma 4 bis (di cui si vedrà infra), deve ritenersi, a rigor di lettera, che l'individuazione dei soggetti in possesso dei requisiti necessari possa esser fatta direttamente dalla stazione appaltante, purché, ai sensi dell'art. 53 bis del D. Lgs. N. 165/2001, venga fatta apposita richiesta all'amministrazione di appartenenza del soggetto e venga all'uopo fornita dalla stessa apposita autorizzazione all'assunzione dell'incarico.

Anche per i collaudatori impianti, non prevedendosi una norma speciale come per il collaudatore statico di cui al successivo art. 116 comma 4 bis, deve ritenersi, a rigor di lettera, che l'individuazione dei soggetti in possesso dei requisiti necessari possa esser fatta direttamente dalla stazione appaltante, purché, ai sensi dell'art. 53 bis del D. Lgs. N. 165/2001, venga fatta apposita richiesta all'amministrazione di appartenenza del soggetto e venga all'uopo fornita dalla stessa apposita autorizzazione all'assunzione dell'incarico.

Ben può ritenersi, tuttavia, in analogia con quanto previsto dall'art. 116 comma 4 bis per la figura del collaudatore statico, che, in caso di impossibilità nell'individuazione dei soggetti in possesso dei requisiti necessari allo svolgimento della funzione di collaudatore tecnico-amministrativo, la stazione appaltante possa pubblicare apposito interpello con la richiesta ad almeno tre pubbliche amministrazioni di individuazione di nominativi da scegliere per l'incarico di collaudatore.

Come accennato, il Correttivo ha altresì introdotto un comma 4-bis all'art. 116, ai sensi del quale, in caso di carenza di organico qualificato all'interno delle stazioni appaltanti, o in caso di appalti complessi, è possibile alla stazione appaltante individuare il collaudatore statico tra i dipendenti di altre amministrazioni pubbliche, direttamente ovvero formulando contestualmente apposita richiesta mediante interpello ad almeno tre amministrazioni (chiaramente anche in questo caso sarà necessaria la procedura autorizzativa di cui all'art. 53 bis D.Lgs. n. 165/2001).

Novità della novella normativa di cui al comma 4 bis è che, in caso

⁴ Per la nozione di collaudo statico si veda S. LOMBARDO, *Collaudo tecnico amministrativo dei lavori pubblici*, 7 edizione, Flaccovio Dario editore, 2023, pag.391.

di mancato riscontro da parte delle altre P.A. entro il termine di trenta giorni, la stazione appaltante potrà affidare l'incarico di collaudatore statico con le modalità previste dal codice, ossia con procedura di gara aperta o negoziata.

4. I Compensi dei collaudatori e le incompatibilità

Per quanto riguarda i **compensi dei collaudatori** e, sempre in forza del citato richiamo da parte del comma 5, dei verificatori, il Correttivo, sempre nel nuovo comma 4-bis, ha al riguardo chiarito che il compenso è contenuto, per il solo personale della stessa amministrazione, nell'ambito dell'incentivo di cui all'articolo 45, mentre per il personale di altre amministrazioni pubbliche esso è determinato ai sensi dell'articolo 29, comma 1, dell'Allegato II.14, ossia, per effetto della modifica apportata anche a tale disposizione dal Correttivo, ai sensi del decreto del Ministro della giustizia di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti del 17 giugno 2016, recante “*Approvazione delle tabelle dei corrispettivi commisurati al livello qualitativo delle prestazioni di progettazione*”.⁵

Con il nuovo comma 4-ter, il Correttivo ha ora introdotto la possibilità per lavori di particolare complessità di permettere al collaudatore o alla commissione di collaudo di dotarsi, previa adeguata motivazione, di una segreteria tecnico-amministrativa dotata di specifiche competenze per le attività istruttorie e di supporto organizzativo. A tal fine si chiarisce che gli oneri della medesima sono a carico del collaudatore o dei membri della commissione di collaudo e vengono liquidati con le modalità di cui all'allegato II.14.

Innovando rispetto al passato (v. articolo 111, comma 1, secondo periodo, ‘Codice 50’), il **comma 5 attribuisce al RUP la funzione di verificatore della conformità delle prestazioni rese dall'esecutore, a meno che non sia stato nominato un direttore dell'esecuzione**, nel qual caso l'attività di verifica spetta a quest'ultimo. Nel caso di contratti di servizi e forniture caratterizzati da **elevato contenuto tecnologico** oppure da **elevata complessità o innovazione**, le stazioni appaltanti possono tuttavia nominare uno o più verificatori della conformità diversi dal RUP o dal direttore dell'esecuzione del contratto.

Il **comma 6** ripropone le **incompatibilità** previste dal **comma 7**

⁵ S. Mirate, in R. Villata, M. Ramajoli (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Pisa, 2025, pag. 666

dell'articolo 102, con qualche novità introdotta dal Correttivo.

Non possono pertanto essere nominati collaudatori e verificatori di conformità:

- i) i magistrati ordinari, amministrativi e contabili e gli avvocati e procuratori dello Stato, in attività di servizio e quelli in quiescenza che a qualsiasi titolo siano intervenuti in fase di aggiudicazione o di esecuzione del contratto oggetto del collaudo o che abbiano altri motivi di conflitto di interesse di cui all'articolo 16; ii) i dipendenti appartenenti ai ruoli della pubblica amministrazione in servizio o in trattamento di quiescenza per i quali sussistono motivi di conflitto di interesse di cui all'articolo 16; iii) coloro che nel triennio antecedente hanno avuto rapporti di lavoro autonomo o subordinato con gli operatori economici a qualsiasi titolo coinvolti nell'esecuzione del contratto; iv) coloro che hanno comunque svolto o svolgono attività di controllo, verifica, progettazione, approvazione, autorizzazione, vigilanza o direzione sul contratto da collaudare;
- v) coloro che hanno partecipato alla procedura di gara.

Dalla Relazione Illustrativa al Correttivo si apprende che la novella - consistente nella eliminazione del divieto originariamente previsto dal comma 6 dell'art. 116 di assegnare incarichi di collaudo ai dipendenti appartenenti ai ruoli della pubblica amministrazione in servizio oppure agli stessi dipendenti o ai magistrati ordinari, amministrativi e contabili e gli avvocati e procuratori dello Stato in trattamento di quiescenza che svolgono o che abbiano svolto attività di servizio nella regione dove sono ubicati i lavori pubblici da collaudare - si deve alla sussistenza di criticità applicative della norma da parte delle Amministrazioni locali⁶.

5. Conclusioni

a. Tutto ciò premesso, dall'analisi dell'art. 116 come di recente modifica deve desumersi, per le stazioni appaltanti che siano pubbliche amministrazioni, l'obbligo (chiaramente parametrato a quanto previsto per i compensi, come supra accennato), per l'individuazione dei componenti delle Commissioni di Collaudo, di ricerca dei soggetti (in possesso dei requisiti previsti per l'appalto di specie):

b. all'interno della P.A. di appartenenza, purché in struttura funzionalmente indipendente dall'Amministrazione appaltante;

⁶ L.R. Perfetti (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato D.Lgs. 31 marzo 2023*, II ed, Milano, 2026, pag. 900

c. all'interno di altra P.A. (direttamente o mediante interpello, previa sempre autorizzazione ex art. 53 d.lgs. n. 165/2001);

d. per il riconoscimento dei compensi, dovrà pedissequamente applicarsi l'art. 116 comma 4 bis D. Lgs. N. 36-2023.

A rigor di norma, solo per la figura del Collaudatore statico sarà dunque possibile, in caso di impossibilità di reperire una figura all'interno della P.A. di appartenenza della stazione appaltante ovvero di altra P.A. (impossibilità che sarà alla base della motivazione dell'indizione della procedura ad evidenza pubblica), procedere all'indizione di procedura di gara aperta o negoziata (a seconda degli importi, come da Codice).

Anna Laura Magliulo

Partecipazione ai procedimenti di espropriazione di pubblica utilità ex D.P.R. n. 327/2001: soggetti interessati e modalità di avviso

ANNA LAURA MAGLIULO

(Magistrato Ordinario presso il Tribunale Civile di Roma)

Abstract

In materia di partecipazione ai procedimenti di espropriazione di pubblica utilità, si è di recente sottoposta, in dottrina, l'attenzione sulle corrette modalità di avviso ai soggetti interessati dai procedimenti di espropriazione di pubblica utilità ex D.P.R. n. 327/2001, con particolare riferimento all'individuazione dei soggetti destinatari degli atti di pre-informazione inerenti le procedure di espropriazione per opere pubbliche, anche mediante asservimento e/o di occupazione temporanea.

La questione in esame riguarda l'interpretazione e l'applicazione delle normative in materia di espropriazione per pubblica utilità, in particolare in situazioni dove gli immobili o le aree da espropriare, asservire od occupare temporaneamente siano interessate da diritti reali di godimento, oltre al diritto di proprietà.

La complessità sorge dalla necessità di identificare i soggetti interessati dal procedimento espropriativo in maniera da garantire la corretta partecipazione procedimentale e la legittimità degli atti adottati (come l'apposizione del vincolo preordinato all'esproprio, la dichiarazione di pubblica utilità e l'occupazione temporanea) evitando possibili illegittimità e contestazioni in sede giudiziale.

With regard to participation in public utility expropriation proceedings, legal scholarship has recently focused the correct procedures for notifying parties affected by public utility expropriation proceedings under Presidential Decree No. 327/2001, with particular reference to identifying the recipients of preliminary information notices relating to expropriation procedures for public works, including through easements and/or temporary occupation.

The issue under consideration concerns the interpretation and application of the legislation governing expropriation for public utility, particularly in situations where the properties or areas to be expropriated, subject to easement or temporarily occupied are subject to rights in rem of enjoyment, in addition to the right

of ownership.

The complexity arises from the need to identify the parties affected by the expropriation proceedings in order to ensure proper participation in the proceedings and the lawfulness of the measures adopted (such as the imposition of a restriction prior to expropriation, the declaration of public utility and temporary occupation), thereby avoiding potential legal irregularities and challenges in court.

Sommario: 1. I soggetti destinatari degli atti di “pre-informazione” inerenti le procedure di espropriazione: la normativa di riferimento 2. La notifica del decreto di occupazione di urgenza 3. I destinatari dell’offerta dell’indennità provvisoriamente determinata.

