

CAPITOLO 6

Contratti pubblici

di **Francesco Caringella, Rosario Carrano, Anita Coraggio, Marilena Di Paolo, Annalisa Tricarico, Giorgio Vercillo**

Sommario: **1.** La concorrenza e il risultato nell’azione amministrativa: 1.1 *Nozione*; 1.2 *Giurisprudenza*. - **2.** Concorrenza assoluta e concorrenza regolata: 2.1 *Nozione*; 2.2 *Giurisprudenza*. - **3.** I principi di tassatività delle clausole di esclusione e di massima partecipazione: 3.1 *Nozione*; 3.2 *Giurisprudenza*. - **4.** Il soccorso istruttorio: 4.1 *Nozione*; 4.2 *Giurisprudenza*. - **5.** L’avalvalimento: 5.1 *Nozione*; 5.2 *Giurisprudenza*. - **6.** La documentazione antimafia: 6.1 *Nozione*; 6.2 *Giurisprudenza*. - **7.** Rito ex art. 120 c.p.a.: 7.1 *Nozione*; 7.2 *Giurisprudenza*. - **8.** Soccorso istruttorio: 8.1 *Nozione*; 8.2 *Giurisprudenza*. - **9.** Commissione giudicatrice: 9.1 *Nozione*; 9.2 *Giurisprudenza*. - **10.** Bando di gara: 10.1 *Nozione*; 10.2 *Giurisprudenza*.

1. La concorrenza e il risultato nell’azione amministrativa

1.1 Nozione

A partire dalla direttiva del 26 luglio 1971, n. 71/305/CEE, il “*diritto dei contratti pubblici è stato percepito, a tutti gli effetti, quale branca del diritto della concorrenza*”, ispirata a principi unionali che impongono un’interpretazione estensiva e un’applicazione analogica dell’obbligo di ricorrere a procedure procompetitive e concorrenziali (c.d. “**concorrenza imposta**”, sulla base di regole minuziose che mettono sulle spalle delle stazioni appaltanti il fardello indigesto della garanzia coatta dell’effettiva competizione tra gli imprenditori di tutti gli Stati membri). La gara è stata così intesa, per più di cinquant’anni, alla stregua di una camicia di forza imposta agli enti pubblici a tutela del bene sacrale delle libertà transfrontaliere e del dogma assoluto del carattere competitivo del mercato. Negli scorsi anni il “*diritto dei contratti pubblici è stato, quindi, percepito, a tutti gli effetti, quale branca del diritto della concorrenza*”, ispirata a principi unionali che impongono un’interpretazione estensiva e un’applicazione analogica dell’obbligo di ricorrere a procedura pro-competitive e concorrenziali.

La riforma in atto cambia paradigma sul piano politico, ideologico, persino filosofico. E lo fa in modo netto, senza timidezze, alieno dai giochi di parole.

La centralità plastica del principio di risultato di cui all’art. 1 dimostra, infatti, che il diritto dei contratti pubblici non è più un settore del diritto comunitario della concorrenza (c.d. “**concorrenza imposta**” agli agenti pubblici, *naturaliter* refrattari alle logiche della competizione e alla pressione del mercato), **ma un capitolo fondamentale del diritto amministrativo nazionale.** La concorrenza non è, quindi, valore, fine o bene, ma mezzo per perseguire lo scopo del soddisfacimento dell’inte-

resse pubblico attraverso contratti utili e produttivi. **Il diritto dei contratti pubblici regola**, quindi, ***un'azione schiettamente amministrativa di cura concreta dell'interesse pubblico***. La procedura costituisce strada per l'obiettivo del benessere sociale, veicolo della felicità individuale, mezzo per le utilità collettive. L'obiettivo non è la gara, ma la stipulazione di un negozioproduttivo e utile, che assicuri prestazioni utili con il miglior rapporto qualità-prezzo-tempo, in omaggio al **teorema di Coase sull'efficiente allocazione delle risorse in base alla relazione prezzo/valore**.

Smaltita anche la sbornia della stagione penalistica post “Mani Pulite”, la concorrenza è, allora, esigenza da contemperare, metodo da calibrare, non fede da celebrare, rito da mitizzare, valore assoluto e intransigente da consacrare.

Il diritto degli appalti, in definitiva, non è più diritto comunitario, ma parte del diritto amministrativo, e non deve essere più un settore del diritto penale nella logica anti-corrittiva.

La concorrenza non serve alla concorrenza, esattamente come la gara non è funzionale alla gara (F. CINTIOLI, *Per qualche gara in più*).

Si tratta di strumento, pur se prezioso, per il perseguimento di obiettivi efficienti in termini di amministrazione di risultato.

Ed è un bene, perché la **concorrenza funziona meglio** se ha uno scopo da perseguire e un obiettivo da vivificare.

L'effetto virtuoso è quello di tutelare al massimo la concorrenza come strumento il cui fine è ottenere contratti aggiudicati ed eseguiti in funzione dell'interesse della collettività.

In questa prospettiva, **concorrenza e trasparenza non costituiscono più finalità e valori in sé, ma strumenti al servizio del risultato**. Da un lato, “la concorrenza tra gli operatori è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ad eseguire i contratti”; dall'altro, “la trasparenza è funzionale alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole e ne assicura la piena verificabilità”. Ma l'**art. 1 del codice** racconta ancora di più: collega (correttamente) il risultato al buon andamento di cui all'art. 97 della Costituzione – un ancoraggio che in verità c'era già nella legge Merloni e che poi era stato perso nei due codici – e ai principi di riforma amministrativa affermati sin dall'inizio degli anni '90 nel senso dell'efficienza e dell'economicità.

La produzione di effettivi benefici per la comunità, allora, dipenderà dalla **capacità di calare nel concreto tale enunciazione sul piano sia dell'azione sia dell'organizzazione amministrativa**. Particolarmente significativa in questa prospettiva è la disposizione contenuta nel comma 4 dell'art. 1, dove si afferma che il risultato costituisce **“criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto”**.

La formula “criterio prioritario” indica bene l'esistenza di una gerarchia degli interessi protetti. A sua volta, il **riferimento alla discrezionalità può finalmente diventare concreto**. In passato, infatti, in un contesto in cui l'interesse prioritario era

quello della tutela della legalità e della prevenzione della corruzione, la discrezionalità, anche se formalmente proclamata, fatalmente si paralizzava. Le amministrazioni, infatti, erano indotte a non discostarsi dalla stretta osservanza della procedura maggiormente formalizzata che le avrebbe condotte a un'aggiudicazione quanto più possibile automatica. Se, invece, oggi l'obiettivo è quello del risultato finale, le amministrazioni saranno obbligate a individuare caso per caso il *modus procedendi* migliore che non necessariamente coincide con lo svolgimento di una gara pubblica e con l'esclusione di tutti i partecipanti che presentino vizi anche meramente formali. **Coerente con questa mutata prospettiva è la formula di derivazione anglosassone relativa all'individuazione della regola del caso concreto.** L'amministrazione contraente non vive più in una camicia di forza regolamentare, ma può scegliere una molteplicità di modelli procedurali e normativi con un'ampia facoltà di selezionare la regola alla quale auto-vincolarsi. La regola alla quale l'amministrazione decide di auto-vincolarsi (purché ovviamente l'esito non sia paradossale o irragionevole o abusivo), inoltre, assurge a parametro di verifica cui si devono attenere sia le autorità di controllo sia gli organi di tutela giurisdizionale, che non possono poi pescare un diverso riferimento normativo per squalificare la scelta e la condotta dell'amministrazione. Questo mutamento di prospettiva costituirà una sfida fondamentale anche per l'Avvocatura dello Stato quando difenderà in giudizio le stazioni appaltanti, perché dovrà essere in grado di spiegare la razionalità innanzitutto economica della scelta della regola da parte dell'amministrazione.

Infine, il **principio del risultato** costituisce parametro per valutare la responsabilità del personale e per attribuire incentivi e premi. Ciò trova riscontro nella disciplina relativa al **responsabile unico del progetto**, dove si prescrive, da un lato, che la sua individuazione deve essere effettuata sulla base delle competenze professionali e, dall'altro, che la sua azione deve essere orientata ad assicurare il completamento dell'intervento pubblico nei termini previsti e nel rispetto degli obiettivi (art. 15). A tal fine, il responsabile è chiamato a svolgere una serie di attività puntualmente indicate. A queste si aggiungono “quelle comunque necessarie ove non di competenza di altri organi”. Si afferma così l'esistenza di poteri e doveri impliciti del responsabile unico del procedimento. **Il principio del risultato, quindi, si collega a quello della fiducia sancito nell'art. 2.** Infatti, soltanto valorizzando l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, è possibile garantire l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato. **Il principio della fiducia**, poi, trova coerente svolgimento nella ridefinizione della portata della colpa grave e nella previsione di modalità di copertura assicurativa dei rischi.

