UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DEL MOLISE
DIPARTIMENTO GIURIDICO

SCRITTI PER LA COSTITUZIONE DEL DIPARTIMENTO GIURIDICO DELL'UNIVERSITÀ DEL MOLISE

EDITRICE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DEL MOLISE
DIPARTIMENTO GIURIDICO

SCRITTI PER LA COSTITUZIONE DEL DIPARTIMENTO GIURIDICO DELL'UNIVERSITÀ DEL MOLISE

EDITRICE

Direttore
Valentino Petrucci

Comitato scientifico
Orazio Abbamonte
Onorato Bucci
Rocco Favale
Stefano Fiore
Lucio Francario
Gianmaria Palmieri
Marco Parisi
Andrea Rallo
Giovanni Varanese

Comitato di redazione
Carmelo D'Oro
Giorgio Palmieri

Scritti per la Costituzione del Dipartimento Giuridico
Collana: Università degli Studi del Molise
Dipartimento Giuridico
Campobasso: Arti Grafiche la Regione srl, 2012
pp. 1008; 17x24 cm

© 2012 by Arti Grafiche la Regione srl
C.da Pescofarese, 44 - Ripalimosani (Campobasso)
www.artigrafichelaregione.com
info@artigrafichelaregione.com

ISBN 978-88-88102-97-9

Presentazione

Ogni riforma, anche la meno condivisa, porta di buono almeno questo: che obbliga non solo ad accettare, ma anche ad attuare un cambiamento. E si tratta quasi sempre di una speciale forma di cambiamento, perchè il nuovo assetto si coniuga inevitabilmente con la trasformazione di ciò che era, in un divenire istituzionale, in sé portatore di nuove sfide e di nuovi stimoli. Sfide e stimoli, che a loro volta di buono hanno sia di evitare stagnazione delle idee, sia di agganciarsi col passato, che diviene tradizione.

In questa prospettiva, della tradizione e del nuovo, la prima attuazione della Riforma Universitaria ha portato, nel maggio del 2012, alla fondazione del Dipartimento Giuridico dell'Università del Molise, con una nuova composizione dei docenti che vi afferiscono, con nuovi compiti di gestione e di impulso alla ricerca, con nuove occasioni di migliorare, insieme con gli studenti, la qualità dell'offerta formativa che a loro è costantemente rivolta.

Ed è proprio in questo connubio dinamico, di tradizione e di crescita, che intendiamo presentare il Volume dedicato all'istituzione del Dipartimento Giuridico e che, per l'anno accademico della sua fondazione, sostituisce la pubblicazione degli *Annali* del Dipartimento di Scienze giuridico-sociali e dell'Amministrazione, giunti ormai al loro dodicesimo anno di ininterrotta presenza.

Un Volume dunque celebrativo del Dipartimento Giuridico, nuovo ma nella tradizione di orgogliosa testimonianza di studi propria degli *Annali*, perché sia manifesta la comune volontà, di docenti e studenti, di assumere positivamente e con fiducia i nuovi impegni ai quali siamo chiamati, di voler realizzare gli obiettivi di crescita di tutti e di ciascuno, perché insieme si possa contribuire a realizzare i valori costituzionali di progresso scientifico e di formazione delle nuove generazioni, in sé unica garanzia di un futuro degno di essere atteso.

ANDREA ABBAGNANO TRIONE

La risposta penale all'elusione dei provvedimenti giurisdizionali

SOMMARIO: Introduzione: metodo e sistematica. - 1. I valori da presidiare. - 2. La collocazione di sistema. - 3. L'assetto di tutela: il comune denominatore delle fattispecie. Capitolo I. La mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice (art. 388, co. 1, c.p.). - 1. Considerazioni preliminari e questioni di diritto intertemporale. - 2. Profili di politica criminale nel contrasto alle condotte dolose che compromettono l'effettività dei provvedimenti giurisdizionali e collocazione sistematica. I beni tutelati e gli oggetti materiali. - 2.1. Tutela di beni pubblici. La forza obbligatoria delle decisioni giudiziarie. - 2.2. Gli interessi processuali del privato. - 2.3. La dimensione plurioffensiva della fattispecie. - 2.4. Il recente approdo delle Sezioni Unite: l'effettività della funzione giurisdizionale. - 2.5. Le modifiche apportate nel 2009 ed il volto moderno dell'oggetto della protezione penale. - 3. Le qualifiche soggettive. - 3.1. Gli aspetti formali ed i connotati sostanziali del provvedimento giurisdizionale. - 3.2.1. La questione delle misure interinali e delle sentenze provvisoriamente esecutive. - 3.2.2. Il carattere giurisdizionale del provvedimento ed il lodo arbitrale. - 3.2.3. Il decreto ingiuntivo. - 3.3. La fisionomia dogmatica degli 'obblighi' nascenti dal 'procedimento' o dal 'provvedimento' giurisdizionale. - 3.3.1. Gli obblighi suscettibili di esecuzione forzata e quelli incoercibili. - 4. Il disvalore della condotta ed il disvalore di evento. - 4.1. La dimensione assiologica dei 'tipi' della condotta. - 4.2. L'oggetto materiale: la nozione di bene proprio e di bene altrui. - 4.3. I beni non pignorabili: reato impossibile?. - 4.4. Il 'tipo' di evento. - 4.4.1. La permeabilità concettuale dell'inottemperanza all'ingiunzione di eseguire il provvedimento: condotta, evento o condizione oggettiva di punibilità. - 4.5. I requisiti dell'ingiunzione. - 5. I caratteri psicologici dell'incriminazione. - 6. Le forme di manifestazione del reato: consumazione, tentativo e concorso di persone. - 7. Le sanzioni e la procedibilità. - 8. I rapporti con le altre fattispecie di reato. Capitolo II. L'elusione dell'esecuzione dei provvedimenti concernenti l'affidamento di minori o incapaci e delle misure cautelari del giudice civile, o amministrativo o contabile, a difesa della proprietà, del possesso o del credito (art. 388, co. 2, c.p.). - 1. Considerazioni preliminari. - 2. Beni tutelati e sussidiarietà con la fattispecie di cui al primo comma dell'art. 388 c.p.. - 3. Questioni di diritto intertemporale. - 4. I presupposti del reato e la tipicità. - 4.1. Provvedimento del giudice civile o statuizioni di indole civile. Le modifiche apportate dalla l.94/09. - 4.2. La selettività delle giurisdizioni: le misure del giudice civile, amministrativo e contabile. - 4.2.1. segue: l'affidamento dei minori e degli incapaci. - 4.2.2. segue: le misure cautelari a difesa della proprietà. - 4.2.3. segue: le misure cautelari a difesa del possesso. - 4.2.4. segue: le misure cautelari a difesa del credito. - 4.2.5. La *vexata quaestio* del mancato reintegro del lavoratore licenziato. - 4.2.6. La casistica concernente la elusione dei provvedimenti cautelari a difesa della proprietà, del possesso o del credito. - 5. Il disvalore del fatto: l'elusione del provvedimento. - 6. I caratteri psicologici dell'incriminazione. - 7. Le forme di manifestazione del reato: consumazione, tentativo e concorso di reati. - 8. Le sanzioni e la procedibilità. 9. Questioni processuali. Il *locus commissi delicti*. - 10. Profili civilistici: il danno biologico ed il danno del minore. - 11. I rapporti con le altre fattispecie di reato. Capitolo III. La mancata esecuzione dolosa di sanzioni pecuniarie (art. 388 – *ter*, c.p.). - 1. Premessa metodologica. - 2. Oggetto e tecniche di tutela: la dimensione di tipicità della fattispecie. - 3. I soggetti attivi. - 4. Gli altri elementi della tipicità: le pene e le sanzioni amministrative pecuniarie quali presupposti del reato. - 5. Le sanzioni e la procedibilità.

Introduzione: *metodo e sistematica*

1. *I valori da presidiare*

Il criterio al quale informare la ricerca dell' ambito di operatività delle incriminazioni che trovano spazio negli artt. 388 co. 1 e 2, e 388 – *ter*, c.p., aventi ad oggetto l'inottemperanza a distinte categorie di provvedimenti adottati dall'autorità giurisdizionale, muove da un inquadramento di 'scopo'.

Il filo conduttore che accompagna la lettura delle fattispecie in discorso si dipana verso l'idea che la scienza giuridica vada intesa come occasione critica di controllo del potere legislativo e di quello giudiziario ed intende affidarsi ad una 'dogmatica' immune da 'dogmatismi'[1], vocata come è a chiarire e razionalizzare il diritto e preoccupata prevalentemente di sciogliere i dogmi, piuttosto che di costruirli.

Si volgerà allora lo sguardo verso gli scopi della politica criminale che tendono a misurare il diritto penale in chiave di effettività (reale capacità preventiva già *ex ante*) e di efficienza (misurabilità *ex post* degli effetti in termini complessivi di sistema[2]), e quindi alla luce di una visione di sistema (processuale e sostanziale), mettendo in gioco diverse competenze anche non normativistiche, ma statistiche, criminologiche, socio-economiche, prasseologiche.

Tra le indicazioni di politica criminale che emergono dall'attuale assetto ordinamentale, vanno privilegiati gli scopi positivi della prevenzione, da sintonizzare sui parametri della meritevolezza e della necessità della pena, per implementare un programma di informazione giuridica[3], che, sul piano generale, intende risolversi nel rafforzamento della coscienza sociale intorno ai valori fondamentali sui quali si fonda l'ordinamento giuridico e, sul piano individuale, si proietta verso il recupero sociale, per il condannato che lo voglia e, comunque verso la non-desocializzazione[4].

I 'principi di mezzo' della tutela penale, quali l'*extrema ratio*, la ra-

[1] Per l'approfondimento dell'idea della 'dogmatica' esente da 'dogmatismi', si rinvia a G. Fornasari, *Diritto giurisprudenziale e cause di giustificazione nell'esperienza tedesca*, in AA.VV., *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, a cura di Fiandaca, Padova, 1997, p. 54.

[2] In questo settore di tutela, per dirla con A. Alessandri, *Il problema delle misure coercitive e l'art. 388 c.p.*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1981, p. 167, la verifica circa l'efficienza della 'giurisdizione' si traduce anche nel controllo del grado di civiltà giuridica di un dato sistema normativo.

[3] M. Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale*, *La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, p. 132.

[4] Cfr. S. Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 2ª ed., Napoli, 1997, p. 209.

gionevolezza, la sussidiarietà, la stretta legalità, la materialità, l'offensività, la responsabilità personale e la proporzionalità, rappresentano il parametro critico - logico attraverso il quale passare al setaccio le scelte operate dal legislatore, correggerne la portata e le applicazioni che ne propone la prassi.

In tal senso, occorre vigilare sulla corretta denotazione empirica della fattispecie, facendo tesoro dell' 'officina della pratica', per 'promuovere' i soli modelli che nascano dall'osservazione criminologica (cd. precomprensione del contesto), attraverso l'adozione di un'affidabile tecnica legislativa, ispirata ai parametri della chiarezza, della semplicità e della razionalità.

Il piano teleologico orbita poi attorno alla teoria dei beni giuridici, la quale - come è noto - assolve complessivamente ad una funzione critica, rivolta al passato, attenta al presente e proiettata verso il futuro.

Alla ricognizione del bene tutelato, che muoverà da una indagine storica tesa a visualizzare 'quale' sia (stato) l'interesse che il legislatore del 1930 ha inteso presidiare (oltre che 'come' e 'quando'), seguirà la verifica circa il ruolo dogmatico assolto nel corso degli anni e come le diverse riletture teoriche ne orientano la funzione di parametro selettivo delle fattispecie, concorrendo a definirne i confini ed i rapporti con altri modelli di reato.

Ci interroghiamo su quali siano state poi le ragioni che hanno indotto il legislatore a comporre il quadro attuale delle incriminazioni, alla luce delle modifiche apportate nel 2009 dalla l. 94[5], segnate da una ricognizione aggiornata dell'interesse, tale da modificare il telaio complessivo delle fattispecie, ed ancora, ci proponiamo di mettere a fuoco i possibili assetti interpretativi verso i quali è indirizzata la nuova articolazione normativa.

2. *La collocazione di sistema*

I reati in oggetto trovano collocazione nel capo secondo (dei Delitti contro l'autorità delle decisioni giudiziarie), del titolo terzo (dei Delitti contro l'amministrazione della giustizia[6]), del libro secondo del

[5] I primi due commi dell'art. 388 c.p. sono stati recentemente oggetto di revisione, per effetto della entrata in vigore della l. 15.7.2009, n. 94 (art. 3, comma 21).

[6] Quanto al bene tutelato dalle norme contenute nel titolo terzo del secondo libro del codice penale, è opportuno ricordare che al capo primo, sono raccolti i delitti contro l'attività giudiziaria ed al capo terzo, sono accorpati i delitti aventi ad oggetto la tutela arbitraria delle proprie ragioni. Si è sottolineato, L. SCOPINARO, *Delitti contro l'autorità delle decisioni giudiziarie*, in GROSSO, PADOVANI e PAGLIARO, *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, Mi-

codice penale.

L'art. 388 c.p. è articolato in sette commi, dei quali, i primi sei si occupano di distinte ed autonome fattispecie di reato; l'ultimo comma si limita a sancire la procedibilità a querela per tutte le ipotesi criminose.

La disposizione originariamente contemplava soltanto le prime due fattispecie concernenti la mancata esecuzione di taluni provvedimenti giurisdizionali; soltanto con la l. 689 del 24 novembre 1981 sono stati aggiunti i reati oggi presenti, rispettivamente, nei commi tre, quattro e cinque, e all'art. 388 – *bis* c.p., previo scorporo dagli articoli 334 e 335 c.p.

Il delitto di cui al co. 6, infine, è stato inserito dall'art. 2 della l. 24 febbraio 2006, n. 52. È stato nell'occasione previsto lo specifico obbligo a carico del debitore, nel caso di incapienze o di difficile liquidazione del compendio pignorato, di indicare ulteriori beni utilmente pignorabili, prevedendo a chiusura dell'apparato di tutela, la sanzione penale per colui che omette ovvero falsifica la dichiarazione prescritta[7].

La previsione normativa di cui all'art. 388 c.p. si riferisce, come detto, ad autonome ipotesi di reato (cd. 'disposizione a più norme'), e non va considerata una fattispecie plurima. La trama complessiva disvela radici comuni con diversi reati disseminati nel codice penale e nella legislazione complementare ed in quanto tale è suscettibile di ingenerare incertezze esegetiche in sede applicativa, legate alla possibile sovrapposizione delle modalità di realizzazione della condotta e dell'evento.

Il risultato finale è quello di un unico articolo che miscela incriminazioni affatto amalgamate tra di loro e ciascuna segnata da un proprio oggetto di tutela.

L'accorpamento è tanto più critico se si considera che alcune ipotesi delittuose presentano maggiore attinenza con fattispecie collocate nell'ambito di altri titoli di reato; è il caso dell'omissione di atti di ufficio del custode di cose pignorate che, all'evidenza, presenta affinità ben più marcate con la tradizionale figura di omissione di atti di ufficio di cui all'articolo 328 c.p..

lano, 2009, p. 319, che mentre la tutela assicurata dai delitti previsti al capo primo concerne l'attività del giudice, nelle fattispecie accorpate al capo secondo, il presidio penalistico è finalizzato al contrasto dei fatti di inosservanza, o di impedimento all'esecuzione, del provvedimento costituente il risultato dell'attività giurisdizionale.

[7] L. Bisori, *La mancata esecuzione dolosa di provvedimenti del giudice*, in Aa.Vv. *Trattato di diritto penale, parte speciale*, vol. III, a cura di Cadoppi, Canestrari, Manna e Papa, Torino, 2008, p. 675.

3. *L'assetto di tutela: il comune denominatore delle fattispecie*

Originariamente il fuoco della tutela era polarizzato «sull'osservanza dell'autorità delle decisioni giudiziarie»; sennonché, l'articolazione degli elementi della tipicità lasciava già cogliere sullo sfondo l'interesse alla corretta funzionalità dei provvedimenti giurisdizionali legati alla esecuzione, dando corpo ad entità di valore progressivamente rivolte verso il settore privato. Il presidio di interessi dei creditori poteva desumersi anche dalla previsione della condizione di procedibilità dei reati, che attraverso la querela, assoggetta l'esercizio dell'azione penale all'iniziativa di parte.

L'unica rilevante eccezione a questo ordine di idee era rappresentata dall'ipotesi contenuta nel co. 2, relativa all'affidamento dei minori e degli incapaci, che delinea(va) una difesa dei provvedimenti adottati nell'interesse di fasce di soggetti più 'deboli'.

Ingenera il sospetto di trovarsi di fronte ad una tutela sanzionatoria di violazioni (sostanziali e processuali) extrapenali, la comparsa di un lessico tecnico – giuridico di timbro civilistico, che ricorre copioso nelle fattispecie passate in rassegna.

Il riferimento corre prevalentemente ai presupposti del reato, segnati da espressioni quali: obblighi, provvedimenti dell'autorità giudiziaria, accertamento giurisdizionale, ingiunzione (all'esecuzione), giudice civile, amministrativo e contabile, affidamento di minori e di persone incapaci, misure cautelari a difesa della proprietà, del possesso e del credito, sanzioni amministrative e pecuniarie, ingiunzione e precetto.

Capitolo I. *La mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice (art. 388, co. 1, c.p.).*

1. *Considerazioni preliminari e questioni di diritto intertemporale*

Il titolo dell'art. 388 c.p. introduce ai delitti di mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice.

Al primo comma prevede che: «chiunque, per sottrarsi all'adempimento degli obblighi nascenti da un provvedimento dell'autorità giudiziaria, o dei quali è in corso l'accertamento dinanzi all'autorità giudiziaria stessa, compie, sui propri o sugli altrui beni, atti simulati o fraudolenti, o commette allo stesso scopo altri fatti fraudolenti, è punito, qualora non ottemperi all'ingiunzione di eseguire il provvedimento, con la reclusione fino a tre anni o con la multa da euro 103 a euro 1.032».

La disciplina in esame è stata per la prima volta introdotta nel tes-

suto normativo con il codice Rocco[8]; non se ne rinvengono precedenti nei codici preunitari.

Nella vigenza del codice Zanardelli non si era andati oltre una proposta di assorbimento nella contravvenzione di «disobbedienza ad ordini o a provvedimenti di giustizia» (art. 434); l'ipotesi non prese piede, tanto che nella Relazione ministeriale sul progetto del codice penale del 1930 si illustravano le ragioni circa l'opportunità dell'innesto, da tempo avvertito come necessario dagli studiosi[9].

Nel più ampio spettro delle novità introdotte con la l. 15 luglio 2009, n. 94, avente ad oggetto disposizioni in materia di sicurezza pubblica, sono state apportate delle 'correzioni' alle fattispecie disciplinate al primo ed al secondo comma dell'art. 388 c.p., ridisegnate in alcuni tratti, tutt'altro che marginali, dal comma 21 dell'art. 3[10].

Per la soluzione dei fenomeni successori occorre fare ricorso ai criteri suggeriti dalla teoria e dalla prassi e discernere le ipotesi di nuove incriminazioni, dalle ipotesi di successione; detti criteri gravitano attorno agli indicatori offerti dalla *voluntas legis*, dalla continuità del giudizio di disvalore, dall'omogeneità dei rapporti strutturali tra le diverse fattispecie, a loro volta integrati dai profili valutativi di indole politica criminale.

Sulla base di tali premesse, l'adesione al criterio offerto dalla ricognizione della volontà legislativa, mostra una chiara determinazione nella direzione della estensione della incriminazione.

Come si è osservato, la portata esegetica della fattispecie originaria appariva eccessivamente angusta per rispondere alla domanda di effettività delle decisioni giudiziarie[11].

Di conseguenza, i fatti commessi antecedentemente alla riforma ancora suscettibili di punizione alla luce della nuova incriminazione

[8] L'impianto originario della fattispecie era il seguente: «chiunque, per sottrarsi all'adempimento degli obblighi civili nascenti da una sentenza di condanna, o dei quali è in corso l'accertamento dinanzi l'autorità giudiziaria, compie, sui propri o sugli altrui beni, atti simulati o fraudolenti, o commette allo stesso scopo altri fatti fraudolenti, è punito, qualora non ottemperi alla ingiunzione di eseguire la sentenza, con la reclusione fino a tre anni o con la multa da euro 103 a euro 1.032».

[9] Si vedano i *Lav. prep.*, vol. IV, parte I, pp. 302 e 355; e, la relazione del Guardasigilli, vol. V, parte II, p. 181.

[10] Va segnalato, tuttavia, che in questo caso alcun apporto chiarificatore scaturisce dai lavori parlamentari, dal momento che la disposizione è il risultato di un emendamento presentato in commissione giustizia alla Camera, non preceduto da alcuna discussione.

[11] Sul punto, per un primo commento sulla novella del 2009, si veda, R. Bricchetti e L. Pistorelli, *Estesa la portata incriminatrice degli atti dei giudici*, in *Guida al diritto*, 2009, fasc. n. 33, p. 68.

sono quelli che discendono da una sentenza di condanna di obblighi civilistici; l'utilizzo del lemma 'provvedimento' in luogo di 'sentenza di condanna', così come la soppressione del connotato esclusivamente 'civilistico' dell'obbligo, depongono per una maggiore latitudine del portato normativo.

E' evidente quindi che siamo alla presenza di una 'nuova incriminazione', con la conseguente irretroattività della stessa.

Tale circostanza, tuttavia, è destinata a non incidere significativamente sul piano applicativo poiché la giurisprudenza consolidatasi nel precedente regime normativo, pressoché unanimemente, riconduceva alla nozione di 'sentenza di condanna' tutti i provvedimenti di 'contenuto decisorio suscettibili di esecuzione' (nozione materiale di sentenza), così come le sentenze accertative, dichiarative e costitutive dalle quali derivano obblighi civili assistiti da forza esecutiva, generalmente di natura provvisoria.

2. *Profili di politica criminale nel contrasto alle condotte dolose che compromettono l'effettività dei provvedimenti giurisdizionali e collocazione sistematica. I beni tutelati e gli oggetti materiali*

Il dibattito circa gli strumenti penali a garanzia dell'attuazione dei provvedimenti giurisdizionali oscilla tra la valorizzazione del peculiare inquadramento normativo, che li vede collocati in seno ai delitti contro l'amministrazione della giustizia, ed indiziante di una proiezione di tipo pubblicistico, rispetto ai parametri intranei al fatto tipico e a quelli concernenti la procedibilità (a querela di parte), che depongono per una protezione degli interessi processuali e sostanziali del privato.

Ne è scaturita la dialettica tra la difesa di un interesse formale all'osservanza della decisione giudiziaria ed il presidio di un interesse sostanziale inerente l'esecuzione di provvedimenti processuali in favore del creditore.

Dalla soluzione di questo contrasto discende l'adozione del necessario parametro di interpretazione teleologica per l'insieme degli elementi della fattispecie, fornendo materiale di orientamento per l'articolazione della struttura dell'offesa in termini di reato di pericolo presunto, di pericolo astratto o di danno.

La dimensione assiologica di una tutela proiettata verso la corretta amministrazione della giustizia postula, infatti, la rilevanza di fatti che si limitano a mettere - anche soltanto astrattamente - in pericolo il bene; e ciò, indipendentemente dagli esiti della procedura esecutiva.

Diversamente, nel caso di una tutela di matrice privatistica, il reato, articolato secondo modalità vincolate della condotta e condizionato dalla procedibilità a querela, presuppone che si sia materializzato quantomeno un pericolo concreto, se non un danno, per il buon esito dell'azione esecutiva.

2.1. Tutela di beni pubblici. La forza obbligatoria delle decisioni giudiziarie

Il *topos* argomentativo che propugna la lettura pubblicistica della disposizione e, segnatamente, la tutela della forza obbligatoria delle decisioni giudiziarie suscettibili di esecuzione, ha origine risalente ed è legata all'impostazione statalistica del codice del 1930, segnata come è dalla presenza di fattispecie attrezzate per la punizione anche di fatti di mera disobbedienza ed affonda le radici nei contenuti esplicativi dei lavori preparatori, oltre che nella collocazione di sistema.

Nella Relazione ministeriale del progetto di codice penale si legge testualmente: «il reato ha due obiettività giuridiche: quella, prevalente, di tutelare l'autorità del provvedimento giurisdizionale, e quella subordinata, di difendere l'interesse del litigante»[12].

Tra i più autorevoli assertori di una proiezione di tutela spinta verso «l'autorità delle decisioni giudiziarie», piuttosto che verso l'«eseguibilità delle stesse», Vassalli assume che con l'incriminazione in esame «il legislatore intenda di punire colui che non adempia gli obblighi accertati da sentenza e non già soltanto colui che impedisce agli organi giurisdizionali esecutivi l'esecuzione forzata della sentenza: chi offende la forza obbligatoria del giudicato, non la sua forza esecutiva»[13].

Come è agevole notare, l'accento viene posto sul carattere imperativo del provvedimento giudiziario, rispetto al quale l'interesse del creditore, al più, rileva in seconda battuta; a questo subordinato scopo è posta la condizione della querela[14].

L'ipotesi ricostruttiva è di una disposizione che, nel suo volto autoritario, determina una sensibile anticipazione dell'intervento penale.

L'arretramento della tutela si risolve nel fatto che l'intervento repressivo dello Stato viene azionato al cospetto della semplice inosservanza o disubbidienza del comando da parte dell'agente (l'inosservanza di provvedimenti dell'autorità giurisdizionale), prescindendo dall'accertamento circa l'effettiva lesione di interessi, assimilando la decisione incrimi-

[12] Vd. la relazione del Guardasigilli, cit., p. 183.

[13] G. Vassalli, *La mancata esecuzione di un provvedimento del giudice*, Torino, 1938, p. 5; sull'argomento, si veda anche M. Boscarelli, *La tutela penale del processo,* I, Milano, 1951, p. 534.

[14] Di questo avviso, V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, Milano, 1982, V, p. 1081.

natrice ad un atto di imperio. Sono funzionali a tali scopi, le tecniche di incriminazione che privilegiano fattispecie costruite in termini di pericolo astratto e presunto[15].

Il bene giuridico tradizionale compare sullo sfondo del piano di tutela, lasciando spazio alla iconografia dei beni intermedi, dei beni scopo, alla tutela di funzioni[16], alimentando esponenzialmente l'aumento dei 'casi difficili', la soluzione dei quali rende più esplicita la mediazione valutativa del giudice. La configurabilità del reato, qui come in altre sedi, viene anticipata alla violazione della regola ingiunzionale posta dal diritto e dalla procedura, denotando l'essenza di fattispecie posta a tutela del pericolo legato all'inadempimento del provvedimento giurisdizionale.

L'esito di questa impostazione esegetica è che viene ad assumere rilevanza penale l'inadempimento di qualsiasi tipologia di obbligo definito dal provvedimento, sia esso di natura fungibile, ed in quanto tale possibile oggetto di esecuzione coercitiva, sia esso di carattere infungibile. Ed è evidente che l'opzione interpretativa rende rilevanti anche comportamenti meramente omissivi.

[15] Sull'argomento, la letteratura è davvero cospicua; si veda, M. Gallo, *I reati di pericolo*, in *Foro penale*, 1969, p. 1; E. Gallo, *Riflessioni sui reati di pericolo,* Padova, 1970, p. 40; V. Patalano, *Significato e limiti della dogmatica del reato di pericolo,* Napoli, 1975, p. 69; S. Canestrari, voce *Reati di pericolo*, in *Enciclopedia Giuridica*, Roma, vol. XXVI, 1991, p. 3; F. Angioni, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, II[a] ed., 1994, p. 210; G. Grasso, *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1986, p. 698; G. Fiandaca, *La tipizzazione del pericolo*, in AA.VV., *Beni e tecniche della tutela penale*, 1987, p. 68; M. Parodi – Giusino, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, 1990, *passim*; M. Catenacci, *I reati di pericolo presunto tra diritto e processo penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci,* a cura di Dolcini e Paliero, tomo II, *Teoria della pena*, Milano, 2006, p. 1415.

[16] Sul processo di erosione del concetto tradizionale di bene giuridico e del suo ruolo all'interno del fatto tipico, e sulla riemersione della categoria della *ratio* della incriminazione e di nuove proposte 'metodologiche', tra gli altri, cfr., F. Angioni, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, *passim*; F. Sgubbi, *Il reato come rischio sociale,* Bologna, 1990, *passim*; S. Moccia, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni*, cit., p. 343; Id., *Prospettive non «emergenziali» di controllo dei fatti di criminalità organizzata. Aspetti dommatici e di politica criminale*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, vol. I, *Diritto penale*, Milano, 2007, 759 e ss.; C. Fiore, *Il principio di offensività*, in *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano, 1996, p. 61; A. Cavaliere, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, in *Costituzione, diritto e processo penale*, a cura di Giostra e Insolera, Milano, 1998, p. 133; V. Manes, *Il principio di offensività. Tra codificazione e previsione costituzionale*, in Aa.Vv., *Meritevolezza di pena e logiche deflattive*, a cura di G.A. De Francesco e Venafro, Torino, 2002, p. 18; Id., *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza,* Torino, 2005; G.A. De Francesco, *Programmi di tutela e ruolo dell'intervento penale*, Torino, 2004, p. 42; C. Piergallini, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico criminali*, 2004, *passim*.

2.2. Gli interessi processuali del privato

Seppure come voci isolate rispetto agli orientamenti consolidati all'atto della introduzione della fattispecie nel Codice penale del 1930, non erano mancati 'autorevoli' fautori della tesi di una fattispecie posta a garanzia del risultato del processo esecutivo, «costituendo in reato l'atto del debitore diretto a sottrarre all'azione dell'ufficio le cose o le persone, sulle quali la esecuzione deve essere compiuta»[17].

La lettura della fattispecie in chiave di tutela delle ragioni del privato, nel senso di presidio all'esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali, e, di riflesso, all'attuazione pratica del diritto in vista del soddisfacimento dell'interesse del creditore, trova con il passare degli anni e le modifiche intervenute, sempre di più il suo puntello[18]. Lo indica l'indagine di sistema, attenta al graduale processo di scomposizione delle fattispecie originariamente presenti negli artt. 334 e 335 c.p.[19], alle modifiche del tessuto normativo dell'art. 388 c.p., ed al confronto con i model-

[17] Così F. Carnelutti, *Sistema del diritto processuale civile*, Padova, 1936, I, p. 278.

[18] In questo senso si orienta la dottrina prevalente: A. Alessandri, *op. cit.*, p. 165; A. Marini, *Condotta ed offesa nel delitto di cui all'art. 388 cpv., c.p.*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* 1959, p. 1221; A. Molari, *La tutela penale della condanna civile*, Padova, 1960, p. 352; T. Padovani, *Ordine di reintegrazione nel posto di lavoro e art. 388 cpv. c.p.*, in *Dir. lav.*, 1975, II, p. 59; F. Palazzo, *Tutela dei diritti, tutela del provvedimento giurisdizionale e categorie penalistiche*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1988, p. 523; di recente, G. Cirillo, *I delitti di mancata esecuzione o di violazione di un provvedimento del giudice*, in *Trattato teorico/pratico di diritto penale*, diretto da Palazzo e Paliero, vol. V, *Reati contro la pubblica amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia*, a cura di Catenacci, Torino, 2011, p. 607.

[19] Vd. P. Pisa, voce *Provvedimenti del giudice (Mancata esecuzione dolosa di)*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, 1995, p. 442, il quale condivide il punto di vista di coloro che ravvisano l'oggetto della tutela nell'interesse del privato al fruttuoso esercizio dell'azione esecutiva o, comunque, dei provvedimenti di natura cautelare. Il distinguo operato rispetto alle omologhe fattispecie di cui agli articoli 334 e 335 c.p., poste a tutela di interessi d'indole pubblicistica, i quali non richiedono per la procedibilità la presentazione della querela, come previsto per converso dalla fattispecie in esame, corrobora l'idea di una tutela di stampo privatistico. L' approccio di tipo privatistico – patrimoniale, che pone l'accento proprio sul regime di procedibilità prescelto è fatto proprio anche da Leone, *In tema di mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice*, in *Giustizia italiana*, 1934, II, p. 175; U. Pioletti, *Mancata esecuzione dolosa di provvedimenti del giudice*, in Aa.Vv., *I reati contro l'amministrazione della giustizia*, a cura di Coppi, Torino, 1996, p. 557; M. Romano, *Repressione della condotta antisindacale. Profili penali,* Milano, 1974, p. 18; M. Ronco, voce, *Provvedimenti del giudice (violazione di doveri inerenti ai)* in *Novissimo Digesto italiano*, App., VI, Torino, 1986, p. 109 e, di recente, da M. Fabiani, *Attualità della tutela penale al servizio dell'effettività della tutela civile dopo la riforma dell'art. 388 c.p.*, Testo della relazione al Convegno tenutosi a Campobasso il 24 febbraio 2012, *La tutela penale dell'esecuzione civile, amministrativa e contabile,* in corso di pubblicazione, p. 1, ad avviso del quale la tutela penale assicurata dal reato assolve lo scopo di rafforzare il diritto leso, riconosciuto nell'ambito di un procedimento giurisdizionale civile e rimasto insoddisfatto per un difetto di spontanea cooperazione.

li di incriminazione contenuti negli artt. 388 – *bis* e 388 – *ter* c.p.

Indici significativi promanano dai diversi arsenali sanzionatori e dai corrispondenti canoni di procedibilità. Non vi è dubbio che la incriminazione della elusione degli obblighi discendenti dall'inflizione di una multa, di un'ammenda o di una sanzione amministrativa (art. 388 – *ter* c.p.) presenta una connotazione pubblicisticamente orientata, che trova il suo contrappeso nel più intenso trattamento punitivo e nel regime della procedibilità di ufficio.

In linea con la propensione teleologica della indagine, volta a dissolvere l'interpretazione in sintonia con il complesso dei dati di disvalore della condotta e dell'evento, non può che ascriversi rilievo ai disparati elementi della tipicità che denotano una «razionalità privatistica».

Si pensi agli «atti simulati o fraudolenti», agli altri «fatti fraudolenti», ed alla «inottemperanza all'ingiunzione di eseguire il provvedimento».

I molteplici elementi connotativi della fattispecie indicano che ad integrare il reato, piuttosto che componenti di disobbedienza, concorrano fattori fraudolenti della condotta tesi a vanificare il riconoscimento giurisdizionale dell'interesse del creditore.

In questo caso, la declinazione applicativa del fatto tipico porta a ritenere che non partecipino del portato operativo della stessa gli obblighi cosiddetti infungibili, ovvero quelli che non si prestano da un punto di vista naturalistico o giuridico ad essere esecutati in via forzata[20].

2.3. La dimensione plurioffensiva della fattispecie

In definitiva, nel fuoco di tutela della disposizione intervengono fattori astrattamente plurioffensivi[21]: ancor prima della difesa degli interessi dell'amministrazione della giustizia, vi è l'interesse della parte al soddisfacimento del credito per il quale agisce o, per meglio dire, l'interesse del creditore a non vedere elusa la soddisfazione di una propria aspettativa riconosciuta dall'autorità giurisdizionale.