1. I soggetti destinatari degli atti di “pre-informazione” inerenti le procedure di espropriazione: la normativa di riferimento

La normativa di riferimento è contenuta nel citato T.U.E. (Testo Unico Espropri), in particolare agli artt. 3, 11, 16 e 49, che regolamentano le comunicazioni con i proprietari e i **detentori dei diritti** sugli immobili interessati.

Secondo l’art. 3, comma 2, del d.p.r. n. 327/2001, gli atti della procedura espropriativa sono disposti nei confronti del soggetto che risulti proprietario in base ai registri catastali, salvo che l’autorità espropriante venga tempestivamente a conoscenza del diverso proprietario effettivo.

La suddetta norma, laddove considera proprietario colui che risulta dai registri catastali, è tesa a soddisfare l’esigenza di celerità propria del procedimento ablatorio, esonerando l’espropriante dalle minuziose e prolungate indagini necessarie ad individuare il proprietario effettivo, ove non coincidente con il proprietario catastale¹.

Tuttavia, in base ad una interpretazione normativa sistematica, si deve considerare che l’obiettivo principale della legge di riferimento sia comunque quello di assicurare che i soggetti interessati abbiano la possibilità di partecipare al procedimento, essere informati adeguatamente ed esercitare i propri diritti.

Ciò significa valutare non solo chi ha il titolo di “*proprietario*” secondo i registri catastali, ma anche i titolari di diritti reali di godimento, considerando che queste figure hanno interessi legali che potrebbero essere pregiudicati dal procedimento espropriativo.

Per quanto riguarda la comunicazione di avvio del procedimento, l’art. 11 del T.U.E. stabilisce che la stessa deve essere notificata a coloro che hanno un interesse legittimo; dunque, interpretando questa disposizione in termini estensivi, si deduce che non solo il proprietario ma anche i titolari di diritti reali di godimento siano destinatari della comunicazione: “*Al proprietario del bene sul quale si intende apporre il vincolo preordinato all’esproprio va inviato l’avviso dell’avvio del procedimento nel caso di adozione di una variante al piano regolatore per la realizzazione di*

¹ R. DE NICTOLIS, *Commento all’articolo 3 in L’espropriazione per pubblica utilità*, a cura di CARINGELLA-DE MARZO-DE NICTOLIS- MARUOTTI, Milano, 2024, pag. 43

una singola opera pubblica, almeno venti giorni prima della delibera del consiglio comunale; nei casi previsti dall'articolo 10, comma 1, almeno venti giorni prima dell'emanazione dell'atto se ciò risulti compatibile con le esigenze di celerità del procedimento. L'avviso di avvio del procedimento è comunicato personalmente agli interessati alle singole opere previste dal piano o dal progetto. Allorché il numero dei destinatari sia superiore a 50, la comunicazione è effettuata mediante pubblico avviso, da affiggere all'albo pretorio dei Comuni nel cui territorio ricadono gli immobili da assoggettare al vincolo, nonché su uno o più quotidiani a diffusione nazionale e locale e, ove istituito, sul sito informatico della Regione o Provincia autonoma nel cui territorio ricadono gli immobili da assoggettare al vincolo. L'avviso deve precisare dove e con quali modalità può essere consultato il piano o il progetto. Gli interessati possono formulare entro i successivi trenta giorni osservazioni che vengono valutate dall'autorità espropriante ai fini delle definitive determinazioni².

Questo concetto è altresì corroborato e avvalorato dal principio, di derivazione giurisprudenziale, di partecipazione del soggetto interessato al procedimento, che sottende l'intera disciplina del procedimento amministrativo, mirato a garantire la massima inclusione degli interessati.

Inoltre, l'art. 16 T.U.E., che dettaglia le modalità di pubblicazione degli avvisi nei casi di procedimenti che coinvolgono un numero elevato di interessati, e l'art. 49, che norma le occupazioni temporanee, debbono essere interpretati nella logica di assicurare che tutte le parti interessate, indipendentemente dalla natura del loro titolo, siano adeguatamente informate e coinvolte nel procedimento.

L'art. 49 T.U.E. recita, infatti, quanto segue : *“Al proprietario del fondo è notificato, nelle forme degli atti processuali civili, un avviso allorché il numero dei destinatari sia superiore a 50, la comunicazione è effettuata mediante pubblico avviso”*.

Inoltre, il suddetto avviso deve contenere, per essere legittimo, l'indicazione delle particelle e dei nominativi, quali indefettibili elementi diretti a individuare i soggetti espropriandi e i beni oggetto del procedimento amministrativo, e ciò sia che la comunicazione avvenga personalmente, sia che essa avvenga in forma collettiva mediante avviso pubblico².

2. La notifica del decreto di occupazione di urgenza

² Sul punto, si veda, ex multis, T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 19.09.2014 n. 4979; T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 29.01.2014 n. 191.

Quanto alla questione specifica della notifica del decreto di occupazione di urgenza, è essenziale sottolineare che anche in questa fase i titolari di diritti reali di godimento debbano essere considerati soggetti legittimati a ricevere comunicazione, visto che tale atto hanno diretta incidenza sulla loro posizione giuridica soggettiva, evidentemente tutelata dall'ordinamento, in qualità di titolari di diritti sul bene e, quindi, evidentemente incisi, nella propria sfera giuridica soggettiva, dalla procedura espropriativa.

In termini di prudenza, e nell'ottica di scongiurare un possibile contenzioso, parrebbe dunque opportuno (anche solo in un'ottica di interpretazione sistematica della normativa richiamata) per l'Autorità espropriante adottare un approccio inclusivo, che preveda la notifica degli atti preordinati all'esproprio a tutti i soggetti che detengono diritto sugli immobili interessati dal procedimento, qualora facilmente individuabili e qualora ciò non determini un eccessivo rallentamento della procedura di espropriazione.

Questo approccio non solo rafforzerebbe la legittimità del procedimento espropriativo, ma consentirebbe anche di prevenire contestazioni e azioni legali che potrebbero ritardare l'avanzamento dei lavori pubblici e comportare ulteriori oneri per l'Erario.

Pertanto, nelle predisposizioni delle relative comunicazioni, è opportuno che l'Amministrazione espropriante individui tutti i soggetti aventi titoli reali di godimento sugli immobili, oltre ai proprietari, notiziandoli mediante le apposite procedure di notifica, garantendo in tal modo il rispetto dei principi di buon andamento e legalità dell'azione amministrativa (ex. Art. 97 Cost.), in ossequio al dato letterale di cui agli art. 11 e ss. T.U.E.

Sebbene, infatti, la norma, nel primo periodo, indichi nel “*proprietario*” il destinatario dell'avviso di avvio del procedimento, al periodo successivo prevede che l'avviso di avvio del procedimento debba essere comunicato personalmente agli **interessati** alle singole opere previste dal piano o dal progetto, tra i quali rientrano indubbiamente, in base ad una interpretazione sistematica della normativa civilistica in combinato disposto con la *lex specialis* del TUE, i titolari di diritti reali sul bene espropriando.

Gli stessi, pertanto, andranno individuati quali destinatari cui notificare il decreto ex art.22-bis, comma 4 T.U.E..

Ciò sulla base anche dell'interpretazione dell'art. 23 del TUE, che prevede che “1. Il decreto di esproprio:

a) è emanato entro il termine di scadenza dell'efficacia della dichiarazione di

pubblica utilità;

b) indica gli estremi degli atti da cui è sorto il vincolo preordinato all'esproprio e del provvedimento che ha approvato il progetto dell'opera;

c) indica quale sia l'indennità determinata in via provvisoria o urgente e precisa se essa sia stata accettata dal proprietario o successivamente corrisposta, ovvero se essa sia stata depositata presso la Cassa depositi e prestiti;

d) dà atto della eventuale nomina dei tecnici incaricati di determinare in via definitiva l'indennità di espropriazione, precisando se essa sia stata accettata dal proprietario o successivamente corrisposta, ovvero se essa sia stata depositata presso la Cassa depositi e prestiti;

e) dà atto della eventuale sussistenza dei presupposti previsti dall'articolo 22, comma 1, e della determinazione urgente della indennità provvisoria;

e-bis) dà atto degli estremi del decreto emanato ai sensi dell'articolo 22-bis e del relativo stato di esecuzione;

(lettera introdotta dal d.lgs. n. 302 del 2002)

f) dispone il passaggio del diritto di proprietà, o del diritto oggetto dell'espropriazione, sotto la condizione sospensiva che il medesimo decreto sia successivamente notificato ed eseguito;

g) è notificato al proprietario nelle forme degli atti processuali civili, con un avviso contenente l'indicazione del luogo, del giorno e dell'ora in cui è prevista l'esecuzione del decreto di espropriazione, almeno sette giorni prima di essa;

h) è eseguito mediante l'immissione in possesso del beneficiario dell'esproprio, con la redazione del verbale di cui all'articolo 24", che, alla lettera f), prevede espressamente la traslazione del diritto di proprietà o di altro diritto oggetto dell'espropriazione (tra cui evidentemente rientra il diritto reale eventualmente gravante sul bene).

3. I destinatari dell'offerta dell'indennità provvisoriamente determinata

In ordine ai soggetti destinatari a ricevere l'offerta dell'indennità provvisoriamente determinata, ai fini dell'eventuale condivisione ex art. 22-bis, comma 1, T.U.E., ovvero dell'indennità definitiva e di eventuali indennità aggiuntive, deve farsi riferimento al disposto dell'art. 26 del TUE, che prevede che: "1. *Trascorso il termine di trenta giorni dalla notificazione dell'atto determinativo dell'indennità provvisoria, l'autorità espropriante ordina che il promotore dell'espropriazione effettui il pagamento delle indennità che siano state accettate, ovvero il deposito delle altre indennità presso la Cassa depositi e prestiti.*

1-bis. L'autorità espropriante ordina il pagamento diretto dell'indennità al pro-

prietario nei casi di cui all'articolo 20, comma 8.

2. L'autorità espropriante può ordinare altresì il pagamento diretto dell'indennità al proprietario, qualora questi abbia assunto ogni responsabilità in ordine ad eventuali diritti dei terzi, e può disporre che sia prestata una idonea garanzia entro un termine all'uopo stabilito.