1.2 Giurisprudenza

Le novità assiologiche e teleologiche esposte sono valorizzate dalla prima giurisprudenza applicativa (T.A.R. Catania, sez. III, 12 dicembre 2023, n. 3738; T.A.R. Campania, sez. I, 13 gennaio 2024, n. 377; T.A.R. Bolzano 316/2023; Cons. Stato,

sez. V, 7870/2023), la quale ha rilevato che **principio del risultato**, codificato dal D.Lgs. 36/2023, costituisce “criterio prioritario per l’esercizio del potere discrezionale” e comporta che l’amministrazione debba tendere al miglior risultato possibile, in “difesa” dell’interesse pubblico per il quale viene prevista una procedura di affidamento; **tal obiettivo viene raggiunto anche selezionando operatori che dimostrino, fin dalle prime fasi della gara, diligenza e professionalità**, quali “sintomi” di una affidabilità che su di essi dovrà esser riposta al momento in cui, una volta aggiudicatari, eseguiranno il servizio oggetto di affidamento.

In via strettamente collegata, la stessa giurisprudenza rileva che **il principio della fiducia**, codificato dal D.Lgs. 36/2023, è **finalizzato a valorizzare l’autonomia decisionale dei funzionari pubblici e comporta che ogni stazione appaltante sia tenuta a svolgere le gare non solo rispettando la legalità formale, ma tenendo sempre presente che ogni gara è funzionale a realizzare un’opera pubblica** (o ad acquisire servizi e forniture) nel modo più rispondente agli interessi della collettività; è un principio che amplia i poteri valutativi e la discrezionalità della p.a. ma che non può tradursi nella legittimazione di scelte discrezionali che tradiscono l’interesse pubblico sotteso ad una gara, le quali, invece, dovrebbero in ogni caso tendere al suo miglior soddisfacimento. **Non si tratta, peraltro, di una fiducia unilaterale o incondizionata**; la disposizione precisa, infatti, che la fiducia è reciproca e investe, quindi, anche gli operatori economici che partecipano alle gare. È legata a doppio filo a legalità, trasparenza e correttezza, rappresentando, sotto questo profilo, una versione evoluta del principio di presunzione di legittimità dell’azione amministrativa.

2. Concorrenza assoluta e concorrenza regolata

2.1 Nozione

Il principio del risultato, quale direttiva regolatrice e parametro di legittimità dell’azione amministrativa segna, allora, il *passaggio dalla concorrenza assoluta alla concorrenza regolata*.

Nel rispetto dei vincoli di legge, spettano, infatti, **alla discrezionalità amministrativa la graduazione e il dosaggio della competizione in modo da renderla funzionale e proporzionata alle esigenze da soddisfare**. Tramontata l’epoca dell’iper-regolamentazione e dell’ostracismo per le scelte, torna a campeggiare il primato della decisione amministrativa, chiamata a utilizzare la leva del mercato in una delicata azione di *balancing* focalizzata sulla specialità infungibile del caso concreto.

Un atto di stima, se non una dichiarazione d’amore, per la capacità amministrativa di produrre norme concrete ed efficaci attraverso l’uso appropriato del potere di ponderazione.

Grazie alla semplificazione delle fonti – tradizionale fattore di disorientamento per i funzionari pubblici –, **si mette al centro del palcoscenico la capacità d’iniziativa della pubblica amministrazione in modo da contrastare il paralizzante fenome-**

no della burocrazia difensiva. Nel rinnovato quadro che vede il responsabile del progetto quale responsabile del ciclo di vita del contratto – affiancato da possibili responsabili di fase –, la paura della firma, causa del flagello della burocrazia difensiva, viene coerentemente fronteggiata dall’esplicita esclusione di profili di responsabilità per colpa grave in caso di violazione od omissione determinata dal riferimento ai prevalenti indirizzi interpretativi della giurisprudenza o delle autorità competenti (*art. 2, comma 3*). Aleggia, forte, la voglia di fugare il timore di Bobbio: *il vero potere dell’amministrazione non è quello di decidere, ma quello di non decidere.*

Al centro del nuovo progetto si staglia, allora, la discrezionalità amministrativa, nelle sue molteplici angolazioni.

Proviamo ad esplorarne tre.

La prima è la **discrezionalità nel decidere se rivolgersi al mercato.**

Sappiamo che *le norme europee sui contratti pubblici, infatti, disciplinano, ma non impongono il ricorso al mercato.*

L’art. 7 del codice non solo chiarisce, in questo quadro, che l’autoproduzione è una legittima alternativa alle procedure di *outsourcing* (Corte cost. 100/2020; Corte Giust., sez. IX, 6 febbraio 2020, cause riunite da c89/19 a 91/2019; Cons. Stato, sez. V, 843/2024; Cons. Stato, sez. V, 243/2024; Cass., Sez. Un., 576/2024), ma, in chiave innovativa rispetto al previgente testo di legge e all’art. 17 del D.Lgs. 201/2022 sui servizi pubblici locali, prevede che l’*in house providing* non è un’eccezione blasfema da sottoporre a regimi autorizzarti e regimi limitativi, ma via ordinariamente percorribile ove giustificata da un discrezionale apprezzamento dei bisogni e delle opportunità.

La seconda è la discrezionalità nella scelta del contratto. È nota la lezione giannina secondo cui il sintagma “contratto pubblico” è un ossimoro apparente. Trattati, infatti, di un’anomalia solo nominalistica che va sciolta sulla base della teoria della **doppia capacità** (art. 11 c.c.) dei *public bodies*, da cui si ricava che la P.A., oltre che autorità pubblica munita della clava del potere, è anche soggetto di diritto comune, titolare di una generale capacità privatistica (“*L’attività privatistica ha carattere istituzionale*”, osserva sempre GIANNINI).

L’art. 8 del nuovo codice (*Principio di autonomia contrattuale*) ribadisce, allora, in modo netto e meritorio, che i “*public bodies*” sono dotati di una **diffusa autonomia negoziale** che non è sottoposta a generali limiti quantitativi o tipologici, ma solo, oltre che a norme speciali limitative (cd “*riduttive della capacità*”) ex art. 1418, comma 1, c.c., al limite teleologico del “vincolo di scopo” (“*nec ultra vires*”). Sono, quindi, **praticabili**, sulla scorta di un’ampia valutazione discrezionalità comparativa, in assenza di divieti specifici (come per i contratti di società ex art. 4 del T.U. 175/2016 e per i derivati finanziari ex lege 147/2013), tutti i contratti – anche liberali, gratuiti, atipici e misti – che, in concreto, siano sorretti da una causa concreta compatibile con gli scopi istituzionali, comprese donazioni, fideiussioni,

sponsorizzazioni con clausole di tesoreria, *advising*, *brokeraggio*, acquisto di cosa futura, contratti in favore di terzi e aleatori. In via innovativa rispetto alla giurisprudenza del Consiglio di Stato, i **contratti gratuiti sono peraltro considerati diversi dagli appalti** e, quindi, esclusi dall'ambito di applicazione del codice per essere soggetti solo ai relativi principi. Di qui l'avvento dell'**art. 1322, comma 2, c.c.**, con il conseguente sindacato di meritevolezza delineato da Cass., Sez. Un., 5657/2023. La riforma ci regala, allora, un'amministrazione munita di ***una generale autonomia negoziale che le consente di affiancare all'attività privata***, diretta alla cura dei propri interessi nel disimpegno di attività di ordine interno (cosiddetta attività *strumentale per il funzionamento degli uffici pubblici*), ***anche l'attività in forma privata, ossia un'attività funzionale*** al perseguimento dell'interesse pubblico e alla cura dell'interesse collettivo; il singolo contratto è, *ex se*, atto di diritto privato, ma ***l'attività contrattuale nel suo complesso è attività amministrativa***, ossia esercizio di funzione pubblica in quanto soggetta a vincolo di scopo (c.d. *attività di diritto privato equivalente*, da distinguere da quella *di diritto privato istituzionale* che caratterizza i soggetti pubblici che agiscono essenzialmente con strumenti di diritto comune, come nel caso degli enti pubblici economici e delle società pubbliche).