2.4. Il recente approdo delle Sezioni Unite: l'effettività della funzione giurisdizionale

Una tappa del processo di affinamento degli interessi presidiati dal

[20] Questa soluzione è propugnata da G. Fiandaca e E. Musco, *Diritto penale, parte speciale*, I, 5 ed., Bologna, 2012, p. 434.

[21] Sia A. Pagliaro, *Principi di diritto penale, parte speciale*, II, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Milano, 2000, p. 213, sia B. Romano, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Padova, 2009, propendono per la nozione di 'bene complesso'.

diritto penale è stata compiuta di recente dalla Corte di Cassazione, con una pronuncia delle Sezioni Unite[22].

Il punto di partenza delle S.U. è costituito dal rilievo che l'art. 388 c.p., co. 1, c.p., non assegna rilevanza penale a qualsiasi inadempimento degli obblighi nascenti da una condanna o dei quali è in corso l'accertamento dinanzi l'Autorità giudiziaria. La tipicità, piuttosto, è vincolata a specifiche modalità della condotta e, segnatamente, al compimento di atti simulati o di atti (e fatti) fraudolenti, cui fa seguito l'inottemperanza all'ingiunzione di eseguire il provvedimento.

Alla logica che anima la punibilità dei fatti di cui al primo comma, ovvero il contrasto ai comportamenti destinati a precostituire una situazione di ineseguibilità della decisione giudiziaria, vanno aggregati anche i fatti descritti dal secondo comma, ove vengono presi in considerazione i comportamenti elusivi di provvedimenti cautelari o interinali, destinati ad assicurare l'eseguibilità della decisione finale, anticipandone talora gli effetti[23].

Le fattispecie previste dai primi due commi dell'art. 388 c.p. hanno entrambe per oggetto giuridico l'interesse all'effettività della tutela giurisdizionale, che è garantito dalla Costituzione (art. 24) secondo un'interpretazione ormai consolidata[24] e puniscono i comportamenti destinati a privarla della concreta possibilità di incidere sugli interessi controversi[25].

[22] Cass. pen., sez. un., 27.9.2007, n. 36692, in *Guida al diritto,* 2007, pp. 46, 90.

[23] Cass. pen., sez. un., 27.9.2007, n. 36692, cit., p. 90.

[24] Si vd., Corte cost., 12.3.2007, n. 77.

[25] Ad avviso di L. SCOPINARO, *op. cit.*, p. 322, gli elementi indicati non sono idonei a fondare la necessità che la fattispecie determini un'offesa ad uno specifico interesse patrimoniale o personale dell'individuo. Le due fattispecie offendono in prima battuta un interesse di tipo pubblicistico. Escluso che tale interesse possa essere ravvisato nella mera autorità in sé del provvedimento, intesa quale esigenza astratta a che i privati si assoggettino alle decisioni del giudice e, d'altro canto, rilevato che le norme non approntano una tutela meramente formale della decisione, ma richiedono che i provvedimenti siano anche eseguibili e che sia giuridicamente avviata la loro esecuzione nei confronti del privato, il bene giuridico deve essere ravvisato, similmente a quanto avviene nel caso dei reati previsti dagli articoli 385, 388 *ter*, 389 c.p., nella tutela della giustizia sotto il profilo dell'attuazione giurisdizionale della fattispecie normativa astratta. Coerentemente, si afferma che il reato è di pura condotta e l' inottemperanza si risolve in una condizione obiettiva di punibilità. Il ruolo della querela non è destinato a smentire la ricostruzione appena operata, dal momento che, ad avviso dell'A., la stessa va intesa come strumento di alleggerimento del carico giudiziario, che si profila di particolare utilità in una materia nella quale l'intervento penale potrebbe risultare di fatto inutile o poco incisivo nella soluzione della controversia individuale. D'altronde, il provvedimento civile oggetto del presidio penalistico è volto alla soddisfazione di una richiesta di tutela proveniente dalla parte, la quale a mezzo della querela manifesta il proprio interesse alla procedibilità; interesse che appar-

2.5. Le modifiche apportate nel 2009 ed il volto moderno dell'oggetto della protezione penale

La novella di cui alla l. 49 del 2009, con la soppressione del riferimento agli 'obblighi civili' e l'avvicendamento della espressione 'sentenza di condanna' con quella di 'provvedimenti', ha conferito alle fattispecie un maggiore spazio operativo[26], denotando la vocazione ad una protezione penalistica verso la generalità dei provvedimenti giurisdizionali di diritto privato e di diritto pubblico, purchè suscettibili di esecuzione[27].

Il delitto oggi funge da presidio per l'esecuzione di tutti i provvedimenti adottati dal giudice ordinario, civile o penale, dal giudice amministrativo[28] e dalla Corte dei conti[29].

tiene a un diverso piano rispetto all'offesa all'interesse collettivo a che i provvedimenti in materia civile o adottati dal giudice civile vengano nel concreto attuati. Il significato ascritto alla querela nei termini sopra indicati, orienta per un'interpretazione ampia della legittimazione soggettiva a proporla, nel senso che va ascritta non soltanto alla controparte processuale, ma anche ad altri soggetti, quali ad esempio i terzi creditori, quando rischiano di subire effetti negativi dall'inottemperanza alla decisione del giudice.

[26] Definito da G. CIRILLO, *op. cit.*, pp. 608, 612, come comprensivo anche dei provvedimenti non direttamente collegati a procedure esecutive forzate o coatte e tuttavia idonei a ingenerare obblighi giuridici il cui adempimento può essere preteso a mezzo di ingiunzione.

[27] Sin dal 1990, come può cogliersi dalla lettura della relazione alla parte speciale dello schema di legge delega per la riforma del codice penale approntata dalla Commissione ministeriale presieduta dal professore Pagliaro, si denunciava la dimensione asfittica della fattispecie contenuta nel primo comma e la sostanziale carenza di tutela per le sentenze di condanna a fare o non fare, in caso di insuscettibilità di esecuzione in forma specifica. La Commissione proponeva l'introduzione del delitto di "elusione di obblighi civili giudizialmente accertati" (articolo 137. 8 schema legge delega), articolato in una fattispecie consistente "nel fatto di chi, per sottrarsi all'adempimento di un obbligo di risarcimento, di restituzione, di consegna o di rilascio nascente da una sentenza di condanna o del quale è in corso l'accertamento dinanzi al giudice, compie atti simulati o fraudolenti, qualora non ottemperi all'ingiunzione di eseguire la sentenza".

[28] Osserva L. SCOPINARO, *op. cit.*, p. 452, che serviranno poi indagini specifiche per individuare l'effettivo campo di applicazione della norma, in relazione: alle peculiarità di ciascuna sequenza processuale, all'individuazione dei soggetti obbligati dalla legge ad eseguire il provvedimento giurisdizionale, nonché al comportamento, di fatto o di diritto, in concreto punibile di ciascun soggetto, individuo o ente privato o pubblico. Non vi è dubbio che debba trattarsi comunque di un provvedimento emanato nell'esercizio della funzione giurisdizionale ed, in tale senso, eseguibile.

[29] Una tutela del genere è stata approntata anche per le procedure di riscossione coattiva in ambito tributario, attraverso la fattispecie di cui all'art. 11 del d.lgs. 74/2000, denominata *sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte*, che punisce con la reclusione da sei mesi a quattro anni chiunque, al fine di sottrarsi al pagamento di imposte sui redditi o sul valore aggiunto ovvero di interessi o sanzioni amministrative relativi a dette imposte di ammontare complessivo superiore ad euro cinquantamila, aliena simulatamente o compie altri atti fraudolenti sui propri o su altrui beni idonei a rendere in tutto o in parte inef-

Già durante la vigenza della disposizione originaria, la giurisprudenza era animata dallo spirito di colmare le lacune nella tutela dell'esecuzione del provvedimento del giudice amministrativo. A partire dalle riforme del processo amministrativo operate con le leggi n. 80 del 1998 e n. 205 del 2000 e dal riconoscimento di un generale potere risarcitorio al giudice amministrativo (cfr. art. 7, co. 3), alcune decisioni erano state acquisite all'ambito applicativo del primo comma dell'articolo 388 c.p., avendo ad oggetto obblighi civili; in particolare, tutte le sentenze di condanna al risarcimento del danno[30].

Il nuovo dettato si presta ancor più a sciogliere eventuali dubbi sulla possibilità di applicare la norma anche ai casi di responsabilità della pubblica amministrazione, finanche quando non siano riconducibili immediatamente allo schema dell'illecito civile.

I provvedimenti del giudice amministrativo rilevanti ai fini dell'applicazione dell'art. 388, comma 1, c.p., sono quelli a contenuto decisorio, elencati nell'art. 34 del d.lgs. 104 del 2.7.2010 (codice del processo amministrativo): le sentenze, le ordinanze, i decreti monocratici o collegiali[31].

ficace la procedura di riscossione coattiva. Sulla fattispecie e sui rapporti con i reati puniti dall'art. 388 e 388 – *ter* c.p., si veda M. ROMANO, *Il delitto di sottrazione fraudolenta di imposte (Art. 11 D.Lgs. 74/2000*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1003; R. PISANO, *I delitti in materia di documenti e pagamento di imposte (artt. 8, 10, 11)*, in DI AMATO-PISANO, *I reati tributari*, in *Trattato di diritto penale dell'impresa*, diretto da Di Amato, VII, Padova, 2002, p. 644; ALDROVANDI, *Art. 11. Sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte*, in AA.VV., *Diritto e procedura penale tributaria. Commentario al Decreto Legislativo 10 marzo 2000 n. 74*, diretto da Caraccioli, Giarda, Lanzi, Padova, 2001, p. 351; R. ZANNOTTI, *Il delitto di sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte*, in *Rassegna tributaria*, 2001, p. 771; U. NANNUCCI, *Il delitto di sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte*, in AA.VV., *La riforma del diritto penale tributario (d.lgs. 10 marzo 2000 n. 74)*, a cura di Nannucci e D'Avirro, 2000, p. 291; E. LO MONTE, *Gli aspetti problematici del delitto di sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte*, in *Rassegna tributaria*, 2000, p. 1136.

[30] I danni presi in considerazione ai fini della condanna al risarcimento erano sia quelli che scaturivano da fonte contrattuale (art. 1218 c.c.), sia quelli che discendevano da fonte extracontrattuale (art. 2043 c.c.); venivano ricondotti all'alveo della incriminazione anche taluni provvedimenti del giudice amministrativo di condanna al risarcimento del danno in forma specifica (art. 2058 c.c.), per la reintegrazione nella situazione antecedente. Trasferendosi poi dalla sede giurisdizionale di legittimità a quella esclusiva, venivano prese in considerazione anche le 'inibitorie', quali gli obblighi 'civili' ad un *non facere*. Sull'argomento, si veda, CIRILLO, *op. cit.*, p. 608, per il quale erano, e sono, obblighi civili anche quelli conseguenti alle sentenze di condanna del giudice tributario di rimborso al contribuente, emanate in occasione dell'accoglimento di ricorsi avverso provvedimenti amministrativi di rigetto delle richieste di restituzione di somme non dovute; cfr. anche, L. SCOPINARO, *op. cit.*, p. 319.

[31] Di conseguenza, andranno escluse le sentenze di mero rito, quelle interlocutorie e quelle istruttorie.

Si recano gli esempi della responsabilità per lesioni di interessi legittimi; della responsabilità da atto lecito dalla quale sorge il diritto all'indennizzo (e non al risarcimento del danno); della responsabilità di soggetti pubblici o privati operanti nei servizi pubblici per l'inosservanza degli obblighi previsti dalla carta dei servizi; della responsabilità per attività regolative o di vigilanza. In quest'ultimo caso, si tratta della responsabilità dell'autorità obbligata alla vigilanza, in solido con il vigilato, per i danni arrecati a terzi, affermata dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite con la sentenza n. 888 del 1994[32].

Rientrano nella previsione delittuosa i comportamenti fraudolenti per mezzo dei quali la P.A. si sottrae agli obblighi accertati dal giudice amministrativo in sede di esercizio della giurisdizione sulla legittimità dell'atto amministrativo. Potrà ravvisarsi il reato, ad esempio, nel caso in cui le amministrazioni con manovre dilatorie vanifichino l'esecuzione del provvedimento oppure nel caso di reiterazione del (medesimo) provvedimento già annullato per illegittimità.

La dottrina vede in ciò il rafforzamento della tutela del privato nei confronti della pubblica amministrazione[33], specie rispetto alla previgente deficitaria protezione dell'effettività della condanna ad obblighi di tipo risarcitorio.

L'autore del reato sarà da ricercare, nel rispetto di quanto disposto dall'articolo 28 Cost., tra le posizioni di responsabilità procedimentale proprie della pubblica amministrazione[34].

È possibile poi accordare tutela anche a taluni provvedimenti del giudice penale.

La soluzione interpretativa trova conferma - seppure indiretta - nella scelta operata dalla l. 94/09 di far rientrare nel fuoco della incriminazione di cui all'art. 388, co. 2, c.p., soltanto le misure adottate dal giudice civile, dal giudice amministrativo e contabile, così espungendo da un lato le misure del giudice penale, e legittimando un'ermeneutica esten-

[32] Per una compiuta esemplificazione si veda, L. SCOPINARO, *op. cit.,* p. 451.

[33] Soprattutto, osserva L. SCOPINARO, *op. cit.,* p. 451, se si pensa alla cd. pregiudiziale amministrativa, per effetto della quale il privato non può chiedere il risarcimento del danno se prima o contestualmente non chiede l'annullamento del provvedimento che ha causato il danno (con le consuete ricadute in tema di prescrizione della domanda giudiziale), ed ancora all' orientamento della giurisprudenza amministrativa secondo il quale il risarcimento del danno in forma specifica coincide con l'annullamento dell'atto.

[34] La nuova norma tutela anche le decisioni con le quali il giudice civile esercita il sindacato sull'atto amministrativo; si pensi all'esercizio del potere di annullamento, di modifica o di sospensione dell'atto, come avviene nei procedimenti speciali in materia di espulsione degli stranieri, cfr. L. SCOPINARO, *op. cit.,* p. 451.

siva quanto alle autorità giurisdizionali prese in considerazione dal primo comma.

È possibile dunque accordare tutela ai provvedimenti del giudice penale di natura reale[35], come nel caso della confisca, con una ricaduta non indifferente sul carico giurisdizionale se si tiene conto della estrema diffusione dello strumento nella legislazione degli ultimi anni.

Non è difficile immaginare, in effetti, atti e fatti, simulati e fraudolenti, tendenti ad intestazioni fittizie dei beni per sottrarli alla confisca, oppure la rioccupazione del luogo confiscato tramite persona interposta[36].

La portata applicativa della incriminazione si proietta sulle misure interdittive comminate dal giudice penale a carico degli enti secondo quanto disposto dal d.lgs. 231 del 2001.

L'intervento penale si estende, inoltre, ai provvedimenti della Corte dei conti, nell'esercizio della sua funzione giurisdizionale sulla responsabilità amministrativa (da danno erariale) e contabile (il giudizio di conto); in entrambi i casi, la più ampia portata della norma si riflette sulla dissolvenza del 'nuovo' bene giuridico, dando ingresso alla difesa penale della corretta gestione del denaro pubblico[37].

Come per il passato, rimangono estranei all'alveo della tipicità, i provvedimenti adottati in sede diversa da quella giurisdizionale.

Il riferimento corre ai provvedimenti delle Autorità amministrative indipendenti; ai provvedimenti non giurisdizionali emanati da organi che svolgono anche funzioni giurisdizionali, come gli atti e le misure ordinate dalla Corte dei conti nell'esercizio della funzione di controllo; ai provvedimenti non suscettibili di esecuzione, perché di natura giustiziale o conciliativa, come le decisioni sul ricorso amministrativo.

Fermo restando che la tutela penale interverrà sul provvedimento che eventualmente dovesse sopraggiungere in sede giurisdizionale, come accade nel caso di impugnazione di talune delle decisioni citate.

La scelta di estromettere i provvedimenti non giurisdizionali dal più intenso presidio del diritto penale, tuttavia, desta talune riserve. Ben altra considerazione meriterebbero, ad esempio, i provvedimenti delle Au-

[35] Ad avviso di G. CIRILLO, *op. cit.*, p. 611, per effetto della modifica operata con la l.94/09, integrano la fattispecie anche le violazioni fraudolenti delle prescrizioni imposte a norma degli artt. 281, 282, 282 – *bis*, 283, 284, co. 2, c.p.p., fino ad allora sanzionate soltanto per mezzo dell'eventuale aggravamento della misura cautelare non custodiale.

[36] Così, L. SCOPINARO, *op. cit.*, p. 451.

[37] Cfr. L. SCOPINARO, *op. cit.*, p. 451.

torità garanti, come nel caso della Consob, che sovraintendono settori nevralgici per la collettività e per lo Stato.

Peraltro, rispetto a questi provvedimenti non sempre è previsto l'intervento di una decisione giurisdizionale rispetto alla quale la previsione dell'art. 388 c.p., pur se in seconda battuta, possa svolgere funzione preventiva e repressiva.

La modifica operata attraverso la l. 49/09 sembra destinata a porre un argine ai contrasti insorti nella scienza e nella prassi penalistica in ordine all'oggetto della protezione penale.

L'innesto dell'espressione 'provvedimento', in luogo della 'sentenza di condanna', appare foriero di fecondità argomentative: ponendosi come obiettivo quello di colmare le 'congenite deficienze' dell'esecuzione coattiva, sposa sia una rilevanza pubblicistica, nella logica della quale l'intervento penale si dispiega verso ulteriori segmenti della esecuzione giurisdizionale, sia una rilevanza privatistica, proiettata come è nella direzione di un ventaglio ricco di protezioni per le ragioni dei creditori.

La lettura combinata del primo e del secondo comma conferma il più ampio spazio di intervento penalistico, con la tutela dei provvedimenti cautelari che discendono da pronunce, oltre che del giudice civile, anche di quelli amministrativi e contabili; altrettanto avviene per effetto della scomparsa - nella disposizione di cui al primo comma - del carattere selettivo della natura 'civile' degli obblighi.

La conferma, anche nelle ipotesi di cui al secondo comma, della procedibilità a querela e l'ascendenza prettamente civilistica della ingiunzione ad adempiere, indicano pur sempre la propensione verso provvedimenti che interessano i creditori (anche se nelle vesti delle Istituzioni dello Stato), in una proiezione che, a far data dal privilegio verso i valori della persona promananti dalla Carta costituzionale, deve essere promossa nel confronto con l'assiologia autoritaristica propria del codice Rocco.

3. *Le qualifiche soggettive*

A dispetto del riferimento del tutto generico al soggetto attivo del reato (*chiunque*), la fattispecie è costruita intorno alle soggettività convenute nella vicenda giurisdizionale, individuando quale autore del fatto il soggetto soccombente, come tale tenuto alla esecuzione del provvedimento.

La fattispecie assume così le sembianze del 'reato proprio' ovvero dalla tipizzazione a carattere selettivo di ben determinate qualifiche soggettive.

In giurisprudenza si è posta la questione della responsabilità di coloro che, pur non essendo i destinatari 'primi' del provvedimento giurisdizionale, siano tenuti comunque a forme di ottemperanza in ragione dei rapporti intersoggettivi o di solidarietà che li legano con la parte soccombente nel giudizio. L'orientamento è nel senso della tendenziale esclusione del soggetto solidalmente obbligato, così come avvenuto nel caso di un amministratore di società subentrato ad un precedente titolare, già destinatario di un provvedimento in materia possessoria a seguito di un'azione di spoglio[38].

3.1. Gli aspetti formali e i connotati sostanziali del provvedimento giurisdizionale

Il presupposto principale richiesto dalla norma perché il reato possa venire a esistenza va ravvisato nel provvedimento dell'autorità giudiziaria, dal quale scaturiscono gli obblighi a carico di taluna delle parti.

Il riferimento testuale al 'provvedimento dell'autorità giudiziaria', richiama la necessaria presenza di un 'atto giurisdizionale' di contenuto decisorio, ancorché non definitivo, che riconosca l'esistenza di un diritto in favore di quanti hanno agito (ovvero si siano costituiti) in giudizio per ottenerne il riconoscimento.

La nozione di provvedimento è più ampia di quella utilizzata dal precedente dettato normativo, ove si faceva riferimento alla sentenza di condanna. Per individuarne la concreta portata occorre rinviare all'art. 131 c.p.c., il quale annovera tra le forme tipiche di provvedimento del giudice, la sentenza, l'ordinanza ed il decreto.

Le ragioni di questa scelta sono da ravvisare anche nel fatto che negli ultimi anni si è assistito ad una progressiva destrutturazione del processo civile, attraverso l'introduzione di riti e modelli semplificati, il cui esito contempla, come atto conclusivo, un provvedimento del giudice che non è necessariamente una sentenza[39].

L'abbandono del riferimento testuale alla 'sentenza' ha indotto a ipotizzare che persino provvedimenti non decisori possano trovare prote-

[38] Nel caso di specie, il provvedimento, noto al nuovo amministratore, non era stato neppure da questi osservato, cfr. Cass. pen., sez. VI, 8.6.2000, n. 10549, Piccinetti.

[39] L'esempio recato in dottrina, M. FABIANI, *op. cit*., p. 2, è quello dell'ordinanza resa nel procedimento sommario di cognizione di cui all'art. 702 - *bis* c.p.c., ordinanza che ha a tutti gli effetti, ivi compresi quelli del giudicato, natura di sentenza ma non ne riproduce la forma.

zione in questa sede[40].

La scelta legislativa, ad ogni modo, ha aperto la strada per il superamento del contrasto interpretativo circa la connotazione contenutistica delle sentenze oggetto del presidio penalistico.

In passato, ad un'impostazione orientata a offrire protezione ai provvedimenti che soddisfacevano attività giurisdizionali di cognizione, si contrapponeva l'orientamento secondo cui il fuoco di tutela andava esteso anche ai provvedimenti giurisdizionali di carattere meramente dichiarativo o costitutivo.

Quest'ultima è la soluzione da preferire da quando la fattispecie è stato oggetto di revisione (2009)[41].

Un limite va tracciato nel senso che l'inottemperanza deve riguardare un provvedimento che contenga un comando giurisdizionale, e non anche il provvedimento meramente ricognitivo di effetti che sorgono in virtù dell'intervento del giudice, ma che discendono dalla volontà delle parti.

In tal senso, si ritiene che l'art. 388, co. 1, c.p. non offre protezione ai verbali di conciliazione giudiziale (pur se assunti quali titoli esecutivi ai sensi dell'art. 474, co. 2, n.1, c.p.c.) ed a tutti gli atti con i quali il giudice concede efficacia ad un accordo assunto fuori dal processo[42].

In una logica attenta ai temi della legalità, il riferimento espresso alla nozione di provvedimento induce ad un rigoroso rispetto della tipicità dell'atto ed inibisce al giudice penale di assicurare tutela anche a provvedimenti atipici[43].

Il secondo presupposto riguarda l'esistenza di un 'procedimento in corso' e quindi in fase di 'accertamento', avente come possibile epilogo il riconoscimento di un obbligo (non più necessariamente di indole civile), suscettibile di esecuzione a carico di una delle parti.

La rilevanza di questo presupposto della fattispecie va coniugato con la formazione del titolo esecutivo, dal momento che la tipicità del fatto è comunque ancorata all'inottemperanza all'ingiunzione di eseguire

[40] M. Fabiani, *op. cit.*, p. 2, ricorda il caso delle ordinanze anticipatorie di condanna di cui al agli artt. 186 - *bis*, 186 - *ter* e 186 - *quater* c.p.c., provvedimenti con funzione prevalentemente esecutiva, idonei a far aprire il processo espropriativo, ed anche i processi esecutivi per consegna e rilascio.

[41] Di questo avviso, F. Cocco, E.M. Ambrosetti e E. Mezzetti, *I reati contro i beni pubblici*, Padova, 2ª ed., 2010, p. 456.

[42] In coerenza con questa impostazione, M. Fabiani, *op. cit.*, p. 2, giunge ad espungere dal fuoco della tutela il provvedimento con il quale il giudice attribuisce l'esecutività alla conciliazione perfezionatasi innanzi al mediatore.

[43] Cfr., G. Verde, *Profili del processo civile*, vol. I, Napoli, 2002, p. 298.

il provvedimento.

La lettura combinata dei due presupposti obiettivi della fattispecie orienta per escludere la rilevanza penale di tutti i fatti che precedono la proposizione del giudizio, seppure in ragione dell'eventualità che lo stesso venga promosso; in altri termini, la soglia della significatività penale viene valicata soltanto ove sia stato formalizzato l'atto introduttivo del giudizio secondo le regole proprie del rito civile, anche quando l'azione venga proposta innanzi al giudice penale, per mezzo della costituzione di parte civile.

Possono altresì costituire presupposto della condotta, i provvedimenti revocabili da parte del giudice che li ha emessi, non spiegando rilevanza alcuna, ai fini della punibilità, l'eventuale revoca o modifica in sede di impugnazione del provvedimento eluso[44].

Discorso in parte diverso va fatto per la sopravvenienza di declaratorie giudiziali che abbiano riconosciuto vizi di legittimità del provvedimento di carattere originario (nullità o annullabilità) o per difetto di efficacia originaria o sopravvenuta.

Un recente orientamento della scienza penalistica tende a rivedere l'impostazione tradizionale, osservando che l'ordinamento, nel caso dovesse optare per l'incriminazione, rischierebbe di entrare in contraddizione con sé stesso[45].

Va infine accennato al tema delle sopravvenienze di diritto, con riferimento al noto fenomeno delle modifiche mediate, che ricorre frequentemente nelle fattispecie che ci occupano, fortemente connotate da elementi normativi extrapenali e particolarmente permeabili al variare del quadro legislativo di riferimento.

Il criterio da accogliere è quello di escludere che le modifiche mediate influenzino la portata applicativa della fattispecie, specie se si tratta di innesti che non incidono sulla struttura del fatto o sul contenuto di disvalore della stesso[46].

[44] In tal caso, l'offensività del fatto non viene meno, specie se si tiene conto che il bene giuridico presenta natura complessa; in argomento, si vd. G. Cirillo, *op. cit.*, p. 612 e, per la giurisprudenza, Cass. pen., sez. VI, 8.6.2000, n. 10549, Piccinetti; Cass. pen., sez. VI, 25.10.2004, n. 65, Ranieri; Cass. pen., sez. VI, 21.5.2008, n. 26565, Daraio.

[45] Ad avviso di G. Cirillo, *op. cit.*, p. 612, nulla osta in questi casi a che il giudice penale, rilevato il vizio che inficia il provvedimento – anche *incidenter tantum* – dichiari che il fatto non costituisca reato.

[46] Sull'argomento, in giurisprudenza, sono fondamentali i recenti arresti delle sezioni unite. Cfr. Cass. pen., sez. un., 28.2.2008, n. 19601, Niccoli; Cass. pen., sez. un. 27.9.2007, n. 2451, Magera.

3.2.1. La questione delle misure interinali e delle sentenze provvisoriamente esecutive

Nel passato si riteneva che il provvedimento, oggetto di presidio penale, dovesse necessariamente essere espressione di una decisione di merito assunta all'esito di una *plena cognitio* e non di una statuizione (provvisoria) applicativa di una misura cautelare[47]. La disposizione faceva espresso riferimento alla 'sentenza di condanna' e l'elusione di talune specifiche misure cautelari era espressamente tipizzata come elemento costituivo della fattispecie criminosa di cui al secondo comma dell'art. 388 c.p.[48].

Vi è da chiedersi se ancor oggi, all'esito dei correttivi operati sul telaio delle fattispecie nel 2009, il riferimento contenuto nel secondo comma a specifiche misure cautelari esclude dal portato del primo comma le misure cautelari di altra ascendenza.

A nostro avviso, non può escludersi *a priori* che rientrino nel fuoco della tutela anche ulteriori provvedimenti interinali.

La circostanza che talune misure cautelari siano espressamente tipizzate nel secondo comma dell'art. 388 c.p. non costituisce un argomento decisivo per escludere dalla protezione penale, ai sensi dell'art. 388, co. 1 c.p., misure cautelari diverse.

L'autonomo disvalore delle fattispecie tipizzate dal primo e dal secondo comma dell'art. 388 c.p., segnato dalle differenti modalità (più o meno fraudolenti) della condotta, autorizza a sostenere che l'inosservanze alle misure cautelari aventi ad oggetto il possesso, la proprietà ed il credito rilevano per effetto della semplice 'elusione', laddove la mancata esecuzione dei residui provvedimenti cautelari diverrà oggetto dell'intervento penale, a norma dell'art. 388, co. 1, c.p., soltanto ove sia connotata dalle più stringenti articolazioni della condotta e dall'inottemperanza all'ingiunzione ad eseguire.

D'altronde, la tutela penale non ha ragione di essere esclusa ove si consideri che lo spazio precettivo dell'art. 388, co. 1, c.p., è esteso anche

[47] La giurisprudenza, ad esempio, riteneva che l' inottemperanza alla inibitoria della fabbricazione e commercializzazione di una specialità medicinale disposta dal tribunale, con sentenza provvisoriamente esecutiva nell'ambito di una controversia civile, integrasse non l'ipotesi criminosa di cui al primo comma dell'articolo 388 c.p., ma quella di cui al secondo comma del medesimo articolo; vd. Cass. pen., Sez. VI, 19.3.1997, in *Cass. pen.*, 1998, p. 2014.

[48] Di questo avviso, R. CANTONE, *Commento all'art. 388 c.p.*, in LATTANZI e LUPO, *Codice penale, Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, vol. IV, libro II, Milano, Aggiornamento 2000 - 2004, p. 162; si veda anche ID., *Commento all'art. 388 c.p.*, in LATTANZI e LUPO, *Codice penale, Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, vol. VII, libro II, Milano, 2000, p. 332.

agli inadempimenti degli obblighi dei quali sia "in corso l'accertamento dinanzi all'autorità giudiziaria stessa", mostrando in definitiva come non sia necessario un provvedimento adottato a seguito di "piena cognizione".

Non vi è ragione di esentare dalla protezione penale i provvedimenti (cautelari) che si pongono in una posizione intermedia tra le due situazioni prese in considerazione testualmente dalla norma.

Tale conclusione sembra trovare conferma anche nel riassetto degli elementi della fattispecie per effetto della novella del 2009 e dell'impiego dell'espressione 'provvedimento', che si sposa appieno con le 'misure cautelari'.

Per le medesime ragioni, si condivide il punto di vista della dottrina secondo cui rientrano nell'alveo della tipicità di cui al primo comma dell'art. 388 c.p., anche le sentenze provvisoriamente esecutive[49]. Tra gli esempi, si reca quello della condanna alle restituzioni o al risarcimento del danno pronunciata dal giudice penale a richiesta della parte civile, quando ricorrono giustificati motivi (art. 540, co. 1, c.p.p.).

In effetti, dalla trama complessiva della fattispecie astratta non risultano delimitazione di sorta quanto alla natura dei provvedimenti giurisdizionali meritevoli di presidio penalistico.

3.2.2. Il carattere giurisdizionale del provvedimento ed il lodo arbitrale

Come si è anticipato, dal telaio normativo di cui al primo comma dell'art. 388 c.p. rimangono avulsi i provvedimenti adottati in sede diversa da quella giurisdizionale.

La delimitazione operata aveva la sua ragion d'essere soprattutto in passato, quando le statuizioni che rendevano esecutivo l'obbligo civile erano affidate agli organi giurisdizionali. Da tempo, la portata precettiva soffriva dell'angustia dello spazio ascritto, avendo il sistema, anche per ragioni di alleggerimento del carico generale, fatto ricorso a organi e soggetti non appartenenti alla giurisdizione, che oggi concorrono a definire un'aliquota non indifferente del contenzioso.

Tradizionalmente, la questione si è posta con riferimento alle decisioni assunte dai collegi arbitrali con il lodo, ed ha trovato ulteriore linfa con la riforma operata con il d.lgs. 2.2.2006, n. 40, e l'equiparazione del lodo alla sentenza pronunciata dall'Autorità giudiziaria, a decorrere dalla ultima sottoscrizione (art. 824 – *bis* c.p.c.).

Il lodo arbitrale, per conseguire l'esecutività, postula pur sempre il

[49] Vd. L. SCOPINARO, *op. cit.*, p. 394.

deposito presso la cancelleria del tribunale ed il decreto dell'organo giurisdizionale, ai fini del controllo della regolarità formale (art. 825 c.p.c.). La rilevanza penalistica dell'inottemperanza di un lodo arbitrale che non abbia conseguito detto riconoscimento va ancorata ad un percorso esegetico, ancora una volta, informato ai canoni dell'offensività.

Gli orientamenti, invero non condivisibili, che tendono a focalizzare l'oggetto della tutela sul carattere dell'obbedienza all'imperatività della pronuncia, si muovono nel senso della configurabilità del reato[50].

Diversamente avviene per coloro che propendono per una dimensione assiologica – privatistica dell'interesse, i quali àncorano la tipicità del fatto all'integrale riconoscimento giurisdizionale del lodo.

Il secondo degli orientamenti rinviene la ragione della sua condivisibilità nella circostanza che la fattispecie di cui al primo comma è intimamente collegata al carattere esecutivo del provvedimento; requisito che è possibile accordare alla decisione arbitrale soltanto dopo che sia stata recepita nel decreto del giudice.

Secondo altro avviso, il contrasto è soltanto apparente: il reato infatti si consuma per effetto dell'inottemperanza alla formale ingiunzione ad eseguire il lodo, il che è possibile a condizione che allo stesso sia stato conferito efficacia esecutiva a mezzo del decreto del giudice[51].

3.2.3. Il decreto ingiuntivo

Il decreto ingiuntivo rientra tra i provvedimenti rilevanti ai fini della configurabilità del reato, a condizione che la sua esecutività non sia stata infirmata dalla proposizione del rituale atto di opposizione o, per le ipotesi di decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo, dal provvedimento di sospensione dell'efficacia[52].

Non vi è dubbio che nel fuoco della fattispecie non sono ricompresi i titoli esecutivi stragiudiziali (art. 474, nn. 2 e 3 c.p.c.).

3.3. La fisionomia dogmatica degli 'obblighi' nascenti dal 'procedimento' o dal 'provvedimento' giurisdizionale

Perché si possa parlare di un 'obbligo' discendente da un procedi-

[50] Giunge alla medesima conclusione, sebbene attraverso un percorso argomentativo diverso, M. Fabiani, *op. cit.*, p. 3, il quale invita a considerare la natura del lodo che, ai fini in questione, va omologata a quella della sentenza; se il bene tutelato è l'effettività della tutela giurisdizionale civile, questa è garantita anche con la devoluzione della lite in arbitrato.

[51] L. Bisori, *op. cit.*, p. 680.

[52] Cfr. Cass. pen., sez. VI, 19.5-28.9.2009, n. 38099.

mento in corso, ancor prima che da un provvedimento giurisdizionale, è necessario che sia stata avviata un'azione tipizzata normativamente, come nei casi in cui sia stato notificato l'atto di citazione, il ricorso introduttivo, ovvero ammessa la costituzione di parte civile.

La questione circa la natura strettamente patrimoniale dell'obbligo preso in considerazione della norma ha perso gran parte della sua rilevanza da quando il legislatore del 2009 ha soppresso il lemma che ne segnalava il connotato 'civilistico'.