3. Se il bene è gravato di ipoteca, al proprietario è corrisposta l'indennità previa esibizione di una dichiarazione del titolare del diritto di ipoteca, con firma autenticata, che autorizza la riscossione della somma.

4. Se il bene è gravato da altri diritti reali, ovvero se sono presentate opposizioni al pagamento della indennità, in assenza di accordo sulle modalità della sua riscossione, il beneficiario dell'espropriazione deposita la somma presso la Cassa depositi e prestiti. In tal caso, l'effettivo pagamento ha luogo in conformità alla pronuncia dell'autorità giudiziaria, adita su domanda di chi vi abbia interesse.

5. Qualora manchino diritti dei terzi sul bene, il proprietario può in qualunque momento percepire la somma depositata, con riserva di chiedere in sede giurisdizionale l'importo effettivamente spettante.

6. La Cassa depositi e prestiti provvede al pagamento delle somme ricevute a titolo di indennità di espropriazione e in relazione alle quali non vi sono opposizioni di terzi, quando il proprietario produca una dichiarazione in cui assume ogni responsabilità in relazione ad eventuali diritti dei terzi.

7. Dei provvedimenti di cui ai commi 1 e 2 è data immediata notizia al terzo che risulti titolare di un diritto ed è curata la pubblicazione, per estratto, nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica o nel Bollettino Ufficiale della Regione nel cui territorio si trova il bene.

8. Il provvedimento dell'autorità espropriante diventa esecutivo col decorso di trenta giorni dal compimento delle relative formalità, se non è proposta dai terzi l'opposizione per l'ammontare dell'indennità o per la garanzia.

9. Se è proposta una tempestiva opposizione, l'autorità espropriante dispone il deposito delle indennità accettate o convenute presso la Cassa depositi e prestiti.

10. Il promotore dell'espropriazione esegue il pagamento dell'indennità accettata o determinata dai tecnici, entro il termine di sessanta giorni, decorrente dalla comunicazione del decreto che ha ordinato il pagamento, salvo il caso in cui egli abbia proposto, entro lo stesso termine, l'opposizione alla stima definitiva della indennità.

11. In seguito alla presentazione, da parte del promotore dell'espropriazione, degli atti comprovanti l'eseguito deposito o pagamento dell'indennità di espropriazione, l'autorità espropriante emette senz'altro il decreto di esproprio”;

nonché all'art. 34 del TUE, che prevede che: “1. L'indennità di esproprio spetta al proprietario del bene da espropriare ovvero all'enfiteuta, se ne sia anche possessore.

2. Dopo la trascrizione del decreto di esproprio o dell'atto di cessione, tutti i diritti relativi al bene espropriato possono essere fatti valere esclusivamente sull'indennità.

3. L'espropriante non è tenuto ad intervenire nelle controversie tra il proprietario e l'enfiteuta e non sopporta aumenti di spesa a causa del riparto tra di loro dell'indennità.

4. **Salvo quanto previsto dall'articolo 42 (che prevede che “1. Spetta una indennità aggiuntiva al fittavolo, al mezzadro o al compartecipante che, per effetto della procedura espropriativa o della cessione volontaria, sia costretto ad abbandonare in tutto o in parte l'area direttamente coltivata da almeno un anno prima della data in cui vi è stata la dichiarazione di pubblica utilità. 2. L'indennità aggiuntiva è determinata ai sensi dell'articolo 40, comma 4, ed è corrisposta a seguito di una dichiarazione dell'interessato e di un riscontro della effettiva sussistenza dei relativi presupposti), il titolare di un diritto reale o personale sul bene non ha diritto ad una indennità aggiuntiva, può far valere il suo diritto sull'indennità di esproprio e può proporre l'opposizione alla stima, ovvero intervenire nel giudizio promosso dal proprietario”.**

In conclusione, fermo il principio di massima partecipazione alle procedure espropriative (con conseguente opportunità di notifica anche ai soggetti diversi dai proprietari e titolari di diritti ulteriori sui beni espropriandi), come in precedenza osservato, deve sottolinearsi che il DPR 27 dicembre 2001 n. 327 non stabilisce diritti a favore di quei terzi che in occasione d'un procedimento espropriativo si ritengano lesi per la perdita dell'utilizzo d'un fondo altrui oggetto d'ablazione, onde tali diritti potranno se del caso esser fatti valere nei riguardi non già del soggetto espropriante, bensì del titolare dell'immobile (tra quei soggetti terzi deve ricomprendersi non solo il terzo titolare di diritto reale ma anche il terzo avente diritto personale di godimento).

L'indennità di espropriazione è, di regola, “unica” (come si evince anche dalla lettura dell'art. 25, comma 3 TU) e va corrisposta al proprietario (o all'enfiteuta nel possesso del bene o al titolare di altro diritto “reale” minore espropriato), nonostante la molteplicità dei soggetti potenzialmente lesi interessati a soddisfarsi sull'indennità stessa³, i quali hanno possibilità di partecipare al procedimento

³ F. BUSCICCHIO, in *Codice dell'espropriazione*, a cura di R. Garofoli G. Ferrari, 2016, pag. 567; L. MARUOTTI, *Commento all'articolo 25 in L'espropriazione per pubblica utilità*, a cura di

espropriativo (art. 26 e 28) e di opporsi alla stima o ad intervenire nel relativo giudizio (art. 34, 4° comma), con le regole dell'art. 54. Hanno diritto ad un'indennità aggiuntiva rispetto a quella "unica" soltanto il fittavolo, il mezzadro ed il compartecipante, nei limiti indicati nell'art. 42 DPR 327/2001; gli altri terzi possono soddisfarsi soltanto sull'unica indennità complessiva spettante al titolare e in rapporto con lo stesso non con l'espropriante.

Va, altresì, affermata l'impossibilità per il comodatario, il conduttore anche se svolga attività commerciale, l'affittuario o l'imprenditore agricolo o titolare di altro diritto personale di godimento, pur se privato dell'attività ivi svolta, di pretendere una liquidazione diversa o aggiuntiva rispetto all'indennità spettante al proprietario, restando i loro diritti eventualmente da rivalere sull'indennizzo corrisposto al titolare; la loro posizione è, pertanto, subordinata alla liquidazione dell'unica indennità in favore dell'(unico) avente diritto, ossia il proprietario del bene.

Nel sistema fondamentale del TUE, fermo il contenuto degli art. 26 e 34, essendo unica l'indennità che l'espropriante deve depositare, su di essa deve trovare soddisfazione la pretesa di coloro che, già titolari di un diritto sul bene espropriato, vengono a risentire un pregiudizio per effetto dell'estinzione di quel diritto, pure provocata dall'espropriazione⁴.

Alla luce dell'art. 3 del DPR 327/2001, è soggetto passivo della procedura espropriativa unicamente il «soggetto che risulti proprietario secondo i registri catastali», ovvero l'«eventuale diverso proprietario effettivo»; i diritti, reali o personali, reclamati da soggetti diversi dal proprietario espropriato, non possono farsi valere nei confronti dell'espropriante, ma trovano il loro fondamento nell'esistenza di un eventuale titolo negoziale (mezzadria, colonia, affitto a coltivatore diretto o altro contratto agrario), intercorso con il proprietario concedente, successivamente espropriato, ed in forza del quale era stata loro conferita la facoltà di utilizzazione del fondo oggetto di procedura ablativa.

Ogni pretesa patrimoniale, di carattere indennitario o risarcitoria, rivendicata dai soggetti titolari di diritti reali o personali, diversi dal proprietario espropriato, non può essere fatta valere nei confronti dell'espropriante, né essere portata in detrazione alla somma spet-

CARINGELLA-DE MARZO-DE NICTOLIS- MARUOTTI, pag. 436

⁴ A. GANDINO, *Commento all'art. 24, in Commentario breve alle leggi di urbanistica ed edilizia*, a cura di FERRARA FERRARI, Padova, 2025, pag. 549

tante al proprietario espropriato, ma sarà dovuta unicamente nei confronti del proprietario espropriato in forza del rapporto privatistico intercorrente con quest'ultimo, fermo restando che, sulle somme depositate a titolo di indennità di espropriazione, tutti i terzi aventi diritto possono esercitare le loro azioni e pretendere quanto a loro spetta.

Infatti, l'art. 25 del TUE prevede che l'espropriazione del diritto di proprietà comporti *“l'estinzione automatica di tutti gli altri diritti, reali o personali, gravanti sul bene espropriato, salvo quelli compatibili con i fini cui l'espropriazione è preordinata”* e che *“Le azioni reali e personali esperibili sul bene espropriando non incidono sul procedimento espropriativo e sugli effetti del decreto di esproprio.”*

3. Dopo la trascrizione del decreto di esproprio, tutti i diritti relativi al bene espropriato possono essere fatti valere unicamente sull'indennità”, come altresì ribadito dal già accennato art. 34 d.p.r. n. 327/2001 (“Soggetti aventi titolo all'indennità”) che prevede che l'indennità di esproprio spetti al proprietario del bene da espropriare ovvero all'enfiteuta, se ne sia anche possessore e che dopo la trascrizione del decreto di esproprio o dell'atto di cessione, tutti i diritti relativi al bene espropriato possono essere fatti valere esclusivamente sull'indennità; peraltro, l'espropriante non sopporta aumenti di spesa a causa del riparto tra il proprietario e l'enfiteuta dell'indennità e, salvo quanto previsto dall'articolo 42, il titolare di un diritto reale o personale sul bene non ha diritto ad una indennità aggiuntiva, ma può far valere il suo diritto sull'indennità di esproprio e può proporre l'opposizione alla stima, ovvero intervenire nel giudizio promosso dal proprietario.

Anna Laura Magliulo

La pubblicità sanante degli atti di fusione societaria

MARIA ELENA PAGETTA

(Dottoranda di ricerca in Diritto delle Persone, delle Imprese e dei Mercati – Università degli Studi di Napoli Federico II)

Abstract

Il contributo esamina la portata applicativa del meccanismo di pubblicità sanante previsto dall'art. 2504-*quater* c.c., interrogandosi sui limiti della sua efficacia preclusiva. In particolare, muovendo dagli orientamenti giurisprudenziali e considerando l'ipotesi limite dell'atto di fusione iscritto in assenza di una preventiva delibera assembleare, lo studio verifica se tale fattispecie sia idonea a sottrarsi all'effetto sanante dell'iscrizione, alla luce della tipologia di vizio che viene in rilievo e degli interessi coinvolti. L'indagine si conclude ric collegando la portata residuale delle norme sulla pubblicità sanante alla funzione di controllo di legalità propria dell'atto pubblico, quale presupposto sistematico dell'affidamento dei terzi che il legislatore intende tutelare.