La meritoria e coraggiosa enunciazione del principio di autonomia contrattuale, *ex art. 8 cit.*, precisa, in definitiva, che **la funzionalità dell'attività contrattuale non si traduce certo nella tipicità e nominatività dei modelli e dei contenuti, ma nel vincolo teleologico di coerenza della scelta con i fini istituzionalmente fissati** e, quindi, nella ragionevolezza della scelta discrezionale del decisore pubblico.

La terza è la discrezionalità nella scelta e nella gestione del modello di affidamento. L'essenza della nuova impostazione si manifesta, poi, nella latitudine della crescente discrezionalità che, in pieno ossequio al divieto di *gold plating* e in un quadro di eliminazione di vincoli puntuali non imposti dalla normativa europea, si annida nella **“decisione” (termine ex art. 17, comma 1)**, assai evocativo, che sostituisce la vecchia “determinazione” a contrarie) **in ordine al contenuto del contratto e al modello procedurale** (v. le scelte discrezionali relative ai vincoli di aggiudicazione e partecipazione *ex art. 54; Cons. Stato, sez. V, 8127/2023*). Spicca, poi, una tendenza alla semplificazione, testimoniata, per un verso, dal potenziamento degli **affidamenti diretti del tutto deproceduralizzati** per ***gli appalti sotto-soglia (non a caso non considerati più vere “procedure” ex art. 70)*** e dalla manifestazione del ***favor* verso procedure “chiavi in mano” come l’**accresciuto appalto integrato** (art. 44) e il resuscitato **“general contractor”** (art. 204). Si seguono, invece, le **regole ordinarie ove la procedura presenti un interesse transfrontaliero certo** (artt. 48-50).**

La deproceduralizzazione accentua la discrezionalità amministrativa non solo sotto il profilo dell'elasticità del modulo di scelta, ma anche in ragione della pacifica possibilità, nella logica dell'autovincolo, di ricorrere a facoltative procedure formali e dettagliate (v. Circolare del Ministero delle infrastrutture 20 novembre 2023, n. 298).

La quarta è la discrezionalità in sede di autotutela.

Permane anche la **discrezionalità amministrativa in sede di autotutela** nelle fattispecie (atecnicamente definite “risoluzioni”) di cui all’art. 122, comma 1, costituenti, al pari dell’attuale art. 108, vere ipotesi di annullamento dell’aggiudicazione per vizi gravi della procedura (lett. c), d)) o a seguito di modifiche non autorizzate, a seguito di trattativa privata, dell’oggetto originario del negozio.

2.2 Giurisprudenza

Sul rapporto tra autoproduzione e outsourcing, può essere utile ricordare il **recente e pregnante insegnamento della Corte di Giustizia** secondo cui i **requisiti dell'affidamento *in house* devono sussistere non solo via genetica, ma anche in chiave funzionale** in quanto il valore della concorrenza osta a che la gestione di un servizio pubblico possa proseguire da parte di un operatore non più sottoposto a controllo analogo ex art. 12 della direttiva 24/2014 (**Corte Giust., IV, 12 maggio 2022, C-719/20**). In definitiva, la direttiva 24/2014 osta a che l’esecuzione di un appalto pubblico che sia stato oggetto di affidamento *in house*, prosegua, senza indizione di gara, qualora l’amministrazione aggiudicatrice (a seguito della vendita con gara della partecipata) non possieda più alcune partecipazione, neppure indiretta, nell’ente affidatario e non disponga più di alcun controllo su quest’ultimo; e tanto in base a un’interpretazione restrittiva e pro concorrenziale dei requisiti dell’affidamento diretto secondo cui l’acquisizione privata della società pubblica durante l’appalto integra il cambiamento di una condizione fondamentale del contratto che impedisce l’assimilazione del nuovo ente affidatario ai servizi interni dell’amministrazione aggiudicatrice.

Secondo un recente approdo dei magistrati di palazzo Spada (**Cons. Stato, sez. IV, 20 novembre 2023, n. 9933**), peraltro, **il fatto che, successivamente a un’operazione di aggregazione, l’ente comunale che abbia venduto le proprie azioni** della società originaria *in house* non abbia successivamente acquisito le azioni della nuova società aggregatrice, **non è elemento idoneo a far venir meno i presupposti per la prosecuzione del servizio** (senza soluzione di continuità) da parte dell’operatore economico individuato con gara a doppio oggetto a seguito dell’operazione medesima, atteso che al momento della individuazione della nuova società come soggetto aggregatore l’ente comunale faceva ancora parte della compagine societaria della precedente società *in house* (e quindi partecipava delle relative decisioni gestionali e organizzative), mentre al momento della dismissione del pacchetto azionario da parte dell’ente comunale, quest’ultimo aveva già perduto la competenza in ordine alla gestione del servizio, che è stata attribuita alla provincia.

Più in generale, sulla scorta della previsione del dettato dell’art. 16, comma 2, del D.Lgs. 201/2022, pur relativa a spa mista, è evidente che laddove il nuovo socio della società *ex in house* venga selezionato con gara a doppio oggetto, **non viene in rilievo l’ingiustificata procrastinazione di un privilegio diventato anti-competitivo**, ma

divisa la precedente decisione a Sezioni Unite (Cass. 16503/2009) secondo cui l'art. 2055 c.c. «richiede solo che il fatto dannoso sia imputabile a più persone, ancorché le condotte lesive siano tra loro autonome e pure se diversi siano i titoli di responsabilità di ciascuna di tali persone, anche nel caso in cui siano configurabili titoli di responsabilità contrattuale e extracontrattuale, atteso che l'unicità del fatto dannoso considerata dalla norma suddetta deve essere riferita unicamente al danneggiato e non va intesa come identità delle norme giuridiche da essi violate.

In particolare, il caso di specie riguardava un'azione risarcitoria promossa da degli investitori ex L. 1966/1939 contro una società fiduciaria, al fine di ottenere la restituzione del capitale consegnato per inadempimento della stessa, e contro il MISE (Ministero dello sviluppo economico) per omessa vigilanza. Affermata la solidarietà tra i due debiti (restitutorio e risarcitorio), è stata riconosciuta l'efficacia interruttiva della prescrizione della domanda, con cui il ricorrente si era insinuato al passivo della procedura concorsuale per il recupero della somma versata, anche nei confronti della separata azione attivata contro il Ministero per il risarcimento del danno. Non si dubita, a detta delle Sezioni Unite, infatti, dell'applicazione dell'art. 1310, comma 1, c.c. perché l'effetto precipuo di ogni atto interruttivo consiste nella “conservazione” del diritto del creditore a ricevere la prestazione nei confronti di tutti i debitori solidali, e quindi nella cessazione di qualsiasi utilità del periodo di tempo già decorso prima dell'atto interruttivo e nell'inizio di un periodo nuovo, senza rilevanza della conoscenza o meno dell'atto medesimo da parte dei singoli.

4.2 Le perplessità della dottrina sulla solidarietà tra debito restitutorio e debito risarcitorio

Sul nuovo orientamento giurisprudenziale, sono state manifestate delle perplessità in seno alla dottrina (M. DE CHIARA), evidenziandosi come **il danno restitutorio abbia poco in comune con il danno risarcitorio**.

Non è un danno (evento), cioè la lesione di un bene giuridico protetto dall'ordinamento. Il creditore restitutorio, infatti, non lamenta alcuna lesione della sua situazione giuridica, si duole invece di aver corrisposto qualcosa in mancanza di una (ancor attuale) ragione giustificativa. Per questo motivo, egli pretende di avere indietro esattamente ciò che aveva dato, a differenza del creditore risarcitorio, che invece lamenta un pregiudizio da ciò indipendente.

Si rileva, altresì, che il danno restitutorio non è nemmeno un danno-conseguenza, cioè un pregiudizio che la vittima di un illecito patisce nella sua sfera patrimoniale o morale. Quest'ultimo, infatti, non scaturisce da un illecito, ma da una situazione che può anche essere lecita, come, ad esempio, la risoluzione di un contratto per mutuo consenso o per impossibilità sopravvenuta della prestazione. La differenza principale tra danno restitutorio e danno risarcitorio è quindi che il primo, a differenza del secondo, è un danno senza responsabilità. Esso, infatti, si configura indipendentemente dalla condotta delle parti, per il solo fatto che il titolo obbligatorio sia venuto meno. **La ratio è quindi distributiva, non sanzionatoria.**

5. L'azione di arricchimento senza causa

L'art. 2041 c.c. si atteggi come **norma di chiusura del sistema** in grado di ricondurre ad equità tutte quelle situazioni in cui lo spostamento patrimoniale si è realizzato in assenza di una giustificazione capace di sorreggere, conformemente al **principio causalistico**, il trasferimento di ricchezza.