3.3.1. Gli obblighi suscettibili di esecuzione forzata e quelli incoercibili

In origine, dal prisma della punibilità si tendeva ad escludere le ipotesi di inosservanza all'ordine del giudice quando il provvedimento aveva ad oggetto l'adempimento di obblighi non coercibili.

Il riferimento espresso e costante alla fase 'esecutiva', ben presente già nel titolo della fattispecie, appariva introdurre un parametro selettivo circa la natura degli specifici 'provvedimenti' che rilevavano nel portato applicativo dell'incriminazione, ovvero, esclusivamente, quelli suscettibili di esecuzione forzata in forma specifica, o quelli aventi forza esecutiva, anche se provvisoria.

Di tal che si propendeva per escludere dall'orbita penalistica i provvedimenti giurisdizionali aventi ad oggetto obblighi infungibili di *facere* e di *non facere*[53].

A sostegno di questo esito interpretativo la dottrina invocava più di un argomento, evidenziando la necessaria correlazione teorica tra la nozione di sentenza di condanna e l'esecuzione forzata, e comunque, la denotazione fraudolenta o elusiva nell'aggiramento della pronuncia del giudice, che rendeva la disposizione una tipica norma di chiusura a presidio dell'esecuzione forzata[54]. Diversamente, ove fosse stato reputato sufficiente un inadempimento non altrimenti coercibile, il requisito della frode sarebbe apparso superfluo[55].

[53] Di questo avviso, F. PAZIENZA, *L'inosservanza dei provvedimenti giudiziari*, Napoli, 1979, p. 114; M. ROMANO, *op. cit.*, p. 20; U. PIOLETTI, *op. cit.*, p. 585; B. ROMANO, *op. cit.*, p. 315.

[54] A. MOLARI, *op.cit.*, p. 270.

[55] Di recente, la giurisprudenza di merito, App. Milano, sez. II, 20-27.1.2010, n. 177, in *Guida al diritto*, fasc. 17, 2010, p. 96, ha precisato che ai fini della sussistenza del reato, il rifiuto di ottemperare non costituisce comportamento rilevante quando l'obbligo imposto sia coattivamente ineseguibile, richiedendosi per la sua attuazione la necessaria collaborazione dell'indagato. Nel caso di specie, l'esecuzione del provvedimento del giudice civile, con cui veniva imposto all'imputato di consegnare la documentazione contabile della società alla parte offesa, richiedeva la collaborazione dello stesso imputato che, invece,

Di opposto avviso, la ricostruzione teorica secondo la quale l'ordinamento rivendica una tutela maggiore proprio per i provvedimenti di condanna aventi ad oggetto un *facere* infungibile.

Del resto, l'elusione dei provvedimenti del giudice in tema di affidamento dei minori e degli incapaci, presa in carico dal capoverso dell'art. 388 c.p., si riferisce essenzialmente all'inosservanza di obblighi incoercibili ed infungibili[56].

Sotto il profilo lessicale, la fattispecie penale, alla luce della rimodulazione operata nel 2009, non specifica affatto la tipologia di obblighi rilevanti ai fini della inottemperanza, limitandosi a richiedere l' 'obbligo di adempiere'. Lo stesso elemento di chiusura della tipicità, costituito dalla ingiunzione di eseguire la pronuncia, non prevede la previa notifica del precetto o di atti tipici, perfezionandosi anche mediante una richiesta formale.

Da tali indici si deduce che non vi è ragione per escludere dall'intervento penale proprio i provvedimenti rispetto ai quali è maggiormente avvertita l'esigenza che l'agente conformi il proprio comportamento all'obbligo decretato giurisdizionalmente[57].

D'altronde, anche in passato, si è sottolineato l'esistenza in Costituzione di un complesso di valori e di diritti che esorbitano da una valutazione rigidamente patrimoniale e rispetto al quale il risarcimento non assolve né finalità di ristoro, né funzione di prevenzione di ulteriori lesioni[58].

Nulla esclude che l'ordinamento possa ricorrere a modalità di "esecuzioni processuali indirette" specie quando i mezzi di surrogazione non riescono a spingersi oltre ciò che è indipendente dalla partecipazione del debitore[59].

L'offensività del fatto non è circoscritta ai provvedimenti aventi forza esecutiva; di conseguenza, l'incriminazione, specie dal 2009, si inscrive nel quadro degli strumenti funzionali al superamento delle deficien-

faceva sparire detta documentazione, rendendo impossibile il reperimento della stessa, di cui era sconosciuta l'ubicazione, e di conseguenza l'esecuzione coattiva del provvedimento del giudice civile.

[56] Del tutto condivisibile appare la considerazione di A. PIZZOFERRATO, *Tutela penale ed effettività del diritto alla reintegrazione*, in *Lav. giur.*, 1995, p. 537.

[57] Di questo avviso, L. SCOPINARO, *op. cit.*, p. 397. Nello schema di legge delega per la riforma del codice penale stilato dalla commissione ministeriale presieduta da Pagliaro, veniva espressamente previsto come reato il "fatto di chi rifiuta od elude arbitrariamente l'esecuzione di un obbligo di fare o di non fare nascente da una sentenza, non suscettibile di esecuzione forzata in forma specifica, o concernente l'affidamento di minori o altre persone incapaci".

[58] Vd. G. VASSALLI, *op. cit.*, p. 103; A. ALESSANDRI, *op. cit.*, p. 159.

[59] Così A. ALESSANDRI, *op. cit.*, p. 161.

ze dell'esecuzione, nei casi di mancata cooperazione dell'obbligato.

Dalla preliminare soluzione della rilevanza penale dell'inosservanza anche degli obblighi infungibili dipende la definizione del contrasto insorto tra coloro che tendono ad espungere dalla portata della norma la mancata ottemperanza all'obbligo di reintegrazione del prestatore di lavoro, di cui all'art. 18 dello statuto dei lavoratori, contestandone il carattere di fungibilità e di coercibilità, rispetto a coloro che propendono invece per la rilevanza penale del comportamento[60], specie in caso di inosservanza anche dell'obbligazione, alternativa alla principale, di riconoscere la retribuzione, di per sé dotata di coercibilità[61].

4. *Il disvalore della condotta ed il disvalore di evento*

4.1. *La dimensione assiologica dei 'tipi' della condotta*

L'epicentro del fatto tipico riposa sugli stilemi connotativi delle condotte rilevanti: la commissione (dolosa), sui propri o sugli altrui beni, di atti simulati o di atti fraudolenti, o di altri fatti fraudolenti.

E' la morfologia degli atti e dei fatti rilevanti, sagomata dal riferimento alla simulazione ed alla fraudolenza, a plasmare l'incriminazione, oltre che a segnare i tratti distintivi tra l'illecito penale e quello extrapenale, e a dare ragione della necessità e della meritevolezza di pena del fatto.

E' del tutto evidente che non sarebbe risultato congruo l'intervento penale per contrastare la mera inottemperanza dei provvedimenti giurisdizionali, riducendo il ruolo della pena a quella di mero strumento sanzionatorio per la violazione di precetti operativi in altri sistemi normativi.

Questo canone ermeneutico esprime peraltro particolare fecondità per dirimere le diverse questioni che si sono poste sul piano applicativo.

Le modalità di realizzazione della condotte tipiche previste dall'art. 388, co. 1, c.p., appaiono combinare comportamenti di azione e di omissione. La conclusione discende dall'impiego delle forme verbali del 'compiere' e del 'commettere' atti o fatti su beni (propri o altrui), congiuntamente all' 'inottemperanza' all'ingiunzione del creditore.

Il richiamo al carattere fraudolento e simulato degli atti o dei fatti appare strutturalmente incompatibile con condotte di natura omissiva;

[60] Coerentemente alla proposta teorica della suscettibilità al portato penalistico anche delle sentenze che abbiano ad oggetto un fare infungibile, L. SCOPINARO, *op. cit.*, p. 397, ritiene perfezionato il reato nella ipotesi di inottemperanza del datore di lavoro al provvedimento di reintegra del lavoratore adottato dal giudice.

[61] T. PADOVANI, *Ordine di reintegrazione nel posto di lavoro e art. 388 cpv. c.p.*, cit., p. 59.

non altrettanto può dirsi per i fatti fraudolenti, così come va considerato che la 'inottemperanza' all'ingiunzione potrà assumere i caratteri dell'azione e quelli dell'omissione, a seconda della diversa natura dell'obbligo imposto (di fare o di non fare).

Per sfumare la nozione di 'atti simulati', l'approdo più corretto appare quello di mutuarne la definizione che ne offre il codice civile. La fattispecie in questione, complessivamente gravida di componenti normative, proprio per il tramite dell'istituto codicistico appare in grado di assumere una fisionomia di contenimento di interpretazioni eccessivamente late e, in quanto tali, distoniche rispetto all'esigenze della precisione e della determinatezza[62].

Le categorie civilistiche (art. 1414 c.c. ed art. 2901, co. 1, n. 1 c.c.) qualificano in termini di simulazione il negozio giuridico segnato dalla preordinata divergenza tra la volontà espressa e la volontà effettiva. Questo vuol dire che darà luogo al reato sia il comportamento di colui che fittiziamente aliena ad altri dei beni affinché vengano sottratti all'esecuzione forzata (simulazione assoluta), sia il fatto di chi compie un atto di per sé non soggetto a revocatoria, come nel caso di una vendita effettuata ad un prezzo congruo che, tuttavia, intende dissimulare un negozio giuridico diverso, suscettibile di revocatoria[63].

L'esegesi della espressione 'atti fraudolenti' richiama l'idea di un negozio giuridico realmente perfezionato, sebbene caratterizzato dalla finalità di sottrarre il bene proprio o altrui dalla possibilità di soddisfare le ragioni del titolare dell'azione esecutiva. Si è suggestivamente evocata l'immagine della "bancarotta fraudolenta del non imprenditore"[64].

Una tra le più interessanti classificazioni rinvenute nei repertori giurisprudenziali riguarda il fatto di chi, costituendo un *trust* di diritto inglese, abbia conferito allo stesso i beni assoggettabili all'azione esecutiva; in questo caso i beni entrano giuridicamente sotto il controllo del *trustee*, dando origine ad un patrimonio separato o di scopo, per quanto su-

[62] Per una ricostruzione di diverso genere, si veda L. SCOPINARO, *op. cit.*, p. 391, ad avviso della quale acquisisce rilievo qualunque atto che abbia l'effetto di far emergere giuridicamente una determinata realtà diversa da quelle effettivamente esistente nei fatti oppure risultante da altri atti giuridici.

[63] In giurisprudenza viene rinvenuto il caso della intestazione fittizia di un proprio veicolo ad altra persona, mediante l'apposita iscrizione al pubblico registro automobilistico, ponendo in essere un comportamento simulato che, nel far venir meno la presunzione di proprietà del debitore, onera il creditore della prova contraria; cfr. Cass. pen., sez. III, in *Cassazione penale*, 1970, p. 628. Viene reputato come fatto di simulazione relativa anche l'atto di donazione; L. BISORI, *op. cit.*, p. 683.

[64] U. PIOLETTI, *op. cit.*, p. 557.

scettibile di azione surrogatoria[65].

L'elemento fattuale costituito dal sintagma 'fatti fraudolenti' snatura la tecnica di redazione utilizzata in precedenza, tramutando la fattispecie dalla forma vincolata, proiettata com'è a colpire soltanto talune delle più gravi aggressioni al bene giuridico, in fattispecie a forma aperta, il cui carattere di 'fraudolenza', riferito genericamente alla locuzione 'altri fatti', è tale da disperdere il contenuto di offensività della incriminazione e la sua funzione selettiva. A tale categoria vengono ricondotti anche comportamenti puramente omissivi, come esemplificato dal caso di colui che lasci deperire il proprio bestiame, ovvero lasci deteriorare il proprio bene mobile o immobile, pur di sottrarsi all'esecuzione[66].

Attraverso il ricorso espresso alla 'fraudolenza' dell'atto o del fatto, il legislatore ha ritenuto non necessario evocare le più insidiose componenti degli artifizi e dei raggiri di cui alla contigua figura della truffa; per altro verso, è evidente come abbia comunque inteso sottolineare la necessità che l'atto presenti la finalizzazione di perseguire un profitto ingiusto in danno del creditore[67].

Questo sta a significare che nell'orbita dei fatti penalmente rilevanti potranno gravitare anche atti legittimi che, in quanto connotati dalla finalità dell'inadempimento, abbiano l'attitudine ad arrecare comunque un' aggressione all'interesse tutelato dalla norma[68].

[65] Cass. pen., sez. VI, 23.11.2004, in *Rivista penale*, 2005, p. 582.

[66] Per una rassegna critica degli orientamenti giurisprudenziali, si veda, P. Pisa, *Provvedimenti del giudice*, cit., p. 445. La prassi giurisprudenziale ha ricondotto a questa categoria il fatto del debitore che, nel contesto di una procedura di conversione del pignoramento, una volta ottenuto dal giudice il provvedimento di conversione a seguito del versamento di una somma residua, provveda a pagare soltanto una parte dell'importo determinato dal giudice, poi depositando in cancelleria una ricevuta contraffatta a mezzo della quale fraudolentemente far figurare il pagamento dell'intero importo stabilito, così ottenendo il risultato di svincolare i beni pignorati sottraendoli dalla loro funzione di garanzia per la corretta esecuzione del credito; vd. Cass. pen. Sez. VI, 13.1.2000, in *Cassazione penale*, 2001, p. 515; ed ancora, all'ipotesi in esame viene riferito il caso del coniuge separato che provvede alla sostituzione della serratura della casa coniugale, così sottraendosi al provvedimento del presidente del tribunale che nel corso del giudizio di separazione aveva assegnato la casa all'altro coniuge; vd. Cass. pen., sez. VI, 17.11.1999, in *Cassazione penale*, 2001, p. 2100.

[67] Da questo punto di vista diviene pressoché irrilevante distinguere tra *trust*, negozio fiduciario, negozio indiretto, simulazione o collegamento – frazionamento negoziale pattizio; così G. Cirillo, *op. cit.*, p. 612.

[68] Sul punto merita segnalazione la giurisprudenza di merito, Trib. Camerino 21.9.2007, in *Rivista penale*, 2008, I, p. 62, con la quale si assume fraudolento l'atto posto in essere dal debitore con la consapevolezza del pregiudizio che lo stesso cagiona alle ragioni del creditore, restando irrilevante la sua legittimità intrinseca, nel caso, espressa dalla costituzione di un fondo patrimoniale.

4.2. L'oggetto materiale: la nozione di bene proprio e di bene altrui

La nozione di 'bene' rimanda al concetto civilistico di cui all'art. 810 c.c., a norma del quale si considerano 'beni' le cose che possono formare oggetto di diritti. Possono considerarsi tali tutte le cose suscettibili di soddisfare un bisogno della persona: entità materiali o meno, comunque idonee ad essere utilizzate dall'uomo[69]. Tra i beni vanno ricompresi quelli mobili ed immobili, i diritti e le azioni (cfr. art. 2740 c.c.).

In linea di massima, per 'beni altrui' si intendono quelli di pertinenza del titolare di un rapporto di obbligazione solidale con il destinatario immediato del provvedimento giurisdizionale[70].

Tuttavia, un esempio di 'bene altrui' suscettibile di un atto simulato o fraudolento, può essere rinvenuto nel caso del legittimo proprietario che ha acquisito attraverso il titolo giurisdizionale il diritto alla restituzione della cosa e che se la vede sottratta per effetto dell'alienazione fittizia o reale, ma comunque fraudolenta da parte di chi la detiene.

Va precisato che il testo di legge fa riferimento ai 'beni altrui' soltanto in relazione agli atti simulati o fraudolenti. Quanto ai fatti fraudolenti la norma si limita prendere in considerazione i 'beni propri'. A fronte di un'esegesi letterale che suggerisce un'interpretazione fedele al testo, si pone una lettura più lata che evidenzia come possano esserci fatti fraudolenti del tutto svincolati dal riferimento al bene, nella prospettiva della sola esecuzione forzata per espropriazione[71].

4.3. *I beni non pignorabili: reato impossibile?*

La giurisprudenza ha affrontato il caso della commissione di fatti fraudolenti aventi ad oggetto beni che, comunque, non sarebbero pignorabili per legge, come nel caso del contratto di comodato di uno studio professionale[72].

La soluzione potrà avere diverso esito in funzione dell'individuazione del bene oggetto della tutela penale: la costruzione della fattispecie in termini di pericolo presunto giustifica la rilevanza penale anche di quei fatti che esprimono mera disobbedienza[73], mentre una prospettiva attenta alle ragioni del privato reputa il fatto in sé non in condizione di offendere il bene giuridico ed in quanto tale configura, al più, un reato impossibile.

[69] Tra i tanti, si vd. M. Bessone, *Lineamenti di diritto privato*, Torino, 2001, p. 209.
[70] Così, G. Cirillo, *op. cit.*, p. 614.
[71] Secondo l'opinione di F. Palazzo, *op. cit.*, p. 623.
[72] Cass. pen., sez. VI, n. 7401/1972.
[73] Così come è stato reputato da Cass. pen., sez. VI, n. 7401/1972.

4.4. Il 'tipo' di evento

4.4.1. La permeabilità concettuale dell'inottemperanza all'ingiunzione di eseguire il provvedimento: condotta, evento o condizione oggettiva di punibilità

Elemento di chiusura della fattispecie è la mancata ottemperanza all'ingiunzione di eseguire il provvedimento.

Tale requisito della fattispecie è il precipitato delle condotte tipiche e delle spinte psicologiche originarie[74], le quali, considerate in sé, non costituiscono in reato colui che ne è l'autore, se non quando si combinano con i tratti del disvalore di evento, nel senso del danno o del pericolo che l'azione esecutiva venga frustrata ovvero resa più complessa.

Sulla collocazione dogmatica della 'inottemperanza' si sono divisi, anche al loro interno, sia gli approdi teorici, sia quelli pratici.

La maggior parte della dottrina più risalente riteneva la mancata ottemperanza all'ordine di esecuzione una condizione obiettiva di punibilità[75]. Nelle più moderne prospettazioni si assume che, con tale espressione, il legislatore abbia inteso far riferimento all'evento del reato, considerato quale esito non fruttuoso del processo esecutivo e come tale collegato causalmente alla condotta[76].

A sostegno della connotazione in termini di elemento costitutivo, milita la chiara connessione teleologica tra l'intendimento di sottrarsi all'adempimento e la componente oggettiva dell'inottemperanza (argomento che valorizza il criterio sintattico). Così, dal punto di vista grammaticale, è stato evidenziato che l'inadempimento risulta descritto attraverso una formula verbale riferita al fatto del debitore (*qualora non ottemperi*), laddove una condizione di punibilità oggettiva viene tradizionalmente espressa in termini impersonali, come tale disancorata dalla volontà e dal fatto dell'autore[77].

Ad ogni buon conto, non vi è dubbio che il profilo soggettivo debba coprire anche la fase dell'inottemperanza, quale momento di concre-

[74] L. Bisori, *op. cit.*, p. 688, parla di componente omissiva della condotta tipica; G. Cirillo, *op. cit.*, p. 613, di coelemento negativo del fatto.

[75] V. Manzini, *op. cit.*, p. 1090; G. Pioletti, voce *Provvedimento del giudice (mancata esecuzione dolosa di un)*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. XIV, 1967, p. 89; Id., *Mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice,* Napoli, 1937, p. 480.

[76] F. Antolisei, *Manuale di diritto penale*, *parte speciale*, vol. II, 15 ed., Milano, 2008, p. 593; L. Conti, *op. cit.*, p. 299; A. Lanzi, *La tutela penale del credito*, Padova, 1979, p. 195; A. Molari, *op. cit.*, 7 p. 2; A. Pagliaro, *op. cit.*, 2, p. 20; P. Pisa, *op. cit.*, p. 446; M. Ronco, *op. cit.*, p. 112; G. Vassalli, *op. cit.*, p. 115.

[77] L. Bisori, *op. cit.*, p. 688.

tizzazione del disvalore del fatto.

Non vi è ragione di escludere dalla punibilità l'inadempimento parziale, quando lo stesso è idoneo a frustrare l'interesse del creditore o a ledere il bene tutelato.

L'essenza dell'oggetto giuridico consente anche di dissipare una delle questioni poste dagli addetti ai lavori, ovvero gli effetti sul perfezionamento del reato dell'esecuzione coatta dell'obbligo.

L'esclusione della rilevanza dell'inadempimento dell'obbligato viene promossa, in questi casi, in ragione dell'inidoneità della condotta ad offendere[78]; di recente, vi è persino chi ha sostenuto che tale soluzione si rafforzerebbe alla luce dell'arresto delle Sezioni Unite nella citata sentenza del 2007[79].

Il punto di vista non appare per niente convincente e ciò per due ordini di ragioni. Da un lato, infatti, è del tutto verosimile che l'esecuzione coatta avverrà soltanto dopo che sia spirato il termine accordato all'obbligato per adempiere e cioè quando il reato è già consumato; in secondo luogo, va osservato che l'arresto delle Sezioni Unite, secondo il quale la fattispecie è posta a protezione dell'interesse all'effettività della tutela giurisdizionale dà piuttosto ragione della rilevanza penale della condotta di chi ha comunque compromesso la funzione del provvedimento giudiziario, onerando la parte ad attivare un'ulteriore procedura esecutiva.

Nell'ipotesi presa in considerazione appaiono, a nostro avviso, pienamente saldati il disvalore della condotta ed il disvalore di evento che costituiscono il nucleo fondante dell'incriminazione.

4.5. I requisiti dell'ingiunzione

Per sfumare la nozione di 'ingiunzione' (di eseguire), la riflessione degli addetti ai lavori si è orientata verso due diversi approdi interpretativi. Da un lato, vi è chi propende per la necessità della formale notifica del precetto[80], e chi, diversamente, opta per la rilevanza di una richiesta specifica, anche se sprovvista di formalità particolari[81].

Aderiscono alla prima soluzione e richiedono per la validità dell'ingiunzione la notificazione del precetto (art. 479, co. 1 c.p.c.), coloro che

[78] Per M. Ronco, *op. cit.*, p. 113 e P. Pagliaro, *op. cit.*, p. 221, il fatto penale rileva a condizione di rendere ineseguibile anche coattivamente la sentenza.

[79] Vd. G. Cirillo, *op. cit.*, p. 613.

[80] In questo senso, V. Manzini, *op. cit.*, p. 1091.

[81] Secondo il punto di vista di M. Ronco, *op. cit.*, p. 113.

fanno leva sulla soluzione linguistica utilizzata, corrispondente a quella adottata dall'articolo 480, co. 1, c.p.c., nel disciplinare il precetto[82]. Questo consiste proprio nell'intimazione ad adempiere l'obbligo risultante dal titolo esecutivo, con l'avvertimento che in mancanza si procederà ad esecuzione forzata, così manifestando la volontà esplicita di dare l'avvio all'esecuzione forzata[83].

Elementi a sostegno della seconda proposta interpretativa discendono dalla formulazione prevista per la fattispecie in questione, rispetto a quella contemplata dall'articolo 388 – *ter* c.p., la quale per la configurabilità del reato, richieda espressamente l'ingiunzione di pagamento per mezzo della notifica del 'precetto'.

A conforto della soluzione aperta depone l'assenza nel testo dell'articolo di qualsivoglia riferimento formale ai presupposti del rito procedurale.

D'altronde, se si tratta di tutelare l'interesse alla corretta procedura esecutiva, non vi è ragione di escludere dalla portata della fattispecie tutte le situazioni in cui la volontà del titolare dell'azione sia stata espressa in maniera chiara.

È evidente come non sia necessario che sia stata promossa l'azione esecutiva, con il pignoramento dei beni; per altro verso, non è sufficiente per la configurazione del reato la semplice notifica del provvedimento giurisdizionale da ottemperare, anche se in forma esecutiva[84].

5. *I caratteri psicologici dell'incriminazione*

L'incriminazione è punita a titolo di dolo, con un'insolita e pleonastica sottolineatura dell'elemento psicologico nel titolo dell'articolo 388 c.p. (mancata esecuzione *dolosa*).

La struttura dell'elemento soggettivo appare decisamente articolata, combinando il dolo generico, il dolo di frode ed il dolo specifico.

La necessità di ricercare nell'autore del fatto componenti psichiche di spiccata intensità è il precipitato della presenza, tra gli elementi del fatto tipico, di atti e fatti qualificati dalla simulazione e dalla fraudolenza.

L'implicazione principale della complessità e della densità del dolo è l'irrilevanza di forme di dolo indiretto e, segnatamente, del dolo eventuale[85].

[82] B. Romano, *op. cit.*, p. 319.
[83] Così, L. Scopinaro, *op. cit.*, p. 397.
[84] L. Conti, *op. cit.*, p. 299; P. Pisa, *op. cit.*, p. 446.
[85] Sul punto, si condivide il pensiero di G. Cirillo, *op. cit.*, p. 616.

Il piano della rappresentazione deve riguardare l'esistenza della procedura in corso, o l'esistenza di un provvedimento del giudice da cui derivano a proprio carico determinati obblighi, ed ancora, il fatto di essere destinatario di un'ingiunzione ad eseguire l'ordine del giudice.

Alla componente intellettiva poi si accompagna quella volitiva, con la messa in opera degli atti simulati e fraudolenti per eludere l'adempimento e l'inosservanza dell'ingiunzione.

La mancata o l'erronea conoscenza di quelli che sono i presupposti del reato e gli elementi del fatto si risolvono in cause di esclusione del dolo.

La giurisprudenza ha escluso il reato nel caso di colui che aveva unilateralmente ridotto l'assegno mensile dovuto alla moglie, giacchè convinto che costei potesse godere di maggiori entrate per il sopravvenuto stipendio della maggiore delle figlie[86].

Il dolo specifico è espresso dal dato testuale della proiezione verso la determinazione a sottrarsi all'adempimento degli obblighi nascenti da un provvedimento dell'autorità giudiziaria, o dei quali è in corso l'accertamento dinanzi all'autorità giudiziaria stessa.

6. *Le forme di manifestazione del reato: consumazione, tentativo e concorso di persone*

Il mancato adempimento dell'obbligazione contenuta nel provvedimento dell'Autorità giudiziaria costituisce l'evento del reato, ed è proprio in tale momento che si realizza e si perfeziona il delitto[87].

Il reato va considerato istantaneo ad effetti permanenti.

Il perdurare dell'inadempimento si limita a perpetuare gli effetti negativi di un fatto già realizzato, e non trasforma il reato in permanente; sono evidenti i riflessi sul piano del termine di decadenza per la proposizione della querela e sul termine di decorrenza della prescrizione.

Circa la possibilità di ritenere configurabile il tentativo, la soluzio-

[86] Cass. pen., 19.9.1989, Martino, in *Cassazione penale*, 1991, p. 566.

[87] Non appare convincente la tesi prospettata anche di recente in dottrina, cfr. G. Cirillo, *op. cit.*, p. 615, secondo la quale non assume rilevanza al fine della consumazione del reato la sopravvenienza di cause di forza maggiore o del caso fortuito che rendano non più possibile l'adempimento dell'obbligato. A nostro avviso, il fatto potrà essere al più qualificato come 'tentato', dal momento che il dolo deve accompagnare l'intero dipanarsi del fatto e nulla esclude che l'agente, seppure sin dall'origine animato dall'intenzione di rendersi inadempiente, possa – una volta divenuto destinatario della ingiunzione – mutare atteggiamento prima che spiri il termine per osservare l'intimazione.

ne dipende dalla qualificazione dell'inottemperanza all'ingiunzione come elemento della tipicità o quale condizione obiettiva di punibilità.

Nel primo caso, nulla esclude che si possa avere un *iter* frazionato della condotta, all'interno del quale trovare spazio per gli atti idonei del tentativo.

Ove si mettano nuovamente a disposizione i beni occultati, prima o durante la procedura esecutiva, si avrà una condotta di recesso attivo; se l'opera di occultamento viene interrotta ricorrerà un'ipotesi di desistenza volontaria.

La conclusione opposta discende dal qualificare l'inottemperanza all'ingiunzione come condizione obiettiva di punibilità.

In tema di concorso di persone nel reato, va sottolineato come l'azione del concorrente debba precedere o essere concomitante agli atti tipici dell'autore del reato, giacchè le condotte successive al perfezionarsi del reato assumono piuttosto le cadenze di fatti di favoreggiamento.

I caratteri patrimonialistici della fattispecie portano a ritenere riferibili al reato le circostanze di cui agli art. 61, n. 7 e 62, n. 4, c.p.; parimenti, gli adempimenti parziali o tardivi dell'obbligo potranno essere presi in considerazione agli effetti dell'art. 62, n. 6 (e dell'art. 133) c.p.[88].

7. *Le sanzioni e la procedibilità*

La posologia sanzionatoria prevede la reclusione fino a tre anni o la multa da euro 103 a euro 1.032.

Lo scarto edittale tra una (non indifferente) sanzione detentiva, espressa nel massimo dalla misura dei tre anni, ed il minimo pecuniario di 103 euro di multa, appare affetto da irragionevolezza e da questo punto di vista manifesta profili di dubbia costituzionalità.

Il delitto è procedibile a querela, il cui diritto spetta al titolare della posizione creditoria legittimato ad esperire la procedura esecutiva, nonché alla persona in favore della quale è disposto il provvedimento.

Il termine per la proposizione della querela decorre non dal giorno dell'inutile esperimento della procedura, ma da quando l'interessato ne sia venuto a conoscenza. Peraltro il termine per proporre la querela non ha inizio fin quando il creditore non abbia avuto piena cognizione della commissione di atti simulati o fraudolenti sui beni oggetto della sua pretesa.

[88] Di questo avviso, G. Cirillo, *op. cit.*, p. 608.

Il regime imposto per la procedibilità del reato più che orientare l'interprete, ha dato corpo ad alcune incertezze. La naturale inclinazione a riconoscere alla querela il carattere di un indice di individualizzazione o patrimonializzazione della fattispecie, viene contraddetta, nel caso di specie, da coloro che propendono per la connotazione pubblicistica del bene presidiato, ascrivendo alla querela soltanto la funzione di circoscrivere il carico giudiziario, in ragione degli interessi concreti manifestati dalla parte[89].

8. *I rapporti con le altre fattispecie di reato*

La fattispecie di mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice è avvinta da un rapporto di specialità reciproca con quella delineata dall'art. 388 - *ter* c.p., che concerne la mancata esecuzione dolosa di sanzioni pecuniarie.

Quest'ultima, informata alla tutela dell' interesse pubblico alla riscossione delle sanzioni pecuniarie di natura penale o di natura amministrativa, presenta come nucleo comune alla prima, la commissione, sui propri o sugli altrui beni, di atti simulati o fraudolenti, o di altri fatti fraudolenti.

L'elemento di chiusura del disvalore complessivo, costituito dall'inottemperanza ad eseguire l'ingiunzione, è caratterizzato nel caso dell' art. 388 - *ter* c.p., dal mancato pagamento della somma contenuta nel 'precetto'.

Il marcato disvalore della fattispecie, segnato dal mancato pagamento delle sanzioni pecuniarie amministrative o penali, dà ragione della più intensa punizione (reclusione da sei mesi a tre anni) e della procedibilità di ufficio.

Non vi sono dubbi sul fatto che il reato di cui al primo comma possa concorrere con quelli descritti nei commi successivi.

Quanto ai rapporti fra la norme in esame e le contravvenzioni di polizia e, segnatamente, la fattispecie di cui all'art. 650 c.p., va sottolineato che l'inosservanza del provvedimento legalmente dato dall'autorità per ragioni di giustizia, si colloca in posizione generica rispetto alle fattispecie previste dall'art. 388 c.p. e trova applicazione quando l'inosservanza non sia già stata presa in considerazione da una delle ipotesi ivi espressamente tipizzate.

[89] Questo è il punto di vista di L. SCOPINARO, *op. cit.*, p. 414.

Capitolo II. *L'elusione dell'esecuzione dei provvedimenti concernenti l'affidamento di minori o di incapaci o delle misure cautelari del giudice civile, ovvero amministrativo o contabile, a difesa della proprietà, del possesso o del credito (art. 388, co. 2, c.p.).*

1. *Considerazioni preliminari*

Il secondo comma dell'art. 388 c.p. punisce, con la medesima pena prevista per i fatti di cui al primo comma (reclusione fino a tre anni o multa da euro 103 a euro 1.032), chi elude l'esecuzione di un provvedimento del giudice civile, ovvero amministrativo o contabile, concernente l'affidamento di minori o di altre persone incapaci, ovvero che prescriva misure cautelari a difesa della proprietà, del possesso o del credito[90].

Dal punto di vista della tecnica di redazione della fattispecie, si è in presenza di una norma penale in bianco, il cui perimetro precettivo si completa attraverso l'etero integrazione con il provvedimento giurisdizionale in tema di affidamento di minori o di incapaci, ovvero con il provvedimento cautelare a difesa della proprietà, del possesso o del credito.

È evidente quindi che la disposizione presenta le tradizionali problematiche connesse all'utilizzo delle norme penali in bianco e di quelle che ricorrono alle cd. tecniche ingiunzionali, nel senso della problematicità del rapporto con il principio di determinatezza[91].

Non è un caso che l'orbita punitiva della fattispecie si dissolve in ragione delle continue esemplificazioni operate dalla giurisprudenza, specie in tema di affidamento dei minori.

2. *Beni tutelati e sussidiarietà con la fattispecie di cui al primo comma dell'art. 388 c.p.*

L'elusione concerne un provvedimento giurisdizionale avente ad oggetto l'affidamento dei minori o di altre persone incapaci, ovvero che prescriva misure cautelari a difesa della proprietà, del possesso o del credito.

A differenza dalla precedente, la fattispecie non postula il compimento di atti o fatti simulati e fraudolenti, e si perfeziona per effetto della semplice 'elusione' all'esecuzione del provvedimento giurisdizionale.

[90] La fattispecie originariamente puniva con la reclusione fino a tre anni o con la multa da euro 103 a euro 1.032, colui che elude l'esecuzione di un provvedimento del giudice civile, che concerna l'affidamento di minori o di altre persone incapaci, ovvero prescriva misure cautelari a difesa della proprietà, del possesso o del credito.

[91] Sull'argomento, F. PALAZZO, *op. cit.*, p. 523.

L'irrilevanza poi della previa ingiunzione ad eseguire il provvedimento rende la disposizione a maglie più larghe dell'incriminazione di cui al primo comma, a sottolineare - evidentemente - che i provvedimenti in tema di affidamento dei minori e degli incapaci e le misure cautelari ivi tipizzati assumono per il legislatore penale una più marcata dimensione di valore.

Tuttavia, altri elementi denotativi del fatto depongono per la portata selettiva della fattispecie, dal momento che rilevano soltanto le condotte susseguenti l'emissione del provvedimento giurisdizionale e non, come avviene per il fatto di cui al primo comma, l'inadempimento di obblighi dei quali è in corso l'accertamento dinanzi all'autorità giudiziaria.

3. *Questioni di diritto intertemporale*

Con la l. 94/09, il reato ha subito un cospicuo *lifting*, per effetto del quale sono stati introdotti, affianco al 'provvedimento del giudice civile', i provvedimenti del giudice amministrativo e contabile.

Le considerazioni circa gli effetti indotti dalla successione normativa di cui alla l. 94/09, svolte per la fattispecie contenuta nel primo comma, possono essere qui richiamate integralmente.