*This paper examines the scope of application of the mechanism provided by article 2504-*quater* of the Civil Code which ensures that a merger is deemed valid in all cases – even if there are defects – once it has been registered, exploring the limits of its preclusive effect. In particular, drawing on case-law and considering the extreme case of a merger deed registered without a prior shareholders' resolution, the study examines whether such a case is capable of evading the remedial effect of registration, in light of the nature of the defect in question and the interests involved. The study concludes by linking the residual scope of the rules on legal notice with «remedial effects» to the function of verifying the legality of the notarial act, as a systematic prerequisite for the reliance of third parties which the legislator intends to protect.*

Sommario: 1. Il procedimento di fusione (e di scissione) 2. L'ipotesi limite: atto di fusione iscritto senza delibera assembleare 2.1. L'inesistenza giuridica 2.2. L'inesistenza di fattispecie a formazione complessa 2.3. Gli atti inefficaci 3. Rilevi critici all'efficacia assoluta dell'art. 2504 – *quater*, c.c., alla luce degli interessi coinvolti 4. Conclusioni: la portata residuale delle norme sulla pubblicità sanante e la funzione dell'atto pubblico

1. Il procedimento di fusione (e di scissione)

Nel diritto societario, con il termine fusione si indica l'operazione straordinaria per il tramite della quale due o più società confondono in una sola i propri patrimoni e le relative compagini sociali, con la finalità di realizzare la riorganizzazione dell'attività imprenditoriale mediante l'integrazione reciproca delle società partecipanti, determinando, in definitiva, una vicenda meramente evolutiva e modificativa dell'ente di partenza¹. L'operazione si distingue, principalmente, a seconda che la sua attuazione determini la costituzione di

¹ La natura giuridica delle operazioni di fusione e di scissione è stata a lungo discussa. Mentre in caso di trasformazione societaria il legislatore afferma chiaramente all'art. 2498 c.c. il principio di continuità nei rapporti giuridici dell'ente che ha effettuato la trasformazione, il medesimo effetto appare ripreso anche nella disciplina di cui agli artt. 2501 e seguenti, c.c., seppur in modo più sfumato, e precisamente *ex art* 2504 *bis*, c.c., nella parte in cui il legislatore elimina il riferimento alle società *estinte*, rinviando a quelle *partecipanti*. La tesi che qui si accoglie, sostenuta non solo da dottrina e giurisprudenza, ma anche dalla prassi notarile, qualifica l'operazione come una fattispecie neutra e meramente riorganizzativa e, dunque, sostanzialmente modificativa e non estintiva. Cfr: S. PANSIERI, voce «Fusione di società, I, Fusione di società ed enti – Dir. Trib.», in *Enciclopedia giuridica* vol. XIV, Roma, 1989, par. 1.2, 1 s.; E. SIMONETTO, *Trasformazione e fusione delle società*, in F. Galgano (a cura di) *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, Bologna, 1976, 208 ss.; F. FERRARA JR, F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2006, 989 ss.; F. DI SABATO, *Manuale delle società*, Torino, 1999, 421 ss. G. TANTINI, *Trasformazione e fusione delle società*, *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, Padova, 1985, 282 ss.; in giurisprudenza Cass. civ. Sez. Un., 8 febbraio 2006, n. 2637, con nota di F. FAUSTINI, *Effetti processuali della fusione di società. La natura evolutivo-modificativa dell'operazione non determina l'interruzione del processo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, 2, 10199; Cass. civ., Sez. I, 3 maggio 2010, n. 10653, in *Società*, 2010, 7, 906; Cass. civ., Sez. Unite, 17 settembre 2010, n. 19698, in *CED Cassazione*, 2010; Cass. civ., Sez. III, 10 dicembre 2019, n. 32142, in *CED Cassazione*, 2019; TAR Piemonte Torino, Sez. I, 18 maggio 2026, n. 1115, reperibile su <https://onelegale.wolterskluwer.it/>. *Contra* Cass. civ. Sez. Un., 30 luglio 2021, n. 21970 con nota di F. MAGLIULO, *Clamoroso revirement della Cassazione sulla natura giuridica della fusione*, in *Notariato*, 5, 2021, 513 ss. che riprende l'orientamento tradizionale e afferma la corrispondenza del fenomeno di fusione (o scissione) alla successione *mortis causa* produttiva di due effetti autonomi e indipendenti: quello estintivo della società incorporata nell'incorporante e quello sostitutivo di quest'ultima nei rapporti della prima. Conforme a tale ultima impostazione, più di recente, Cass. civ., Sez. I, Ord., 18 maggio 2023, n. 13685, in *CED Cassazione*, 2023.

un nuovo organismo societario (e conseguente «estinzione» di tutte le partecipanti) o l'incorporazione in una società preesistente di una o più altre (e conseguente sopravvivenza dell'incorporante), salvo poi ulteriormente declinarsi a seconda dei soggetti coinvolti e delle modalità operative concretamente adottate². In tutte le ipotesi di fusione, il legislatore predispone, agli artt. 2501-*ter*, c.c. e seguenti, un procedimento dettagliato che, a differenza della trasformazione, non si risolve *uno actu*, ma si articola in tre fasi principali, rappresentate dalla predisposizione del progetto di fusione, dalla sua approvazione in sede di *decisione* assembleare, culminando, infine, nella stipula, ad opera degli amministratori, dell'atto finale di fusione. Tale *iter* è completato dall'art. 2504-*quater*, c.c., il quale, facendo salvo il diritto al risarcimento del danno, statuisce che «eseguite le iscrizioni dell'atto di fusione a norma del secondo comma dell'articolo 2504, l'invalidità dell'atto di fusione non può essere pronunciata». Tale disposizione introduce nell'ordinamento societario una peculiare ipotesi di pubblicità sanante del Registro delle Imprese, la cui finalità – come può desumersi dalla lettura della norma congiuntamente a quanto statuito dall'art. 2504-*bis*, comma 2, c.c. – è quella di imporre, una volta iscritto l'atto che conclude il suddetto il procedimento, l'irretrattabilità degli effetti dell'operazione straordinaria predisposta.

Le considerazioni che, per mera semplicità espositiva, in questa sede intendono svolgersi con riferimento alla fusione possono riprodursi anche in relazione alle ipotesi di scissione societaria, considerata una vicenda diametralmente opposta all'operazione sopra descritta, con la quale si determina la suddivisione di una società mediante assegnazione di tutto o parte del suo patrimonio ad uno o più enti preesistenti o di nuova costituzione. Anche in questo caso, infatti, nonostante le peculiarità che nell'ipotesi concreta possono presentarsi in virtù delle eterogenee modalità in cui il progetto può articolarsi, resta ferma la distinzione di base tra la fase decisionale e quella negoziale che caratterizza il procedimento. Infatti, come risulta dal rinvio operato dall'art. 2506 c.c. alle norme dettate per la fusione, l'operazione si realizza seguendo il medesimo *iter* che si conclude anch'esso, stante l'espresso richiamo al comma quinto dell'art. 2504-*quater*, c.c., con l'iscrizione dell'atto di scissione nel Registro delle imprese con effetti di pubblicità sanante.

² Le differenze si accentuano quando il procedimento coinvolge tipi sociali diversi comportandone anche trasformazione.

Quest'ultima, in entrambi i casi, risponde all'esigenza di evitare il rischio di continue variazioni degli assetti organizzativi, la cui stabilità appare una necessità particolarmente avvertita specialmente nel caso in cui le partecipazioni sociali nelle società coinvolte abbiano già avuto una circolazione. Tale principio non appare isolato, ma, invero, è espressione di un'esigenza ormai diffusa e consolidata del diritto societario post-riforma, imperniato in modo prevalente sulla certezza dei traffici e dei rapporti giuridici, da realizzarsi rendendo difficilmente modificabili, anche a scapito di interessi individuali, i risultati di quelle operazioni che, per la loro complessità, coinvolgono una pluralità eterogenea di soggetti. Questi ultimi, qualora lesi da fattispecie assorbite dal suddetto meccanismo pubblicitario, potranno invocare una tutela meramente obbligatoria delle proprie ragioni³. In tali casi, infatti, i vizi eventualmente esistenti, non vengono eliminati ma, non potendo più essere fatti valere, lasciano spazio solo a possibili pretese risarcitorie⁴.

Condividendo la meritevolezza della *ratio* sottesa alle disposizioni richiamate e tentando di valorizzarla, si potrebbe essere indotti a favorire un'interpretazione della norma che estenda in senso assoluto l'effetto sanante del meccanismo pubblicitario, includendovi non solo le pronunce di invalidità testualmente indicate, ma qualsiasi provvedimento giudiziario o amministrativo volto a contestare, caducare o revocare gli effetti dell'operazione; la finalità, in definitiva, è quella di sterilizzare, di fatto, qualsiasi vizio idoneo a far vacillare la stabilità dell'operazione⁵.

È evidente che un siffatto modo di ragionare debba confrontarsi con l'esigenza pratica di evitare che il meccanismo di cui al 2504—

³ Sulla non totale surrogabilità dei rimedi, cfr: A. NIGRO, *Tutela demolitoria e tutela risarcitoria nel nuovo diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2004, 4, 881.

⁴ Esempi di questo tipo, sparsi nel libro V del Codice civile, sono molteplici. Si pensi, ad esempio, alla disciplina dell'invalidità delle delibere assembleari di cui agli artt. 2377 e seguenti, c.c., che, da un lato, sancisce la valenza generale della categoria dell'annullabilità limitando la proposizione dell'azione di nullità alle specifiche ipotesi di cui all'art. 2379 c.c., dall'altro, attribuisce ai soci che non siano legittimati ad impugnare la deliberazione assembleare, il diritto al risarcimento del danno.