Certamente non è l'unica disposizione codicistica tesa a ricomporre la dinamica economica avvenuta *sine titulo* e, tuttavia, è la sola invocabile allorquando manchi un'azione *ad hoc* per far fronte all'ingiustificato mutamento delle risorse finanziarie. L'azione di arricchimento confezionata dall'art. 2041 c.c. è, quindi, **un'azione essenzialmente sussidiaria**, chiamata a operare esclusivamente nei casi in cui difetti una tutela tipica, come precisato dall'art. 2042 c.c.

La natura sussidiaria è strettamente connessa, d'altronde, al **carattere generale del rimedio** in parola, assegnandogli il ruolo di **mezzo di protezione di completamento, in via residuale**, della posizione di chi abbia subito un depauperamento in conseguenza dell'altrui fatto appropriativo *sine causa*.

Il bacino di applicazione dell'art. 2041 c.c. è, allora, un bacino estremamente lato e variegato che ricomprende una moltitudine di vicende concrete eterogenee, accumulate dal sol dato normativo della carenza di un'azione tipica.

In questo contesto si collocano, ad esempio, le obbligazioni naturali *more uxorio* sproporzionate e le prestazioni, opere o servizi ottenuti dall'amministrazione *sine titulo* nonché numerose altre ipotesi che ora si intrecciano con i rimedi contrattuali e con l'azione di restituzione, di cui all'art. 2033 c.c., ora si intersecano con la tutela aquiliana, assegnando all'art. 2041 c.c. una posizione di confine tra il lecito e l'illecito.

5.1 Le rationes della sussidiarietà

A giustificare la regola della sussidiarietà sono state invocate diverse *rationes*.

Innanzitutto, il **principio della certezza del diritto**.

Se la parte potesse fare ricorso all'azione di arricchimento anche quando abbia a sua disposizione azioni tipiche alternative, verrebbe minata la tenuta dell'intero sistema. In tal senso si sono invocati tanto il **divieto di overcompensation** quanto il **divieto di abuso del diritto e del processo**.

Il primo richiama l'attenzione sull'**esigenza di evitare duplicazioni risarcitorie**. Si vuole evitare che, in spregio al principio di causalità e alla teoria dell'indifferenza del danno, all'impoverito-danneggiato sia attribuita in definitiva un'utilità maggiore di quella che abbia effettivamente perduto.

Al riguardo si è osservato che il «*divieto di esperire azione di arricchimento, in presenza di azione tipica, serve ad evitare duplicazioni risarcitorie, ossia ad impedire che chi ha già ottenuto risarcimento o ragione con l'azione principale poi agisca nuovamente con l'azione di arricchimento lucrando di nuovo, ed ingiustamente, una seconda volta*

Il secondo pone l'accento sull'**esigenza di impedire che la sussidiarietà diventi un comodo escamato**ge per eludere la legge.

Non si può consentire, quindi, a chi abbia perso l'azione principale di “*aggirare questo esito ricorrendo all'azione di arricchimento ingiustificato*”.

A quest'ultimo aspetto si legano, peraltro, **ragioni di economia processuale**.

Ancora, a fondamento della regola di sussidiarietà di è posta la **natura equitativa del rimedio dell'art. 2041 c.c.**

5.2 Sussidiarietà in astratto o in concreto?

Quale sia il concetto di sussidiarietà cui fa riferimento l'art. 2042 c.c. è questione assai discussa.

Chi valorizza le esigenze di salvaguardia del diritto predilige un'interpretazione della **sussidiarietà in astratto**; viceversa, **chi enfatizza la natura equitativa**, preferisce un'esegesi della **sussidiarietà in concreto** finendo per riconoscere allo strumento di cui all'art. 2041 c.c. carattere “a fisarmonica”, estendendone o comprendendone l'ambito applicativo a seconda delle contingenze dello specifico caso.

Secondo l'orientamento tradizionale, la sussidiarietà andrebbe intesa **in astratto**, come «*non spettanza di azioni rientranti nella previsione di altre norme giuridiche*» (GAZZONI), precisandosi che l'impossibilità di esperire l'azione di arricchimento deriva dalla presenza non già di un qualunque rimedio, ma di una azione tipica o derivante dal contratto o prevista dalla legge.

Si è ritenuto, quindi, che qualora l'ordinamento giuridico preveda **un'azione tipica o ex contractu o ex lege** all'impoverito sarebbe preclusa la facoltà di domandare l'indennizzo per l'arricchimento ingiustificato.

Si è ritenuta, quindi, inammissibile l'azione di arricchimento proposta da chi aveva a disposizione un'azione tipica o derivante dal contratto o prevista dalla legge tutte le volte in cui questa non sia utilizzabile per ottenere il rimedio invocato **a causa della colpa dello stesso impoverito-danneggiato** che abbia fatto spirare **i termini di prescrizione e decadenza dell'azione tipica**.

Secondo un orientamento più recente, invece, la sussidiarietà andrebbe intesa **in concreto** riconoscendosi all'impoverito la possibilità di promuovere la domanda di cui all'art. 2041 c.c. anche quando avrebbe avuto a disposizione un'azione contrattuale o legale tipica ma questa non sia più coltivabile in pratica, ad esempio, per intervenuta prescrizione o decadenza o per rigetto nel merito.

I fautori di tale tesi consentono, invero, all'impoverito di agire *ex art. 2041 c.c. quando, per qualsiasi ragione, non vi sia la possibilità di utilizzare altri rimedi per rimuovere il pregiudizio subito*.

La distanza tra le due posizioni si accorta, tuttavia, quando si passa a verificare come la giurisprudenza ha affrontato la **questione della sussidiarietà nei singoli casi e, specialmente**, nelle vicende in cui l'azione principale invocata è **l'azione risarcitoria**.

Il problema della sussidiarietà dell'azione di arricchimento ingiustificato sorge, infatti, proprio allorquando il rimedio tipico concorrente non sia più usufruibile ponendo l'interprete davanti al **bivio di riconoscere o negare tutela a colui il quale rivendica una lesione della propria sfera patrimoniale**.

In questo contesto **un'attenzione particolare** è stata rivolta al rapporto tra le azioni risarcitorie (di natura precontrattuale, contrattuale o extracontrattuale) e l'azione di indebito arricchimento.

A tal riguardo, si è detto che le azioni risarcitorie sono fondate su **una clausola generale**, sfuggendo dunque dall'applicazione del principio di sussidiarietà che varrebbe esclusivamente nei casi in cui l'azione tipica sia fondata sul contatto o sulla legge.

In tal modo si è ammesso, quindi, il **cumulo dell'azione risarcitoria** con quella restitutoria e si è legittimata **finanche la sostituzione, sotto forma di precisazione della domanda processualmente ammessa alla stregua di un'emen-datio libelli** (Cass., Sez. Un., 13 settembre 2018, n. 22404 e Cass. 17 gennaio 2020, n. 843).

Si è consentito, dunque, all'attore di ricorrere all'art. 2041 c.c. per ottenere **in alternativa o in aggiunta al risarcimento del danno**, ex artt. 1337 o 2043 c.c., il ristoro del pregiudizio subito.

Sul punto la dottrina ha richiamato il **divieto del solo concorso cumulativo, ammettendo, invece, il concorso alternativo o integrativo**.

Si nega all'impoverito-danneggiato di ottenere sia il risarcimento del danno sia l'indennizzo, ma gli si consente o di ottenere quantomeno uno dei due rimedi o di recuperare anche il valore dei profitti illecitamente conseguiti dal danneggiante, utilizzando l'azione di cui all'art. 2041 c.c. in via complementare rispetto a quella risarcitoria, per garantire gli effetti tipici del *disgorgement*.

Si è osservato, peraltro, che nel caso dell'azione risarcitoria adottare la tesi della sussidiarietà in attratto vuol dire verificare sempre e comunque la **fondatezza nel merito della domanda risarcitoria proposta**. Solo dopo aver indagato la sussistenza degli elementi costitutivi della responsabilità civile, si può dire se il diritto al risarcimento spettasse o meno.