L'accoglimento dei criteri offerti dalla ricognizione della volontà legislativa, anche in una prospettiva che valorizza il dato politico criminale, depone per l'estensione della portata dell'incriminazione, specie per quel che riguarda gli specifici provvedimenti cautelari adottati dal giudice amministrativo e contabile.

La portata pratica è costituita dal fatto che gli accadimenti *ante* riforma suscettibili di punizione nel vigore dell'attuale incriminazione, così come ridefinita all'esito della revisione operata dalla l. 94/09, sono soltanto quelli che discendono dall'elusione di un provvedimento del giudice civile, che concerna l'affidamento di minori o di altre persone incapaci, ovvero che prescriva misure cautelari a difesa della proprietà, del possesso o del credito.

4. *I presupposti del reato e la tipicità*

Meritano di essere in prima battuta sfumate le questioni relative ai presupposti del reato e, segnatamente, quelle attinenti la natura dei provvedimenti adottati dalle diverse autorità giurisdizionali.

Verranno poi prese in considerazione le specifiche materie che co-

stituiscono l'oggetto della violazione; materie che possono essere suddivise in due macro categorie, in tutto e per tutto distinte tra di loro, al punto che la loro aggregazione all'interno dello stesso comma costituisce soltanto una comodità espositiva da parte del legislatore.

4.1. Provvedimento del giudice civile o statuizioni di indole civile. Le modifiche apportate dalla l.94/09

Nella formulazione precedente la modifica del 2009, uno dei nodi interpretativi riguardava l'ambito di operatività dell'espressione 'provvedimento del giudice civile'. Ad una lettura che valorizzava il significato letterale e ne faceva discendere l'esclusione dalla punibilità dei provvedimenti adottati da giudici diversi da quelli civili, si contrapponeva la tesi secondo la quale ciò che dava ragione dell'ingresso nel bacino dell'incriminazione era il carattere civilistico del provvedimento, indipendentemente dal giudice che l'avesse adottato.

Con la l. 94/09 e l'inserimento, affianco al giudice civile, del giudice amministrativo e contabile, la soluzione ermeneutica più corretta appare quella di ordine restrittivo, nel senso dell'esclusione della rilevanza dei provvedimenti adottati da giudici diversi da quelli espressamente contemplati dalla norma.

È evidente che la scelta di indicare tre specifiche autorità giurisdizionali (civile, amministrativa e contabile), in luogo di una soluzione generica o aperta, mostra come si sia alla presenza di una scelta tassativa e non di mera esemplificazione.

Quanto detto trova conforto nella scelta operata dal legislatore nel primo comma dell'art. 388 c.p., dove si è passati dal carattere rigido dell'espressione 'sentenza di condanna', riferita ad 'obblighi civilistici', al concetto onnicomprensivo di 'provvedimento dell'autorità giurisdizionale'.

La conclusione che appare informata al doveroso rispetto dei principi cardine del sistema penale è quella dell'esclusione dal portato normativo dell'art. 388, co. 2 c.p., dei comportamenti elusivi dei provvedimenti adottati dal giudice penale.

4.2. La selettività delle giurisdizioni: le misure del giudice civile, amministrativo e contabile.

Per effetto della modifica del 2009, l'elusione dell'esecuzione delle misure cautelari, specie di quelle che riguardano il 'credito', rileva quando il provvedimento, oltre che dal giudice civile, è adottato dal giudice amministrativo e da quello contabile.

La nuova veste del delitto pone la questione della messa a fuoco dei

singoli provvedimenti cautelari oggi attratti dalla più ampia cornice di protezione.

Quanto ai provvedimenti del giudice amministrativo, un consistente bacino di operatività discende oltre che dalla tradizionale 'sospensiva' (degli effetti) del provvedimento lesivo, anche dalle modifiche operate in seno all'art. 21 legge T.A.R., dalla l. n. 205 del 2000, che prende in considerazione, sulla base della domanda dell'interessato, la possibilità di adottare qualsiasi misura cautelare astrattamente idonea ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso[92].

Circa le misure cautelari a tutela del credito, della proprietà o del possesso, le stesse sono da individuarsi in quelle presenti nel codice del processo amministrativo (d. lgs. 2.7.2010, n. 104): la cautela generale atipica (sospensiva e riesame, art. 55); il decreto presidenziale (art. 56); il decreto *ante causam* (art. 61).

In dottrina si è osservato che, stante la specialità della funzione pubblica esercitata, può ritenersi che la dizione 'credito' possa valere per tutte le prestazioni a contenuto patrimoniale che coinvolgono la P.A.[93].

Anche il giudice contabile ha nel suo armamentario gli strumenti per prevenire - in via anticipata - i rischi di sottrazione delle garanzie del credito erariale. Già con l'art. 5, l. 19/1994, al P.m. contabile era consentito di chiedere il sequestro di beni mobili, immobili o crediti del presunto responsabile; sequestro che con la sentenza definitiva può convertirsi in pignoramento.

La disposizione va oggi combinata con quella contenuta nell'art. 1, co. 174 della l. 266/2005, che proiettandosi verso la tutela dei crediti erariali, offre un'interpretazione autentica dell'articolo 26 del regolamento di procedura di cui al r.d. 13 agosto 1933, n. 1038, chiarendo che il procuratore regionale della Corte dei conti dispone di tutte le azioni a tutela delle ragioni del creditore previste dalla procedura civile, ivi compresi i mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale di cui al libro VI, titolo III, capo V, del codice civile.

4.2.1. segue: l'affidamento dei minori e degli incapaci

Il provvedimento deve riguardare l'affidamento di soggetti minori di età e degli incapaci.

[92] L. Scopinaro, *op. cit.*, p. 451.

[93] Così, A. Rallo, Testo della relazione al Convegno tenutosi a Campobasso il 24 febbraio 2012, *La tutela penale dell'esecuzione civile, amministrativa e contabile,* in corso di pubblicazione, p. 10 dell'estratto.

Può trattarsi di provvedimenti emessi dal giudice civile relativamente all'affidamento della prole nei giudizi di separazione personale dei coniugi, vuoi quando il provvedimento sia stato adottato in via provvisoria, ai sensi dell'art. 708 c.p.c., vuoi quando sia stato assunto in via definitiva con sentenza, ai sensi dell'art. 155 c.c.; ed ancora di provvedimenti adottati dal Tribunale per i Minorenni, quando si siano risolti in determinazioni circa l'affidamento del minore.

Si è portati ad includere i provvedimenti che riguardano i rapporti di fatto con la persona, nonché le situazioni morali e giuridiche che impongono posizioni di protezione relative al minore[94].

Se gli interessi tutelati dalla fattispecie di cui al primo comma dell'art. 388 c.p. e di quella di cui all'art. 570 c.p., sono legati alla soddisfazione di un valore individuale patrimoniale, nella fattispecie in esame, l'attenzione è rivolta all'integrità fisica e psichica del minore.

L'applicazione giurisprudenziale ha mostrato l'esercizio di sensibili spazi di discrezionalità, in ragione di un'articolazione della norma che richiede di essere integrata volta per volta dal provvedimento giurisdizionale[95]. È evidente, infatti, che quando si parla di rapporti di protezione nei confronti di minori di età, si spazia tra temi che riguardano l'educazione, l'istruzione, la cura e la custodia.

Il portato applicativo dell'elusione del provvedimento concernente il minore è stato così inteso in maniera estensiva, avendo ad oggetto una posizione di tutela particolarmente sensibile.

E' fuor di dubbio che la posizione del minore è la più delicata tra quelle prese in esame dalla disposizione.

Da questo punto di vista la nozione di elusione, perlomeno fino

[94] La giurisprudenza ha escluso che potesse configurare la fattispecie in discorso il rifiuto di assumere l'ufficio di tutore; il rapporto di questi con il minore non rientra tra quelli riconducibili al concetto di affidamento, in quanto il tutore è organo direttamente esecutivo delle prescrizioni impartite dal giudice tutelare; cfr. Cass. pen., sez. IV, 4.7.1984, in *Diritto e famiglia*, 1985, I, p. 451, con nota (contraria) di Sturiale; cfr. anche, Id., *Commette reato il tutore che rifiuta di assumere l'incarico*, in *Giustizia penale,* 1986, I, p. 92.

[95] Si pensi al caso, tutt'altro che infrequente, del trasferimento all'estero del coniuge affidatario del minore. Di recente, il reato è stato escluso dalla giurisprudenza di legittimità, Cass. pen., sez. VI, 06.6.2008, n. 31717, sul presupposto che la Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980, resa esecutiva con l. 64 del 1994, attribuisce al coniuge affidatario il diritto di stabilire la propria residenza all'estero. Ne consegue una tutela affievolita del diritto di visita del genitore non affidatario, potendo questi esigere l'immediato rientro in patria del minore soltanto in presenza di violazioni del diritto d'affidamento o custodia, e potendo unicamente chiedere che sia garantita l'effettività del diritto di visita, anche attraverso una ridefinizione delle sue modalità.

alla pronuncia delle Sezioni Unite del 2007[96], è stata interpretata nel senso di ricondurre all'illecito penale qualsiasi comportamento attivo o passivo, senza necessità di ravvisare una connotazione di scaltrezza.

Una delle questioni dogmatiche che si è posta all'attenzione della riflessione scientifica e di quella pratica riguarda la qualificazione delle ricorrenti cause di non punibilità invocate per l'opportuno adattamento al caso concreto degli obblighi decretati dal giudice.

È evidente, infatti, che le vicende che registra la prassi, aventi ad oggetto situazioni fluttuanti tipiche del dipanarsi della vita familiare e sociale, non sono destinate ad essere cristallizzate nel provvedimento giurisdizionale, segnato com'è da inevitabile rigidismo.

Ciò sta a significare che, al ricorrere di situazioni particolari, debba essere misurata in concreto l'offensività dell'inosservanza dell'obbligo; occorre dirimere possibili conflitti di interesse e considerare non antigiuridica l'elusione, ove la stessa si traduca nel privilegio dell'interesse del minore di (pari o) maggiore meritevolezza[97].

Occorre, infine, sempre verificare che all'autore della violazione possa essere attribuito un rimprovero secondo l'accezione propria della personalità della responsabilità penale[98].

Fattori contingenti, sopravvenuti, transitori, di frequente verificazione, sono impermeabili alla possibilità di un inquadramento giurisdizionale tempestivo. Questo vuol dire che situazioni di apparente elusione, concretamente contestualizzate e rapportate al piano operativo dei valori suscettibili di tutela, potranno dar luogo a cause di esclusione della tipicità, a situazioni scriminanti e ad esimenti.

[96] Cass. pen., sez. un., 27.9.2007, n. 36692, cit., p. 90.

[97] Si pensi al contrasto di interessi che si può materializzare quando l'osservanza dell'obbligo è destinato a contraddire le condizioni, espressamente sancite dall'art. 155, co. 3, c.c., di garanzia di una crescita serena ed equilibrata del minore.

[98] Frequenti sono le pronunce nelle quali la giurisprudenza, anche di legittimità, fa ricorso ad ipotesi di inesigibilità soggettiva, come nel caso in cui il genitore affidatario non aveva dato ottemperanza all'ordine del giudice assecondando il figlio minore che si era opposto a frequentare l'altro genitore; del fatto è stata esclusa la punibilità dopo aver accertato che detto rifiuto era stato espresso da un soggetto che, pur se minorenne, appariva sufficientemente sviluppato dal punto di vista psichico e dotato di un *minimum* di consapevolezza intellettiva e volitiva; così Trib. Arezzo 20.12.2005, in *Juris data*, 2006; cfr. anche Cass. pen., sez. VI, 19.6.2006, in *Cassazione penale*, 2007, p. 3726. Non può considerarsi circostanza di esclusione del dolo, piuttosto, il caso del genitore che abbia valutato di eludere l'esecuzione in ragione di fattori preesistenti all'adozione del provvedimento, che siano noti, dedotti o deducibili al giudice.

Per la nozione di 'persone incapaci' appare proficuo, anche se non strettamente vincolante, il rinvio alle figure degli interdetti e degli inabilitati, e all'ambito applicativo che ne offre il codice civile.

Le persone suscettibili di una declaratoria di interdizione, sono i soggetti che versano in condizioni di abituale infermità di mente, e come tali, ritenuti incapaci a provvedere ai propri interessi (art. 414 c.c.).

Al regime di protezione previsto per gli inabilitati sono assoggettati gli infermi di mente, lo stato dei quali non è di tale gravità da dare ragione della procedura interdittiva; ed ancora, coloro che, per prodigalità o per abuso abituale di bevande alcooliche o di stupefacenti, espongono sé o la loro famiglia a gravi pregiudizi economici; infine, il sordomuto e il cieco dalla nascita o dalla prima infanzia, se non hanno ricevuto un'educazione sufficiente (art. 415 c.c.).

4.2.2. segue: *le misure cautelari a difesa della proprietà*

Il primo aspetto che occorre sottolineare è la natura cautelare che deve necessariamente rivestire il provvedimento giurisdizionale per poter essere attratto alla protezione penale (art. 669 – *bis* c.p.c.).

Ciò sta a significare che sono estranei alla protezione della fattispecie in commento i provvedimenti adottati nelle materie della proprietà, del possesso e del credito, all'esito dei diversi gradi del giudizio di cognizione[99]. L'inottemperanza a questi provvedimenti potrà essere contrastata per mezzo degli ordinari strumenti offerti dai codici di rito o, in alternativa, potrà essere presa in considerazione a norma del primo comma dell'art. 388 c.p., ove ne ricorrano gli estremi fattuali ivi tipizzati dal legislatore.

Tuttavia, la dottrina processualcivilistica ha ammonito circa il fatto che, non esistendo un catalogo tipizzato dei provvedimenti cautelari, la stessa fattispecie di reato mostra confini incerti, e impone al giudice penale la qualificazione della 'misura' secondo le proposte classificatorie dell'interpretazione di settore[100].

Le misure cautelari a difesa della proprietà sono contenute nel libro IV del codice di procedura civile e sono individute nei provvedimenti emessi a seguito delle azioni disciplinate dal codice civile e di procedura civile, tra le quali vanno annoverate le azioni di nunciazione: la de-

[99] In dottrina si reca l'esempio della reintegrazione nel possesso, già ordinata a norma degli artt. 689 e 703 c.p.c., segnando la differenza con il provvedimento, pur di contenuto analogo, quando è incorporato nella sentenza che definisce il giudizio possessorio; vd. L. Bisori, *op. cit.*, p. 700.

[100] Sull'argomento, M. Fabiani, *op. cit.*, p. 5.

nunzia di nuova opera (art. 1171 c.c.) e di danno temuto (art. 1172 c.c. ed art. 688 c.p.c.). Assumono inoltre rilevanza i provvedimenti di urgenza atipici emessi ai sensi dell'art. 700 c.p.c.

Con l'estensione della tutela penale anche ai provvedimenti cautelari adottati dal giudice amministrativo (e dal giudice contabile), si riconducono al portato precettivo i poteri cautelari *ante causam* assegnati al giudice amministrativo, in sede di giurisdizione esclusiva, dall'art. 245 del Codice dei contratti pubblici[101].

4.2.3. segue: le misure cautelari a difesa del possesso

I provvedimenti cautelari a difesa del possesso trovano fondamento negli artt. 1168 e 1170 c.c., a seguito della proposizione delle azioni di reintegrazione e di manutenzione, e vengono pronunciati dal giudice a norma degli artt. 689 e 703 c.p.c., o dell'articolo 700 c.p.c.

La giurisprudenza si è occupata di una vicenda in cui il soggetto, destinatario dell'ordine di reintegra nel possesso, aveva in prima battuta dato ottemperanza al provvedimento giurisdizionale, salvo poi operare lo spoglio della medesima *res*. Al riguardo, la Corte di Cassazione si è espressa senza incertezze nel qualificare tale comportamento come penalmente rilevante, sul rilievo che il provvedimento di reintegra nel possesso non è funzionale soltanto al ripristino temporaneo, piuttosto ad assicurare il ripristino per l'intera durata di validità del titolo giurisdizionale[102].

4.2.4. segue: le misure cautelari a difesa del credito

L'accezione di credito, quale situazione attiva di qualsiasi rapporto obbligatorio, permette di ricomprendere finanche i crediti generati dalle transazioni bancarie o finanziarie[103].

Tra i provvedimenti cautelari a difesa del credito va annoverato il

[101] Così, G. CIRILLO, *op. cit.*, p. 621, il quale ascrive alla tutela anche i provvedimenti del giudice tributario quando, a norma dell'art. 22 d.lgs. n. 472/1997, accorda l'iscrizione di ipoteca sui beni del trasgressore. Tale soluzione, tuttavia, non appare condivisibile nella misura in cui il giudice tributario non è tra gli organi della giurisdizione richiamati dall'art. 388, co. 2, c.p., come d'altronde non lo è il giudice penale. In ragione delle considerazioni espresse sul carattere tassativo della fattispecie che orientano per la esclusione della rilevanza dei provvedimenti del giudice penale, si deve concludere che sono estranei al tessuto normativo in questione i provvedimenti degli organi giurisdizionali diversi da quelli civili, amministrativi e contabili, ai quali non appaiono assimilabili i giudici tributari.

[102] Cass. pen., sez. VI, 6.10.1998, in *Cassazione penale*, 2000, p. 2643.

[103] Così G. CIRILLO, *op. cit.*, p. 621, che annovera altresì la tutela anticipatoria conces-

sequestro conservativo (art. 671 c.p.c.)[104], che si attua nelle forme del pignoramento dei beni individuati dal creditore, trattandosi di una forma di anticipazione dello stesso.

La giurisprudenza ha negato natura di misura cautelare a difesa del credito, al provvedimento, adottato nel corso del giudizio di separazione tra i coniugi, che concedeva ad una delle due parti l'assegno di mantenimento; si è ritenuto che l'imposizione di tale contributo costituisce il titolo originario di attribuzione del diritto di credito, e non può, in quanto tale, avere funzione di salvaguardia del credito[105].

4.2.5. La **vexata quaestio** *del mancato reintegro del lavoratore licenziato*

Una delle questioni maggiormente scrutinate dagli addetti ai lavori riguarda la possibilità di identificare, quale provvedimento cautelare a difesa del credito, l'ordine del giudice di reintegra nel posto di lavoro del dipendente illegittimamente licenziato[106], adottato ai sensi dell'articolo 700 c.p.c. e, quindi, con carattere di provvisoria esecutività.

A fronte della giurisprudenza di merito, che tende a riconoscere la rilevanza penale dell'elusione del datore di lavoro alla misura cautelare[107], si pone la posizione della Corte di Cassazione che è orientata ad escluderla, sul presupposto che non è qualificabile come diritto di credito l'interesse del lavoratore a prestare la propria attività lavorativa, sottoline-

sa dal giudice civile a norma degli artt. 186 - *bis* e *quater* c.p.c., dal giudice del lavoro per effetto dell'art. 423 c.p.c. e dal giudice amministrativo quando, in sede di giurisdizione esclusiva, è autorizzato ad applicare gli art. 186 – *bis* e *ter* c.p.c. nei giudizi aventi ad oggetto diritti soggettivi di natura patrimoniale.

[104] Cfr. L.D. Cerqua, voce *Amministrazione della giustizia (delitti contro)*, in *Il Diritto. Enciclopedia giuridica*, Dvd, p. 372.

[105] Cass. pen., sez. VI, 2.5.2000 in *Rivista penale*, 2000, p. 1005.

[106] La questione è stata in precedenza affrontata sotto diverso aspetto. Si è cercato di stabilire se possa essere annoverato tra gli 'obblighi' di cui si fa carico il primo comma dell'art. 388 c.p. (o tra gli 'obblighi civili' secondo la formulazione antecedente la l. 94/2009), quello incoercibile che grava sul datore di lavoro, a seguito del provvedimento del giudice di reintegrazione del dipendente licenziato; sull' argomento, tra i tanti, si vd. T. Padovani, *Ordine di reintegrazione nel posto di lavoro e art. 388 cpv. c.p.*, cit., p. 59; A. Culotta, *Profili ricostruttivi del reato di cui all'art. 388 c.p. e sanzionabilità del rifiuto di ottemperare ai provvedimenti di reintegrazione del lavoratore*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 1983, IV, p. 41; G. Flora, *L'inottemperanza al provvedimento di reintegrazione nel posto di lavoro: aspetti penali*, in *Rivista itakiana di diritto al lavoro*, 1982, p. 437; R. Rampioni, *Ordine di reintegrazione nel posto ex art. 18, 1°co., st. lav. ed art. 388 codice penale*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 1981, p. 243; A. Rossi, *La rilevanza penale dell'inottemperanza all'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro del lavoratore illegittimamente licenziato da parte del datore di lavoro,* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1982, p. 22.

[107] Così Pret. Milano 10.5.1989; analogamente Id. 13.10.1981 in *Lav.*, 1980, p. 1105.

andone piuttosto la natura personale[108].

Una maggiore apertura verso i presidi penalistici viene riconosciuta all'ipotesi in cui l'inadempimento del datore di lavoro assuma carattere integrale, nel senso di coniugare l'omesso reintegro e la mancata corresponsione della retribuzione. In tal caso, il discrimine è segnato dalla natura creditoria della liquidazione delle somme dovute[109].

Lo stato attuale dell'arte orbita attorno a due questioni principali: non è controverso il fatto che l'ordinanza cautelare di riammissione in azienda del lavoratore illegittimamente licenziato abbia come suo portato quello di definire i diritti a tutela della personalità e non possa considerarsi provvedimento a difesa del credito, giacché non pregiudica il diritto a ricevere la retribuzione.

Maggiormente problematica è la questione della rilevanza penale dell'inottemperanza all'obbligo di pagamento della retribuzione in favore del lavoratore licenziato, quale alternativa offerta dall'ordinamento giuridico al datore di lavoro che non intenda ottemperare al provvedimento di riassunzione disposto del giudice.

È indiscutibile che in questo caso il provvedimento del giudice è costitutivo di situazioni di interesse che non incorrono nei limiti di cui si è detto in precedenza, circa la coercibilità dell'obbligo e la natura creditizia della misura cautelare.

Il diritto del prestatore di lavoro a ricevere la remunerazione diviene 'coercibile' ed in quanto tale, suscettibile di tutela esecutiva[110].

A sostegno della rilevanza penale della inottemperanza del datore di lavoro all'ordine del giudice alla riassunzione e al riconoscimento della retribuzione in favore del lavoratore illegittimamente licenziato, depongono le condizioni indicate dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nel 2007, per qualificare o meno un comportamento come elusivo di un provvedimento cautelare[111].

Dal *dictum* della Corte, si stagliano criteri precisi: nel caso di un obbligo di non fare, risulta elusivo anche il solo fatto della sua violazione;

[108] In tal senso, Cass. pen., 8.4.1981, Saracini, in *Rivista giuridica del lavoro*, 1981, IV, p. 603; Cass. pen., 28.6.1979, n. 5992, Busti in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 1980, p. 77; Cass. pen., 23.6.1975, n. 1393, Preziuso, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 1976, p. 446.

[109] Per una rassegna della giurisprudenza in materia si veda W. SARESELLA, *La tutela penale dell'ordine di reintegrazione tra vecchie e nuove interpretazioni* in *Rivista critica di diritto del lavoro,* 1994, pp. 30 e ss.

[110] In argomento, A. PIZZOFERRATO, *op. cit.*, p. 537.

[111] Cass. pen., sez. un., 27.9.2007, n. 36692, cit., p. 90.

nel caso, come quello in esame, di un obbligo di fare, è penalmente rilevante il comportamento quando è volto a impedire il risultato concreto cui tende il comando giudiziale; e così, l'omissione dell'obbligato integra il reato quando l'esecuzione del provvedimento del giudice postula la sua 'collaborazione', ed è proprio ciò che accade nel caso delle attività (come la riassunzione) non fungibili.

L'asserto della Corte di Cassazione offre l'occasione per radicare un punto fermo, quantomeno in giurisprudenza, circa l'estensione della protezione penale alle condotte di ostruzionismo all'esecuzione di obblighi di carattere incoercibile.

4.2.6. *La casistica concernente la elusione dei provvedimenti cautelari a difesa della proprietà, del possesso o del credito*

La casistica è estremamente variegata: si rinvengono nei repertori giurisprudenziali ipotesi di reato riferite all'inosservanza:
- di ordinanze di sospensione di opere edili[112];
- dell'ordinanza diretta al proprietario di un fondo di reintegrare taluno nel possesso di una servitù prediale, rimuovendo gli ostacoli presenti[113];
- dell'ordine di rimozione di una recinzione al fine di consentire ai condomini di rientrare nel compossesso di uno spazio comune[114];
- dell'ordinanza del giudice con la quale era stata intimata la rimozione di una sorgente luminosa che causava disturbo alle abitazioni dei vicini[115];
- del provvedimento di inibizione allo svolgimento di attività che comportano una rumorosità superiore ad una determinata soglia[116];
- dei provvedimenti dati a tutela della proprietà intellettuale o industriale, tra i quali l'ordinanza di inibizione all'imprenditore dell'uso di un determinato marchio[117];
- dell'inibitoria di cui all'art. 83, r.d. 29.6.1939, n. 1127, sui brevetti per invenzioni industriali[118];
- del provvedimento cautelare avente ad oggetto il divieto di imitazio-

[112] Cass. pen., sez. III, 16.3.1982, in *Cassazione penale*, 1985, p. 1530.

[113] T. Monza, 8.4.2005, in *Foro ambrosiano*, 2005, 2, p. 142.

[114] Cass. pen., sez. VI, 19.3.1991 in *Cassazione penale*, 1992, p. 2081.

[115] Cass. pen., sez. III, 7.1.1980 in *Rivista penale*, 1980, p. 446. Ed ancora, secondo G. Cirillo, *op. cit.*, p. 621, l'inibitoria in caso di interferenza nelle trasmissioni su onde hertziane.

[116] Cass. pen., sez. VI, 28.3.2012, *n. 13902* in *Diritto e giustizia*, 2012.

[117] Cass. pen., sez. VI, 25.10.2004 in *Rivista penale*, 2005, p. 720.

[118] Cass. pen., sez. VI, 19.3.1997 in *Rivista penale*, 1997, p. 724.

ne di un'opera artistica[119].

Per converso, è stato ritenuto eccentrico al tessuto applicativo del reato il caso:

- del provvedimento di sequestro delle quote societarie, disposto dal giudice civile *ex* art. 669 *sexies* c.p.c., qualora l'amministratore, i cui poteri siano rimasti integri rispetto ai beni non oggetto di sequestro, provveda al trasferimento dell'azienda[120]
- del provvedimento del giudice per la cessazione di attività di concorrenza sleale (art. 2598 c.c.). Nell'occasione, ha osservato la Corte di Cassazione, il presidio offerto dall'art. 388, co. 2, c.p., opera esclusivamente per i provvedimenti cautelari emessi nelle materie tassativamente elencate e non può trovare applicazione analogica o estensiva al di fuori di essi. Una diversa ricostruzione trasformerebbe l'art. 388, co. 2, c.p., in una norma sanzionatoria di qualsiasi condotta contraria ad un provvedimento cautelare civile [121].

5. *Il disvalore del fatto: l'elusione del provvedimento*

A differenza di quanto avviene per la fattispecie di cui al primo comma dell'art. 388 c.p., le note di disvalore del fatto si polarizzano intorno ad un solo elemento portante: eludere l'esecuzione del provvedimento.

Sulla portata interpretativa del termine 'elusione' è sorto un animato confronto tra gli addetti ai lavori.

Nel passato, agli estremi del dibattito si collocava, da un lato, la posizione di chi assumeva come sufficiente che la condotta elusiva corrispondesse alla mera inottemperanza, ovvero al semplice rifiuto di eseguire il provvedimento giudiziale; dall'altro, chi riteneva insito nell'espressione 'elusione', un comportamento diretto ad ostacolare l'esecuzione del provvedimento, ed ancora, che fosse necessario distinguere la condotta di elusione a seconda della natura dell'obbligo da eseguire (obbligo di fare o di non fare).

La Corte di Cassazione nel 2007, prendendo atto del contrasto insorto in dottrina e in giurisprudenza, ha rimesso la questione alle Sezioni Unite[122],

[119] Cass. pen., sez. VI, 7.2.1986 in *Cassazione penale*, 1987, p. 705.

[120] Cass. pen., sez. VI, 9.2.2012, n. 19219.

[121] Nel caso di specie, Cass. pen., sez. VI, 7.5.2009, n. 21305, è stato esclusa la responsabilità penale per i soci di un'accomandita semplice ai quali il giudice del merito aveva ordinato di astenersi dal continuare l'attività di sviamento della clientela di un'altra società.

[122] Cass. pen., sez. VI, 19.4.2007, n. 23084.

osservando che la contrapposizione registrata - seppur non estrema - presentava riflessi pregiudizievoli sui profili applicativi di una disposizione strategica nella tutela penale di alcune tipologie di decisioni giurisdizionali, tanto più che il contrasto si manifestava anche con riferimento al momento dell'esecuzione dei provvedimenti riguardanti la tutela della proprietà o del possesso[123].

Le Sezioni Unite hanno ripercorso i diversi filoni interpretativi proposti fino ad allora[124]: in primo luogo, la tesi secondo la quale il termine 'elusione' deve essere inteso in senso ampio, sino a comprendere qualunque comportamento positivo o negativo - non necessariamente dotato di scaltrezza o di modalità subdole - diretto ad ostacolare l'esecuzione del provvedimento del giudice.

Secondo l'opposto orientamento giurisprudenziale, per la configurabilità della fattispecie è richiesto un comportamento attivo ovvero commissivo del soggetto, diretto a frustrare o a rendere difficile l'esecuzione del provvedimento giudiziale; ciò perché la semplice inattività è già perseguita dalla legge con sanzioni di carattere civilistico.

La materialità del fatto richiede condotte attive ed omissive artatamente e subdolamente rivolte a non ottemperare alla statuizione processuale[125].

Una posizione intermedia è espressa dal filone di pensiero teso a valorizzare la diversa natura dell'obbligo imposto con il provvedimento giudiziale.

Come si è già ricordato, se si tratta di un obbligo di non fare, risulta elusivo anche il solo fatto della sua violazione[126].

[123] In alcune decisioni, Cass. pen., sez. VI, 19.4.2007, n. 23084, è stato escluso il reato nel caso di mancato adempimento all'ordine di reintegrazione nel possesso, sul presupposto che, in concreto, il provvedimento poteva essere eseguito coattivamente a spese dell'avversario, anche senza la sua collaborazione.

[124] Vd. Cass. pen., sez. un., 27.9.2007, n. 36692, cit., p. 90; i giudici di merito avevano ritenuto la colpevolezza dell'autore della elusione ad una ordinanza possessoria con la quale il giudice civile aveva ingiunto la restituzione di un'area pertinenziale ad un magazzino di proprietà aliena. Nel caso di specie, l'ordinanza di reintegra nel possesso era stata eseguita dall'ufficiale giudiziario, che, constatato il rifiuto opposto dall'autore, si era avvalso di alcuni ausiliari per rimuovere la legna e gli altri oggetti accatastati nello spazio controverso. I giudici d'appello pur riconoscendo che si era trattata della mera trasgressione dell'obbligo derivante dal provvedimento possessorio, attribuirono rilevanza penale a tale comportamento, sul presupposto che oggetto della tutela fosse 'l'autorità della decisione giudiziaria in sé e per sé'.

[125] Si tratta dell'arresto della Cass. pen., sez. VI, 19.3.1991, in *Cassazione penale*, 1992, p. 2081.

[126] Per Cass. pen., sez. un., 27.9.2007, n. 36692, cit., p. 90, in presenza di un provve-

Se si tratta di un obbligo di fare, il comportamento rileva quando è volto a impedire il risultato concreto cui tende il comando giudiziale. In questo caso, l'omissione dell'obbligato assume rilievo ogni volta che l'esecuzione del provvedimento del giudice presupponga la sua collaborazione, specie ove si tratti di attività non fungibile.

I segmenti centrali del formante delle Sezioni Unite si sostanziano nel rilievo che la condotta prevista dall'art. 388, co. 2, c.p., è descritta come elusione non del provvedimento interinale in sé, bensì della sua esecuzione, sicché è ragionevole richiedere una condotta più incisiva della mera inottemperanza.

Sarebbe stato altrimenti sufficiente definire la condotta in termini di 'inosservanza', come avviene nell'art. 389 c.p., che punisce l' 'inosservanza di pene accessorie', nell'art. 509 c.p., che punisce l' 'inosservanza delle norme disciplinanti i rapporti di lavoro', o nell'art. 650 c.p., che punisce l' 'inosservanza dei provvedimenti dell'autorità'.

E così, occorre tener conto della diversa natura degli obblighi derivanti dai provvedimenti interinali: «quando si tratti di obblighi la cui esecuzione coattiva non richieda necessariamente un intervento agevolatore del soggetto obbligato, non v'è ragione di assegnare rilevanza al suo atteggiamento di mera inottemperanza, perché, come s'è detto, non è qui in discussione una mera trasgressione all'ordine del giudice, bensì l'ostacolo all'effettiva possibilità di una sua esecuzione»[127].

In questi casi assumono rilevanza penale soltanto i comportamenti che osteggino dall'esterno un'attività esecutiva integralmente affidata ad altri.

Diversamente deve ritenersi, ove la natura personale delle prestazioni imposte ovvero il tenore interdittivo del provvedimento giudiziale escludano che l'esecuzione possa prescindere dal contributo dell'obbligato.

In questi casi, infatti, l'inadempimento dell'obbligato contraddice di per sé la decisione giudiziale e ne pregiudica l'eseguibilità.

Il principio di diritto enucleato trova compiuta espressione nell'affermazione secondo la quale il mero rifiuto di ottemperare ai provvedimenti giurisdizionali previsti dall'art. 388 c.p., co. 2, c.p., non costituisce

dimento interdittivo impositivo di un obbligo di non fare, la violazione dell'obbligo di astensione priva immediatamente di effettività la decisione giudiziale, che risulta appunto 'elusa' nella sua esecuzione.

[127] Cass. pen., sez. un., 27.9.2007, n. 36692, cit., p. 90.

comportamento elusivo penalmente rilevante, a meno che la natura personale delle prestazioni imposte ovvero la natura interdittiva del provvedimento esigano per l'esecuzione il contributo dell'obbligato[128].

In sintonia con l'orientamento espresso dalle Sezioni Unite nel 2007, si pone la successiva giurisprudenza di legittimità, la quale assume che ai fini dell'incriminazione dell'inosservanza di un provvedimento del giudice riguardante l'affidamento dei minori, il concetto di elusione non possa equipararsi *sic et simpliciter* a quello di inadempimento.

Il *dictum* della Cassazione, nel caso di specie, si è spinto oltre, specificando che per aversi elusione occorre che il genitore affidatario si sottragga, con atti fraudolenti o simulati, all'adempimento del suo obbligo di consentire le visite del genitore non affidatario, ostacolandole attraverso comportamenti connotati da mala fede; per converso, la mera inosservanza dell'obbligo non integra i tratti di tipicità della fattispecie[129].