⁵ In giurisprudenza, tra le tante, Cass. civ., Sez. I, 20 dicembre 2005, n. 28242, in *CED Cassazione*, 2005; Cass. civ., Sez. I, 20 novembre 2013, n. 26043, con nota di C. DI BITONTO, *La c.d. "scissione negativa" (reale) è inammissibile*, in *Le società*, 2014, 6, 661 ss.; Cass. civ., Sez. I, 14 marzo 2022, n.8120, in *CED Cassazione*, 2022; Trib. Napoli, Sez. spec. in materia di imprese, 02 ottobre 2024, n. 8346, reperibile su <https://onelegale.wolterskluwer.it/>.

quater, c.c., sia strumentalmente utilizzato per coprire mancanze e difetti derivanti da comportamenti egoistici e abusivi dei protagonisti della vicenda ristrutturativa. Se, infatti, l'irretrattabilità degli effetti è un principio posto a tutela dei terzi, consentire al meccanismo pubblicitario di occultare condotte illegittime, potrebbe determinare, al contrario, un danno maggiore di quello che la pubblicità sanante intende evitare.

In tale prospettiva, pertanto, parte della dottrina paventa il rischio di attribuire legittimità ad un'operazione straordinaria «di fatto», attuata al di fuori di qualsiasi schema e caratterizzata dall'inosservanza delle stesse norme che il legislatore ha delineato in maniera articolata e completa alla luce delle conseguenze incisive che dette vicende suscitano nella sfera giuridica dei terzi coinvolti⁶. Se le fasi procedurali della fusione societaria e la relativa documentazione sono predisposte a tutela degli interessi sia dei soci che dei creditori, al di fuori delle ipotesi di rinuncia espressamente consentite o di semplificazioni normativamente previste, l'omissione arbitraria di uno di questi momenti – ove non più sindacabile una volta intervenuta la pubblicità sanante – potrebbe configurare una lesione di quei diritti che il procedimento intende salvaguardare. Il rischio appare evidente nel caso, forse paradossale ma emblematico, di un atto di fusione (o di scissione) redatto dagli amministratori ed iscritto al Registro delle Imprese in totale assenza di una precedente decisione dei soci di approvazione del relativo progetto.

2. L'ipotesi limite: atto di fusione (o scissione) iscritto senza delibera assembleare

Consapevole dei rischi summenzionati, ci si può interrogare sulla necessità di individuare dei limiti alla portata applicativa dell'art. 2504-*quater*, c.c., individuando eventuali vizi e anomalie che possono ancora essere fatti valere. Già all'indomani dell'entrata in vigore della norma, la dottrina si interrogava in ordine alla concreta operatività del precetto, considerando la differente terminologia utilizzata dal legislatore nel testo della disposizione e nella sua rubrica, ove si fa riferimento rispettivamente all'«invalidità dell'atto di fusione» e all'«invalidità della fusione»⁷. Ci si è chiesti, infatti, se con tale ultima espressione, gene-

⁶ G. SCOGNAMIGLIO, *Sulla inesistenza giuridica del negozio di fusione*, in *Riv. dir. comm.*, 1993, 11-12, 1029.

⁷ Così, A.M. SANDULLI, *Considerazioni sul concetto di invalidità degli atti giuridici*, in *Stato e*

ralmente utilizzata per indicare l'effetto in sé e dunque l'operazione complessivamente considerata, il legislatore volesse riferirsi non solo alla patologia dell'atto finale, ma anche alle difformità relative alle singole fasi del procedimento. Al di là dell'imprecisa formulazione, la soluzione omnicomprensiva trae il proprio fondamento dall'idea che l'invalidità non più sindacabile riguardi non solo il provvedimento conclusivo, ma altresì i precedenti atti giuridici che hanno contribuito alla sua formazione, ivi incluse le delibere assembleari ad esso prope-deutiche: se, infatti, il nesso logico-giuridico tra i vari *step* è così intenso da limitare la discrezionalità degli amministratori in sede di stipula dell'atto di fusione al punto da ritenere che il contenuto di quest'ultimo costituisca prevalentemente una riproduzione quanto già in precedenza determinato, siffatto legame non può che riguardare anche gli eventuali vizi che, inevitabilmente, si propagano alla fase conclusiva. Una volta adempiuti gli oneri pubblicitari, sarebbe quindi illogico far valere in modo autonomo le difformità, ad esempio, delle singole delibere assembleari⁸. Nonostante l'assenza di precedenti consolidati in materia, dello stesso avviso è la Corte di Cassazione che afferma come le delibere assembleari inquadrare nell'ambito di una tale operazione non possano produrre effetti autonomi⁹, ma esauriscano la loro rilevanza nell'atto di fusione successivamente stipulato; è evidente, pertanto, che l'interesse a far valere un vizio della precedente decisione sussiste solo se ed in quanto possa ancora «colpirsi» anche l'atto conclusivo del procedimento¹⁰. Nella stessa occasione, tuttavia, tentando di rigettare le pretese del ricorrente, la Corte si interroga sull'operatività del meccanismo sanante di cui all'art. 2504-*quater*, c.c., e avanza il dubbio che il muro innalzato dalla norma possa essere superato quanto meno nel caso in cui si contesti non l'invalidità, in termini di nullità o annullabilità della delibera, ma la sua giuridica esistenza da cui potrebbe desumersi, altresì, l'inesistenza dell'atto di fusione. Al di là delle conclusioni del caso di specie, ciò che rileva in que-

dir., 1941, 403 ss.

⁸ Cfr., G. SCOGNAMIGLIO, *Scissioni*, in *Trattato delle Società per azioni*, diretto da G. E. Colombi, G.B. Portale, Vol. 7, Tomo 2, Torino, 2004, 377; conforme la giurisprudenza richiamata *supra*, nota 5.

⁹ Si intendono escluse da queste considerazioni le delibere assunte contestualmente alla decisione di fusione ma che, pur eventualmente modificando lo statuto, non incidono sull'operazione nel suo complesso, né si pongono in alcun rapporto di necessità o accessoria.

¹⁰ Cass. civ., Sez. I, 1 giugno 2012, n. 8864, in *CED Cassazione*, 2012; ripresa successivamente da Cass. civ., Sez. I, 28 febbraio 2020, n. 5602, in *CED Cassazione*, 2020.

sta sede, pur con riferimento ad una fattispecie diversa dall'assoluta mancanza di delibera assembleare, è l'interessante apertura della giurisprudenza ad una limitazione alla proclamata valenza assoluta del regime sanante della pubblicità. Cogliendo questi spunti, occorrerebbe, allora, dapprima chiedersi se nel nostro ordinamento possa trovare cittadinanza la categoria dell'inesistenza e poi, una volta riconosciuta l'ammissibilità di quest'ultima, se si estenda anche alle fattispecie a formazione complessa.

2.1. L'inesistenza giuridica

La dottrina francese si servì per prima della categoria dell'inesistenza per superare il principio *pas des nullité sans texte* e offrire, in tema di invalidità degli atti matrimoniali, un rifugio concettuale idoneo a ricomprendere quelle anomalie che, seppur comunemente avvertite come gravi, non rientravano nelle nullità testualmente previste dal legislatore¹¹. I difetti innominati così individuati, determinando l'inesistenza dell'atto piuttosto che la sua nullità, precludevano l'applicazione della disciplina dettata per le forme di invalidità e risultavano, rispetto ad essa, irrilevanti. Dinanzi alla mancanza di un elemento essenziale per l'esistenza dell'atto, si affermava l'impossibilità logica di avanzare un giudizio di validità, in quanto «soltanto ciò che esiste può essere o non essere valido»¹². In questi termini, sorgeva così la contrapposizione tra nullità ed inesistenza con la conseguente necessità di delineare con precisione i contorni delle due categorie.

In primis, occorre precisare che quando si pone la questione definitoria non si fa riferimento alla mancanza materiale dell'atto, perché in tanto si pone la possibilità di una classificazione e distinzione tra giudizio di nullità o di inesistenza, in quanto vi sia l'astratta possibilità di comparare l'atto concreto e il suo corrispondente schema legale¹³. Poiché la possibilità che da tale confronto scaturisca un'ipotesi di difformità è una conseguenza comune tanto all'invalidità quanto all'inesistenza, la dottrina si è imbattuta nelle incertezze interpretative volte ad individuare il fondamento dogmatico delle

¹¹ G. FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 2023, 20; R. TOMMASINI, voce *Nullità (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXVIII, Milano, 1978, 871.

¹² Testualmente, G. FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, cit., 15.

¹³ G. FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, cit., 8.

categorie e i relativi tratti distintivi¹⁴. Tale operazione appare particolarmente problematica sul piano teorico, se si considera la difficoltà di qualificare positivamente i contorni dell'invalidità quando il legislatore opta per formule come nullità, annullabilità, invalidità, che nel linguaggio comune hanno un significato propriamente negativo. Tuttavia, non può negarsi che sul piano pratico un negozio, ancorché sanzionato come invalido, diviene oggetto di una specifica disciplina e non può, pertanto, considerarsi marginale per il nostro ordinamento¹⁵. Cosicché, mentre «non valore» non vuol dire giuridicamente irrilevante¹⁶, un atto irrilevante per il diritto non è suscettibile di valutazione negativa. Dare enfasi a tale profilo non elimina tuttavia il disagio di muoversi in un campo dai confini non legislativamente predeterminati al punto che parte della dottrina conclude per una totale assimilazione delle fattispecie¹⁷. Altri, invece, valorizzando la distinzione tra il piano della realtà giuridica e di quella pre-giuridica, considerano invalido il negozio in cui manca o è viziato un elemento essenziale o costitutivo dello stesso, mentre si ha inesistenza di un atto «quando mancano gli elementi che suppone la sua natura, per modo che nella loro assenza è proprio inconcepibile il negozio, o, se si vuole, è impedita la giuridica identificazione del negozio. L'impossibilità di concepire il negozio deve essere tale da doversi ammettere anche prescindendo dalle singole norme del diritto positivo. Il negozio giuridicamente inesistente, a differenza di

¹⁴ Sul dibattito, cfr., le posizioni di L. CARIOTA FERRARA, *Inesistenza e invalidità dei negozi giuridici*, *Il Foro Italiano*, 1948, 4, 34 ss.; P. RESCIGNO, *Manuale di diritto privato italiano*, Napoli, 2000, 289 ss., per il quale il negozio inesistente si sottrae alla disciplina dell'invalidità; M. VIARO, *I principi generali del diritto*, Padova, 1969, 177, per il quale l'atto inesistente manca degli elementi indispensabili per la sua identificazione in una figura negoziale; S. PUGLIATTI, *I fatti giuridici*, Messina, 1996, 151 ss., che finisce di fatto per negare una differenza tra la categoria dell'inesistenza e quella della nullità.