Si tratta, però, di una verifica che **non si limita al piano astratto** dell'analisi circa la disponibilità della singola azione da parte dell'istante **ma che richiede sempre la decisione nel merito sulla singola vicenda in concreto** rappresentata al giudice. Ne deriva che l'azione di indebito arricchimento deve ritenersi **ammissibile**, per presenza del requisito della sussidiarietà, **anche quando l'azione principale sia stata rigettata nel merito**.

Non è mancato, tuttavia, chi, pur condividendo le conclusioni raggiunti, ha **messo in discussione** la stessa premessa da cui muove tale orientamento, ossia che **l'azione fondata su una clausola generale sia un tertium genus di azione rispetto a quella fondata sul contratto o sulla legge**.

È evidente, infatti, che l'azione fondata sulla clausola generale, com'è quella risarcitoria ancorata o al principio del *neminem laedere* o all'obbligo di comportarsi secondo correttezza e buona fede, sia comunque un'azione fondata sulla legge.

A fronte del contrasto registratosi, la recente **ordinanza interlocutoria del 20 febbraio 2023, n. 5222** ha invocato l'intervento nomofilattico delle Sezioni Unite per chiarire se l'azione di arricchimento ingiustificato “*non sia ammessa solo ove quella svolta in via principale abbia titolo in un contratto o nella legge, oppure se la regola della residualità valga sempre, quale che sia l'azione che si fa valere in via principale*”.

5.3 La soluzione di compromesso offerta dalle Sezioni Unite: una sussidiarietà elastica

Le **Sez. Un. 5 dicembre 2023, n. 33954** hanno risposto all'ordinanza interlocutoria, giungendo a pronunciare, dopo un lungo iter motivazionale, il seguente principio di diritto: “*Ai fini della verifica del rispetto della regola di sussidiarietà di cui all'art. 2042 c.c., la domanda di arricchimento è proponibile ove la diversa azione, fondata sul contratto, su legge ovvero su clausole generali, si rivelì carente ab origine del titolo giustificativo. Viceversa, resta preclusa nel caso in cui il rigetto della domanda alternativa derivi da prescrizione o decadenza del diritto azionario, ovvero nel caso in cui discenda dalla carenza di prova circa l'esistenza del pregiudizio subito, ovvero in caso di nullità del titolo contrattuale, ove la nullità derivi dall'illiceità del contratto per contrasto con norme imperative o con l'ordine pubblico*”.

Le Sezioni Unite danno continuità, così, all'orientamento tradizionale della sussidiarietà in astratto; tuttavia, per smussarne le rigidità, fanno propri alcuni temperamenti già emersi in giurisprudenza si da far parlare la dottrina di sussidiarietà elastica (BELLISARIO).

È evidente, infatti, che le numerose precisazioni e differenziazioni di fattispecie svolte dai giudici della nomofilachia ammorbidiscono il concetto di sussidiarietà in astratto, dando voce all'esigenze di riordino avvertite anche in relazione alla casistica trattata dalla Cassazione.

Occorre prendere in considerazione, quindi, le quattro ipotesi enucleate con riferimento al cumulo tra l'azione di arricchimento e l'azione tipica concorrente, sovente di tipo contrattuale o risarcitoria.

1. La prima ipotesi è quella in cui l'azione tipica è stata rigettata per carenza *ab origine del titolo* su cui si fonda il rimedio alternativo.

In questo caso, l'azione tipica non trova spazio perché, mancandone *ab origine gli elementi costitutivi*, la tutela richiesta dall'attore nella fattispecie concreta non può essere sussunta e ricondotta alla fattispecie astratta invocata. Colui il quale chiede tutela viene protetto, in questo caso, non dall'azione tipica ma dall'azione generale e, appunto, sussidiaria di arricchimento senza causa.

L'esempio paradigmatico è quello dell'azione contrattuale di esatto adempimento esperita dal professionista non remunerato verso la p.a. incaricante

rigettata per nullità del contratto azionato, in quanto sprovvisto del requisito di forma *ad substantiam*.

Esclusa la strada contrattuale, **al professionista resta il rimedio restitutorio di cui all'art. 2041 c.c.** per ottenere, quanto meno, l'indennizzo per l'attività professionale comunque di fatto e in concreto espletata in favore della p.a.

Al riguardo, la Corte punitizza, quindi, che si tratta **non di un reale concorso tra l'azione tipica e l'azione di arricchimento ingiustificato ma di un mero concorso apparente di norme** (*id est* artt. 1218 e 2041 c.c.) o, meglio, secondo parte della dottrina (GATTI), di **una mera apparenza di un concorso tra diversi diritti** (*id est* diritto contrattuale e diritto restitutorio).

2. La seconda ipotesi è quella del **rigetto per prescrizione o decadenza**, ossia per **inerzia dell'impovertito**.

In questo caso, al contrario, il rigetto dell'azione tipica, determinato dal **comportamento del titolare che colposamente ometta di coltivare in tempo il proprio diritto**, preclude l'esperimento dell'azione generale di arricchimento ingiustificato.

Diversamente opinando, verrebbe frustrato il **principio della certezza del diritto**. Diviene evidente, in questa seconda ipotesi enucleata, **la finalità antielusiva della sussidiarietà di cui all'art. 2042 c.c.** (GATTI).

3. La terza ipotesi è quella del **rigetto per assenza di prova circa l'esistenza del pregiudizio subito**.

Parimenti è preclusa l'azione di arricchimento ingiustificato quando l'azione alternativa tipica è stata rigettata per assenza di prova circa il pregiudizio subito.

È evidente che l'attenzione si focalizza, qui, sul **rappporto tra azione di arricchimento e azione risarcitoria, contrattuale, precontrattuale o extracontrattuale** che sia.

L'assenza del pregiudizio risarcitorio rende manifesta l'assenza dell'impovertimento che, costituendo un elemento costitutivo della domanda indennitaria di cui all'art. 2041 c.c., sbarrava la strada all'azione di arricchimento.

Invero, in questo caso, **più che di preclusione in astratto in termini di non propponibilità o inammissibilità della domanda di arricchimento ingiustificato**, la dottrina (GATTI) fa notare che **dovrebbe parlare di rigetto della stessa per assenza di prova, nel merito, di uno degli elementi costitutivi dell'azione, ossia dell'impovertimento**.

Al riguardo, si è altresì osservato che lo sbarramento all'azione di arricchimento ingiustificato **non promana dal concetto di sussidiarietà bensì dall'esame nel merito della fondatezza o meno della domanda di giustizia**.

Non a caso si è detto che “*la sussidiarietà non c'entra*” (BELLISARIO) oppure che richiamare la sussidiarietà perpetua, in queste ipotesi, rischia di generare “*inesattezze e malintesi*” (CARUSI).

4. La quarta ipotesi è quella del rigetto per nullità del contratto illecito, contrattante con norme imperative o con l'ordine pubblico.

Analogamente quando la domanda sia fondata su un titolo illecito l'azione generale di arricchimento non può valere a eludere la non coercibilità del vincolo, disconosciuto dall'ordinamento per mezzo della nullità valoriale e di più rafforzata dal diniego dell'azione restitutoria a mente dell'art. 2035 c.c. (CARUSI).

Anche in questo caso viene in rilievo **una finalità antielusiva** della sussidiarietà di cui all'art. 2042 c.c.

Dopo aver differenziato queste quattro ipotesi, le Sezioni Unite precisano, altresì, che **dal punto di vista processuale è rimesso al giudice di merito il compito di verificare se l'azione sussidiaria di arricchimento sia esperibile o meno, a tal fine dovendosi appurare la causa del rigetto della domanda alternativa tipica.** Tale accertamento spetta sempre al giudice, **sia quando vengano proposte tanto l'azione di arricchimento quanto quella alternativa tipica**, vuoi nello stesso giudizio in via subordinata vuoi in giudizi successivi, **sia quando venga esercitata immediatamente e direttamente solo l'azione di arricchimento.**

Le precisazioni svolte dalle Sezioni Unite sono state da più parti accolte con favore. Non è mancato, tuttavia, chi (MAGRI) ha ritenuto che la Cassazione abbia perso un'occasione per chiarire la zona d'ombra di sovrapposizione tra azione risarcitoria e azione indennitaria, suggerendo di condividere almeno alcuni spunti riflessivi della tesi della sussidiarietà in concreto, per offrire tutela all'attore e riconoscere la *ratio* equitativa propria dell'azione di arricchimento ingiustificato.