Quanto alle misure cautelari a difesa della proprietà, del possesso e del credito, è ancor più necessaria una condotta tangibile, in armonia con la valorizzazione del dato letterale espresso dal lemma 'elusione', che sul piano lessicale rinvia a forme di sotterfugio, di raggiro, di scaltrezza, che trovano concretizzazione attraverso specifiche forme di attivazione.

6. *I caratteri psicologici dell'incriminazione*

La fattispecie si limita a richiedere il dolo generico.

Il piano della rappresentazione deve riguardare l'esistenza del provvedimento del giudice (civile, amministrativo o contabile), il contenuto degli obblighi ivi contemplati e la natura cautelare dello stesso.

L'accertamento della componente volitiva è destinato ad assumere una diversa consistenza se si aderisce all'accezione del termine 'elusione' nel senso di mero rifiuto, ovvero se si conviene con l'idea che la locuzione stia ad indicare la realizzazione di un *quid* di fraudolento.

[128] Cass. pen., sez. un., 27.9.2007, n. 36692, cit., p. 90.

[129] Cass. pen., sez. VI, 4.5.2010, n. 23274, in *Guida al diritto*, fasc. 35, 2010, p. 66. In realtà, non è mancato il *revirement* di orientamenti passati, di certo non atteso a così breve distanza dagli enunciati delle Sezioni Unite del 2007. Il riferimento corre a Cass. pen., sez. VI, 05.3.2009, n. 27995, in *Rivista penale*, 2009, 10, p. 1119, ed alla massima secondo la quale, ai fini della sussistenza del reato di mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice che concerna l'affidamento di minori, il termine 'elude' vada inteso con la maggior larghezza, essendo comprensivo di qualsiasi comportamento che renda vane le legittime pretese altrui e ciò anche attraverso una mera omissione.

In questo secondo caso, l'azione animata dalla condizione soggettiva del dolo eventuale non appare idonea a rifluire nell'alveo dell'incriminazione.

7. *Le forme di manifestazione del reato: consumazione, tentativo e concorso di reati*

Un'osservazione che vale indistintamente per tutte le ipotesi prese in carico dalla fattispecie in esame, è che l'elusione si perfeziona senza la necessità di esperire attività formali per promuovere l'ottemperanza al provvedimento[130].

Il dato segna un notevole diaframma con la fattispecie contemplata al primo comma, che richiede come elemento essenziale per la configurazione del tipo, la previa ingiunzione.

Il termine di consumazione coincide con il momento in cui l'autore si astiene dal compiere l'atto imposto, ovvero compie l'atto che gli è vietato.

Nel primo caso, se non del tutto implausibile sul piano strutturale, è difficilmente ipotizzabile un fatto di 'tentativo', dal momento che l'infruttuoso decorso del termine per adempiere segna il momento della consumazione e l'obbligato potrà pur sempre prestare osservanza all'imposizione fin quando il termine è pendente.

Nel caso di elusione di una misura che impone il divieto di un determinato comportamento, può ipotizzarsi il tentativo tutte le volte in cui l'azione dell'obbligato sia frazionabile[131].

La fattispecie in questione si consuma istantaneamente; può presentare carattere permanente quando la condotta origina uno stato continuativo ed ininterrotto contrario alle prescrizioni del giudice, destinata ad ar-

[130] Di diverso avviso, G. CIRILLO, *op. cit.*, p. 621, richiamando Cass. pen., sez. VI, 7.11.2003, Borghi, assume la necessità che il provvedimento cautelare sia stato portato a conoscenza dell'obbligato nel rispetto delle regole proprie del rito, e non rileva il fatto che questi ne abbia avuto altrimenti cognizione. Di tutt'altra opinione la Suprema Corte, Cass. pen., sez. VI, n. 25796, ad avviso della quale integra il delitto di cui al comma 2 dell'art. 388 c.p., la condotta del titolare di quote di una società, di cui sia stato disposto il sequestro conservativo, che provveda alla loro cessione con l'intento di vanificare l'esecuzione della misura, ancorché tale cessione avvenga prima della formale notifica all'interessato del provvedimento cautelare, che sia in sé già esistente, ove la stessa sia comunque deliberatamente diretta a vanificarne l'esecuzione.

[131] Cosi G. CIRILLO, *op. cit.*, p. 623, il quale in questo caso mentre esclude l'operatività del recesso attivo per assenza di un evento materiale, ritiene plausibile il verificarsi della desistenza volontaria.

restarsi soltanto per effetto della determinazione dell'agente.

Una delle questioni poste all'attenzione della prassi riguarda la qualificazione delle violazioni plurime alle misure prescritte dal provvedimento.

Ci si è interrogati se le stesse diano luogo ad un'unica ipotesi di reato ovvero se determinino una situazione di concorso di reati.

La soluzione condivisa dai più è quella di considerare unitario il reato quando le violazioni riguardano una prescrizione destinata a risolversi integralmente nel fatto dell'ottemperanza: si reca l'esempio della inosservanza reiterata da parte dell'agente a molteplici solleciti alla riconsegna, nel caso dell'ordine di reintegrazione nel possesso mediante la restituzione di una *res* mobile[132].

Diversa è la situazione in cui l'ordine del giudice faccia riferimento a misure diverse, da osservare a scadenze ricorrenti, come avviene in tema di affidamento di minori.

In questo caso, l'inosservanza di ciascuna prescrizione contestualmente alle diverse scadenze darà luogo alla configurazione di autonome ipotesi di reato[133].

La conclusione presenta un'implicazione sui termini per la proposizione della querela, nel senso che dovrà considerarsi tempestiva l'istanza di procedibilità proposta nei tre mesi dalla verificazione di ciascuno degli episodi di inosservanza, in quanto ogni violazione costituisce di per sé fonte di illecito[134].

8. *Le sanzioni e la procedibilità*

La pena è della reclusione fino a tre anni, alternativa alla multa da euro 103 a euro 1.032.

Per la procedibilità del reato è richiesta la querela, coerentemente alla difesa di beni di indole privatistica.

9. *Questioni processuali.* Il locus commissi delicti

L'elusione del provvedimento del giudice avente ad oggetto l'affidamento del minore dà ingresso a questioni circa la corretta identifica-

[132] L. Bisori, *op. cit.*, p. 714.
[133] Cass. pen., sez. VI, 23.11.1984, in *Cassazione penale*, 1986, p. 478.
[134] Cass. pen., sez. VI, 23.11.1984, cit., p. 478.

zione del luogo di consumazione del reato, la competenza per territorio e l'applicazione della legge italiana o straniera, nei casi in cui la condotta è consistita nell'allontanamento del minore dal territorio italiano.

La giurisprudenza ha rinvenuto nella regola di cui all'art. 6 c.p. lo strumento per risolvere le questioni dubbie, ritenendo commesso nel territorio nazionale il fatto del reo che, dimorando in Italia al momento della pronuncia del giudice, si sia successivamente allontanato dal paese, disattendendo il rispetto di obblighi che si risolvono anche nella definizione territoriale in cui devono essere adempiuti[135].

10. *Profili civilistici: il danno biologico ed il danno del minore*

Merita segnalazione una pronuncia di merito chiamata a risolvere la questione della risarcibilità del danno arrecato dal comportamento del genitore affidatario che aveva pretermesso i diritti dell'altro genitore di visita e di frequentazione della prole; con la decisione si è precisato che gli eventuali gravi danni morali procurati sono risarcibili come danno biologico[136].

La pronuncia del Tribunale riveste interesse anche in ragione del fatto che il giudice ha riconosciuto il diritto alla nomina di un curatore speciale per valutare l'interesse alla costituzione di parte civile da parte della stessa prole, pregiudicata dalle inosservanze del genitore affidatario; questi, nei casi di specie, si trova in una situazione di conflitto di interesse con quelli della sua prole[137].

11. *I rapporti con le altre fattispecie di reato*

Quanto all'inosservanza dell'obbligo di corrispondere al minore l'assegno di mantenimento, si è detto come sia stato operato un opportuno distinguo tra la disposizione in esame e quella disciplinata dall'art. 570 c.p., precisandosi che la prima fattispecie è volta al contrasto degli inadempimenti afferenti i rapporti personali, mentre la seconda è deputata a contrastare le inosservanze di carattere più strettamente economiche[138].

[135] Cass. pen., sez. VI, 14.6.1985, in *Cassazione penale*, 1986, p. 56.

[136] T. Roma, 13.6.2000, in *Diritto e famiglia*, 2002, p. 60, che ha fatto espresso riferimento agli articoli 1126, 2043, 2057, 2059 e 2727 c.c.

[137] T. Roma, 13.6.2000, cit., p. 60.

[138] Cass. pen., 5.9.2000, in *CED Cass.*, n. 217704.

Una tematica di non immediata soluzione concerne i rapporti di interferenza tra la fattispecie che si occupa di punire coloro che eludono i provvedimenti in tema di affidamento dei minori e le fattispecie che incriminano le condotte di sottrazione dei minori (artt. 573 e 574 c.p.).

La questione non è di poco conto, dal momento che lo stesso fatto è astrattamente suscettibile di rientrare nel fuoco punitivo di più reati.

Il distinguo tra la fattispecie incriminatrice in esame e quella che riguarda la sottrazione di minori o di incapaci è in genere affidato a parametri quantitativi: configura il reato di sottrazione di minori il comportamento del genitore che impedisce integralmente la funzione genitoriale dell'altro, magari trasferendo all'estero il figlio.

Quando l'inottemperanza invece ha ad oggetto prescrizioni del giudice civile di carattere specifico e transitorio, trova adeguata applicazione l'articolo 388 c.p.[139].

Una riflessione che muove invece dalla valorizzazione dei diversi elementi del fatto tipico, assume che il reato di cui all'art. 574 c.p. - a differenza di quella astrattamente concorrente all'art. 388 c.p. - sia qualificato dall'incidenza sul rapporto di cui il minore è parte e che si collega alla patria potestà o ad altre situazioni particolari; pertanto, le diverse componenti delle fattispecie sono indicative di offese diverse, che si realizzano congiuntamente quando con la stessa condotta vengono violate entrambe le norme[140].

Si pone con connotazioni di specialità rispetto all'ipotesi dell'inosservanza dei provvedimenti in materia di affidamento dei minori, la fattispecie di "elusione dell'ordine di protezione in ambito familiare", introdotta dalla l. 4 aprile 2001, n. 154, tra le misure contro la violenza nelle relazioni familiari.

Per la compiuta comprensione del precetto e la definizione dell'oggetto materiale, la norma rinvia all'ordine di protezione di cui all'art. 342 – *ter* c.c., e ad altri provvedimenti di analogo contenuto, adottati nel procedimento di separazione personale dei coniugi o nel procedimento di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio.

[139] Si vd. Cass. pen., sez. VI, 26.6.1986, con nota di M. BACCI, *Elusione del provvedimento del giudice concernente l'affidamento dei minori e sottrazione di incapaci: concorso apparente di norme o concorso di reati?*, in *Cassazione penale*, 1988, p. 861.

[140] Così, Cass. pen., sez. V, 2.10.1992; G. CIRILLO, *op. cit.*, p. 623. L. SCOPINARO, *op. cit.*, p. 408, assume che le fattispecie possano concorrere tra loro dal momento che tutelano diversi beni giuridici e, segnatamente, la giustizia e l'interesse del minore a vivere nell'ambiente familiare.

Capitolo III. *La mancata esecuzione dolosa di sanzioni pecuniarie (art. 388 –* ter*, c.p.).*

1. *Premessa metodologica*

Il delitto tipizzato all'art. 388 - *ter* c.p. stabilisce che «chiunque, per sottrarsi all'esecuzione di una multa o di una ammenda o di una sanzione amministrativa pecuniaria compie, sui propri o sugli altrui beni, atti simulati o fraudolenti, o commette allo stesso scopo altri fatti fraudolenti, è punito, qualora non ottemperi nei termini all'ingiunzione di pagamento contenuta nel precetto, con la reclusione da sei mesi a tre anni».

Gli argomenti esposti in precedenza, nel tratteggiare i caratteri del delitto di cui al primo comma dell'art. 388 c.p. e, segnatamente, quelli concernenti i presupposti del reato, il bene tutelato (pur con le opportune integrazioni), le modalità della condotta (integralmente sovrapponibili), i coefficienti psicologici (dolo generico – specifico), la qualificazione dogmatica della 'inottemperanza', il momento dell'avvenuta consumazione, possono essere in questa sede oggetto di integrale richiamo.

I temi di specifica trattazione riguardano i caratteri di selettività del fatto espressi dai soggetti attivi, dai presupposti (pene pecuniarie e sanzioni amministrativa pecuniarie) e dal riferimento espresso al 'precetto'.

Andranno sottolineate le soluzioni sanzionatorie in rapporto alla dimensione marcatamente pubblicistica del bene giuridico; ed ancora, la questione strutturale della fattispecie, nei termini di fattore circostanziale o meno, del modello generale espresso dall'art. 388, co. 1, c.p.

2. *Oggetto e tecniche di tutela: la dimensione di tipicità della fattispecie*

L'inserimento nel codice penale della fattispecie di mancata esecuzione dolosa di sanzioni pecuniarie è intimamente connesso con le vicende concernenti l'inosservanza della pena pecuniaria[141].

Come è noto, in origine, l'art. 136 c.p. prescriveva il regime di conversione automatica della pena pecuniaria in pena detentiva nel caso di mancato versamento delle somme dovute.

La Corte costituzionale nel 1979 ha dichiarato l'illegittimità del meccanismo di conversione, gravemente inficiato da irragionevolezza e sproporzionalità nei confronti delle persone meno abbienti[142].

[141] L'innesto del reato nel codice penale si deve all'art. 109 della l. 24 novembre 1981, n. 689, di depenalizzazione.

[142] Sent. n. 131/1979, in *Cassazione penale*, 1980, p. 20, con nota di T. Padovani, *L'incostituzionalità dell'art. 136: un capitolo chiuso o una vicenda aperta*?.

L'effetto della pronuncia, salutata con estremo favore, è stato quello di dare luogo ad un nuovo criterio di conversione della pena pecuniaria non corrisposta, mutuata nelle misure della libertà controllata o del lavoro sostitutivo.

La prassi ha mostrato l'esistenza di un vuoto di disciplina nei diffusi comportamenti di coloro che, assumendo di non potere fare fronte al pagamento delle sanzioni pecuniarie inflitte, di fatto optavano per l'assoggettamento alla misura della libertà controllata.

E così, il legislatore si è determinato a contrastare i comportamenti fraudolenti o simulati che incidendo sull'integrità patrimoniale del soggetto, permettevano l'elusione dall'obbligo principale del pagamento della pena pecunaria.

L'ingresso della fattispecie nel codice penale ha quindi assunto un ruolo del tutto simile a quello del delitto di evasione e delle altre fattispecie elusive di obblighi discendenti da provvedimenti giurisdizionali.

Nella letteratura penalistica, all'impostazione teorica che tende ad inquadrare la fattispecie in seno agli strumenti aggiuntivi di coercizione della pena pecuniaria e che identifica l'oggetto della tutela nell'interesse all'esecuzione in forma specifica dell'obbligazione pecuniaria[143], si contrappone l'idea che il bene presidiato sia quello dello Stato a che l'obbligato non si sottragga all'esecuzione di sanzioni pecuniarie attraverso comportamenti che artatamente ne cagionino l'insolvenza[144].

Una proposta condivisibilmente informata agli esiti più recenti delle ricostruzioni ermeneutiche operate in giurisprudenza, specie di quella espressa nel 2007 con la sentenza a Sezioni Unite, è quella che si risolve nell'ipotizzare, come oggetto principale della protezione, l'effettività delle decisioni giudiziarie, accompagnato dall'interesse dello Stato ad introitare le somme pecuniarie che discendono dalle condanne penali e da quelle che infliggono sanzioni amministrative[145].

3. *I soggetti attivi*

Tra i caratteri che rendono la fattispecie autonoma rispetto all'incriminazione contenuta nel primo comma dell'art. 388 c.p., vi è il riferimento ai soggetti attivi, da individuare nei destinatari delle sanzioni pecunia-

[143] G. Fiandaca e E. Musco, *Diritto penale*, *parte speciale*, cit., p. 434.
[144] G. Pioletti, *op. cit.*, p. 89.
[145] Si veda G. Cirillo, *op. cit.*, p. 631.

rie penali o amministrative, e quindi anche in coloro che, come persone fisiche o (rappresentanti di) persone giuridicahe, sono obbligati civilmente al pagamento dell'ammenda o della multa ai sensi degli artt. 196 e 197 c.p.; ed ancora, in coloro che sono obbligati in solido al pagamento della sanzione amministrativa a norma degli artt. 6 e 18 della l. 689/81.

4. *Gli altri elementi della tipicità: le pene e le sanzioni amministrative pecuniarie quali presupposti del reato*

Il riferimento all' esecuzione di una multa o di una ammenda o di una sanzione amministrativa pecuniaria rende particolarmente estesa la portata dell'incriminazione.

Basti pensare al proliferare nel corso degli anni delle contravvenzioni, con il loro prevalente bagaglio di sanzioni pecuniarie e con la possibilità di estinguere il reato per mezzo del pagamento dell'oblazione nel caso di pena alternativa dell'arresto e dell'ammenda, o di pena alla sola ammenda.

Si tenga conto ancora della frequente trasformazione delle fattispecie penali in illeciti amministrativi avvenuta a seguito delle diverse ondate di depenalizzazione.

Rientra nel telaio normativo la pena pecuniaria irrogata ai sensi dell'articolo 56, co. 1, l. 689/81, quale sanzione sostitutiva della pena detentiva breve.

Attratta all'orbita punitiva in parola è anche l'inosservanza della pena pecuniaria irrogata dal giudice di pace e di quella applicata agli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato di cui al d.lgs. 231/01.

La fattispecie gioca un ruolo importante nel contrasto alla criminalità d'impresa, tenuto conto che sono punite con sanzione amministrativa talune violazioni tributarie previste dal d. l.vo n. 472 del 1997 e le violazioni in materia di tutela della concorrenza del mercato di cui alla l. n. 287 del 1990. Si pensi ancora alle sanzioni amministrative comminate per taluni illeciti delle società, come nel caso delle false comunicazioni sociali che non raggiungono le soglie di rilevanza penale (art. 2621, co. 3, 4 e 5, ed art. 2622, co. 7, 8 e 9, c.c.).

Il fatto punito è tassativamente quello di colui che, destinatario di una multa, di un'ammenda o di una sanzione amministrativa pecuniaria, (compie atti simulati o atti e fatti fraudolenti sui propri o sugli altrui beni) non ottempera nei termini all'ingiunzione di pagamento contenuta nel precetto.

Come può osservarsi, a differenza di quanto accade per il fatto di cui al primo comma dell'art. 388 c.p., a tenore del quale l'inadempimento preso in considerazione è anche quello che si manifesta per mez-

zo di atti simulati e fraudolenti commessi nel corso dell'accertamento dinanzi all'autorità giudiziaria, nella fattispecie in discorso rilevano soltanto le condotte tenute a seguito dell'emissione della pronuncia di condanna.

Connotato autonomo della fattispecie è l' 'atto di precetto', che isola con caratteri peculiari rispetto all'incriminazione di cui all'art. 388 c.p., le 'forme' ed i 'termini' da rispettare nell'ingiunzione del pagamento.

Il precetto è definito come l'intimazione ad adempiere l'obbligo risultante dal titolo esecutivo, in un termine non inferiore a dieci giorni (salvo quanto disposto dall'art. 482 c.p.c.). Esso è atto preliminare al processo esecutivo ed ha, pertanto, natura sostanziale.

La specificazione temporale dell'ottemperanza depone per la struttura del reato come di pericolo.

L'elemento della fattispecie segnala che la consumazione del fatto è legata anche all'inottemperanza parziale; non risulterà utile ad escludere il reato l'ottemperanza avvenuta oltre il termine indicato nel precetto.

I tratti denotativi sopra indicati mostrano come l'incriminazione in esame sia stata concepita dal legislatore come ipotesi autonoma di reato, piuttosto che come forma circostanziata del modello delineato dall'art. 388, co. 1, c.p., con le conseguenti implicazioni sul piano dell'applicazione del regime di comparazione tra le circostanze, di cui all'art. 69 c.p.

Di recente, una parte della dottrina si è espressa per la tacita abrogazione della fattispecie quale effetto dei principi di diritto affermati dalle Sezioni Unite nell'ampiamente richiamata sentenza del 2007, stante la possibile esecuzione coatta dell'obbligo pecuniario. L'esclusione della rilevanza del fatto viene sostenuta in ragione dell'inidoneità della condotta ad offendere, dal momento che il provvedimento giurisdizionale per la natura dell'obbligazione imposta potrà comunque trovare attuazione coattiva[146].

L'assunto non è condivisibile, in tanto perché la procedura di esecuzione coattiva ha ragione d'essere soltanto dopo la consumazione del reato, ovvero all'esito dello spirare del termine assegnato all'obbligato per adempiere; ad ogni buon conto, non è affatto detto che l'esecuzione coatta conseguirà i suoi effetti, e ciò proprio in ragione dell'insidiosità degli atti fraudolenti posti in essere dal debitore che costituiscono uno dei contrassegni principali del disvalore del fatto. L'inosservanza da parte del destinatario dell'obbligazione compromette comunque l'effettività del

[146] Così G. CIRILLO, *op. cit.*, p. 631

provvedimento giurisdizionale, onerando lo Stato ad attivare una ulteriore procedura esecutiva.

5. *Le sanzioni e la procedibilità*

La sanzione prevista per chi commette il fatto di cui alla presente incriminazione è quella della reclusione da sei mesi a tre anni. Con l'innalzamento del minimo edittale a sei mesi, il legislatore ha marcato la differenza rispetto alle pene previste per i reati di cui ai primi due commi dell'art. 388 c.p.

La più grave comminatoria, ancorata al dato di particolare disvalore rappresentato dalla dimensione pubblicistica della tutela, dà ragione anche della procedibilità di ufficio.

Non può che destare stupore la scelta operata dal legislatore nel fissare per il reato in questione un livello sanzionatorio marcatamente più consistente rispetto alla fattispecie di evasione, punita con la reclusione da sei mesi ad un anno (vd. *sub* art. 385 c.p.).

MARIA NOVELLA BETTINI

Causali e rinnovo del contratto a termine

SOMMARIO: 1. L'apposizione del termine al contratto di lavoro. - 2. Le causali di apposizione del termine: le ragioni tecniche, produttive, organizzative o sostitutive. - 3. Caratteristiche delle causali di apposizione del termine. - 4. Assenza o genericità delle causali di apposizione del termine. - 5. Assunzioni a termine senza causali (c.d. contratti a termine acausali). - 6. Limiti di durata del contratto a tempo determinato - 7. Proroga del contratto a termine. - 8. Prosecuzione e successione di contratti a termine.

1. *L'apposizione del termine al contratto di lavoro*

La disciplina del contratto di lavoro a termine ha subìto, sull'onda di politiche orientate all' incremento dei livelli occupazionali, numerose e rilevanti modifiche, che hanno profondamente mutato la funzione dell'istituto, non sempre configurando un quadro normativo certo e coerente.

La prima impostazione legislativa è contenuta nel codice civile del 1865, per cui " nessuno può obbligare la propria opera all'altrui servizio che a tempo o per una determinata impresa" (art. 1628). Si tratta di una previsione finalizzata ad evitare rapporti simili al lavoro servile, poi capovolta dal successivo art. 2097 cod. civ., oggi abrogata, secondo cui "il contratto di lavoro si reputa a tempo indeterminato, se il termine non risulta dalla specialità del rapporto o da atto scritto…*omissis*".

La considerazione del termine come eccezione nell'ambito di un contratto di lavoro di regola a tempo indeterminato viene rafforzata dalla L 18 aprile 1962, n. 230, che impone la forma scritta del termine e consente il ricorso all'istituto solo in ipotesi tassativamente stabilite, in mancanza delle quali il contratto si reputa a tempo indeterminato. Inoltre, vengono disciplinate con rigore sia la proroga del contratto, che la riassunzione a termine del medesimo lavoratore e la prosecuzione di fatto dell'attività lavorativa dopo la scadenza del termine, anch'essa sanzionata con la trasformazione a tempo indeterminato del contratto originario.

In seguito alla prima grande crisi economico-occupazionale, alla fine degli anni '70, si verifica un nuovo mutamento dell'istituto nel senso della progressiva riduzione delle precedenti rigidità, con conseguente ampliamento delle aree di legittimo ricorso al contratto a termine, a fini di riduzione della disoccupazione e di una maggiore flessibilità dell'organizzazione aziendale. In particolare, vengono ammesse nuove ipotesi di

legittima apposizione del termine sia per le punte stagionali nel settore dei trasporti che nelle casistiche individuate dai contratti collettivi (pur con limiti quantitativi percentuali rispetto all'organico aziendale).

Il ruolo dell'autonomia collettiva sulla materia risulta così rafforzato al punto che con "avviso comune" delle parti sociali si adotta uno schema di provvedimento legislativo di riforma della materia, orientato ad una ancora maggiore flessibilità dell'istituto, schema che viene recepito nel D.Lgs. 6 settembre 2001, n. 368. Tale decreto riformula integralmente la disciplina previgente, stabilendo una serie di regole, alcune delle quali sono state poi corrette da interventi successivi (che si esamineranno più approfonditamente nell'analisi dei singoli aspetti che caratterizzano l'istituto), fra i quali emergono la fissazione di una indennità onnicomprensiva nel caso di "ricostituzione" del contratto a termine illegittimo in contratto a tempo indeterminato (art. 32, co. 5. L. 4 novembre 2010, n. 183, come autenticamente interpretato dall'art. 1, co. 13, L. 28 giugno 2012, n.92) e la "acausalità" del primo contratto a termine, ossia la possibilità di stipulare un primo contratto a tempo determinato senza indicare le ragioni per le quali si fa ricorso all'istituto.

Il contratto a termine (oggi disciplinato dal D.Lgs. 6 ottobre 2001, n. 368, così come modificato dalla L. 28 giugno 2012, n. 92, c.d. Riforma lavoro (art. 1, co. 9-13) e dalla L. 7 agosto 2012, n. 134, di conversione del D.L. 22 giugno 2012, n. 82, c.d. Legge Sviluppo 2012) è esplicitamente considerato un'eccezione rispetto al contratto a tempo indeterminato ai densi dell'art.1 , co. 01, D.Lgs. n. 368/2001, sostituito dall'art. 1, co. 9, lett. a), L. n. 92/2012, secondo cui "*il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro*"[1].

[1]Per la non riconducibilità del contratto a termine a strumento comune di assunzione al lavoro, cfr. Cass. 17 novembre 2010, n. 23234, in "Pratica del lavoro", 2011, p. 157; Cass. 27 aprile 2010, n. 10033, in "Rivista italiana di diritto del lavoro", con nota di E. Raimondi, *La Cassazione conferma la natura temporanea delle causali giustificative del termine;* Cass. 16 marzo 2010, n. 6328, in "Lavoro e previdenza oggi", 2010, p. 685, con nota di M. Di Francesco, *Lavoro a tempo determinato ed indicazione di due o più causali giustificatricidel termine*; Cass. 1 febbraio 2010, n. 2279, in "Rivista italiana di diritto del lavoro", 2010, II, p. 754, con nota di F. Marinelli, *La Cassazione chiarisce la portata dell'onere di specificazione delle ragioni giustificative del termine*; Cass. 21 maggio 2008, n. 12985, in "Massimario di giurisprudenza del lavoro", 2008, p. 638, con nota critica di A. Vallebona, *Sforzi interpretativi per una distribuzione inefficiente dei posti di lavoro stabili*; in "Rivista italiana di diritto del lavoro", 2008, II, p. 891, con nota di A. Olivieri, *La cassazione e il rasoio di Ockham al contratto a termine: la spiegazione più semplice tende a essere quella esatta*. Per la giurisprudenza di merito, cfr. App. Firenze 6 marzo 2012; Trib. Rieti 9 febbraio 2012, in "Guida al lavoro", 2012, fasc. 26, p. 44; Trib. Roma 14 gennaio 2010; Trib. Roma 14 ottobre 2009; Trib. Milano 30 ottobre 2007, in "Il lavoro nella giurisprudenza", 2008, p. 425. Prima dell'entrata in vigore della L. n. 247/2007,

Non muta, tuttavia, l'impianto normativo di base. Il contratto a termine [2] è un contratto di lavoro subordinato la cui durata è determinata

si era discusso se il contratto a termine (stante l'ampiezza della formula relativa alle causali di cui all'art. 1, co. 1, D.Lgs. n. 368/2001) potesse essere considerato un'eccezione rispetto al contratto a tempo indeterminato (come già previsto, a suo tempo, dall'art. 1, L. n. 230/1962): Trib. Bologna 2 dicembre 2004, n. 1137, in "Argomenti di diritto del lavoro", 2005, p. 655, con nota di commento di A. Miscione, *L'apposizione del termine al contratto di lavoro: questioni interpretative sulla temporaneità delle esigenze datoriali* (615). Per la tesi della pari dignità fra contratto a termine e contratto a tempo indeterminato, alternativo a quest'ultimo, cfr. A. Vallebona, *La nuova disciplina del lavoro a termine*, in "Il diritto del lavoro", 2002, I, p. 1 ss. In senso contrario, cfr. Cass. 21 maggio 2002, n. 7468, in "Orientamenti di giurisprudenza del lavoro", 2002, p. 273, con nota di L. Degan, *Contratto a termine: l'esordio della nuova disciplina nella giurisprudenza di legittimità*, che - sia pure con un *obiterdictum* - ha affermato che "il termine costituisce deroga d'un generale sottinteso principio: il contratto di lavoro subordinato, per sua natura, non è a termine", seguita da: Trib. Arezzo 14 giugno 2002, in "Il Foro Toscano", 2003, p. 218; App. Salerno 18 settembre 2002, in "Il lavoro nella giurisprudenza", 2003, p. 188; Trib. Ravenna 7 ottobre 2003, *ivi*, 2004, p. 1283, con nota di P. Nodari, *Interpretazione della clausola generale che giustifica l'apposizione del termine*; Trib. Milano 13 novembre 2003, in "D & L Rivista critica di diritto del lavoro", 2003, p. 936; App. Milano 9 dicembre 2003, *ivi*, 2004, p. 78; Trib. Milano 8 gennaio 2004, in "Giustizia civile", 2005, I, p. 813; Trib. Milano 21 aprile 2004, in "D & L Rivista critica di diritto del lavoro", 2004, p. 319; App. Bologna 22 novembre 2004, in "Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale *News*", 2005, 1, p. 17; Trib. Milano 25 novembre 2004 e Trib. Monza 18 gennaio 2005, in "D & L Rivista critica di diritto del lavoro", 2005, p. 152, con nota di s. Chiusolo, *Primi orientamenti giurisprudenziali sulla riforma del contratto a termine*; Trib. Firenze 4 aprile 2005, in "Lavoro e previdenza oggi", 2005, p. 1821; App. Bari 20 luglio 2005, in "D & L Rivista critica di diritto del lavoro", 2005, p. 758; App. Firenze 11 luglio 2006, n. 959, in "Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale", 2007, II, p. 459, con nota di L. Menghini, *Contratto a termine, sue finalità, costituzione, contrattazione collettiva e poteri del giudice*.

[2] Sulle diverse problematiche del contratto a tempo determinato, cfr., per la dottrina più recente, A. Bellavista – A. Garilli – M. Marinelli (a cura di), *Il lavoro a termine dopo la legge 6 agosto 2008, n. 133. Privato e pubblico a confronto*, Torino, Giappichelli, 2009; M. Biagi (a cura di), *Il nuovo lavoro a termine*, Milano, Giuffrè, 2002; S. Ciucciovino, *Il sistema normativo del lavoro temporaneo*, Torino, Giappichelli, 2008; Id., *Il contratto a tempo determinato: la prima stagione applicativa del d.lgs. n. 368 del 2001*, in "Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali", 2007, p. 455 ss.; M. Cottone, *Il lavoro a tempo determinato,* in F. Carinci – A. Pizzoferrato (a cura di), *Diritto del lavoro dell'unione europea*, Torino, Utet, 2010, p. 606 ss; L. Di Paola – I. Fedele, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, Giuffrè, Milano, 2011; M. D'Onghia – M. Ricci, *Il contratto a termine nel lavoro privato e pubblico*, Milano, Giuffrè, 2009; G. Ferraro, *Tipologie di lavoro flessibile*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 33 ss.; Id. (a cura di), *Il contratto di lavoro a tempo determinato,* Torino, Giappichelli, 2008; G. Franza, *Il lavoro a termine nell'evoluzione dell'ordinamento*, Milano, Giuffrè, 2010; A. Garilli – M. Napoli (a cura di), *Il lavoro a termine in Italia ed in Europa*, Torino, Giappichelli, 2003; S. Giubboni, *Il contratto di lavoro a tempo determinato nella Legge n. 183 del 2010*, in "Rivista italiana di diritto del lavoro", 2011, I, p. 227 ss.; M. Magnani, *Ancora sul contratto di lavoro a termine: tanto rumore per nulla?*, in *Scritti in onore di E. Ghera*, Bari, Cacucci, 2008, p. 631 ss.; A. Maresca, *Apposizione del termine, successione di contratti a tempo determinato e nuovi limiti legali (primi problemi applicativi dell'art*. 5, *commi 4*-bis *e* ter, *d.lgs. 368/2001*, in *Scritti in onore* di

da condizioni oggettive che consistono nel completamento di un compito specifico, entro una certa data, o entro il verificarsi di un evento specifico (Direttiva del Consiglio dell'Unione 28 giugno 1999, n.1999/70/CE, clausola 3, co. 1) [3].

E. Ghera, cit., p. 666 ss.; L. Menghini (a cura di), *La nuova disciplina del lavoro a termine*, Milano, Ipsoa ed., 2002; Id., *Contratto a termine: nuove regole*, in Aa.Vv. *Commentario alla riforma Fornero*, in "Diritto e pratica del lavoro", 2012, Suppl. n. 33, p. 93 ss.; Id., *Il lavoro a termine*, in A. Vallebona (a cura di), *I contratti di lavoro*, I, Torino, Utet, 2009, p. 957 ss.; G. Mimmo, *Decadenza e regime sanzionatorio: come il "collegato lavoro" ha modificato la disciplina del contratto a termine*, in "Argomenti di diritto del lavoro", 2011, p. 87 ss; N. Miranda, *Il nuovo contratto a termine nel lavoro privato e pubblico*, Padova, Cedam, 2007; M. Persiani, *Individuazione delle nuove tipologie tra subordinazione ed autonomia*, in "Argomenti di diritto del lavoro", 2005, p. 25 ss.; R. Pessi, *Le indennità per la conversione del contratto a termine e del contratto di collaborazione coordinata e continuatva*, in Aa. Vv:, *Il collegato lavoro,* in "Giurisprudenza italiana", 2011, p. 2441; Id., *Il contratto a tempo determinato,* in "Argomenti di diritto del lavoro", 2009, p. 297; C. Pisani, *Significato e legittimità costituzionale della disposizione sull'indennità per il lavoro a termine*, ivi, 2011, p. 325; G. Proia, *Il contratto a tempo determinato: le modifiche del 2008*, , in "Argomenti di diritto del lavoro", 2009, p. 691; V. Speziale, *La riforma del contratto a termine nella legge 28 giugno 2012, n. 92,* in *WP CDSLE "MassimoD'Antona.it" – 153/2012*; Id., *Il contratto a termine*, in *Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro. Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*, Pesaro e Urbino, 24-25 maggio 2002, Milano, Giuffrè, 2003, p. 399 ss.; P. Tosi, *Il contratto di lavoro a tempo determinato nel "collegato lavoro" alla legge finanziaria*, "Rivista italiana di diritto del lavoro", 2010, I, p. 473 ss.; A. Vallebona, *La riforma del lavoro 2012*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 17 ss; Id., *Lavoro a termine illegittimo per il collegato lavoro 2010: l'indennità per il periodo fino alla sentenza*, in "Il lavoro nella giurisprudenza", 2011, p. 37 ss.; Id., *La riforma dei lavori*, Padova, Cedam, 2004; A. Vallebona – C. Pisani, *Il nuovo lavoro a termine*, Padova, Cedam, 2001; A. Vallebona - S. Visonà – R. Romei, *Questioni sul contratto a termine*, in "Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali", 2008, p. 291 ss.