¹⁵ Si pensi alla possibilità per l'atto, in casi eccezionali, di essere oggetto di conferma (artt. 590 e 799 c.c.) e di produrre, in tal caso, effetti giuridici.

¹⁶ G. FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, cit., 23 s.; G. SCOGNAMIGLIO, *Sulla inesistenza giuridica del negozio di fusione*, cit., 1032.

¹⁷ Tra i tanti, cfr., A. FEDELE, *L'invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Torino, 1943, 27 ss.; B. DE GIOVANNI, *La nullità nella logica del diritto*, Napoli 1964, 49, il quale intende anche l'atto nullo come irrilevante, evidenziando la difficoltà di concepire l'invalidità come qualificazione negativa: l'atto nullo può essere rilevante sul piano sociale, ma irrilevante su quello giuridico; F. GAZZONI, *Manuale di Diritto Privato*, Napoli, 2024, 995, il quale ravvisa la differenza tra l'inesistenza e la nullità esclusivamente sul piano materiale e non giuridico, riconducendo l'inesistenza ad una categoria esclusivamente sociale; G. GRIPPO, *Deliberazione e collegialità nella società per azioni*, Padova, 1979, 56 ss.

quello nullo, non esiste come fattispecie, non riscontrandosi neppure la figura esteriore, l'apparenza dei necessari elementi»¹⁸.

Muovendo dalla premessa che i presupposti per identificare l'esistenza giuridica di un atto debbano necessariamente desumersi dalla descrizione normativa della fattispecie, e non da elementi giusnaturalistici o rilevabili *in rerum natura*, si è diffuso il tentativo di distinguere le categorie sul piano quantitativo riconducendo la divergenza *macroscopica* della fattispecie concreta rispetto allo schema astratto al piano dell'inesistenza, quella *microscopica* alla dimensione dell'invalidità; è vero che in tal caso si finisce ancora una volta per rendere evanescenti i confini tra le due figure come mere ipotesi di difformità dalla fattispecie normativa, ma è altrettanto vero che il profilo quantitativo assume rilievo sul piano qualitativo «poiché nelle ipotesi di divergenza macroscopica ciò che manca è la possibilità stessa di identificare la fattispecie di un determinato atto giuridico»¹⁹. E la valutazione *de qua* non può condursi aprioristicamente, ma sembra necessario considerare di volta in volta il criterio sostanziale attraverso cui il legislatore ha costruito lo schema tipico che viene in rilievo. Tale parametro interviene ad orientare il giurista chiamato a disciplinare l'efficacia di un atto, verificando in che limiti sia possibile distaccarsi dalla formula tipica alla luce delle esigenze reali che in concreto si manifestano²⁰.

2.2. L'inesistenza di fattispecie a formazione complessa

Qualora si condivida la possibilità di distinguere la categoria della nullità e quella dell'inesistenza, è opportuno chiedersi se quest'ultima possa riguardare anche gli atti a struttura procedimentale, i cui effetti dipendono dal susseguirsi in serie di una serie coordinata di elementi.

La dottrina che si è occupata del tema, con particolare riguardo al campo delle delibere assembleari, ha escluso la compatibilità tra l'inesistenza e le fattispecie procedimentali, valorizzando piuttosto l'esigenza di arginare qualsiasi tentativo suscettibile di alterare le modalità con cui si sviluppa la dinamica dell'organizzazione societaria²¹.

¹⁸ L. CARIOTA FERRARA, *Inesistenza e invalidità dei negozi giuridici*, cit., 38.

¹⁹ Testualmente, G. SCOGNAMIGLIO, *Sulla inesistenza giuridica del negozio di fusione*, cit., 1041.

²⁰ Cfr., TOMMASINI, voce *Nullità (dir.priv.)*, cit., 869 ss.

²¹ F. FARENGA, *La deliberazione di società come atto a struttura procedimentale e la teoria giuridica dell'inesistenza*, in *Riv. Dir. comm.*, 1988, 1, 194 ss.

Tale prospettiva negativa è espressione della necessità di contrastare il diffuso atteggiamento arbitrario delle corti di qualificare come inesistenti le delibere assembleari colpite da meri vizi procedurali i quali, anteriormente alla riforma del 2003, non trovavano autonoma rilevanza non risultando compresi tra le ipotesi di invalidità di cui all'art. 2379 c.c.. Tuttavia, ciò che appare da censurare perché foriero di incertezze non è il ricorso alla figura dell'inesistenza in sé, quanto l'uso di criteri discrezionali per definirla, criteri ai quali spesso la giurisprudenza ha fatto ricorso per aprire ingiustificatamente un varco nel perimetro circoscritto dell'invalidità. Cosicché i termini del problema si presentano nello stesso modo in cui si pongono nei negozi a struttura semplice, con l'unica differenza che nelle ipotesi in cui sussista un procedimento, per verificare la rilevanza giuridica dell'atto che ne deriva, è necessario attendere la conclusione di tutte le fasi. In tali casi, quindi, se da un lato ogni elemento è essenziale perché previsto dalla legge, dall'altro non è possibile far discendere una dichiarazione di inesistenza dalla mancanza di una qualsiasi delle fasi dell'*iter*²². La prospettiva da utilizzare è la medesima: tanto negli atti semplici che in quelli procedurali, la valutazione dei vizi e delle difformità può essere condotta solo dopo aver individuato i presupposti minimi che qualificano una fattispecie esistente e la rendono destinataria di una data disciplina²³.

2.3. Gli atti inefficaci

Il dubbio da cui muove l'indagine è se un atto di fusione, iscritto in assenza di una preventiva delibera assembleare, possa o meno essere sanzionato dopo l'avvenuta pubblicità. In tema, è stato sostenuto che l'iscrizione nel Registro delle Imprese, quando ha il potere di sanare i vizi, si limita a rendere definitivamente inattaccabili gli effetti prodotti da un atto, seppur invalido, a condizione che tali effetti si siano già realizzati, ma non «non vale a rendere irretrattabili effetti che l'atto in questione è intrinsecamente inidoneo a produrre»²⁴.

²² G. SCOGNAMIGLIO, *Sulla inesistenza giuridica del negozio di fusione*, cit., 1042.

²³ G. SCOGNAMIGLIO, *Sulla inesistenza giuridica del negozio di fusione*, cit., 1042 ss.

²⁴ Testualmente, G. SCOGNAMIGLIO, *Scissioni*, cit., 387; in senso conforme, A. GENOVESE, *L'invalidità dell'atto di fusione*, Torino, 1997, 146s. la quale ricostruisce l'art. 2504-*quater*, c.c., quale strumento volto a salvaguardare gli effetti di un atto di fusione; sicché, in termini generali, costituisce presupposto applicativo della norma e limite della sua rilevanza, non l'invalidità dell'atto, ma la ricorrenza dei suoi effetti.

Così, coerentemente, dovrebbe considerarsi tale un atto giuridicamente inesistente²⁵.

L'operazione di fusione si realizza, come anticipato, attraverso un procedimento articolato in due fasi tra loro complementari: la prima di carattere decisionale, incardinata nella delibera assembleare, mentre la seconda, a rilevanza contrattuale, si conclude con la stipula dell'atto. Se si ritiene che l'unificazione dei patrimoni e dei rapporti giuridici non possa derivare da un atto interno alla singola organizzazione, quale è la delibera, e che il negozio predisposto dagli organi amministrativi non possa da solo modificare lo statuto di tutte le società coinvolte, è inevitabile concludere che entrambi gli elementi sono necessari per la produzione degli effetti finali²⁶. Dallo stretto rapporto che sussiste tra le due fasi, potrebbe anche avanzarsi l'idea che ai fini dell'esistenza dell'operazione di fusione sia necessaria non solo la presenza materiale e giuridica della delibera e dell'atto di fusione²⁷, ma anche l'identificazione della fattispecie sotto il profilo funzionale: si può parlare di fusione solo in quanto l'operazione coincida con il suo modello causale astratto diretto alla compenetrazione del patrimonio, dei soggetti e dei rapporti giuridici²⁸.

²⁵ In giurisprudenza, Trib. Velletri, 10 agosto, 1994, con nota di A. MONTESANO, *Atto di fusione stipulato in pendenza di opposizione del creditore ex art. 2503*, in *Società*, 1995, 551.

²⁶ G. SCOGNAMIGLIO, *Sulla inesistenza giuridica del negozio di fusione*, cit., 1045; sul particolare valore giuridico della delibera di approvazione del progetto come strumento di modifica dell'intera organizzazione sociale, cfr. G. FERRI JR., «Fusione di società, I, *Dir. Comm.*», in *Enciclopedia giuridica*, vol. XIV, Roma, 1989, par. 3.2, 2.

²⁷ L'ipotesi della delibera di fusione inesistente suscettibile di determinare l'inesistenza della fusione è paventata dalla Cass. civ., Sez. I1 giugno 2012, n. 8864. Qualora invece la delibera sia mancante sul piano materiale la sua inesistenza giuridica è in *re ipsa*: intanto si può valutare la rilevanza per il diritto in quanto vi sia un *quid* materiale da comparare alla fattispecie legale. *Contra*, A. GENOVESE, *L'invalidità dell'atto di fusione*, cit., 154 ss., la quale ritiene non adeguatamente motivata la stretta interdipendenza tra la fase deliberativa e quella negoziale, privando l'atto di fusione dell'autonomia strutturale che sembrerebbe invece riconosciuta dall'art. 2504-*quater*, c.c.. Se, quindi, si prescinde da ogni considerazione sulla vincolatività delle prescrizioni di cui agli artt. 2501 e seguenti, l'unica ipotesi di atto di fusione inesistente si riduce al falso materiale. La conclusione non è dissimile a quanto affermato in materia di invalidità delle delibere assembleari dalla tradizionale dottrina, G.F. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale 2. Diritto delle società*, Milano, 2024, 343 ss.