5.4 Nuova rimessione nel 2025 alle Sezioni Unite: in caso di nullità del contratto per difetto di forma scritta la P.A. può agire ex art. 2041 c.c.?

La sez. III della Cassazione (*ord. interlocutoria, 20 gennaio 2025, n. 1284*), successivamente, ha rilevato che il **percorso motivazionale delle Sezioni Unite**, esaminate nel paragrafo precedente, rispetto al titolo contrattuale nullo, meriti quantomeno **un approfondimento**, residuando sullo sfondo non pochi **aspetti controversi**.

In primo luogo, ci si chiede **se il principio espresso** dall'autorevole precedente valga **anche quando**, in modo inusuale, sia la P.A. l'“impoverito” (il caso di specie riguardava una Comune che, in assenza di un contratto scritto, aveva fornito a un privato dell'acqua). In particolare, è chiesta una nuova pronuncia delle Sezioni Unite al fine di verificare se quanto precede possa influenzare, ed eventualmente in che termini, le valutazioni svolte nella decisione del 2023, visto che la prospettiva della giurisprudenza richiamata dalle stesse Sezioni Unite, al riguardo, è stata generalmente (e pressoché univocamente) volta alle azioni subite dalla stessa P.A., non anche all'ipotesi contraria. L'ordinanza del 2025, inoltre, ritiene necessario considerare che il giudizio di **nullità del contratto** della P.A., stipulato *iure privatorum*, **per difetto di forma** scritta (nella specie, per violazione dell'art. 17 R.D. 2440/1923), per quanto integrante una ipo-

1. Il diritto al contraddittorio preventivo (obbligatorio)

Il diritto al contraddittorio preventivo per molto tempo è stato al centro di un ampio e nutrito dibattito dottrinale e, soprattutto, giurisprudenziale², che è culminato in una importante modifica della L. 212/2000³, meglio nota come “Statuto dei diritti del contribuente”, che ne ha codificato la obbligatorietà non senza lasciare ampi – e troppo numerosi – margini di discrezionalità che ne hanno evidenziato sin da subito le criticità applicative.

È noto, infatti, che tale diritto fosse “conteso”, tra il potere di accertamento degli Uffici finanziari, finalizzato all’esercizio della pubblica funzione che compete loro, da un lato, e il rispetto dello Statuto dei diritti del contribuente e, in particolare, la garanzia dell’attuazione della effettiva tutela del contribuente sottoposto a verifica, dall’altro⁴.

Il filo conduttore della vicenda che ha visto – e, a onore del vero, ancora vede – protagonista il diritto al contraddittorio è stato, ed è, il ribadirne i confini estremamente limitati, delineati, in origine, dalle Sezioni Unite della Cassazione nel 2015⁵.

In ambito tributario, il contraddittorio endoprocedimentale si sostanzia per il contribuente nel diritto a “partecipare attivamente” alla dialettica con il Fisco, avendo l’opportunità – oggi, un vero e proprio diritto – di addurre le proprie ragioni e le correlate prove nella fase “procedimentale”, per confutare i rilievi che il Fisco intende valorizzare e porre a fondamento di un atto impositivo.

In altri termini, tale diritto realizza, integrandola, la partecipazione del contribuente all’attività di accertamento⁶.

La norma di diritto interno che costituisce il nucleo di tale principio-diritto è l’art. 12, comma 7, dello Statuto dei diritti del contribuente⁷.

² Sull’argomento, si vedano anche Cass. 2773/2021, e Cass. ord. 5777/2019.

³ A modificare la citata legge è intervento il D.Lgs. 219/2003 originatosi per dare attuazione alla c.d. Riforma Fiscale di cui alla Legge delega 111/2023.

⁴ In tal senso, si veda Cass. ord. 2243/2021.

⁵ Cass., Sez. Un., 24823/2015. In dottrina, si veda A. LOVISOLI, *Sulla c.d. “utilità” del previo contraddittorio endoprocedimentale*, in *Dir. prat. trib.*, 2016, II, pp. 719 e ss.

⁶ Sulla rilevanza della questione del contraddittorio endoprocedimentale applicata: *a) alle indagini bancarie*, si veda G.M. CIPOLLA, *Prova (dir. trib.)*, in *Dig. discipl. privat., sez. comm.*, agg. IV, Torino, 2008, pp. 730 e ss.; *b) all’accertamento sintetico*, si vedano, L. TOSI, *Le predeterminazioni normative nell’imposizione reddituale*, Milano, 1999, p. 388; F. AMATUCCI, *Le indagini bancarie nella determinazione del maggior reddito tassabile*, in *Riv. dir. trib.*, 2010, pp. 1019 e ss. e *contra* A. MARCHESELLI, *Indagini bancarie e accertamento tributario: il sottile confine tra uno strumento efficace e un mezzo di tortura*, in *Relazione al Convegno Associazione Magistrati tributari*, Modena 2012.

⁷ La norma, rubricata “*Diritti e garanzie del contribuente sottoposto a verifiche fiscali*” al comma 7, recita: «*nel rispetto del principio di cooperazione tra amministrazione e contribuente, dopo il rilascio della copia del processo verbale di chiusura delle operazioni da parte degli organi di controllo, il contribuente può comunicare entro sessanta giorni osservazioni e richieste che sono valutate dagli uffici impositori. L’avviso di accertamento non può essere emanato prima della scadenza del predetto termine, salvo casi di particolare e motivata urgenza*

Sul fonte comunitario, invece, il fondamento legislativo del principio in esame è contenuto nell'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, intitolato “Diritto ad una buona amministrazione”⁸.

Per completare il panorama normativo il diritto al contraddittorio è riconosciuto anche dagli articoli 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che, “garantiscono il rispetto dei diritti della difesa, nonché il diritto ad un processo equo in qualsiasi procedimento giurisdizionale”⁹.

Infine, il Trattato di Lisbona nel 2009 ha equiparato la Carta di Nizza ai Trattati, con la conseguenza che le disposizioni in essa contenute sono pienamente cogenti e vincolanti in tutti gli stati membri dell'Unione.

Nel corso degli anni, su questo tema, è sorto un vivace dibattito giurisprudenziale, che ha principalmente interessato la valutazione del “perimetro di applicazione” di tale principio.

In un primo momento, si è ritenuto che il diritto al contraddittorio trovasse applicazione limitatamente ai casi di accertamento scaturente da “accessi, ispezioni e verifiche” presso la sede del contribuente¹⁰, ovvero in caso di indagini “a tavolino” svolte dall'ufficio impositore in assenza di ulteriori attività di controllo¹¹.

In merito a tale ultima fattispecie, richiamando i principi comunitari in materia di diritto di difesa e di “diritto ad essere ascoltato” del destinatario di un provvedimento (anche solo potenzialmente) lesivo prima della emissione dello stesso, le Sezioni Unite, nel 2014, affermavano che il contraddittorio endoprocedimentale costituiva “un principio fondamentale immanente nell'ordinamento cui dare attuazione anche in difetto di una espressa e specifica previsione normativa”.

E, con particolare riguardo alla “parte forte” del rapporto tributario, i Giudici concludevano affermando che “l'Amministrazione è tenuta a osservare detto principio indipendentemente dal fatto che ciò sia previsto espressamente da una norma positiva e la cui violazione determina la nullità dell'atto lesivo che sia stato adottato senza la preventiva comunicazione al destinatario”.

Tale sentenza sembrava aver finalmente risolto l'annoso dibattito sорто in relazione alla portata applicativa del principio previsto dall'art. 12, comma 7, dello Statuto dei diritti del contribuente.

⁸ La citata disposizione stabilisce che il diritto in questione comprende, in particolare, quello “di ogni individuo di essere ascoltato prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che gli rechi pregiudizio”, tra i quali – ovviamente – può essere annoverato qualunque atto impositivo del Fisco. Per approfondire, si rinvia a P. ACCORDINO, *Problematiche applicative del “contraddittorio” nei procedimenti tributari*, Milano, 2018, pp. 10 e ss.

⁹ Cass., Sez. Un., 19667/2014.