[3] Tale direttiva recepisce l'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso in data 18 marzo 1999 dall'UNICE (Unione delle confederazioni delle industrie della Comunità europea), dal CEEP (Centro Europeo dell'impresa a partecipazione pubblica) e dalla CES (Confederazione europea dei sindacati). Sulla direttiva comunitaria, cfr. M. Biagi, *La nuova disciplina del lavoro a termine: prima (controversa) tappa del processo di modernizzazione del mercato del lavoro italiano*, in M. Biagi (a cura di), *Il nuovo lavoro a termine*, cit., p. 3 ss.; M. De Luca, *Direttiva comunitaria in materia di lavoro a tempo determinato: attuazione nei paesi dell'Unione Europea*, in "Il Foro italiano", 2002, IV, p. 93 ss.; M. Malizia, *Profili interpretativi ed applicativi della direttiva comunitaria sul lavoro a tempo determinato nei principali ordinamenti europei*, in "Massimario di giurisprudenza del lavoro, 2011, p. 816"; L. Montuschi, *Ancora nuove regole per il lavoro a termine*, in "Argomenti di diritto del lavoro", 2002, p. 41 ss.; G. Pera, *La strana storia dell'attuazione della direttiva Ce sui contratti a termine*, in "Il lavoro nella giurisprudenza", 2001, p. 305 ss.; G. Santoro Passarelli (a cura di), *Attuazione della direttiva n. 70/99/CE relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso dall'UNICE, dal CEEP e dal CES*, in "Le nuove leggi civili commentate", 2002, p. 25 ss; M. Viceconte, *L'ambito di applicazione della Direttiva 199/70/CE del Consiglio dell'Unione europea 28 giugno 1999 relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato*, in "Lavoro e previdenza oggi", 2010, p. 635 ss. V. anche Cass. 21 novembre 2011, n. 24479, in "Diritto e pratica del lavoro", 2012, 314, con nota di S. Servidio, *Lavoro subordinato: apposizione di termine non giustificato (306*).

Il contratto a tempo determinato si differenzia da quello a tempo indeterminato per l'elemento accidentale del "termine" (o "clausola di durata" o "termine finale di efficacia") apposto dalle parti [4].

Il termine di durata del contratto può essere stabilito (art. 1, co. 2, D.Lgs. n. 368/2001) sia direttamente: in tale ipotesi, le parti indicano in modo esplicito la data finale di durata del contratto di lavoro. Nel caso in cui il termine sia espressamente indicato, il datore di lavoro dovrà aver cura che permanga – fino alla data di scadenza fissata – il diretto collegamento tra l'attività svolta e le ragioni specificate nel contratto individuale; che indirettamente: in questa ipotesi, la data finale è connessa ad un evento che si verificherà sicuramente, ma non si sa esattamente quan-

[4] Il *termine iniziale* del contratto indica il momento in cui la prestazione va eseguita ed il rapporto giuridico comincia ad espletare i propri effetti; il *termine finale*, invece, determina la prestazione sotto il profilo quantitativo, indicando il momento in cui cessano gli effetti del contratto. In tema, cfr. V. Cassì, *La durata della prestazione di lavoro*, II, *Il termine*, Milano, Giuffrè, 1961, p. 29 ss.; A. Cataudella, *I contratti, Parte generale*, Torino, Giappichelli, 1990, p. 70 ss; A. Di Majo, *Elementi accidentali del contratto*, in M. Bessone (a cura di), *Istituzioni di diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2004. Sulla importanza assunta dall'estensione temporale nella struttura dell'obbligazione, cfr. P. Ichino, *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro,* I, *Continuità, elasticità e collocazione temporale della prestazione lavorativa subordinata*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 16 ss. Nell'ambito del rapporto di lavoro, la determinazione temporale esplica diverse funzioni e può essere analizzata sia da un punto di vista statico, come elemento accidentale del negozio, che indica l'inizio e la fine del negozio stesso (termine), sia come elemento dinamico. In quest'ultimo caso, essa individua il decorso del tempo in cui si esplicano gli effetti negoziali, in altre parole, la durata del rapporto, che intercorre fra momento iniziale e momento finale del rapporto medesimo. Nei contratti di durata, come noto, l'esecuzione della prestazione non è istantanea, ma duraturae tale caratteristica costituisce il contenuto dell'obbligazione ed entra nella causa del contratto. La durata risponde, cioè, "alla continuità di un interesse e della sua soddisfazione" nel senso che il protrarsi nel tempo dell'adempimento è condizione perché si attui la volontà delle parti. E' questo il caso del contratto di lavoro (obbligazione di durata) in cui la durata attiene alla funzione del contratto in quanto produttivo di effetti non istantanei, ma destinati a protrarsi nel tempo. In altre parole, nei contratti di durata, la prestazione viene determinata in funzione del tempo e nel tempo si esplica l'adempimento continuato. Il contratto di lavoro subordinato è dunque un contratto di durataperché il tempo "è utile in sé" (il lavoratore è assunto per mettere a disposizione nel tempo le sue energie). La durata del contratto di lavoro riguarda, pertanto, l'adempimento dell'obbligazione. E' la prestazione continuativa come tale che denota la causa del contratto e concretizza l'adempimento. Cfr. P. Ichino, *Il tempo della prestazione,* cit., p. 29; G. Oppo, *I contratti di durata*, in "Rivista di diritto commerciale", 1943, I, p. 144 ss. e 150, 156, 166, 169; A. Perulli, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, in A. Cicu – F. Messineo (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, XXVII, Milano, Giuffrè, 1996, p. 208 ss.. Pertanto, il contratto di lavoro (sia a tempo indeterminato che determinato) è un contratto di durata ad adempimento continuato. In questo senso, cfr. A. Olivieri, *La natura giuridica del termine nel contratto di lavoro: alcuni spunti di riflessione*, in "Rivista italiana di diritto del lavoro", 2010, I, p. 379.

do (*eventuscertus an sedincertus quando*), come, ad esempio, nel caso di rientro di una lavoratrice dalla maternità, oppure nel caso di compimento di un'opera o di un servizio.

2. *Le causali di apposizione del termine: le ragioni tecniche, produttive, organizzative o sostitutive*

In via generale, l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato è consentita "a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili alla ordinaria attività del datore di lavoro": c.d. causali di apposizione del termine (art. 1, co. 1, D.Lgs. 6 settembre 2001, n. 368, come modificato dall'art. 21, co. 1, L. 6 agosto 2008, n. 133) [5].

E' comunque prevista una esenzione dal vincolo delle causali nel

[5] Risulta, quindi, superato il precedente sistema fondato sulla "tassatività" delle causali previsto dalla L., n. 230/1962, espressamente abrogata dall'art. 11, co. 1, D.Lgs. n. 368/2001. Secondo l'abrogata normativa (art. 1, co. 1, L. n. 230/1962), il contratto di lavoro era reputato "a tempo indeterminato", salvo le eccezioni previste dalla legge (art. 1, co. 2, L. n. 230/1962) o dai contratti collettivi (art. 23, co. 1, L. 28 febbraio 1987, n. 56) (c.d. metodo "tabellare"): a) Ipotesi legali. La L. n. 230/1962 consentiva la stipulazione del contratto a termine: a) per attività stagionali; b) per la sostituzione di lavoratori assenti con diritto alla conservazione del posto; c) per l'esecuzione di un'opera o di un servizio definiti e predeterminati nel tempo aventi carattere straordinario od occasionale; d) per le lavorazioni a fasi successive che richiedono maestranze diverse, per specializzazioni, da quelle normalmente impiegate; e) per specifici spettacoli ovvero specifici programmi radiofonici o televisivi; f) per le assunzione effettuate da aziende di trasporto aereo o da aziende esercenti i servizi aeroportuali; b) Ipotesi contrattuali. L'art. 23, co. 1, L. n. 56/1987 consentiva la stipulazione del contratto a termine nelle ipotesi individuate dai contratti collettivi di lavoro stipulati dai sindacati nazionali o locali aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale. I contratti collettivi potevano stabilire il numero in percentuale dei lavoratori assumibili con contratto di lavoro a termine rispetto al numero dei lavoratori impiegati a tempo indeterminato. Nel senso che la disposizione di cui all'art. 23, co. 1, L. n. 56/1987 "ha attribuito una delega in bianco ai sindacati per la previsione di ipotesi, ulteriori a quelle previste dalla legge, in cui è legittima la stipulazione di contratti di lavoro a tempo determinato", cfr. Cass. S.U. 2 marzo 2006, n. 4588, in "Il lavoro nella giurisprudenza", 2006, p. 781, con nota di P. Nodari, *Fonte collettiva dei contratti a termine e causali soggettive*. La pronuncia delle Sezioni Unite è stata seguita da Cass. 23 agosto 2006, n. 18378, in "Repertorio del Foro italiano", 2008, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 854; Cass. 4 agosto 2008, n. 21062; *ivi*, 2008, voce cit., n. 967; Cass. 28 novembre 2008, n. 28450, ivi, 2008, voce cit., n. 957; Cass. 23 giugno 2009, n. 14657, *ivi*, 2009, voce *Cassazione civile*, n. 206; Cass. 27 gennaio 2010, n. 1752, in "Argomenti di diritto del lavoro", 2010, 757, con nota di A. Lima, *Il lavoro a termine con Poste Italiane S.p.A. "autorizzato" dalla contrattazione collettiva e l'interpretazione degli accordi attuativi*; Cass. 28 giugno 2011, n. 14283, in "Il lavoro nella giurisprudenza", 2011, p. 952; Cass. (ord.) 24 febbraio 2012, n. 2912.

caso di primo contratto a termine di durata non superiore a 1 anno "per lo svolgimento di qualunque tipo di mansione" (art. 1, co 1-*bis*, D. Lgs. n. 368/2001).

In considerazione del tenore letterale della disposizione, che si riferisce al "primo rapporto a tempo determinato", si può affermare che il contratto a tempo indeterminato rimane "primo" (e, quindi, non richiede alcuna giustificazione) quando il contratto stipulato in precedenza dal lavoratore con lo stesso datore di lavoro era a tempo indeterminato e, quindi, anche nell'ipotesi di apprendistato, lavoro intermittente, part time e lavoro a progetto (quest'ultimo, essendo un lavoro autonomo). Per altro verso**,** il ricorso ad un contratto a tempo determinato "acausale" non è ammesso se siano già intercorsi tra le parti precedenti contratti a tempo determinato (Min. Lav. Circ. 18 luglio 2012, n. 18). Ci si chiede, tuttavia, se tale limite riguardi anche contratti per mansioni completamente diverse dalle precedenti, propendendosi per una soluzione positiva salva la possibilità di provare la frode alla legge[6].

In ogni caso, poi, è necessario individuare l'intervallo di tempo idoneo ad escludere la successione tra due contratti a termine (*acasuali*). Tale successione **"**può essere esclusa in via interpretativa solo in presenza di un congruo intervallo tipicamente idoneo ad evitare rischi di precarizzazione, che la giurisprudenza comunitaria individua in tre mesi, mentre la lettura sistematica dell'ordinamento italiano sembra condurre ad un intervallo di quattro mesi pari a quello sancito per la libera autodeterminazione del lavoratore di impugnazione del termine" (*ex* art. 32, co.3, L. n. 183/2010, come modificato dall'art. 1, co. 11, L. n. 92/2012). E' fatta salva, "nonostante il rispetto di questo intervallo, la prova da parte del lavoratore della frode alla legge desumibile, ad esempio, dall'utilizzo a rotazione degli stessi lavoratori a termine nella stessa azienda o nello stesso gruppo"[7].

[6] In questo senso, L. Menghini, *Contratto a termine: nuove regole*, in Aa.Vv., *Commentario alla riforma Fornero*, in "Diritto e pratica del lavoro", Supplem., 2012, fasc. 33, p. 97.

[7] In tal senso, A. Vallebona, *Breviario di diritto del lavoro*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 450-45. Per la giurisprudenza comunitaria, v. Corte di Giustizia CE (ord.) 12 giugno 2008, C-364/07, c.d. ordinanza Vassilakis. Per l'insufficienza di intervalli più brevi, cfr. Corte di Giustizia CE. 4 luglio 2006, causa C-212/04 (Adeneler e altri), in "Il Foro italiano", 2007, I, c. 343, con nota di L. De Angelis, *Il contratto di lavoro a termine nelle pubbliche amministrazioni alla luce della giurisprudenza comunitaria: spunti di riflessione*, e in "Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale", 2006, II, p. 602, con nota di A. Gabriele, *Il meccanismo sanzionatorio per l'illegittima successione di contratti a termine alle dipendenze della P.A. al vaglio della Corte di Giustizia;* Corte diGiustizia CE III sez., 23 aprile 2009, cause riunite da C-378/07 a C-380/07, c.d. sentenza Angelidaki, e la relativa nota di. M. Miscione, *La Corte di Giustizia sul contratto a termine e la clausola di non regresso*, in "Il lavoro nella giurispru-

Va poi rilevato che, la durata massima, pari a 12 mesi, del primo rapporto a termine privo di motivazioni non costituisce una franchigia o comunque un periodo frazionabile nell'ambito del quale si è sempre esonerati dall'individuazione delle ragioni giustificatrici. Se, ad esempio, il primo rapporto ha una durata di soli 3 mesi, in caso di un successivo contratto a termine dovranno essere indicate le ragioni. Ciò, vale anche per l'ipotesi di successiva missione a termine, dal momento che la successione che impone la necessità di giustificare il termine è anche quella tra lavoro a tempo determinato e somministrazione a termine, "stante l'analogia di funzione e disciplina tra i due istituti, non a caso abbinati nella norma in esame. E' vero, infatti, che cambia il datore di lavoro, ma la prestazione è svolta in entrambi i casi nella stessa azienda e per lo stesso utilizzatore."[8]

In alternativa, i contratti collettivi possono prevedere - direttamente a livello interconfederale o di categoria ovvero, in via delegata, ai livelli decentrati - che il vincolo delle causali non operi per le assunzioni a termine relative a particolari processi produttivi(di cui all'art. 5, co. 3, D.Lgs. n. 368/2001, e cioè: avvio di una nuova attività, lancio di un prodotto o di un servizio innovativo; implementazione di un rilevante cambiamento tecnologico; fase supplementare di un significativo progetto di ricerca e sviluppo; rinnovo o proroga di una commessa consistente), entro il limite del 6% del totale dei lavoratori occupati nella stessa unità produttiva (art. 1, co. 1-*bis*, D.Lgs. n. 368/2001, introdotto dall'art. 1, co. 9, lett. b), L. 28 giugno 2012, n. 92, c.d. Riforma lavoro)[9].

Tale previsione privilegia i contratti collettivi interconfederali e nazionali, sancendo una sorta di gerarchia tra i diversi livelli di contrattazione collettiva (dal momento che contratti decentrati possono interve-

denza, 2009, p. 437 ss. La legge non ha previsto per i "primi" rapporti a termine la possibilità, per i contratti collettivi, di imporre limiti quantitativi.. Del resto, l'art. 10, co. 7, del decreto in questione prevede tali limiti solo per i contratti di cui all'art. 1, co. 1, non co. 1 bis. Tuttavia, non può essere esclusa la possibilità che detto limite sia stabilito "non sembrando decisiva l'omessa introduzione nella disposizione su i limiti quantitativi di un espresso richiamo al comma 1 bis dell'articolo 1, anche perché tale richiamo non è neppure nell'elenco dei casi 'esenti dal limite quantitativo" in base al ricordato art. 10, co.7, D.Lgs, n. 368/2001. Così, A. VALLEBONA, *Breviario*, cit., p. 451.

[8] Così, A. VALLEBONA, *La riforma*, cit., p. 19.

[9] La previsione sembra meno favorevole alle aziende rispetto alla libertà, senza limiti percentuali, del primo contratto a termine. Il ricorso a tale ipotesi consentirebbe, peraltro un controllo giudiziale sulla sussistenza delle esigenze temporanee dell'impresa, di cui all'art. 5, co. 3. Per un giudizio critico, v. L. MENGHINI, *Contratto a termine: nuove regole,* cit., p. 101; A. VALLEBONA, *La riforma*, cit., pp. 20-21.

nire solo "in via delegata")[10]. Ciò, in controtendenza con l'art. 8, co. 1 e 2, lett. c), L. 14 settembre 2011, n. 148[11], di conversione del D.L. 13 agosto 2011, n. 138, che, come noto, ha previsto la possibilità, da parte della contrattazione collettiva territoriale e/o aziendale (c.d. "contrattazione di prossimità"), di introdurre discipline derogatorie alle previsioni di legge e dei contratti nazionali su determinate materie, quali il contratto a termine.

Secondo il prevalente orientamento dottrinale e giurisprudenziale, le causali di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo sono individuabili in ragioni tecniche: ad esempio, il datore di lavoro ha necessità di disporre di personale specializzato per l'esecuzione di specifiche lavorazioni che non possono essere realizzate dagli altri dipendenti dell'azienda; produttive: ad esempio, l'impresa deve fronteggiare situazioni o richieste di mercato al di sopra della media che non sia possibile soddisfare con il normale organico [12]; organizzative: ad esempio, il datore di lavoro ha necessità di attuare processi riorganizzativi conseguentiall'introduzione e/o sperimentazione di nuove tecnologie, prodotti o servizi [13]; sostitutive: il contratto a termine "sostitutivo" è pos-

[10] Al riguardo, il Ministero del Lavoro ha escluso la possibilità, da parte della contrattazione collettiva decentrata di introdurre una disciplina diversa da quella legale, se non espressamente delegata a livello interconfederale o di categoria (Min. Lav. Circ. 18 luglio 2012, n. 18, cit.).

[11] La Corte Costituzionale, con sentenza 4 ottobre 2012, n. 221, in "Guida al lavoro", 2012, n. 41, 14, con nota di M. Tiraboschi, *Il via libera della Consulta alla contrattazione di prossimità,* ha escluso che la discplina contenuta nell'art. 8, L. n. 148/2011, sia lesiva delle prerogative legislative delle regioni in materia di mercato del lavoro, nella parte in cui prevede che gli accordi aziendali siano siglati per l'attuazione di alcune finalità (quali promuovere l'occupazione, gestire le crisi aziendali e occupazionali, agevolare nuovi investimenti). Ciò, sul presupposto che i contratti di prossimità, anche quando vengono stipulati per la finalità di incrementare l'occupazione, non hanno competenza a definire misure di politica attiva del lavoro, ma possono modificare solo le regole (legali o collettive) del rapporto individuale del lavoro. V. anche G. Cazzola, *Contrattazione decentrata: nessuna lesione alle prerogative regionali, ivi,* 12.

[12] Cfr. Trib. Milano 21 ottobre 2011, secondo cui la locuzione "ragioni produttive" deve intendersi riferita a quei motivi che ineriscono il rapporto fra il prodotto tipico della società (il risultato della sua attività economica) e l'insieme dei fattori di produzione, ossia dei mezzi impiegati.

[13] Cfr. App. Ancona 8 maggio 2006, in "Diritto e lavoro nelle Marche", 2007, p. 338, secondo cui è configurabile un contratto a termine "per fronteggiare in via temporanea esigenze di carattere straordinario conseguenti a processi di riorganizzazione ivi ricomprendendo un più funzionale riposizionamento di risorse sul territorio, anche derivanti da innovazioni tecnologiche, ovvero conseguenti all'introduzione e/o sperimentazione di nuove tecnologie, prodotti o servizi". Secondo il Min. Lav. Interpello 10 luglio 2009, n. 61, la stipulazione di un contratto a termine per la produzione di un singolo spettacolo o di una serie di spettacoli o per una o più stagioni teatrali o liriche – eventi destinati ad esaurirsi in un arco temporale determinato o comunque determinabile – costituisce una valida ragione di tipo or-

sibile, ad esempio: per sostituire lavoratori assenti per qualunque causa sostitutiva prevista dalla legge o dal contratto collettivo o individuale[14]; con particolare riguardo all'instaurazione di contratti a termine in sostituzione di lavoratrici in maternità, il Testo Unico in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità (D.Lgs. 26 marzo 2001, n. 151, e successive modifiche ed integrazioni) prevede la possibilità di anticipare di 1 mese, salvo periodi superiori previsti dai contratti collettivi, l'assunzione del lavoratore a termine che sostituisce quello/a assente (art. 4, co. 2)[15]; in sostituzione di un lavoratore destinato temporaneamente (trasferta/distacco) presso un'altra sede di lavoro (escluso il trasferimento definitivo); per sostituire un lavoratore temporaneamente inidoneo al lavoro; per far fronte ad esigenze di sostituzione del personale di natura ricorrente o addirittura permanente, in considerazione delle dimensioni dell'impresa e della composizione del suo personale[16]; nel-

ganizzativo o produttivo, legittimante l'apposizione del termine pattuito, ex art. 1, co. 2, D.Lgs n. 368/2001; ciò anche a prescindere da una specifica previsione da parte della contrattazione collettiva. Cfr. anche Trib. Bologna 23 settembre 2009, in "Il lavoro nella giurisprudenza", 2010, p. 95, per cui "l'assunzione a termine dei lavoratori dello spettacolo è legittima qualora sia volta a soddisfare esigenze di produzione e di organico determinate. Il contratto deve pertanto specificare non solo la causale, ma anche in quale singola produzione artistica deve essere impiegato il lavoratore"; Cass. 24 gennaio 2006, n. 1291, in "Diritto e pratica del lavoro", 2009, p. 1908, secondo cui il programma radiotelevisivo "deve essere caratterizzato dalla atipicità o singolarità rispetto a ogni altro programma normalmente e correttamente organizzato dall'azienda nell'ambito della propria ordinaria attività radiofonica e televisiva".

[14] Sull'assunzione a termine per far fronte alle esigenze di servizio causate dall'assenza del personale per ferie, cfr. Cass. 8 marzo 2005, n. 5000, in "Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale", 2006, II, p. 461, con nota di L. Menghini, *Contratto a termine e poste italiane tra vecchia e nuova disciplina*; Trib. Milano 9 aprile 2004, in "D & L Rivista critica di diritto del lavoro", 2004, p. 587, e, con specifico riferimento ai contratti a termine stipulati dalla società Poste Italiane, Cass. 30 agosto 2007, n. 18293, in "Repertorio del Foro italiano", 2007, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 847; Cass. 2 marzo 2007, n. 4933, *ivi*, n. 895; Cass. 9 agosto 2006, n. 17957, in "Diritto e pratica del lavoro", 2007, p. 941; Cass. 10 gennaio 2006, n. 167, in "Il lavoro nella giurisprudenza", 2006, p. 699; Cass. 6 agosto 2004, n. 15297, in "D & L Rivista critica di diritto del lavoro", 2004, p. 903.

[15] I periodi di intervallo obbligatorio tra un contratto a termine ed un altro non devono essere rispettati nell'ipotesi in cui il datore di lavoro intenda assumere, in sostituzione di una dipendente in maternità, una lavoratrice già assunta in precedente, con contratto a termine, per sostituire un'altra dipendente anch'essa assente per maternità (Min. Lav. risposta a quesito back office 4 ottobre 2012). Secondo l'interpretazione ministeriale, la disposizione dell'art. 4, D.Lgs. n. 151/2001 (in forza della quale "in sostituzione delle lavoratrici e dei lavoratori assenti dal lavoro, in virtù delle disposizioni del presente Testo unico, il datore di lavoro può assumere personale con contratto a tempo determinato...") costituisce una *"lex specialis"* che prevale sulla disciplina generale del contratto a termine.

[16] Cfr. Corte di Giustizia UE 26 gennaio 2012, n. C-586/10, in "Rivista di diritto del lavoro", 2012, II, p. 747, con nota di A. Riccobono, *Successione di contratti a termine per esi-*

l'ipotesi di assunzione per sostituzione con scorrimento[17]: il lavoratore assunto a termine per ragioni sostitutive non deve essere necessariamente adibito alle stesse mansioni o allo stesso posto del lavoratore sostituito, dal momento che la sostituzione va intesa nel senso più confacente alle esigenze dell'impresa, a condizione, però, che venga rispettato un criterio di correlazione causale[18]; in sostituzione di lavoratori sospesi nell'ambito di un procedimento disciplinare (indipendentemente dal fatto che il lavoratore sostituito si sia assentato per ragioni imprevedibili e non programmabili (Min. Lav. Circ. n. 42/2002, punto 2.b)).

genze sostitutive permanenti: prevenzione degli abusi e "discrezionalità vincolata" degli Stati membri, e in "Diritto delle relazioni industriali", 2012, 585, relativa ad un procedimento promosso da una lavoratrice tedesca, che aveva prestato servizio per ben undici anni, in forza di tredici contratti successivi a tempo determinato, presso il Land Nordrhein-Westfalen, come assistente di cancelleria del Tribunale distrettuale di Colonia (AmtsgerichtKöln). La Corte ha affermato che è legittimo l'utilizzo di più contratti di lavoro a tempo determinato con il medesimo prestatore di lavoro per far fronte ad esigenze di sostituzione di altri lavoratori, quand'anche tali esigenze sostitutive risultino "ricorrenti" o addirittura "permanenti". Tuttavia, nella valutazione, in un caso concreto, della questione se il rinnovo di un contratto a termine sia giustificato da una ragione obiettiva, quale l'esigenza temporanea di personale sostitutivo, il giudice nazionale deve effettuare un "esame globale" di tutte le circostanze sottese al rinnovo dei contratti a termine, compresi il numero e la durata complessiva dei contratti a tempo determinato in precedenza stipulati con il medesimo datore di lavoro. Attraverso l'esame di tali circostanze, infatti, è possibile accertare se i contratti a termine stipulati in successione - quantunque formalmente conclusi per soddisfare un'esigenza di personale sostitutivo - siano utilizzati in realtà in modo abusivo dai datori di lavoro, dove l'abuso consiste nella richiesta al lavoratore di una prestazione lavorativa che non corrisponde ad una mera esigenza temporanea del datore di lavoro medesimo.

[17] "Non è necessario che sia prospettato lo scorrimento del sostituto su posizioni lavorative diverse da quelle ricoperte dal lavoratore assente" (Trib. Pavia 27 aprile 2006, in "D & L Rivista critica di diritto del lavoro", 2006, p. 458). Cfr. anche Trib. Milano 10 giugno 2008, ivi, 2008, p. 1203, secondo cui "il datore di lavoro che eccepisca il c.d. scorrimento deve dimostrare da un lato che vi sia una relazione necessaria nella concatenazione degli spostamenti e dall'altro che nello scorrimento tra una posizione e l'altra al neoassunto sia stato attribuito un posto di lavoro effettivamente sostitutivo e non aggiuntivo". Nel senso che è sempre necessaria una correlazione causale tra assenza ed assunzione a termine, cfr. Trib. Voghera 1 dicembre 2006, ivi, 2006, p. 1112.

[18] In particolare, secondo Cass. 16 febbraio 2010, n. 3598, in "Guida al lavoro", 2010, fasc. 11, p. 36, la sostituzione: a) deve essere cronologicamente coincidente con l'assenza del lavoratore sostituito; b) non deve necessariamente implicare lo svolgimento delle medesime mansioni del lavoratore sostituito. Il datore di lavoro, in caso di assenza del lavoratore, può riorganizzare l'attività aziendale, con gli spostamenti che ritiene più opportuni, procedendo ad una assunzione a termine con assegnazione non necessariamente alle mansioni del lavoratore sostituito. In ogni caso, però, deve sempre esservi una "correlazione di tipo causale" tra l'attività del lavoratore assunto in sostituzione e quella del lavoratore sostituito. La causa dell'assunzione deve cioè essere comunque riconducibile, eventualmente attraverso più passaggi, alla sostituzione di un lavoratore assente, impedito a

Secondo la giurisprudenza prevalente, e consolidatasi a seguito di una lettura estensiva dell'interpretazione accolta dalla Corte Costituzionale[19], pur non essendo necessario indicare il nome del lavoratore sosti-

svolgere la prestazione. Nella stessa logica ed entro gli stessi limiti, deve ritenersi che in caso di assunzione a termine di un lavoratore in sostituzione di un altro assente, per il periodo dell'assenza il datore potrà esercitare nei confronti del lavoratore a termine quel medesimo *jus variandi* che avrebbe potuto esercitare nei confronti del lavoratore sostituito. Quindi, se assunto un lavoratore in sostituzione, nel corso del rapporto si determina la necessità di far svolgere a quel lavoratore altre mansioni, ciò è possibile, con gli stessi limiti, fissati dall'art. 2103 cod. civ., che sarebbero valsi per il sostituito. Analogamente, cfr. Cass. 10 novembre 2009, n. 23761, in "Pratica del lavoro", 2010, p. 112; Cass. 30 luglio 2003, n. 11699, in "Repertorio del Foro italiano", 2003, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 875.

[19] Cfr. Corte Cost. 14 luglio 2009, n. 214, in "Il Foro italiano", 2010, I, c. 47; in "Massimario di giurisprudenza del lavoro", 2009, p. 653, con nota di A. Vallebona, *Il lavoro a termine negli equilibri della Corte Costituzionale*; in "Argomenti di diritto del lavoro", 2009, p. 1041, con nota di T. Vettor, *Il lavoro a termine nella sentenza della Corte costituzionale n. 214 del 2009*; in "Il lavoro nella giurisprudenza", 2009, p. 1005, con nota di V. De Michele, *La sentenza «Houdinì» della Corte costituzionale sul contratto a tempo determinato*; in "Diritto delle relazioni industriali", 2009, p. 737 ss., con nota di A. Bollani, *La disciplina del lavoro a termine di fronte alla Corte costituzionale*; in "Rivista italiana di diritto del lavoro", 2009, II, p. 870 ss., con nota di F. Marinelli, *La Corte costituzionale si pronuncia sulla norma «antiprecari». Brevi note a margine di una sentenza in equilibrio fra detto e non detto.* La Corte, con sentenza interpretativa di rigetto, confermata dalle successive Corte Cost. (ord.) 4 dicembre 2009, n. 325 in "Giurisprudenza costituzionale", 2010, p. 736 e Corte Cost. (ord.) 24 febbraio 2010, n. 65, ivi, 2009, p. 4888 ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 1 e 11, D.Lgs n. 368/2001 (che, per la causale sostitutiva, consentono di non richiedere più la specificazione del nome del lavoratore sostituito e della causa della sostituzione), sollevata da Trib. Trani (ord.) 21 aprile 2008, in "Massimario di giurisprudenza del lavoro", 2008, p. 571, con nota di A. Vallebona, *Lavoro a termine: effetti travolgenti della mancanza di delega*, e riproposta dallo stesso Trib. Trani (ord.) 21 febbraio 2011, in "Guida al lavoro", 2011, fasc. 12, p. 18, con nota di F. M. Putaturo Donati, *Contratto a termine e causale sostitutiva: nuova questione di legittimità costituzionale* e in "Rivista italiana di diritto del lavoro", 2011, II, p. 1076, con nota di A. Consolini, *Onere di specificazione della ragione sostitutiva apposta al contratto a termine: una nuova questione di legittimità costituzionale.* Successivamente, la Corte di Giustizia CE 24 giugno 2010, C-98/09 (in "Massimario di giurisprudenza del lavoro", 2010, p. 633, con nota di A. Vallebona, *Lavoro a termine: il limite comunitario al regresso delle tutele e i poteri del giudice nazionale*; in "Rivista italiana di diritto del lavoro", 2010, II, p. 1042, con nota di L. Zappalà, *Il ricorso al lavoro a termine per ragioni sostitutive tra interpretazione costituzionalmente orientata e giudizio sulla violazione della clausola di non regresso*, e in "Diritto delle relazioni industriali", 2010, p. 1224, con nota di L. Corazza, *La Corte di giustizia e la disciplina italiana sul lavoro a termine: sulla dubbia effettività della clausola di non regresso*) ha rilevato che il principio comunitario di "non regresso" di cui alla clausola 8.3 dell'Accordo quadro sul lavoro a termine del 1999 non è da considerare ostativo "ad una normativa nazionale, come quella italiana, che ha eliminato l'obbligo per il datore di lavoro di indicare nei contratti a termine il nome del lavoratore da sostituire ed il motivo della sostituzione, purché dette nuove condizioni siano compensate dall'adozione di altre garanzie o misure di tutela oppure riguardino unicamente una categoria circoscritta di lavoratori con un contratto di lavoro a tempo determinato, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare".

tuito, l'onere di specificazione delle ragioni sostitutive è correlato alla finalità di assicurare la trasparenza e la veridicità della causa di apposizione del termine e l'immodificabilità della stessa nel corso del rapporto, potendosi operare una distinzione tra realtà aziendali elementari (nelle quali è possibile indicare il nome del/i lavoratore/i da sostituire e la causa della sostituzione) e complesse, nelle quali, non essendo possibile operare agevolmente tale indicazione, l'enunciazione dell'esigenza di sostituire lavoratori assenti deve essere integrata dall'indicazione di elementi ulteriori, che consentano di determinare il numero dei lavoratori da sostituire, ancorché non identificati nominativamente, quali l'ambito territoriale di riferimento, il luogo della prestazione lavorativa, le mansioni dei lavoratori da sostituire, il diritto degli stessi alla conservazione del posto di lavoro, la verifica della corrispondenza quantitativa tra il numero dei lavoratori assunti con contratto a termine per lo svolgimento di una determinata funzione aziendale e le scoperture che quella stessa funzione si sono realizzate nel periodo dell'assunzione[20].

Il contratto a termine stipulato per ragioni sostitutive non è soggetto ai limiti quantitativi eventualmente introdotti dalla contrattazione collettiva (*ex* art. 10, co. 7, lett. b), D.Lgs. n. 368/2001) e al contributo addizionale dell'1,4% della retribuzione imponibile ai fini previdenziali introdotto, a partire dal 1 gennaio 2013, per il finanziamento del nuovo istituto dell'Assicurazione Sociale per l'Impiego, c.d. ASPI (art. 2, co. 29, L. 28 giugno 2012, n. 92).