²⁸ In senso critico, A. GENOVESE, *L'invalidità dell'atto di fusione*, cit., 151 ss. L'Autrice, pur non negando l'inesistenza come categoria giuridica astratta, esclude che possa considerarsi tale un atto di fusione per una causa sostanziale connessa al difetto funzionale; in questo caso, ad un fenomeno non qualificabile come fusione perché non corrispondente al relativo tipo non può conseguire l'applicazione della connessa disciplina nella

Se tale prospettiva può ritenersi in astratto condivisibile, non può non considerarsi, tenuto conto delle incertezze sopra indicate, il timore che l'assenza di elementi predefiniti da cui desumere l'esistenza o meno di un negozio giuridico possa dischiudere margini di discrezionalità difficilmente controllabili. Il risultato cui si perverrebbe, ammettendo un'azione di accertamento dell'inesistenza potenzialmente atemporale, è di rendere gli effetti di un'operazione di fusione assolutamente precari, giungendo ad un risultato incoerente rispetto ai principi di certezza e stabilità dei rapporti giuridici che hanno orientato, in sede di riforma, la disciplina dell'invalidità delle delibere assembleari, ambito in cui si era maggiormente sviluppato l'abuso del ricorso alla categoria²⁹.

L'esigenza di considerare il caso dell'atto di fusione non preceduto dalla fase decisionale senza ricorrere alla figura dell'inesistenza, con ritorno alle problematiche pratiche che in ambito societario hanno portato alla sua stigmatizzazione, ha spinto una parte della dottrina a considerare siffatto atto in ogni caso inidoneo alla produzione di effetti, seppur giuridicamente esistente. Tale conclusione muove dal presupposto che dalla disciplina normativa delle operazioni straordinarie emerga una dissociazione fra potere di gestione e potere rappresentativo: quest'ultimo legittima gli amministratori a stipulare l'atto di fusione e a darvi esecuzione, ma non a deliberarlo autonomamente. La competenza decisionale sull'operazione spetta inderogabilmente ai soci che la esercitano secondo le regole proprie di ciascun tipo sociale. Ne consegue che un atto di fusione stipulato dal rappresentante in assenza dei poteri conferiti dai rappresentati (*i.e.* i soci di ciascuna società) risulta, come tutti gli atti compiuti in difetto di legittimazione, inidoneo a incidere sulle sfere giuridiche altrui e quindi inefficace, salvo eventuale e successiva ratifica³⁰. Alla luce dei principi in materia di rappresentanza, la stessa conseguenza si pone per un negozio stipulato in totale difformità rispetto alla decisione assembleare. Diversa sarebbe invece la situazione di un atto

sua interezza e non solo con riferimento all'art. 2504-*quater*, c.c.. A prescindere da questa considerazione, l'efficacia sanante dell'iscrizione non troverebbe applicazione perché non sussiste l'effetto da stabilizzare.

²⁹ G. SCOGNAMIGLIO, *Scissioni*, cit., 385.

³⁰ G. SCOGNAMIGLIO, *Scissioni*, cit., 388 ss. *Contra*, A. GENOVESE, *L'invalidità dell'atto di fusione*, cit., 182 ss. In prospettiva dubitativa in ordine all'estensione del meccanismo sanante della pubblicità agli atti inefficaci per carenza di legittimazione si è espresso, seppur in tema di trascrizione immobiliare, anche G. LAURINI, *La pubblicità sanante nel complesso sistema dei trasferimenti immobiliari*, CNN, Studio n. 6-2023/C.

iscritto durante i termini per l'opposizione dei creditori, in assenza delle condizioni che legittimano l'esecuzione anticipata della delibera: in tale ipotesi, pur ravvisandosi un vizio procedimentale lesivo degli interessi dei creditori, il potere decisionale risulta comunque validamente esercitato³¹.

L'inquadramento dell'atto di fusione privo di delibera assembleare nella categoria dell'inesistenza o del difetto di potere rappresentativo conduce in ogni caso a riconoscere un negozio inidoneo a produrre effetti giuridici, potenzialmente in grado di sottrarsi all'assolutezza della portata preclusiva di cui all'art. 2504-*quater*, c.c., esigenza manifestata già da ampia parte della dottrina, seppur con diverse argomentazioni³².

3. Rilievi critici all'efficacia assoluta dell'art. 2504-*quater* alla luce degli interessi coinvolti

La tesi della portata applicativa limitata dell'art. 2504-*quater*, c.c. esprime la necessità di sanzionare il difetto di legittimazione degli amministratori e, al contempo, di preservare la certezza dei rapporti giuridici una volta intervenuta l'iscrizione. Tale soluzione ermeneutica appare coerente con il complessivo assetto di interessi sotteso

³¹ G. SCOGNAMIGLIO, *Scissioni*, cit., 391 ss. Nella diversa ipotesi in cui l'atto sia stato iscritto in pendenza dell'opposizione, l'Autore considera l'introduzione del giudizio quale causa di privazione del potere degli amministratori di stipulare l'atto, potendosi rimuovere l'impedimento solo con una contraria decisione dell'Autorità Giudiziaria. *Contra*: Trib. Napoli, Sez. spec. in materia di imprese, Sentenza, 02 ottobre 2024, n. 8346, cit., in materia di scissione per il quale «una volta che la società interessata dia corso all'atto di scissione, nonostante l'opposizione pendente e l'assenza dell'autorizzazione del tribunale di cui all'art. 2445, ult. comma, c.c. richiamato dall'art. 2503, ult. comma, c.c., e lo depositi presso il Registro delle Imprese ottenendo l'iscrizione, non può essere più adottata alcuna decisione atta ad incidere sulla validità e sull'efficacia della scissione ormai eseguita, come sancito dall'art. 2504-*quater* c.c.».

³² Cfr. C. SANTAGATA, *La sospensione della deliberazione nella ricostruzione dei mezzi di tutela nei casi di invalidità della fusione o irregolarità dell'iscrizione*, in *Banca, borsa, tit., cred.*, 1996, 1, 112 ss. il quale sostiene che l'art. 2504-*quater*, c.c., non preclude l'adozione di un decreto di cancellazione dell'iscrizione dell'atto di fusione (o scissione) pubblicato in assenza delle condizioni di legge; una parte della dottrina optava, invece, per escludere che la sanatoria potesse operare per quei vizi nati in virtù di contrasto con norme imperative o principi di ordine pubblico o che l'art. 2504-*quater*, c.c., non ricomprendesse le ipotesi di atto di fusione non realmente sottoscritto. Cfr. per una rassegna G. CIAN, A. TRABUCCHI, *Sub art. 2504-*quater**, in *Commentario breve al Codice civile*, Milano, 2024; per l'inefficacia dell'atto di fusione come limite di rilevanza dell'art. 2504-*quater*, c.c., cfr., M. DE ACUTIS, *Il nuovo regime di invalidità della fusione*, in *Giur. comm.*, 1991, 4, 729 ss.

alla disposizione e con la *ratio* del meccanismo preclusivo ivi previsto. Il sistema di sanatoria introdotto dalla norma è ispirato, infatti, all'esigenza di tutelare l'affidamento dei terzi e la certezza dei traffici giuridici, valori imprescindibili nell'ambito delle complesse operazioni societarie. Questo stesso principio, enunciato dalla Corte di legittimità nella pronuncia summenzionata, esclude la possibilità di incidere sugli effetti di un atto di fusione iscritto «in base ad una sequenza procedimentale priva di significative e riconoscibili anomalie esteriori»³³.

A contrario, tutte le volte in cui il procedimento risulti «a tal punto stravolto da apparire manifestamente irriconoscibile nei suoi tratti essenziali anche ai terzi», venendo meno il presupposto stesso dell'affidamento, dovrebbe essere inibito il meccanismo sanante. Nell'ipotesi in cui la fase mancante sia quella centrale della delibera assembleare di approvazione del progetto³⁴, appare evidente che l'operatività del meccanismo sanante dell'iscrizione non tuteli alcun interesse meritevole di protezione³⁵.

Non salvaguarda certamente la posizione dei soci, i quali risulterebbero espropriati delle proprie competenze inderogabili e privati dell'unico strumento attraverso cui manifestare il proprio dissenso rispetto a un'operazione che incide radicalmente sulla loro partecipazione sociale: la delibera assembleare, infatti, non rappresenta un mero adempimento formale, ma costituisce anche il presupposto per l'esercizio del diritto di recesso.

Né tantomeno risultano tutelati i creditori sociali che, in assenza della preventiva decisione assembleare, non avrebbero modo di far valere le proprie pretese attraverso l'esercizio del diritto di opposizione all'omologazione di cui all'art. 2503 c.c., i cui termini decorrono proprio dall'elemento mancante, ovvero dall'iscrizione nel Registro delle Imprese della delibera di approvazione del progetto.

Non risulta, a questo punto, tutelato nemmeno il legittimo affidamento che costituisce il fondamento stesso della disposizione. Di un tale principio si può discorrere quando un negozio giuridico sia «stato effettivamente stipulato e come tale si presenta ai terzi, igna-

³³ Cass. civ., Sez. I, 1 giugno 2012, n. 8864, cit.

³⁴ Tale fase è ritenuta indispensabile dallo stesso legislatore che ne preclude la soppressione anche nelle ipotesi di semplificazione procedimentale di cui agli artt. 2505 e 2505-bis, c.c..

³⁵ La differenza di qualificazione del vizio può, al più, rilevare in tema di sanabilità dell'atto e di responsabilità del pubblico ufficiale che lo ha ricevuto.

ri dell'eventuale vizio procedimentale e dai quali sarebbe irragionevole pretendere approfondite indagini sulla regolarità degli atti prodromici alla fusione»³⁶. L'affidamento tutelabile presuppone che il negozio giuridico finale sia il frutto di una vicenda procedimentale sviluppata in maniera apparentemente regolare e suscettibile di ingenerare nei terzi la ragionevole convinzione della sua validità. Come evidenziato dalla stessa Corte di Cassazione, l'efficacia sanante della pubblicità legale dell'atto di fusione intende precludere ai terzi un'indagine sulla validità intrinseca dell'atto (o delle precedenti sequenze procedimentali) che esulerebbe dal normale *standard* di diligenza esigibile³⁷. La mancanza strutturale dell'atto presupposto, oltre ad essere immediatamente riconoscibile attraverso la mera consultazione del Registro delle Imprese, è intrinsecamente lesiva degli interessi di quei soggetti per i quali la stessa articolazione procedimentale dell'operazione di fusione è predisposta. Le complesse previsioni normative in tema di operazione straordinaria sembrano infatti escludere la possibilità di ricondurre a tale figura le ipotesi qualificate come *fusione di fatto*.³⁸

Le conclusioni delineate, a questo punto, prescindono dalla qualificazione giuridica che si intenda dare ad un atto di fusione stipulato in assenza di una precedente delibera e possono valere sia che lo si intenda come inesistente, sia che si voglia far valere un eventuale difetto di rappresentanza, sia che, valorizzando le impostazioni della prassi, si voglia sostenere che una tale fattispecie, semplicemente, non è una fusione³⁹.