¹⁰ Cass., Sez. Un., 18184/2013, ove i Giudici hanno dichiarato invalido l'atto impositivo emesso prima di sessanta giorni decorrenti dalla consegna processo verbale di chiusura delle operazioni da parte degli organi di controllo, ritenendo tale termine “posto a garanzia del pieno dispiegarsi del principio del contraddittorio endoprocedimentale”.

¹¹ Cass., Sez. Un., 19667/2014.

Nel 2015, tuttavia, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione¹² hanno nuovamente stravolto il proprio orientamento, compiendo un passo indietro rispetto all'applicazione generalizzata di tale diritto.

Contrariamente a quanto sostenuto in precedenza, infatti, la Cassazione affermava che il diritto nazionale non poneva “un generalizzato obbligo di contraddittorio endoprocedimentale, comportante, in caso di violazione, l'invalidità dell'atto”, che, viceversa, sussisteva soltanto in caso di “specifica prescrizione” normativa dettata per la disciplina della tipologia del provvedimento da adottarsi¹³.

E, precisamente, i Giudici specificavano che “l'obbligo di contraddittorio endoprocedimentale sussisteva soltanto in caso di tributi c.d. “armonizzati”, ovverosia rientranti nella sfera di competenza dell'Unione Europea, e così direttamente soggetti ad applicazione dell'art. 41 della Carta dei Diritti fondamentali”.

La successiva giurisprudenza di legittimità, evidentemente insoddisfatta delle ondivaghe e contraddittorie soluzioni prospettate dalle Sezioni Unite, ha riproposto il dibattito, e, nel 2017, la Corte di Cassazione ha valorizzato e riaffermato il presupposto per il quale il contribuente abbia sempre diritto di essere (pre)avvisato circa la emissione di un atto potenzialmente lesivo e pregiudizievole¹⁴.

Le pronunce poc'anzi menzionate, pertanto, dimostrano la reviviscenza del dibattito sull'esistenza di un principio generale di osservanza del contraddittorio procedimentale, sebbene diverse ordinanze successive rese dalla Corte di Cassazione abbiano di fatto ribadito i principi enunciati dalle Sezioni Unite del 2015¹⁵.

L'argomento, per un breve lasso di tempo, sembrava aver trovato una soluzione legislativa con l'introduzione dell'art. 5ter del D.Lgs. 218/1997¹⁶; tuttavia, ben presto, anche questa ha portato in evidenza i limiti all'utilizzo di tale strumento¹⁷.

¹² Cass., Sez. Un., 24823/2015.

¹³ Tale impostazione si poneva in contrasto con il Diritto dell'Unione Europea, che valorizza (da sempre) il diritto “di essere ascoltato” in capo al destinatario di un atto (anche solo potenzialmente) pregiudizievole prima della sua emissione; principio, o, meglio, diritto, questo, da intendersi come corollario del più generale “diritto ad una buona amministrazione”. Nella medesima decisione la Cassazione prendeva posizione anche in relazione alla “sanzione” prevista in caso di violazione dell'obbligo in questione, stabilendo che “la nullità dell'atto impositivo debba esser comminata soltanto laddove il contribuente assolva in giudizio l'onere di enunciare in concreto le ragioni che avrebbe potuto far valere, qualora il contraddittorio fosse stato tempestivamente attivato, e che l'opposizione di dette ragioni (valutate con riferimento al momento del mancato contraddittorio), si rivelò non puramente pretestuosa e tale da configurare, in relazione al canone generale di correttezza e buona fede ed al principio di lealtà processuale, svilimento dello strumento difensivo rispetto alla finalità di corretta tutela dell'interesse sostanziale, per le quali è stato predisposto”.

¹⁴ Cass. ord. 380/2017. In tale sentenza, in applicazione del principio in commento, la Corte ha dichiarato nulla l'iscrizione ipotecaria eseguita senza alcun preavviso.

¹⁵ Cass. 701/2019 e 702/2019.

¹⁶ Disposizione introdotta in sede di conversione del c.d. “Decreto Crescita”, D.L. 34/2019, conv. in L. 58/2019.

¹⁷ Una delle questioni rimaste irrisolte e che ha formato oggetto di rivisitazione con il dubbio che la nuova norma però possa effettivamente funzionare, è se l'anticipazione del contraddittorio a un mo-

E così il Legislatore con la Legge delega per la riforma fiscale, avendo particolare attenzione per la regola del contraddittorio, è intervenuto con il D.Lgs. 219/2023, che ha apportato numerose e importanti novità al c.d. **“Statuto del Contribuente”** (L. 212/2000).

Tra queste, in particolare, quella che “dovrebbe” dare il via ad un nuovo (parziale) rapporto con il fisco, lato contenzioso, è il c.d. **“contraddittorio preventivo”**.

Nel novellato art. 6bis dello Statuto, infatti, viene chiaramente statuito che *“Salvo quanto previsto dal comma 2, tutti gli atti autonomamente impugnabili dinanzi agli organi della giurisdizione tributaria sono preceduti, a pena di annullabilità, da un contraddittorio informato ed effettivo ai sensi del presente articolo”*.

Quindi, secondo la norma, restano escluse da tale novità solo gli atti c.s. “automatizzati”, quindi, quegli atti che derivano da un processo automatizzato di formazione o di controllo formale della dichiarazione dei redditi.

Il Legislatore ha poi demandato a un decreto ministeriale, il decreto Mef del 24 aprile 2024, la individuazione e la catalogazione degli atti interessati da questa novità e, anzi più correttamente, degli atti esclusi.

Con tale ultimo decreto, infatti, sono stati individuati gli atti esclusi dall’obbligo di contraddittorio preventivo previsto dall’art. 6bis, L. 212/2000, che, per una adeguata lettura, va raccordato con una serie di disposizioni, tra cui quelle sull’accertamento con adesione. Ma procediamo con ordine.

Si ricorda in proposito che il nuovo art. 6bis dello Statuto, al comma 1, stabilisce che gli atti autonomamente impugnabili dinanzi agli organi della giustizia tributaria sono preceduti, a pena di annullabilità, da un *“contraddittorio informato ed effettivo”*.

La stessa disposizione, però, prevede una deroga alla disposizione generale, escludendo, al comma 2, da tale obbligo gli atti automatizzati, sostanzialmente automatizzati, di pronta liquidazione e di controllo formale delle dichiarazioni da individuarsi con decreto del ministro dell’Economia e delle Finanze.

Si tratta in sostanza di atti che non richiedono valutazioni di merito per cui un confronto preventivo con il contribuente non sarebbe comunque in grado di incidere sull’esito finale del procedimento. Esclusi anche i casi motivati a rischio riscossione. Per tali atti esclusi, comunque, come è lo stesso decreto a specificare, restano ferme le altre forme di contraddittorio, di interlocuzione preventiva e di partecipazione del contribuente al procedimento amministrativo, previste dall’ordinamento tributario. Venendo ora alle eccezioni, l’obbligo del contraddittorio preventivo non sussiste per gli atti automatizzati, sostanzialmente automatizzati, di pronta liquidazione e di con-

mento precedente alla notifica dell’eventuale atto di accertamento, che quindi esclude la possibilità di un dialogo successivo alla notifica dell’atto impositivo, sia effettivamente efficace. Se è infatti vero che il dialogo è sempre importante, e ciò soprattutto quando si tratta di posizioni delicate che necessitano di un termine più lungo degli ordinari 90 giorni, è del pari vero che un contraddittorio tanto lungo prima dell’emissione di un atto è pregiudizievole per la difesa della parte debole del rapporto nella prospettiva giudiziale quando l’accordo non si raggiunge.

trollo formale delle dichiarazioni, atti la cui precisa individuazione è stata demandata ad un apposito decreto del ministro dell'Economia e delle Finanze.

La *ratio* dell'esclusione è da individuare verosimilmente nel fatto che nelle casistiche in questione un eventuale confronto tra fisco-contribuente non sarebbe in grado di apportare alcunché alla pretesa impositiva.

Ciò posto, l'art. 6bis, al fine di poterne comprendere la portata applicativa (e ragionevolmente anche il – dubbio – potenziale) va raccordato con una serie di disposizioni, tra cui quelle sull'accertamento con adesione contenute nel D.Lgs. 218/1997, come riformato dal D.Lgs. 13/2024, le quali risultano però applicabili agli atti emessi dal 30 aprile 2024.

Tale discrasia temporale ha di fatto ingenerato delle difficoltà circa la decorrenza temporale di applicazione del nuovo art. 6bis.