3. *Caratteristiche delle causali di apposizione del termine*

Le causali di legittima apposizione di un termine di durata al contratto di lavoro possono, secondo i diversi orientamenti della dottrina e

[20] Cfr. Cass. 15 dicembre 2011, n. 27058, in "Guida al lavoro", 2012, fasc. 4, p. 52; Cass. 7 luglio 2011, n. 14990, ivi, 2011, fasc. 37, p. 31; Cass. 6 luglio 2011, n. 14868; Cass. 24 maggio 2011, n. 11358, in "Pratica del lavoro", 2011, p. 1225; Cass. 7 febbraio 2011, n. 2990; Cass. 25 gennaio 2011, n. 1724, in "Guida al lavoro", 2011, fasc. 12, p. 51, relativa al particolare caso delle realtà aziendali complesse nelle quali la sostituzione non è riferita ad una singola persona, ma ad una funzione produttiva specifica; Cass. (ord.) 16 novembre 2010, n. 23119, in "Repertorio del Foro italiano", 2010, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 918; Cass. 28 aprile 2010, n. 10175; Cass. 26 gennaio 2010, nn. 1576 e 1577, in "Diritto delle relazioni industriali", 2010, 460, con nota di S. Ciucciovino, *La necessaria elasticità dell'onere di specificazione delle ragioni di apposizione del termine al contratto di lavoro*; in "Rivista italiana di diritto del lavoro", 2010, II, p. 742, con nota di V. Durazzo, *L'onere di specificazione delle ragioni sostitutive nel contratto a termine al vaglio della Corte di Cassazione.* Per la giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Milano 25 ottobre 2011, in "Il lavoro nella giurisprudenza", 2012, p. 197.

della giurisprudenza, riferirsi ad esigenze temporanee[21] o permanenti[22]; possono, cioè, "essere ravvisate anche in situazioni nelle quali il datore di lavoro ha un'esigenza di lavoro stabile o, comunque, non sa, *ex ante*,

[21] A favore della "temporaneità" delle esigenze sottese alle causali di apposizione del termine, cfr. R. Altavilla, *I contratti a termine nel mercato differenziato*, Milano, Giuffrè, 2001; F. Balestrieri, *Brevi osservazioni sulla nuova disciplina del contratto a tempo determinato (d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368)*, in "Argomenti di diritto del lavoro", 2002, p. 159; G. Dondi, *Appunti sulla nuova disciplina del lavoro a termine*, in "Il lavoro nella giurisprudenza", 2002, p. 33; G. Ferraro (a cura di), *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 82; S. Hernandez, *Cause giustificatrici del contratto a termine ed eventuale nullità del contratto in assenza delle medesime*, in "Il diritto del lavoro", 2002, I, p. 32; A. Miscione, *L'apposizione del termine…*, cit., 615 ss.; M. Papaleoni, *Le linee fondamentali della nuova disciplina del rapporto di lavoro a tempo determinato*, in "Argomenti di diritto del lavoro", 2002, p. 664; V. Speziale, *La riforma del contratto a tempo determinato*, in "Diritto delle relazioni industriali", 2003, p. 232; S. Visonà, *Questioni sul contratto a termine*, in "Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali", 2008, p. 302. In giurisprudenza, cfr. Cass. 26 gennaio 2010, n. 1577, cit. e, per la giurisprudenza di merito, Trib. Milano 16 gennaio 2012; Trib. La Spezia 23 dicembre 2011, secondo cui "le ragioni che sorreggono il termine debbono avere (…) il carattere della temporaneità e della occasionalità"; Trib. Bassano del Grappa 28 settembre 2009, in "Guida al lavoro", 2010, fasc. 19, p. 49, secondo cui "le esigenze tecniche, produttive o organizzative, che consentono l'apposizione del termine devono essere necessariamente temporanee. Il rapporto tra contratto di lavoro a tempo determinato ed indeterminato va inteso nel senso che il primo si fonda su esigenze temporanee, mentre il secondo su esigenze di natura stabile"; Trib. Milano 29 maggio 2009, in "D & L Rivista critica di diritto del lavoro", 2009, p. 437, con nota di G. Cordedda, *Le ragioni giustificatrici del contratto a termine e ruolo della contrattazione collettiva*; Trib. Reggio Calabria 20 luglio 2007, in "Il Foro italiano", 2008, I, c. 294; Trib. Milano 12 luglio 2007, in "D & L Rivista critica di diritto del lavoro, 2007, p. 1067; Trib. Genova 14 novembre 2006, in "Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale", 2007, II, p. 693, con nota di A. Olivieri, *Illegittimità del termine e conseguenze sanzionatorie*; Trib. Milano, 16 ottobre 2006, in "Orientamenti della giurisprudenza del lavoro", 2006, I, p. 857; Trib. Treviso 26 settembre 2006, in "D & L Rivista critica di diritto del lavoro", 2008, p. 153, con nota di M. Fezzi, *Illegittimità dell'apposizione del termine a un contratto di lavoro e trasformazione in rapporto a tempo indeterminato*; App. Bari 20 luglio 2005, cit.; Trib. Bologna 2 dicembre 2004, n. 1137, cit.

[22] A favore della "permanenza" delle esigenze sottese alle causali di apposizione del termine, cfr. A. Vallebona – C. Pisani, *Il nuovo lavoro a termine …*, cit., 26; G. Santoro Passarelli, *D.Lgs. 6 settembre 2001, n. 368. Commentario*, in "Le nuove leggi civili commentate", 2002, p. 27, secondo cui "la temporaneità riguarda la durata del contratto e non anche la ragione tecnica, organizzativa o produttiva che legittima la conclusione del contratto a termine". In giurisprudenza, cfr. Trib. Roma 12 gennaio 2005, in "Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale", 2005, II, 707, con nota di M. Orlando *Il "caso Poste" e le conseguenze della nullità del termine* (714), secondo cui nella specificazione delle ragioni che giustificano il contratto a termine "è necessario il riferimento alla situazione concreta integrante la temporaneità dell'occasione lavorativa oppure l'oggettiva esigenza di utilizzare il lavoro a termine nonostante il carattere permanente dell'occasione di lavoro". La Corte di Giustizia CE, con sentenza 26 gennaio 2012, n. C-586/10, cit., ha rilevato la legittimità dei contratti a termine stipulati per esigenze sostitutive anche se ricorrenti o, addirittura, permanenti.

se l'esigenza sarà o no temporanea" [23]. Di recente, la Corte di Cassazione ha ritenuto che le causali di legittima apposizione del termine debbano rispondere necessariamente ad esigenze di natura temporanea [24].

Dette ragioni sono riferibili "anche" all'ordinaria attività del datore di lavoro (c.d. natura ordinaria delle causali). Pertanto, le esigenze che giustificano il ricorso al contratto a termine possono essere sia eccezionali o imprevedibili (cioè non connesse alla ordinaria attività del datore di lavoro) sia ordinarie (cioè stabili, e non solo dettate da necessità temporanee dell'impresa)[25]; è sufficiente che siano sussistenti al momento della stipulazione del contratto: la sopravvenuta stabilità dell'esigenza non può incidere sulla legittimità del contratto a termine (Min. Lav. Circ. n. 42/2002, punto 2.a)); dibattuta, peraltro, anche nell'ambito dell'ordinamento comunitario, è la questione relativa alla necessità di indicare le causali sin dall'iniziale contratto a termine[26]; e devono avere un nesso di cau-

[23] Così, G. Proia, *Il contratto a tempo determinato …*, cit., pp. 694-695; ID., *Brevi note sulle ragioni che consentono l'apposizione del termine al contratto di lavoro*, in "Argomenti di diritto del lavoro", 2002, p. 190.

[24] Cfr. Cass. 27 aprile 2010, n. 10033, cit., v. anche in "Massimario di giurisprudenza del lavoro", 2010, p. 824, con nota di G. Franza, *Sulle ragioni giustificanti il lavoro a termine*, secondo cui è necessaria "una specifica connessione tra la durata solo temporanea della prestazione e le esigenze produttive ed organizzative che la stessa sia chiamata a realizzare e la utilizzazione del lavoratore assunto esclusivamente nell'ambito della specifica ragione indicata ed in stretto collegamento con la stessa". In senso conforme, con particolare riferimento alle assunzioni a termine nel settore dello spettacolo, cfr. Cass. 10 novembre 2009, n. 23758, in "Argomenti di diritto del lavoro", 2010, p. 691, con nota di A. Gabriele, *La legittima apposizione del termine per la produzione di spettacoli e programmi radiotelevisivi nel vigore della legge n. 230 del 1962*.

[25] Cfr. G. Proia, *Il contratto a tempo determinato,* cit., p. 691, il quale evidenzia che - a seguito delle modifiche introdotte dalla L. n. 133/2008 - "le "ragioni" di carattere "tecnico, organizzativo, produttivo e sostitutivo possono essere configurate da esigenze intrinsecamente temporanee, nonché da ogni altra esigenza obiettiva riguardante l'esercizio dell'impresa". (v. anche casistica esemplificativa ivi richiamata). Sicché, ai fini della legittimità del contratto a termine, il datore di lavoro può limitarsi a dimostrare che le suddette esigenze siano effettivamente esistenti, senza necessità di rilevare il carattere di eccezionalità delle causali addotte a giustificazione del contratto: Cass. 27 aprile 2010, n. 10033, cit.; Trib. Bergamo 15 dicembre 2010 e 2 dicembre 2010, in "Notiziario di giurisprudenza del lavoro", 2011, p. 35; Min. Lav. Interpello 10 luglio 2009, n. 61, secondo cui "ai fini della stipulazione di contratti a termine non è necessario che l'impresa si trovi a dover fronteggiare esigenze valutabili esclusivamente in termini di eccezionalità o straordinarietà, in quanto viene consentita la fruibilità di tale strumento contrattuale anche a fronte di situazioni rientranti nella normale ed ordinaria attività imprenditoriale".

[26] Secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee (Corte di Giustizia CE, Grande Sezione, 22 novembre 2005, causa C-144/04, c.d. sentenza "Mangold", in "Rivista italiana di diritto del lavoro", 2006, II, p. 251, con nota di O. Bonardi, *Le clausole di non regresso e il divieto di discriminazioni per motivi di età secondo la Corte di Giustizia*, e in "Ri-

salità "concreto ed accettabile" che le colleghi alla singola assunzione a termine ed alla singola posizione lavorativa[27], ponendosi la questione se il contratto possa legittimamente prevedere una pluralità di causali di apposizione del termine[28].

In ogni caso, esse devono essere oggettive, verificabili e trasparenti[29],

vista giuridica del lavoro e della previdenza sociale", 2006, II, 266, con nota di L. Calafà, *Clausole di non regresso e divieti di discriminazione per età: il caso Mangold e i limiti alla discrezionalità del legislatore nazionale in materia di lavoro*; Corte di Giustizia CE, III sez., 23 aprile 2009, cause riunite da C-378/07 a C-380/07, c.d. sentenza "Angelidaki", cit. , con nota di M. Miscione, cit. 437 ss.), la normativa comunitaria non pone "vincoli causali" all'iniziale contratto a termine, perseguendo l'obiettivo di creare un quadro normativo per la prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti a tempo determinato, richiedendo la sussistenza di "*ragioni oggettive*" per il rinnovo dei rapporti a termine (cfr. clausola 5, n. 1, Accordo quadro 18 marzo 1999). Sulla questione, cfr. G. Ferraro, *L'evoluzione del quadro legale*, in G. Ferraro (a cura di), *Il contratto di lavoro a tempo determinato,* Torino, Giappichelli, 2008, p. 13, secondo cui il legislatore comunitario ha "un atteggiamento sostanzialmente agnostico in ordine al primo contratto a termine, che può essere variamente regolato dalle normative nazionali"; A. Vallebona, *Sforzi interpretativi… ,*cit., p. 643, secondo cui "la direttiva comunitaria 1999/70 lascia completamente libera la stipulazione del primo unico contratto a termine tra le parti quale utile strumento di occupazione, imponendo solo misure per prevenire gli abusi da successione"; Id., *Lavoro a termine: vincoli comunitari, giustificazione, conseguenze dell'ingiustificatezza*, in "Il diritto del lavoro", 2006, I, p. 77 ss.; Id., *La nullità dei contratti di lavoro «atipici»*, in "Argomenti di diritto del lavoro", 2005, p. 528 ss.; Id., *La conversione legale automatica dei lavori atipici invalidi non è costituzionalmente necessitata*, *ivi*, p. 835 ss.

[27] Cfr. S. Ciucciovino, *Il contratto a tempo determinato …*, cit., p. 475. Per la giurisprudenza, cfr. Trib. Milano 12 maggio 2010, in "D & L Rivista critica di diritto del lavoro", 2010, p. 439 con nota di I. Digiesi, *La novazione oggettiva nel contratto di lavoro a tempo determinato*; Trib. Treviso 26 settembre 2006, cit.

[28] Cfr. Cass. 17 giugno 2008, n. 16396, in "Lavoro e previdenza oggi", 2010, 104, con nota di M. Viceconte, *Il contenuto del contratto a termine: il problema della molteplicità delle causali giustificatrici*, e in "Rivista italiana di diritto del lavoro", 2009, II, p. 578, con nota di S. Bruno, *La Cassazione si esprime sulla pluralità delle causali giustificatrici del termine*, secondo cui è possibile indicare nel contratto due o più ragioni legittimanti, purché, nel rispetto del criterio di specificità previsto dalla legge, non sussista "incompatibilità" o "intrinseca contraddittorietà" tra le stesse, fermo restando l'accertamento giudiziale della coerenza delle causali indicate. Diversamente, la previsione di più concorrenti cause giustificative del termine è stata ritenuta causa di nullità del contratto, in quanto l'indicazione simultanea di due motivazioni ontologicamente diverse "esclude in radice la possibilità di verifica della sussistenza della ragione giustificatrice dell'apposizione del termine" (cfr. App. Genova 8 ottobre 2009, n. 621, in "Lavoro e previdenza oggi", 2010, p. 104, con nota di M. Viceconte, cit.; Trib. Milano 29 maggio 2009, cit. secondo cui "l'indicazione di una pluralità di causali tra loro alternative, tese a giustificare l'assunzione a tempo determinato del lavoratore, si pone in contrasto insanabile con il requisito della specificità e determinatezza della ragione giustificatrice dell'apposizione del termine").

[29] Sulla verificabilità e trasparenza delle causali di apposizione del termine, v. Cass. 18 giugno 2010, n. 14785, in "Il lavoro nella giurisprudenza", 2010, p. 1046; Cass. 14 maggio 2010, n. 11743; Cass. 27 aprile 2010, n. 10033, cit.; Cass. 16 marzo 2010, n. 6328, cit., con

al fine di evitare comportamenti fraudolenti o abusivi da parte del datore di lavoro (Min. Lav. Circ. n. 42/2002, punto 2.a)); indicate con adeguato dettaglio nel contratto; pertanto, è da considerarsi insufficiente un generico riferimento all'esistenza di "ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo" [30]; e specificate per iscritto nell'atto di assunzione (art. 1, co. 2, D.Lgs. n. 368/2001, come modificato dall'art. 1, co. 9, lett. c), L. n. 92/2012; clausola 8.3 Accordo quadro 18 aprile 1999)[31].

nota di M. Di Francesco, cit., secondo cui le ragioni giustificatrici devono essere "sufficientemente particolareggiate", in modo da rendere possibile la conoscenza dell'effettiva portata delle stesse e, quindi, il relativo controllo di effettività; Cass. 1 febbraio 2010, n. 2279, cit.; Trib. Monza, sez. lav., 31 marzo 2011, n. 193, in "Note inormative", 2011, n. 54, p.1.

[30] Cfr. Cass. 22 settembre 2011, n. 19290; Cass. 1 settembre 2011, n. 17978; Cass. 7 agosto 2004, n. 15331, in "Repertorio del Foro italiano", 2004, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 906; Cass. 26 maggio 2003, n. 8352, *ivi*, 2003, voce cit., n. 885; Cass. 17 ottobre 2001, n. 12697, in "Il Foro italiano", 2001, I, c. 3535, con nota di A. M. Perrino, *Contratti a tempo determinato: prime notazioni sul d.lg. 6 settembre 2001 n. 368*. Per la giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Milano 24 dicembre 2005, in "Orientamenti della giurisprudenza del lavoro", 2006, p. 114; Trib. Firenze 3 febbraio 2004; Trib. Milano, 25 novembre 2004, cit.; Trib. Ravenna 7 ottobre 2003, cit. Sul tema, cfr. anche L. Menghini, *Precarietà del lavoro e riforma del contratto a termine dopo le sentenze della Corte di Giustizia*, in "Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale", 2006, I, p. 698.

[31] Cfr. Cass. 29 agosto 2011, n. 17751, in "Guida al lavoro", 2011, fasc. 43, p. 50; Cass. 8 luglio 2011, n. 1589, *ivi*, 2011, fasc. 35, p. 56; Cass. 18 aprile 2011, n. 8836, in "Il lavoro nella giurisprudenza", 2011, p. 739; Cass. 27 gennaio 2011, n. 1931, in "Repertorio del Foro italiano", 2011, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 801; Cass. 27 aprile 2010, n. 10033, cit.; Cass. 16 marzo 2010, n. 6328, cit., secondo cui la causale è caratterizzata dalla "previsione dell'onere di specificazione, vale a dire di una indicazione sufficientemente dettagliata delle clausole nelle sue componenti identificative essenziali, sia quanto al contenuto che con riguardo alla sua portata spazio-temporale e più in generale circostanziale"; Cass. 1 febbraio 2010, n. 2279, cit. Per la giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Roma 21 maggio 2012, n. 5567, in "Guida al lavoro", 2012, fasc. 38, p. 41; Trib. Milano 1 dicembre 2011; Trib. Milano 24 ottobre 2011; Trib. Milano 13 ottobre 2011; Trib. Roma 16 novembre 2010, n. 17827, in "Guida al lavoro", 2011, fasc. 10, p. 31; Trib. Savona 28 maggio 2010, *ivi*, 2010, fasc. 14, p. 38; Trib. Treviso 7 ottobre 2009, in "Rassegna di giurisprudenza del lavoro nel Veneto", 2009, n. 2, p. 56; Trib. Genova 2 ottobre 2009, n. 1415, in "Guida al lavoro", 2010, n. 20, 36; Trib. Venezia 21 settembre 2009 e Trib. Padova 9 settembre 2009, ambedue in "Rassegna di giurisprudenza del lavoro nel Veneto", 2009, n. 2, pp. 54 e 51; Trib. Pistoia 12 maggio 2008, in "D & L Rivista critica di diritto del lavoro", 2009, p. 152, con nota di L. Amoriello, *Requisiti formali del contratto a termine e potere di recesso dal patto di prova*, che precisa che l'atto in cui sono specificate le ragioni giustificatrici deve essere sottoscritto dalle parti "anche non contestualmente, purché in data anteriore o, al più, coincidente rispetto all'inizio del rapporto"; Trib. Milano 30 ottobre 2007, *ivi* 2008, p. 131, con nota di A. Leone D'Agata, *Risoluzione del rapporto per scadenza del termine e licenziamento: una sentenza condivisibile ma non condivisa*; Trib. Milano 10 aprile 2007, in "Orientamenti della giurisprudenza del lavoro", 2007, I, p. 491; Trib. Milano 21 novembre 2006, *ivi*, 2007, p. 107; Trib. Piacenza 27 settembre 2006, in "Argomenti di diritto del lavoro", 2007, p. 577, con nota di A. Muratorio, *La specificità delle ragioni giustificative dell'apposizione del termine ed il controllo del giudice*; Trib. Ariano Irpino 3 aprile 2006, in "Giurisprudenza di merito", 2007, p. 3142, con nota di A. Ciriello, *Il contratto a termine nel diritto giurisprudenziale*; Trib. Bologna 2 dicembre 2004, cit..

La specificazione scritta, chiara e precisa, delle causali - che può risultare non solo direttamente dall'atto scritto ma anche *per relationem* [32] - consente di: assicurare al lavoratore la conoscenza dei motivi dell'assunzione a termine; "fissare" e "cristallizzare" la causale di assunzione, rendendola immodificabile nel corso del rapporto di lavoro; evitare che le parti si limitino a ripetere tautologicamente la formula normativa [33] poiché il contratto dovrà indicare espressamente le ragioni dell'assunzione a termine con sufficiente descrizione; e consentire il controllo giurisdizionale, finalizzato a verificare l'effettiva sussistenza del nesso di causalità tra le ragioni addotte e la specifica assunzione a tempo determinato [34].

L'onere di specificazione delle causali di apposizione del termine è altresì finalizzato a dare attuazione al principio comunitario di "non regresso" previsto dalla clausola 8.3 dell'Accordo quadro del 1999 (cfr. Cass. 1 febbraio 2010, n. 2279, cit). Sulle problematiche poste dalla clausola di non regresso, cfr. G. Dondi, *L'interpretazione delle clausole di non regresso*, in "Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali", 2004, p. 559 ss.; L. Garofalo, *Le clausole di non regresso nelle direttive comunitarie in materia di politica sociale*, in "Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale", 2004, I, p. 39 ss.; G. Franza, *Regresso nelle tutele e vincoli comunitari*, in "Argomenti di diritto dellavoro", 2006, p. 1108 ss.; Id., *Lavoro a termine e clausola di non regresso,* in "Massimario di giurisprudenza del lavoro", 2010, p. 240; E. Ales, *"Non regresso" senza* dumping *sociale ovvero del "progresso" nella modernizzazione (del modello sociale europeo)*, in "Diritti lavori mercati", 2007, p. 5 ss.; L. Corazza, *Lavoro a termine e clausole di non regresso*, in "Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali", 2008, p. 499 ss.; G. Proia, *Il contratto a tempo determinato*, cit., p. 697 ss.; A. Vallebona, *Lavoro a termine: il limite comunitario al regresso delle tutele e i poteri del giudice nazionale*, in "Massimario di giurisprudenza del lavoro", 2010, p. 627.

[32] Cfr. Cass. 25 maggio 2012, n. 8286; Cass. 2 aprile 2012, n. 5239, in "Il lavoro nella giurisprudenza", 2012, p. 615; Cass. 8 luglio 2011, n. 1589, cit.; Cass. 1 febbraio 2010, n. 2279, cit., secondo cui la specificazione delle causali "può risultare anche indirettamente nel contratto di lavoro e da esso per *relationem* in altri testi scritti accessibili alle parti, in particolare nel caso in cui, data la complessità e l'articolazione del fatto giustificativo, questo risulti analizzato in documenti specificamente ad esso dedicati per ragioni di gestione consapevole e/o concordata con i rappresentanti del personale". In conformità, Cass. 22 settembre 2010, n. 20015, in "Guida al lavoro", 2010, fasc. 41, p. 32; Cass. 13 maggio 2010, n. 11625, in "Notiziario di giurisprudenza del lavoro", 2011, p. 170; Cass. 2 aprile 2010, n. 8112, in "Guida al lavoro", 2010, fasc. 35, p. 48; Cass. 26 luglio 2004, n. 14011, in "Notiziario di giurisprudenza del lavoro", 2005, p. 91; Cass. 21 maggio 2002, n. 7468, cit..

[33] Cfr. Trib. Milano 26 marzo 2012, in "Il lavoro nella giurisprudenza", 2012, p. 727; Trib. Milano 25 ottobre 2011, n. 5020, in "Guida al lavoro", 2011, fasc. 45, p. 12; Trib. Milano 24 giugno 2010, in "Il lavoro nella giurisprudenza", 2010, p. 950; Trib. Milano 17 giugno 2009, *ivi,* 2009, p. 1063; Trib. Roma 2 aprile 2007, n. 6445, in "Lavoro e previdenza oggi", 2007, p. 1353, con nota di F. Girolami, *Contratto a termine: mancata specificazione delle causali ed effetti della nullità*; Trib. Milano 16 ottobre 2006, cit.; Trib. Milano 21 aprile 2004, cit.; Trib. Firenze 5 febbraio 2004, in "Repertorio del Foro italiano", 2004, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 944; Trib. Ravenna 7 ottobre 2003, cit..

[34] Cfr. Trib. Milano 17 gennaio 2008, in "Il lavoro nella giurisprudenza", 2008, p. 736; App. Milano 24 agosto 2007, n. 794, in "Guida al lavoro", 2007, fasc. 44, p. 31; Trib. Piacenza 27 settembre 2006, cit. Il controllo giudiziale non "dovrebbe vertere sul merito della scelta azien-

4. *Assenza o genericità delle causali di apposizione del termine*

Il D.Lgs. 6 settembre 2001, n. 368, come modificato dalla L. 28 giugno 2012, n. 92, non specifica quale sia il regime giuridico applicabile al contratto a termine stipulato in assenza (o con indicazione soltanto generica) delle ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, qualora richieste.

Tuttavia, in base ai principi del diritto comune, si può affermare che l'insussistenza (o la mancata specificazione) delle causali determina la nullità, ai sensi dell'art. 1418, co. 1, cod. civ., della clausola appositiva del termine per contrarietà a norma imperativa di legge, quale è, appunto, l'art. 1, co. 1, D.Lgs. n. 368/2001, nella parte in cui prevede la necessaria giustificazione del termine al contratto di lavoro.

Circa gli effetti di tale nullità, si è registrato, in dottrina e in giurisprudenza, un significativo contrasto di opinioni[35].

Per un primo orientamento, in mancanza di un'espressa sanzione da parte del legislatore, l'assenza o il vizio della causa legittimante l'apposizione del termine determina non la conversione del rapporto, bensì l'applicazione dell'art. 1419 cod. civ., co. 1, secondo cui "*la nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole comporta la nullità dell'intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quel-*

dale in base alla quale l'esigenza è stata individuata, perché la scelta rientra nella discrezionalità dell'imprenditore". Così, G. Proia, *Il contratto a tempo determinato,* cit., p. 695. L'onere della prova dell'effettiva sussistenza delle ragioni che giustificano l'apposizione del termine al contratto di lavoro grava (secondo la regola generale prevista dall'art. 2697 cod. civ.) sul datore di lavoro: cfr. Cass. 11 maggio 2011, n. 10346; Cass. 14 aprile 2005, n. 7745, in "Il lavoro nella giurisprudenza", 2005, p. 885, secondo cui "le ipotesi eventualmente previste dalla contrattazione collettiva per la stipula di contratti a termine non possono in ogni caso ritenersi esentate dal rispetto della disciplina generale in materia: conversione in un rapporto a tempo indeterminato e onere della prova a carico del datore di lavoro sono principi di base cui è necessario attenersi". Per la giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Milano 26 marzo 2012, cit.; Trib. Milano 12 gennaio 2012; Trib. Savona 28 maggio 2010, cit.; Trib. Milano 4 dicembre 2008, in "Orientamenti di giurisprudenza del lavoro", 2008, I, p. 837; Trib. Roma 21 ottobre 2008, in "Il Foro italiano", 2009, I, c. 559, secondo cui "l'apposizione del termine ad un contratto di lavoro presuppone che l'imprenditore provi l'effettiva ricorrenza delle condizioni che legittimano la deroga al principio generale per cui l'ordinario rapporto di lavoro è a tempo indeterminato"; Trib. Milano 9 ottobre 2006, in "Orientamenti di giurisprudenza del lavoro", 2006, I, p. 851; Trib. Milano 8 gennaio 2004, in "Diritto delle relazioni industriali" 2006, 1, p. 146, con nota I. Senatori, *Gli orientamenti della giurisprudenza di merito in materia di lavoro a termine.*

[35] La questione si pone perché, nell'attuale sistema normativo, manca una previsione analoga a quella contenuta nell'art. 1, co. 1, L. n. 230/1962, secondo cui "il contratto di lavoro si reputa a tempo indeterminato….", con conseguente effetto legale sostitutivo automatico in caso di nullità del termine. Cfr. M.C. Cataudella, *Contratto a termine e nullità parziale: gli orientamenti della giurisprudenza civilistica*, in "Il diritto del lavoro", 2006, I, p. 184.

la parte del suo contenuto che è colpita da nullità"[36].

Diversamente, secondo la prevalente dottrina e giurisprudenza[37],

[36] Per tale orientamento, cfr. M.C. CATAUDELLA, *Contratto di lavoro e nullità parziale*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 146 ss.; L. MONTUSCHI, *Il contratto a termine: istruzioni per l'uso*, in "Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali", 2003, p. 156; A. VALLEBONA – C. PISANI, *Il nuovo lavoro a termine…*, cit., p. 35; A. VALLEBONA, *Lavoro a termine: vincoli comunitari, giustificazione*, in "Il diritto del lavoro", 2006, I, p. 81, secondo cui "il contratto di lavoro privo della clausola nulla si conserva solo se tale clausola non è essenziale e, quindi, solo se entrambe le parti lo avrebbero voluto anche senza la clausola nulla secondo la volontà oggettivamente ricavabile dal contratto stesso, con onere della prova della essenzialità della clausola sulla parte interessata al travolgimento dell'intero contratto". Di conseguenza, qualora venga provata in giudizio la volontà ipotetica negativa, anche del solo datore di lavoro, l'intero contratto resta travolto. In giurisprudenza, cfr. Trib. Roma 27 settembre 2011, n. 14681, in "Diritto delle relazioni industriali", 2012, 167, con nota di S. SALVATO, *L'effetto domino (e* boomerang*) dell'illegittima apposizione del termine*, che esclude, oltre alla conversione, anche il riconoscimento dell'indennità di cui all'art. 32, co. 5, L. 4 novembre 2010, n. 183; Trib. Roma 27 maggio 2008, n. 9491;Trib. Roma 12 marzo 2008, n. 4805, Trib. Roma 5 luglio 2007, n. 13323, tutte in "Massimario di giurisprudenza del lavoro", 2008, p. 772, con nota di A. VALLEBONA, *Termine ingiustificato: le corrette conseguenze e la nuova norma per i "giudizi in corso"* (775).

[37] Cfr., *ex multis*, R. ALTAVILLA, *I contratti a termine nel mercato differenziato…*, cit.. p. 246; L. MENGHINI (a cura di), *La nuova disciplina …*, cit., p. 32; M. PAPALEONI, *Luci ed ombre nella riforma del contratto a termine*, in "Rivista italiana di diritto del lavoro", 2001, I, pp. 371-372; G. SANTORO PASSARELLI, *Attuazione della direttiva n. 70/99/CE,* cit., p. 27; V. SPEZIALE, *La nuova legge sul contratto a termine*, in "Diritto delle relazioni industriali", 2001, p. 361 . In giurisprudenza, cfr. Cass. 21 novembre 2011, n. 24479, cit.; Cass. 16 marzo 2010, n. 6328, cit. Per la giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Milano 12 gennaio 2012, cit; Trib. Milano 20 ottobre 2011; Trib. Genova 6 aprile 2011, n. 584, in "Guida al lavoro", 2011, fasc. 32-33, p. 35; Trib. Roma 29 marzo 2011, n. 5656, *ivi*, fasc. 26, p. 48; Trib. Cagliari 13 ottobre 2009, in "Rivista giuridica sarda", 2010, 369; Trib. Milano 24 febbraio 2009, in "Il lavoro nella giurisprudenza", 2009, p. 526; App. Roma 1 dicembre 2008; Trib. Roma 30 maggio 2008 e Trib. Roma 8 gennaio 2008, in "Il lavoro nella giurisprudenza", 2009, p.185, con nota di F. ALVARO, *Sugli effetti dell'illegittima apposizione del termine e sull'invocabilità dell'art. 1419, comma 1, c.c.*; App. Milano 17 settembre 2007, ivi, 2008, p. 197; App. Genova 7 maggio 2007, in "Guida al lavoro", 2007, fasc. 39, p. 36; Trib. Foggia 11 aprile 2007, n. 2370, in "D & L Rivista critica di diritto del lavoro", 2007, p. 728; Trib. Genova 14 novembre 2006, cit.; Trib. Bologna 7 febbraio 2006, n. 43, in "Guida al diritto", 2006, fasc. 36, p. 63; Trib. Milano 29 agosto 2005, in "D & L Rivista critica di diritto del lavoro", 2005, p. 743; App. Bari 20 luglio 2005, cit.; Trib. Genova 5 maggio 2005, in "Guida al lavoro", 2005, fasc. 41, p. 39; Trib. Pavia 12 aprile 2005, in "Argomenti di diritto del lavoro", 2006, p. 260; Trib. Firenze 10 febbraio 2005, in "Guida al lavoro", 2005, fasc. 38, p. 32; Trib. Monza 18 gennaio 2005, cit.; Trib. Milano 25 novembre 2004, cit. e Trib. Milano 10 novembre 2004, in "D & L Rivista critica di diritto del lavoro", 2005, p. 152, con nota di S. CHIUSOLO, *Primi orientamenti giurisprudenziali …*, cit.; Trib. Roma 12 gennaio 2005, cit.; Trib. Firenze 30 dicembre 2004, in "D & L Rivista critica di diritto del lavoro", 2005, p. 422; Trib. Milano 14 ottobre 2004, ivi, p. 904; Trib. Firenze 20 luglio 2004, in "Repertorio del Foro italiano", 2005, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 858; App. Milano 29 aprile 2004 e Trib. Milano 13 novembre 2003, in "Giustizia civile", 2005, I, 813, con nota di A. GIANSANTI; App. Milano 9 dicembre 2003, in "D & L Rivista critica di diritto del lavoro", 2004, 78, con nota di A. BERETTA, *La riforma del contratto a termine: primi interventi giurisprudenziali*; Trib. Ravenna 7 ottobre 2003, cit.; Trib. Milano 21 giugno 2002, in "D & L Rivista critica di diritto del lavoro", 2002, p. 891; Trib. Arezzo 14 giugno 2002, cit..

nel caso di apposizione del termine al di fuori delle ipotesi consentite dal D.Lgs. n. 368/2001, sulla base del principio di conservazione del contratto di lavoro, il contratto con termine illegittimo è viziato da nullità parziale e, pertanto, il rapporto si converte sin dall'origine in un contratto a tempo indeterminato[38].

In altre parole, la nullità del termine non investe l'intero contratto di lavoro, ma solo la clausola appositiva del termine, la quale deve considerarsi come "non apposta" e sostituita di diritto dalla disciplina del contratto a tempo indeterminato (art. 1419, co. 2, cod. civ.), con la conseguenza che il contratto con termine nullo si trasforma *ab origine* in un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato[39].

In tale ipotesi, tuttavia, il lavoratore non ha diritto all'automatica riammissione in servizio, ma deve proporre un'azione giudiziale diretta ad accertare la nullità del termine, secondo le modalità previste dalla L. 15 luglio 1966, n. 604 per l'impugnazione del licenziamento individuale (art. 32, co. 2, lett. d), L. n. 183/2010 e art. 1, co. 39, L. n. 92/2012)[40]. Con la mede-

[38] Come osserva R. Pessi, *Il contratto a tempo determinato*, in "Argomenti di diritto del lavoro", 2009, p. 300, " il venir meno del termine non può condurre ad un'estensione del monte ore annuo, legittimamente concordato tra le parti, così che la conversione dovrebbe generare un rapporto a tempo parziale verticale". In proposito, cfr. Cass. 28 ottobre 2009, n. 22823, in "Massimario di giurisprudenza del lavoro", 2010, p. 29, con nota adesiva di A. Vallebona, *Giusti spazi per l'autonomia individuale*, secondo cui "nell'ipotesi di nullità di termini apposti ad una serie di contratti stagionali, va accertato un rapporto a tempo indeterminato a tempo parziale verticale anche in mancanza di forma scritta".