³⁶ Cass. civ., Sez. I, 1 giugno 2012, n. 8864, cit.

³⁷ Riprendendo le considerazioni svolte dal Consiglio Nazionale del Notariato nell'analisi della *ratio* dell'art. 2652, n.6, c.c. introduttiva di un'ipotesi di pubblicità sanante nella diversa materia della circolazione immobiliare, intanto si può discorrere di un affidamento in quanto il terzo formi il suo consenso sulla base di una situazione di apparente formale regolarità. Il Consiglio Nazionale del Notariato identifica l'apparenza, nel caso considerato nello studio, come mancanza di trascrizioni pregiudizievoli gravanti sul soggetto dante causa in relazione al diritto oggetto di trasferimento. Si tratta, quindi, di elementi facilmente verificabili attraverso la mera consultazione dei Registri immobiliari. *Mutatis mutandis*, non può parlarsi di affidamento qualora il terzo possa verificare il macroscopico vizio ravvisando la mancanza di iscrizione della delibera di approvazione del progetto nel Registro delle Imprese. Cfr., G. LAURINI, *La pubblicità sanante nel complesso sistema dei trasferimenti immobiliari*, CNN, Studio n. 6-2023/C.

³⁸ G. FERRI JR, voce «Fusione di società, I, *Dir. Comm.*», cit., par. 4, 5.

³⁹ Cfr. A. SERRA, M. SPOLIDORO, *Fusioni e scissioni di società (commento al d.lgs. 16 gennaio 1999, n.22)*, Torino, 1994, 162: ai casi paradossali come quello in esame, per le loro caratteristiche, non si applica la disciplina della fusione, proprio perché la fusione «non

4. Conclusioni: la portata residuale delle norme sulla pubblicità sanante e la funzione dell'atto pubblico

Le considerazioni svolte impongono, tuttavia, di riflettere su una circostanza che trascende il piano interpretativo e si colloca, invece, su quello sistematico. La pubblicità sanante è uno strumento a cui il legislatore ricorre non solo nell'ambito del diritto societario, ma in quei settori in cui l'esigenza di garantire la certezza dei traffici giuridici prevale sul rispetto delle formalità⁴⁰. Dall'analisi delle disposizioni che attribuiscono all'iscrizione nei pubblici registri l'ulteriore effetto sanante emerge una caratteristica comune: l'ordinamento subordina l'operatività di tale eccezionale meccanismo alla forma dell'atto pubblico di cui agli artt. 2699 e 2700 c.c., ovvero al documento redatto, con le richieste formalità, da un notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato ad attribuirgli pubblica fede nel luogo dove l'atto è formato⁴¹. In questa sede, il notaio esercita la sua «funzione primaria» intesa, ai sensi del combinato disposto degli artt. 1 e 28 l. not., nei termini sia di certificazione, che di accertamento di corrispondenza all'ordinamento dell'assetto di interessi delineato. Se la prima ha lo scopo di raggiungere quella certezza giuridica che consente di attribuire all'atto «pubblica fede», l'esclusività della funzione notarile si riscontra quando il professionista incaricato è chiamato a svolgere un controllo di legalità e liceità in ordine al contenuto del negozio. È altrettanto vero che tale esame preliminare – il cui esito negativo preclude ai sensi dell'art. 28 l. not. la ricezione dell'atto – è solo un aspetto della più complessa «funzione di adeguamento» che caratterizza l'opera del notaio e gli impone, dopo aver indagato approfonditamente la volontà delle parti, di individuare le forme giuridiche più appropriate per produrre gli effetti voluti⁴². Il pubblico ufficiale incaricato, quindi, non è

esiste».

⁴⁰ Si pensi alla pubblicità sanante dei registri immobiliari prevista dall'art. 2652, n.6, c.c.

⁴¹ Un effetto sanante è previsto anche dall'art. 2332 c.c., che individua tassativamente le cause di nullità della società che possono essere fatte valere in seguito all'iscrizione dell'atto costitutivo nel Registro delle imprese. I vizi di quest'ultimo possono essere «assorbiti» solo se a monte vi sia un atto pubblico, ex art. 2332, c.1, n.1, c.c. Cfr., M.L. VITALI, *Invalidità della società*, in *Trattato delle Società* diretto da V. Donativi, Torino, 2022, 515 ss.

⁴² La funzione di indagine della volontà delle parti discende dalla lettura dell'art. 47 l. not. per il quale, «il notaio indaga la volontà delle parti e sotto la propria direzione e responsabilità cura la compilazione integrale dell'atto».

un mero registratore della volontà dei comparenti, ma, in virtù delle competenze tecnico giuridiche che gli sono attribuite, ha il dovere di predisporre un atto che abbia la forma negoziale più idonea a soddisfare le richieste delle parti in modo compatibile con i principi dell'ordinamento: deve risultare, in definitiva, un negozio idoneo a produrre gli effetti giuridici perseguiti⁴³. L'atto notarile diviene, quindi, espressione di certezza giuridica, quando è il frutto dell'attività di indagine della volontà delle parti, prima, e di un controllo di legalità, poi. Quest'ultimo si concretizza nell'accertare che l'atto richiesto non sia espressamente proibito dalla legge⁴⁴, manifestamente contrario al buon costume o all'ordine pubblico, e nell'assicurarsi che le parti intervenute possano in nome proprio – od in quello dei loro rappresentanti – giuridicamente obbligarsi. L'osservanza congiunta degli artt. 28 l. not. e 54 reg. not. impone al pubblico ufficiale di ricevere un atto che non danneggi né coloro che hanno conferito l'incarico, né i terzi che da tale negozio potrebbero subire effetti anche solo indiretti. Come le parti, così anche il legislatore si affida al notaio, nella consapevolezza che, nell'esercizio della sua funzione antiprocessualistica redigerà un atto conforme alla volontà delle parti e – soprattutto – alla legge, prevenendo, la possibilità di eventuali contestazioni sull'interpretazione o la validità dell'atto⁴⁵. In questa prospettiva si coglie l'intima connessione tra il meccanismo sanante della pubblicità e l'atto pubblico quale suo presupposto. Il legislatore, infatti, con tali norme non intende legittimare gravi vizi sostanziali, ma, affidandosi al controllo del notaio quale filtro di legalità, mira in ogni caso garantire l'affidamento dei terzi e la certezza dei traffici in quelle situazioni eccezionali in cui, nonostante il corretto esercizio della funzione notarile, risultino irregolarità difficilmente individuabili, specialmente agli occhi dei terzi non dotati delle medesime competenze giuridiche. L'imposizione

⁴³ E. PROTETTI, C. DI ZENO, *La legge notarile*, Milano, 1987, 214.

⁴⁴ Gli atti vietati sono atti contrari ai divieti che risultano dalla legge in modo chiaro, non essendo richiesto al Notaio di desumere la proibizione da un'attività interpretativa complessa. Una lettura estensiva della norma è stata proposta in giurisprudenza: cfr. Cass. Sez. Un., 4 maggio 1989, n. 2084, in *Giust. civ.*, 1989, 1, 1536; sulla corretta interpretazione della disposizione cfr: P. BOERO, *La legge notarile commentata*, Torino, 1193, 174 ss., nonché E. PROTETTI, C. DI ZENO, *La legge notarile*, cit., 167, tenendo altresì conto delle opinioni di quanti negano che l'art. 28 l. not. estenda il suo ambito di applicazione agli atti annullabili.

⁴⁵ E. PROTETTI, C. DI ZENO, *La legge notarile*, cit., 8 ss.; P. BOERO, *La legge notarile commentata*, cit., 13.

della forma pubblica, perciò, lungi dall'essere una mera solennità, si ritiene volta a ridurre il rischio di immettere nel mondo giuridico un atto inadeguato rispetto ai fini e alle prescrizioni di legge. In definitiva, quindi, appare plausibile che, nel sistema delineato dal legislatore, l'iscrizione con funzione sanante non sia un mezzo cui l'operatore giuridico possa ricorrere sistematicamente per attribuire stabilità ad un atto viziato, ma al più uno strumento a disposizione dell'ordinamento quando un negozio, seppur parzialmente irregolare, sia stato in sede di rogito ritenuto complessivamente idoneo a produrre effetti meritevoli di tutela. Il legislatore, quindi, non vuole esonerare il notaio dall'esercizio della sua funzione, nella prospettiva anti-processualistica che la contraddistingue, ma al contrario, conta sul fatto che il pubblico ufficiale incaricato di ricevere l'atto, nel rispetto dei principi che informano la sua attività, disporrà delle sue competenze per eliminare il vizio rilevato⁴⁶. Ne consegue che alle norme sananti si ricorre, in *extrema ratio*, in quei settori in cui, nonostante l'irregolarità difficilmente individuale, prevalga su tutti l'interesse alla stabilità degli effetti. La pubblicità sanante non sana alcunché, ma si limita a rendere non più rilevabili quei vizi che, nonostante il controllo di legalità, non siano stati agevolmente intercettati nell'esercizio della funzione notarile. Quando, tuttavia – come nel caso di iscrizione di un atto di fusione in totale assenza di delibera assembleare – viene meno il presupposto dell'effetto sanante consistente in un controllo *effettivamente* svolto che abbia complessivamente ritenuto l'atto rogato corrispondente ai canoni di conformità all'ordinamento, viene meno il fondamento stesso della deroga ai principi generali sull'invalidità.

Maria Elena Pagetta

⁴⁶ Cfr., G. LAURINI, *La pubblicità sanante nel complesso sistema dei trasferimenti immobiliari*, CNN, Studio n. 6-2023/C.