E come sempre la incertezza ha obbligato il Legislatore a un ulteriore – e inutilmente complicato – intervento di codificazione realizzato con l'art. 7 del D.L. 39/2024¹⁸, che ha escluso espressamente l'applicazione delle disposizioni di cui all'art. 6bis della L. 212/2000 per tutti gli atti emessi entro il 30 aprile 2024, stabilendo, allo stesso tempo, che fino a questa data si applica la disciplina previgente.

La norma da ultimo richiamata, però, a ben vedere, è questo è un problema, non ha né formalmente né sostanzialmente una funzione interpretativa dell'art. 6bis ciò che comporta una riflessione importante circa gli effetti delle prescrizioni ivi recate.

Infatti, sorgono dei dubbi sul fatto che l'efficacia retroattiva di detta norma si concilia a tutti gli effetti con lo spirito della riforma dello Statuto, che ha finalmente codificato il principio del contraddittorio quale suo “principio cardine” della riforma stessa e, più in generale, dell'ordinamento.

Ma il quadro nel quale si inserisce la disposizione in commento è ancora più complicato.

Il 16 maggio 2024, infatti, il Senato ha approvato in prima lettura, con modificazioni, il D.D.L. di conversione in legge del D.L. 39/2024 (poi convertito con modificazioni in L. 77/2024), e tra gli emendamenti approvati spicca quello per cui, attraverso la tecnica dell'interpretazione autentica, vengono effettuate delle precisazioni sull'ambito di applicazione del contraddittorio.

In particolare, come risulta dal tenore letterale dell'emendamento presentato, e recepito, l'art. 6bis, comma 1, si interpreta nel senso che la disposizione si applica esclusivamente agli atti recanti una pretesa impositiva, autonomamente impugnabili dinanzi agli organi della giurisdizione tributaria, ma non a quelli per i quali la normativa prevede specifiche forme di interlocuzione tra Amministrazione finanziaria e contribuente né agli atti di recupero conseguenti al disconoscimento di crediti di imposta inesistenti.

¹⁸ Recante “*Misure urgenti in materia di agevolazioni fiscali*”, convertito con modificazioni in L. 77/2024.

Il comma 2 della medesima disposizione, invece, si interpreta nel senso che tra gli atti per i quali non sussiste il diritto al contraddittorio (come individuati dal decreto Mef del 24 aprile 2024) rientrano altresì quelli di diniego di istanze di rimborso.

Una storia, quella del contraddittorio, sempre più complicata e piena di insidie, che è ancora, di fatto, tutta da scrivere.

Per provare a offrire la misura dell'importanza dello strumento in questione e, per converso, della poca chiarezza e concretezza delle soluzioni normative attualmente elaborate, si deve innanzitutto riflettere sulla determinante funzione che assume il contraddittorio in relazione alla esigenza di tutela del contribuente.

Tale strumento che consente – o, meglio, dovrebbe consentire se non addirittura garantire – il “dialogo” tra Fisco e contribuente deve svolgersi in via sostanziale e non meramente formale, al fine di integrare realmente l'esigenza di confronto e di valutazione critica delle posizioni contrapposte, e ciò può realizzarsi solamente attraverso la esplicitazione di una motivazione specifica e congruente rispetto alle contestazioni mosse a carico del contribuente.

Ogni volta che il grado di “sommarietà” e astrattezza emergono, pertanto, è da considerarsi violato il diritto al contraddittorio “preventivo” previsto dall'art. 41 della Carta dei Diritti Fondamentali dell’U.E. (c.d. Carta di Nizza, che, ai sensi dell'art. 6 T.U.E., ha lo stesso valore giuridico dei trattati istitutivi dell’U.E.), il quale deve essere rispettato “nell’attuazione del diritto dell’Unione” ai sensi dell'art. 51, par. 1 della Carta medesima.

In merito alla diretta applicabilità del “diritto al contraddittorio preventivo” di cui all'art. 41 della Carta di Nizza alla fattispecie in esame, l'art. 51, par. 1 della Carta di Nizza dispone che «le disposizioni della Carta [e, quindi, anche l'art. 41 della medesima, n.d.r.] si applicano [...] agli Stati membri esclusivamente nell’attuazione del diritto dell’Unione».

La nozione di «attuazione del diritto dell’Unione» di cui all'articolo 51 della Carta non richiede che l'intera materia sia disciplinata dal diritto dell’U.E., presupponendo solo l'esistenza di un “collegamento” tra il diritto dell’Unione e la misura nazionale in causa (Commissione Europea, Comunicazione COM-2010 573, sulla “Strategia per un’attuazione effettiva della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea” del 19 ottobre 2010). Di conseguenza, «quando un giudice di uno Stato membro sia chiamato a verificare la conformità ai diritti fondamentali ... di un provvedimento nazionale che, in una situazione in cui l’operato degli Stati membri non è del tutto determinato dal diritto dell’Unione, attua tale diritto ai sensi dell'art. 51, par. 1, della Carta, [per cui] resta consentito alle autorità e ai giudici nazionali di applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali, a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l’unità e l’effettività del diritto dell’Unione (v., per quest’ultimo aspetto, sentenza del 26 febbraio 2013, Melloni, C-399/11, punto 60)» (Corte giust., 26 febbraio 2013, GS, Fransson, C-617/10, p. 29).

La Corte di giustizia, sul diritto ad essere ascoltato sancito espressamente dall'art. 41 della Carta di Nizza, a conferma della centralità del tema, si è espressa come segue: «[...] i destinatari di decisioni che incidono sensibilmente sui loro interessi devono essere messi in condizione di manifestare utilmente il loro punto di vista in merito agli elementi sui quali l'amministrazione intende fondare la sua decisione» e «tale obbligo incombe sulle amministrazioni degli Stati membri ognqualvolta esse adottano decisioni che rientrano nella sfera di applicazione del diritto dell'Unione quand'anche la normativa comunitaria applicabile non preveda espressamente siffatta formalità» (cfr. Corte giust., 18 dicembre 2008, C-349/07, Sopropé, pp. 37 e 38; 3 luglio 2014, C-129/13 e C-130/13, Kamino, pp. 30 e 31) e che «gli interessati devono poter invocare direttamente il rispetto di tali diritti dinanzi ai giudici nazionali» (Kamino, p. 34).

La violazione di tale diritto fondamentale - che ha lo scopo di mettere l'Autorità competente nelle condizioni di tenere conto di tutti gli elementi del caso e nel contempo di assicurare una tutela effettiva alla persona coinvolta, consentendo di correggere errori ed omissioni - comporta la nullità dell'atto amministrativo, qualora il contribuente dimostri, nel corso del giudizio di impugnazione, che, ove l'Ufficio avesse instaurato correttamente il contraddittorio preventivo, il procedimento amministrativo “avrebbe potuto” comportare (e non già avrebbe sicuramente comportato) un risultato diverso (cfr. Corte giust., 17 dicembre 2015, WebMinLicenses, C-419, pp. 84-85; Kamino, cit., p. 79; 6 settembre 2012, Storck, C-96/11, p. 80).

Si tratta quindi di un giudizio di “prognosi postuma”, che il giudice adito deve compiere, al fine di verificare se il diritto al contraddittorio preventivo non sia invocato “abusivamente,” senza sfociare, si noti, in un giudizio di merito della controversia (che finirebbe per porre nel nulla il diritto in esame).

E proprio in questa prospettiva, la richiamata sentenza della Corte di Cassazione a Sez. Un. 24823/2015, ha precisato che la violazione del “contraddittorio preventivo” comporta la nullità della pretesa impositiva «allorché, in sede giudiziale, risulti che il contraddittorio procedimentale, se vi fosse stato, non si sarebbe risolto in puro simulacro, ma avrebbe rivestito una sua ragion d’essere, consentendo al contribuente di addurre elementi difensivi non del tutto vacui e, dunque, non puramente fintizi o strumentali». Principio, questo, sempre attuale e – almeno sulla carta – rafforzato dai più recenti interventi normativi sopra citati di cui, però si attendono i primi riscontri pratici.

2. La clausola generale dell'abuso di diritto nella prospettiva della difesa del contribuente

Il divieto di abuso del diritto è un principio di origine e di ispirazione comunitaria, che, attualmente, è da ritenere immanente anche nel sistema tributario italiano, come emerge dall'impostazione che la Cassazione, e non ultimo, dalla codificazione espressa di tale principio nel sistema fiscale.