[39] Cfr. Cass. 1 settembre 2011, n. 17978, cit.; Cass. 21 maggio 2008, n. 12985, cit.; Trib. Roma 10 gennaio 2012, n. 158, in "Guida al lavoro", 2012, fasc. 22, p. 34; Trib. Milano 13 ottobre 2011, cit.; Trib. Roma 29 marzo 2011, n. 5656, cit.; Trib. Foggia 22 dicembre 2008, in "Il lavoro nella giurisprudenza", 2009, p. 166, con nota di C. De Martino, *La giurisprudenza sull'art. 4*-bis *D.Lgs. n. 368/2001: motivi diversi di un'unica illegittimità*; Trib. Milano 1 aprile 2008, in "Orientamenti di giurisprudenza del lavoro", 2008, I, p. 364; App. Caltanissetta 23 gennaio 2008, in "D & L Rivista critica di diritto del lavoro", 2008, p. 547; Trib. Milano 4 agosto 2007, ivi, 2007, p. 1067; Trib. Milano 3 aprile 2007, in "Orientamenti di giurisprudenza del lavoro", 2007, I, p. 474 , con nota di F. Paladino, *Il contratto a termine nella prospettiva della nullità civilistica*; Trib. Genova 14 novembre 2006, cit.; Trib. Milano 24 luglio 2006, in "Orientamenti di giurisprudenza del lavoro", 2006, I, 602; Trib. Roma 3 febbraio 2005 e Trib. Roma 12 gennaio 2005, cit..

[40] Sull'estensione al contratto a termine del regime delle impugnazioni previsto per il licenziamento, cfr. S. Canali De Rossi, *Impugnativa del licenziamento e lavoro a tempo determinato*, in "Diritto e pratica del lavoro", 2011, 965; S. Giubboni, *I contratti a termine e il nuovo regime delle impugnazioni nel Collegato lavoro*, in "Massimario di giurisprudenza del lavoro", 2011, p. 298 ss.; Trib. Milano 4 luglio 2011, n. 3402 , 4 agosto 2011, n. 3914 e 29 settembre 2011, n. 4404 (*contra*), tutte in "Guida al lavoro", 2011, fasc. 42, p. 15, con nota di A. Mordà, *Contratto a termine: il tribunale di Milano interpreta il Milleproroghe;* in senso contrario, v. anche Trib. La Spezia 22 settembre 2011, in "Il lavoro nella giurisprudenza", 2011, p. 1167.

sima azione, il lavoratore può altresì richiedere il pagamento dell'indennità onnicomprensiva di cui all'art. 32, co. 5, L. n. 183/2010, come autenticamente interpretato dall'art. 1, co. 13, L. n. 92/2012, nella misura compresa tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto[41], da parametrare sulla base dei criteri previsti dall'art. 8, L. n. 604/1966, come sostituito dall'art. 2, co. 3, L. 11 maggio 1990, n. 108 (numero dei dipendenti occupati; dimensioni dell'impresa; anzianità di servizio del lavoratore; comportamento e condizioni delle parti).

5. *Assunzioni a termine senza causali (c.d. contratti a termine "acausali")*

In alcune specifiche ipotesi non è richiesta la sussistenza delle causali previste dall'art. 1, co. 1, D.Lgs. n. 368/2001, per l'assunzione a termine, né la relativa indicazione nel contratto (c.d. contratti a termine "acausali"[42]), pur trovando applicazione la disciplina generale in materia di contratto di lavoro a tempo determinato.

Ciò vale, anzitutto, relativamente al primo contratto a termine di durata non superiore a 1 anno "per lo svolgimento di qualunque tipo di mansione". In alternativa, i contratti collettivi possono prevedere (in via diretta, a livello interconfederale o di categoria ovvero, in via delegata, ai livelli decentrati) che il vincolo delle causali non opera per le assunzioni a termine relative a particolari processi produttivi (avvio di una nuova attività, lancio di un prodotto o di un servizio innovativo; implementazione di un rilevante cambiamento tecnologico; fase supplementare di un significativo progetto di ricerca e sviluppo; rinnovo o proroga di una commessa consistente) entro il limite del 6% del totale dei lavoratori occupati nella stessa unità produttiva (art. 1, co. 1-*bis*, D.Lgs. n. 368/2001, introdotto dall'art. 1, co. 9, lett. b), L. n. 92/2012). Vi sono poi altre ipotesi che riguardano i contratti a termine stipulati sulla base di una specifica convenzione per l'assunzione dei disabili ai sensi dell'art. 11, co. 2, L. 12 marzo 1999, n. 68 [43]; diversamente, nel caso in cui non operi una

[41] La misura massima di tale indennità è ridotta a 6 mensilità in presenza di specifiche graduatorie, previste da contratti collettivi stipulati con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, che prevedano l'assunzione di lavoratori già occupati con contratto a termine (art. 32, co. 6, L. n. 183/2010).

[42] La locuzione è adottata da Min. Lav. Circ.1 agosto 2002, n. 42, punto 2.

[43] In tal senso, cfr. Cass. 31 maggio 2010, n. 13285, in "Massimario di giurisprudenza del lavoro", 2010, p. 648, con nota di M. Di Francesco, *Legittimità del termine acausale nell'assunzione del disabile,* e in "Lavoro e previdenza oggi", 2011, p. 98, con nota di M. Russo, *Assunzione a termine del disabile ed applicabilità della disciplina di cui al Decreto legislativo 6 set-*

convenzione, i contratti a termine sono stipulabili nel necessario rispetto delle causali legalmente previste; i lavoratori in mobilità (art. 10, co. 6, D.Lgs. n. 368/2001), purché il contratto a termine abbia una durata massima di 12 mesi (comprensiva di eventuali proroghe); in tal caso il contratto è assistito da agevolazioni contributive di pari durata (il "bonus contributivo" è pari al 10% della quota a carico del datore di lavoro ed è riconosciuto a condizione che sia applicato ai lavoratori in mobilità il trattamento economico e normativo previsto dal c.c.n.l. o, se esistenti, dai contratti di secondo livello) (art. 8, co. 2, L. 23 luglio 1991, n. 223; art. 1, co. 1175, L. 27 dicembre 2006, n. 296)[44]. Resta ferma, peraltro, la possibilità di stipulare contratti a termine con lavoratori in mobilità con le causali previste dalla legge e nel limite generale di durata massima di 36 mesi; in tale ipotesi, le agevolazioni contributive per i contratti a termine con

tembre 2001, n. 368: primo intervento della Cassazione e in "Diritto delle relazioni industriali", 2011, p. 139, con nota di M. Sgueglia, *Assunzione a termine di lavoratore diversamente abile e assenza di motivazioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo* ; Cass. 16 agosto 2004, n. 15951, in "Repertorio del Foro italiano", 2004, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1321; Cass. 26 settembre 1998, n. 9658, ivi, 1998, n. 691. Cfr. anche L. Lodi, *Assunzioni obbligatorie e apposizione del termine*, in "Diritto e pratica del lavoro", 2010, 2153 ss.; M. Manicastri, *Computo del disabile assunto a termine*, ivi, p. 2606 ss. Per la giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Milano 14 settembre, 2007, in "D & L Rivista critica di diritto del lavoro", 2008, p. 139, con nota di A. Vescovini, *La maggior precarietà del posto di lavoro dei disabili*; Trib. Modena 22 giugno 2007, in "Massimario di giurisprudenza del lavoro", 2008, p. 159, con nota di M. Dallacasa, *Collocamento coattivo e assunzione a termine mediante convenzione* (160). Sulla dibattuta questione se la convenzione con il disabile debba indicare o meno le ragioni giustificatrici del termine, cfr., per la necessaria indicazione delle causali previste dalla legge o dai contratti collettivi, A. Maresca, *Rapporto di lavoro dei disabili e assetto dell'impresa*, in "Argomenti di diritto del lavoro", 1999, 690, di avviso contrario, P. Ichino, *Il contratto di lavoro*, in A. Cicu - F. Messineo (già diretto da), L. Mengoni (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, Giuffrè, 2000, XXVII, t. 2, I, p. 142.

[44] Cfr. INPS Msg. 27 dicembre 2010, n. 32661; Min. Lav. Circ. n. 42/2002, punto 2, cit.; Min. Lav. Circ. 23 aprile 1992, n. 55. Sulla questione, cfr. E. Balletti, *Collocamento dei lavoratori in mobilità*, in G. Ferraro – A. Mazziotti – F. Santoni (a cura di), *Integrazioni salariali, eccedenze di personale e mercato del lavoro*, Napoli, Jovene, 1992, p. 207; A. Maresca, *Collocamento dei lavoratori in mobilità*, in M. Persiani (a cura di), *Commentario alla l. 23 luglio 1991, n. 223*, sub art. 8, in "Le nuove leggi civili commentate", 1994, 986. In giurisprudenza, cfr. Cass. 14 dicembre 2001, n. 15820, in "Il Foro italiano", 2002, I, c. 46; Cass. 10 luglio 2000, n. 9174, in "Massimario di giurisprudenza del lavoro", 2000, p. 1292, con nota di R. Tomassini, *Libertà di proroga dei contratti a termine conclusi con i lavoratori in mobilità*. Per la giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Bolzano 24 novembre 2009, in "Il lavoro nella giurisprudenza", 2010, p. 528; Trib. Monza 24 gennaio 2008. *Contra*, Trib. Busto Arsizio 29 novembre 2010, n. 528, secondo cui per l'assunzione con contratto a termine del lavoratore in mobilità è necessaria l'indicazione della causale ai sensi dell'art. 1. D.Lgs. n. 368/2001; Trib. Milano 11 maggio 2006, in "D & L Rivista critica di diritto del lavoro", 2006, p. 787, con nota di F. Bernini, *Fine del "diritto speciale" per gli assunti a termine dalla mobilità?*.

i lavoratori in mobilità sono limitate ai primi 12 mesi di durata del contratto [45]; i lavoratori del settore del trasporto aereo e dei servizi aeroportuali (art. 2, co. 1, D.Lgs. n. 368/2001); quelli del settore delle poste (art. 2, co. 1-*bis*, D.Lgs. n. 368/2001, introdotto dall'art. 1, co. 558, L. 23 dicembre 2005, n. 266); i lavoratori assunti per la sostituzione di dipendenti assenti per congedo di maternità e paternità, congedo parentale e congedo per malattia del bambino (artt. 4, co. 1, D.Lgs. 26 marzo 2001, n. 151, e successive modificazioni ed integrazioni, e 10, co. 6, D.Lgs. n. 368/2001); e le lavoratrici assunte a termine per la sostituzione di lavoratrici autonome in maternità (lavoratrici autonome, coltivatrici dirette, colone, mezzadre, artigiane, esercenti attività commerciali ed imprenditrici agricole a titolo principale); il relativo contratto a termine può essere stipulato per un periodo massimo di 12 mesi e, comunque, entro il primo anno di età del bambino, o, in caso di adozione o affidamento, entro il primo anno di accoglienza (art. 4, co. 5, D.Lgs. n. 151/2001).

Un'ulteriore ipotesi di assunzione a termine "acausale", con applicazione parziale della disciplina legale del contratto a termine è prevista, poi, per i dirigenti (art. 10, co. 4, D.Lgs. n. 368/2001), per i quali è consentita la stipulazione del contratto a termine nel limite massimo di durata di 5 anni, e con applicazione delle sole disposizioni di cui agli artt. 6 e 8, D.Lgs. n. 368/2001 (principio di non discriminazione e criteri di computo dei dipendenti ai fini dell'applicazione dell'art. 35, L. 20 maggio 1970, n. 300).

6. *Limiti di durata del contratto a tempo determinato*

La determinazione della durata del contratto a termine, rimessa alle parti, oltre che rispettare i termini di legge, deve essere correlata alla causale che giustifica l'apposizione del termine (art. 1, co. 2, D.Lgs. 6 settembre 2001, n. 368, e successive modifiche ed integrazioni).

Durata massima - Salvo diverse disposizioni dei contratti collettivi di qualsiasi livello, stipulati da[46] sindacati comparativamente più rappresentativi sul piano nazionale, il contratto a termine può avere, a pena di conversione in contratto a tempo indeterminato, una durata massima complessiva di 36 mesi. Tale durata è riferita, a prescindere dagli intervalli, a tutti i contratti a termine, comprensivi di proroghe e rinnovi, intercorsi fra le stesse parti, per mansioni equivalenti.

Pertanto, qualora, per effetto della successione e reiterazione di con-

[45] Cfr. INPS Msg. 27 dicembre 2010, n. 32661, cit.

[46] L'uso della locuzione "da" associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative, rende validi anche gli accordi separati, cioè siglati solo da alcuni sindacati.

tratti a termine (comprensivi di proroghe e di rinnovi) per lo svolgimento di mansioni equivalenti, il rapporto di lavoro tra le parti superi complessivamente i 36 mesi, indipendentemente dai periodi di interruzione che intercorrono tra un contratto e l'altro [47], esso si considera a tempo indeterminato dalla scadenza dei 36 mesi (art. 5, co. 4-*bis*, D. Lgs. n. 368/2001, introdotto dall'art. 1, co. 40, L. 24 dicembre 2007, n. 247, e modificato dagli artt. 21, co. 2, L. 6 agosto 2008, n. 133 e 1, co. 9, lett. i), L. n. 92/2012).

Ai fini della determinazione della durata massima dei 36 mesi devono essere computati:

• il primo contratto a termine di durata massima pari a 1 anno (sottoscritto senza indicazione delle causali) ovvero i periodi svolti con contratto a tempo determinato conclusi in virtù delle previsioni dei contratti collettivi nel limite massimo del 6% del totale dei lavoratori occupati nell'unità produttiva;

• gli eventuali periodi di lavoro somministrato (ovviamente con lo stesso datore/utilizzatore), aventi ad oggetto mansioni equivalenti a quelle per le quali il dipendente è assunto con contratto a termine, svolti presso un utilizzatore nell'ambito di un contratto commerciale di somministrazione a tempo determinato (art. 1, co. 9, lett. i), L. n. 92/2012, che ha integrato l'art. 5, co. 4-*bis*, D.Lgs. n. 398/2001. V. anche Min. lav. Circ. 18 luglio 2012, n. 18). Una volta raggiunta la soglia di durata massima, il datore di lavoro perde, però, soltanto la possibilità di stipulare contratti a termine, ma può continuare ad utilizzare il lavoratore facendo ricorso alla somministrazione a tempo determinato (v. l'invariato art. 22, co. 2, D.Lgs. n. 276/2003)[48]

Derogabilità alla durata massima - Il limite massimo dei 36 mesi è derogabile mediante la stipulazione di un ulteriore e successivo contratto a termine per una sola volta tra le stesse parti [49], a condizione che la stipula avvenga presso la Direzione Territoriale del Lavoro (DTL) compe-

[47] In forza di questo inciso si è ritenuto che i 36 mesi devono essere di lavoro effettivo. Non vanno, quindi, computati i periodi (le pause intermedie) fra un rapporto e l'altro (Min. Lav. Circ. n. 13/2008). In dottrina, cfr. G. Ferraro, *Il contratto di lavoro a tempo determinato rivisitato*, in "Argomenti di diritto del lavoro", 2008, p. 663, secondo cui nei singoli rapporti di lavoro non devono essere computati i periodi di sospensione, tra cui malattie, infortuni e aspettative; F. Rotondi, *La "stabilizzazione" nel contratto a tempo determinato: legge e contrattazione collettiva*, in "Il lavoro nella giurisprudenza", 2011, p. 365 ss.

[48] Così, A. Vallebona, *Breviario …*, cit., p. 456. Min. Lav. Interpello 19 ottobre 2012, n.32.

[49] G. Ferraro, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 661, opportunamente rileva che "l'accordo di deroga volto ad impedire l'effetto della conversione debba realisticamente intervenire *prima* della scadenza dei 36 mesi, giacché una volta che i 36 mesi si siano consumati sembra oggettivamente difficile indurre il lavoratore a stipulare un ulteriore contratto a termine quando può ritenere di avere acquisito il diritto alla stabilità del rapporto". Tale diritto, peraltro, una volta acquisito, potrebbe essere dismesso solo tramite un atto di disposizione abdicativo stipulato con l'assistenza del sindacato.

tente[50], con l'assistenza di un rappresentante di una delle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale cui il lavoratore sia iscritto o conferisca mandato[51]. Per l'ulteriore contratto a termine oltre la durata massima si utilizza così la tecnica della volontà individuale assistita, in modo da disegnare un quadro di riferimento certo, idoneo a delimitare il controllo giudiziale successivo.

Il mancato rispetto di tale procedura, nonché il superamento del termine previsto nell'eventuale ulteriore contratto [52], determina l'effetto legale di trasformazione automatica del nuovo contratto a termine in contratto a tempo indeterminato.

Dalla lettura di tale disciplina emerge che: è possibile reiterare il contratto a termine per mansioni non equivalenti [53], quindi sia superiori che

[50] Secondo l'interpretazione del Ministero del Lavoro (Min. Lav. Circ. 2 maggio 2008, n. 13), l'intervento della DTL "è finalizzato esclusivamente alla verifica circa la completezza e la correttezza "formale" del contenuto del contratto a tempo determinato e la genuinità del consenso del lavoratore alla sottoscrizione dello stesso, senza che tale intervento possa determinare effetti certificativi in ordine alla effettiva sussistenza dei presupposti giustificativi richiesti dalla legge". Appare, dunque, assai rilevante la certificazione della legittimità dei rapporti pregressi. Nel senso che l'espletamento della procedura in esame configura un'ipotesi di "volontà assistita" che escluderebbe "il controllo del giudice sulla giustificazione dell'ulteriore contratto, poiché la tecnica della volontà assistita per la regola preventiva e certa del caso concreto è in sé incompatibile con la tecnica del controllo giudiziale successivo in base alla stessa norma generale considerata in sede di assistenza amministrativa sindacale", cfr. A. VALLEBONA, *Questioni sul contratto a termine*, in "Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali", 2008, p. 294. Diversamente, nel senso che non è garantita la legittimità del contratto e della relativa motivazione, cfr. M. AIMO, *Il contratto a tempo determinato riformato: le scelte compiute e le implicazioni possibili*, in "Lavoro e diritto", 2008, p. 459 ss.; C. ALESSI, *La flessibilità del lavoro dopo la legge di attuazione del protocollo sul welfare*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 2008, n. 68, p.* 11; G. FERRARO, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 667; V. SEZIALE, *La riforma del contratto a termine dopo la legge n. 247/2007,* in "Rivista italiana di diritto del lavoro", 2008, I, p. 212.

[51] Tale assistenza deve ritenersi meramente facoltativa, salvo contrasto con l'art. 39 Cost. In tal senso, A. MARESCA, *Apposizione del termine, successione di contratti a tempo determinato* …, cit., p. 668; R. VOZA, *La reiterazione assistita del contratto di lavoro a termine*, in "Il lavoro nella giurisprudenza, 2010, p. 227.

[52] Nel senso che laddove il limite dei 36 mesi sia stato già superato, non vi è più spazio per la deroga, essendosi ormai già realizzato l'effetto legale della trasformazione a tempo indeterminato del contratto di lavoro, cfr. A. MARESCA *Apposizione del termine, successione di contratti a tempo determinato …..*, cit., p. 666. Sulla questione se la stipulazione dell'ulteriore contratto a termine possa essere successiva al superamento dei 36 mesi, v. C. CESTER, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro,* in *Inderogabilità delle norme e disponibilità dei diritti*, Atti delle Giornate di Studi A.I.D.L.A.S.S., Modena, 18-19 aprile 2008, Milano, Giuffrè, 2009, p. 75; G. FERRARO, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 661.

[53] "Il limite generale di durata massima in caso di reiterazione di contratti a tempo determinato richiede l'identità delle parti del rapporto di lavoro e l'equivalenza delle man-

inferiori. Inoltre, dal momento che la norma fa riferimento allo stesso datore di lavoro (oltre che allo stesso lavoratore), nel caso di trasferimento di azienda con mutamento del titolare, il rapporto di lavoro a termine intercorso con il cedente non si cumula con quello, sempre a termine, intercorso con il cessionario [54]. Stante poi l'irrilevanza dei periodi interruttivi fra successivi contratti a termine, ne consegue che quelli stipulati, anche a notevole distanza l'uno dall'altro, si sommano e non possono superare il limite complessivo dei 36 mesi [55]. La durata del contratto a termine in deroga é rimessa all'autonomia collettiva [56] e, precisamente, a quanto stabilito con avvisi comuni siglati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale[57].

sioni" e "secondo i principi giurisprudenziali in materia, l'equivalenza (delle mansioni) non deve essere intesa in termini di mera corrispondenza del livello di inquadramento contrattuale tra le mansioni svolte precedentemente e quelle contemplate nel nuovo contratto, ma occorre verificare i contenuti concreti delle attività espletate" (Cfr. Min. Lav. Circ. n. 13/2008). In giurisprudenza, cfr. Cass., S.U., 24 novembre 2006, n. 25033, in Il Foro italiano", 2007, I, c. 786, secondo cui " l'equivalenza tra le nuove mansioni e quelle precedenti deve essere intesa non solo nel senso di pari valore professionale delle mansioni, considerate nella loro oggettività, ma anche come attitudine delle nuove mansioni a consentire la piena utilizzazione o anche l'arricchimento del patrimonio professionale dal lavoratore acquisito nella pregressa fase del rapporto"; Cass. 12 gennaio 2006, n. 425, in "Rivista italiana di diritto del lavoro", 2006, II, p. 381; Cass. 12 aprile 2005, n. 7453, in "D & L Rivista critica di diritto del lavoro", 2005, p. 433; Cass. 11 aprile 2005, n. 7351, in "Notiziario di giurisprudenza del lavoro", 2005, p. 635.

[54] Così, G. Proia, in M. Persiani – G. Proia (a cura di), *La nuova disciplina del welfare. Commentario alla legge 24 dicembre 2007, n. 247*, Padova, Cedam, 2008, p. 96.

[55] Cfr. G. Proia, *op. cit*., p. 97.

[56] Sul punto, cfr. M. Viceconte, *La miniriforma del contratto a termine nella legge 24 dicembre 2007, n. 247 (G.U. 29.12.2007, n. 301), Norme di attuazione del Protocollo del 23 luglio 2007 su previdenza, lavoro e competitività per favorire l'equità e la crescita sostenibili, nonché ulteriori norme in materia di lavoro e previdenza sociale,* in "Lavoro e previdenza oggi", 2008, p. 37; R. Voza, *La reiterazione*, cit., p. 227.

[57] L'avviso comune 10 aprile 2008 (Confindustria, CGIL, CISL, UIL) ha stabilito che la durata del contratto a termine in deroga non può superare gli 8 mesi, salvo "maggiori durate eventualmente disposte dai contratti collettivi nazionali o da avvisi comuni stipulati dalle organizzazioni dei prestatori di lavoro e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, firmatarie dei contratti collettivi nazionali di lavoro". Intesa analoga è stata raggiunta il 24 aprile 2008 per il settore dell'artigianato (Confartigianato, Casartigiani e Cna, da una parte, e CGIL, CISL e UIL, dall'altra). Sulla questione, cfr. R. Voza, *La reiterazione*, cit., p. 228, il quale precisa che qualunque contingentamento temporale operato dall'autonomia collettiva costituisce parte integrante dell'intera procedura delineata dal legislatore. Ne consegue che il rispetto di tale procedura passa anche attraverso la fissazione di una durata dell'ulteriore contratto conforme al termine stabilito in sede collettiva. In caso di eventuale superamento di tale scadenza "il nuovo contratto si considera a tempo indeterminato, così come previsto a chiusura della disposizione in esame"; F. Rotondi, *La "stabilizzazione" nel contratto a tempo determinato …*, cit., p. 367.

Inapplicabilità del limite temporale dei 36 mesi - Il limite legale dei 36 mesi di durata massima del contratto a termine non si applica ai lavoratori impiegati in attività stagionali, definite dal D.P.R. 7 ottobre 1963, n. 1525 (e successive modifiche ed integrazioni) ovvero individuate dagli avvisi comuni e dai contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati dalle OO.SS. comparativamente più rappresentative (art. 5, co. 4 -*ter*, D.Lgs. n. 368/2001, introdotto dall'art. 1, co. 40, lett. b), L. n. 247/2007)[58].

Contratti a termine con diversi limiti massimi di durata - Per talune particolari tipologie di contratti a termine sono previsti i seguenti limiti massimi di durata (cfr. Min. Lav. Circ. 1 agosto 2002, n. 42, punto 7):

• dirigenti: i contratti a termine stipulati con i dirigenti non possono avere una durata superiore a 5 anni (art. 10, co. 4, D.Lgs. n. 368/2001);

• trasporto aereo e servizi aeroportuali: i contratti a termine nel settore del trasporto aereo e dei servizi aeroportuali sono stipulabili per un periodo massimo complessivo di 6 mesi, compresi tra aprile ed ottobre di ogni anno, e di 4 mesi per periodi diversamente distribuiti (art. 2, co. 1, D.Lgs. n. 368/2001);

• poste: i contratti a termine nel settore delle poste sono stipulabili per un periodo massimo complessivo di 6 mesi, compresi tra aprile ed ottobre di ogni anno, e di 4 mesi per periodi diversamente distribuiti (art. 2, co. 1-*bis*, D.Lgs. n. 368/2001);

• unità produttive nelle quali si sia proceduto nei 12 mesi precedenti a licenziamenti collettivi che abbiano riguardato lavoratori adibiti alle stesse mansioni cui si riferisce il contratto a termine: il contratto è ammesso qualora abbia durata iniziale non superiore a 3 mesi (art. 3, co. 1, lett. b), D.Lgs. n. 368/2001), ovvero qualora sia concluso per l'assunzione di lavoratori iscritti nelle liste di mobilità, purché abbia una durata non superiore ai 12 mesi ai sensi dell'art. 8, co. 2, L. n. 223/1991 (art. 3, co. 1, lett. b), D.Lgs. n. 368/2001);

[58] La L. n. 92/2012 ha previsto che ai lavoratori assunti a termine per lo svolgimento delle attività stagionali nonché, per i periodi contributivi maturati dal 1°.1. 2013 al 31.12. 2015, per lo svolgimento delle attività stagionali definite dagli avvisi comuni e dai contratti collettivi nazionali stipulati entro il 31 .12. 2011 dalle organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative non si applichi il contributo aggiuntivo a carico del datore di lavoro, pari all'1,4% della retribuzione imponibile ai fini previdenziali, destinato al finanziamento dell'Assicurazione Sociale per l'Impiego, c.d. ASPI (art. 2, co. 29, L. 28 giugno 2012, n. 92, c.d. Riforma lavoro). Sulla contraddittorietà di tale previsione rispetto alla funzione del contratto a tempo determinato, v. F. Carinci, *Complimenti, dott. Frankestein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in "Il lavoro nella giurisprudenza", 2012, p. 540; M. Magnani, *La riforma del mercato del lavoro*, intervento al seminario *La riforma del mercato del lavoro*, Facoltà di Giurisprudenza, Università di Roma 3, 13 aprile 2012, p. 4 ; L. Menghini, *Contratto a termine,* cit., p. 93.

• sportivi professionisti: i contratti a termine stipulati con questa categoria di lavoratori non possono avere una durata superiore a 5 anni; eventuali clausole di durata superiore sono nulle e sostituite di diritto dal termine massimo di legge (art. 5, L. 23 marzo 1981, n. 91, e successive modifiche ed integrazioni);

• lavoro a giornata: nell'ambito del settore del turismo e dei pubblici esercizi, i contratti a termine stipulati per l'esecuzione di speciali servizi di durata non superiore a 3 giorni (art. 10, co. 3, D.Lgs. n. 368/2001)[59];

• lavoro a termine occasionale: i contratti a termine di durata puramente occasionale, non superiore a 12 giorni (art. 1, co. 4, D.Lgs. n. 368/2001).

7. *Proroga del contratto a termine*

Condizioni per la proroga **-** Una volta scaduto il termine iniziale di durata del contratto a tempo determinato, le parti possono prorogarlo; la proroga, tuttavia, non è ammessa nell'ipotesi di primo contratto a termine di durata non superiore a 1 anno (nemmeno quando abbia avuto una durata inferiore a tale limite) per il quale non è comunque richiesta la causale giustificativa (art. 4, D.Lgs. 6 settembre 2001, n. 368, come modificato dall'art. 1, co. 9, lett. d), L. n.92/ 2012 [60]; Min. Lav. Circ. 18 luglio 2012, n. 18).

La proroga è valida ed efficace anche se è manifestata in forma orale[61] o è determinata da fatti concludenti e deve rispondere ai seguenti requisiti:

[59] I contratti dei settori turismo e pubblici servizi sono esclusi dall'ambito di applicazione del D.Lgs. n. 368/2001 (art. 10, co. 3, D.Lgs. n. 368/2001; v. anche Min. Lav. Circ. 29 settembre 2010, n. 34; Min. Lav. Interpello 11 luglio 2007, n. 18).

[60] Secondo tale disposizione, "1. Il termine del contratto a tempo determinato può essere, con il consenso del lavoratore, prorogato solo quando la durata iniziale del contratto sia inferiore a tre anni. In questi casi la proroga è ammessa una sola volta e a condizione che sia richiesta da ragioni oggettive e si riferisca alla stessa attività lavorativa per la quale il contratto è stato stipulato a tempo determinato. Con esclusivo riferimento a tale ipotesi la durata complessiva del rapporto a termine non potrà essere superiore ai tre anni. 2**.** L'onere della prova relativa all'obiettiva esistenza delle ragioni che giustificano l'eventuale proroga del termine stesso è a carico del datore di lavoro (*Vedi deroga di cui all'articolo 13 dell' O.P.C.M. 26 gennaio 2006, n. 3491*). 2-bis. Il contratto a tempo determinato di cui all'articolo 1, comma 1-bis, non può essere oggetto di proroga ".

[61] Nel senso dell'ammissibilità della proroga anche in forma orale, cfr. Cass. 24 gennaio 2008, n. 1569, in "Diritto e pratica del lavoro", 2009, p. 1911; Cass. 23 novembre 1988, n. 6305, in "Massimario di giurisprudenza del lavoro", 1989, p. 28; App. Trento, sez. distaccata Bolzano, 8 novembre 2006, in "Guida al lavoro", 2007, fasc. 18, p. 52. *Contra*, per la necessità della forma scritta, dovendo la proroga seguire il medesimo regime formale per l'apposizione del termine, cfr. Trib. Bolzano 20 aprile 2006, ivi, 2006, fasc. 47, p. 47; Trib. Milano 27 settembre 2001, in "D & L Rivista critica di diritto del lavoro", 2002, p. 99.

a) richiede la volontà di entrambi i soggetti del rapporto. E' quindi necessario il consenso del lavoratore [62]; b) è ammessa per una sola volta (c.d. principio dell'unica proroga: un contratto a termine, una sola proroga del contratto); c) deve essere richiesta da ragioni oggettive e nuove che non erano in essere al momento della pattuizione originaria del termine [63], con relativo onere della prova a carico del datore di lavoro [64]; le motivazioni che giustificano la proroga possono, quindi, essere diverse da quelle della stipula del contratto iniziale, ma devono essere sempre riconducibili a ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo; d) deve riferirsi alla stessa attività lavorativa per la quale è stato stipulato il contratto a termine; la legge pertanto non fa riferimento alla mansione svolta [65]; e) è ammessa solo se la durata iniziale del contratto a termine è inferiore a 3 anni; f) è ammessa soltanto se la durata complessiva del contratto a termine (contratto iniziale + contratto prorogato) non risulta superiore a 3 anni. In altre parole, la durata iniziale del contratto, sommata alla durata della proroga, non può superare complessivamente i 3 anni; g) può avere una durata superiore a quella prevista nel contratto iniziale, fermo restando il rispetto del limite legale del triennio (così, ad esempio, si potrà stipulare un contratto a termine iniziale di durata di 1 anno e poi una proroga di 2 anni).

Il legislatore non specifica, analogamente alla normativa sulla proroga del contratto a termine contenuta nell'abrogata L. n. 230/1962, il regime applicabile in caso di violazione della disciplina della proroga del

[62] Secondo la giurisprudenza, la volontà del lavoratore deve essere espressa in un momento anteriore o contemporaneo rispetto a quello della scadenza del termine inizialmente stabilito (Cass. 23 novembre 1988, n. 6305, cit.; Cass. 13 febbraio 1988, n. 1571, in "Repertorio del Foro italiano", 1988, voce *Lavoro (rapporto)* n. 554, tutte riferite, peraltro, alla precedente disciplina della proroga di cui all'art. 2, co. 1, L., n. 230/1962).

[63] Cfr. Trib. Ascoli Piceno 28 maggio 2010, in "Diritto e lavoro nelle Marche", 2010, 353, secondo cui è da considerare nulla una proroga che abbia come presupposto ragioni già esistenti al momento della conclusione del contratto a termine. In senso conforme, cfr. Trib. Milano 31 marzo 2006, in "D & L Rivista critica di diritto del lavoro", 2006, p. 454.

[64] Cfr. Trib. Ascoli Piceno 28 maggio 2010, cit.

[65] Stessa attività significa stessa esigenza che ha giustificato l'apposizione del termine e non stesse mansioni. Rispetto alla previgente normativa manca, inoltre, il riferimento alle condizioni di eccezionalità, contingenza ed imprevedibilità delle ragioni poste alla base della proroga (art. 2, L. n. 230/1962, sulla cui applicazione, cfr. Cass. 10 settembre 2010, n. 19365, in "Il lavoro nella giurisprudenza", 2010, p. 1236; Cass. 16 aprile 2008, n. 9993, in "Notiziario di giurisprudenza del lavoro", 2008, p. 300; Cass. 23 novembre 2006, n. 24886, in "Repertorio del Foro italiano", 2006, *voce Lavoro (rapporto*), n. 847; Cass. 16 maggio 2005, n. 10140, in "Massimario di giurisprudenza del lavoro", 2005, p. 865).

contratto a termine [66].

In relazione alle conseguenze derivanti dall'illegittimità della proroga vi è chi ritiene, non potendo trovare applicazione il principio della nullità parziale del contratto per violazione di norma imperativa (art. 1419, co. 1, cod. civ.), in quanto l'accordo sulla proroga è concluso successivamente all'apposizione del termine di durata del contratto stesso, che si debba applicare la disciplina della prosecuzione di fatto del rapporto a termine di cui all'art. 5, co. 1 e 2, D.Lgs. n. 368/2001 [67]. Diffusamente, altri ritengono che sia necessario distinguere la particolare ipotesi dell' illegittimità della proroga per lo svolgimento di un'attività lavorativa diversa da quella prevista nel contratto a termine iniziale [68]. In tal caso, si applica la sanzione prevista per l'ipotesi di successive riassunzioni a termine senza soluzione di continuità (art. 5, co. 4, D.Lgs. n. 368/2001), vale a dire la conversione in rapporto di lavoro a tempo indeterminato dalla data di stipulazione del contratto a termine iniziale.

Comunicazione della proroga ai Centri per l'impiego - La proroga del termine inizialmente fissato deve essere comunicata, in via telematica, dal datore di lavoro, entro 5 giorni, al Centro per l'impiego nel cui ambito territoriale è ubicata la sede di lavoro (art. 4-*bis*, co. 5, lett. a), D.Lgs. 21 aprile 2000, n. 181).

Esclusioni - La disciplina della proroga del contratto a termine non si applica: ai contratti a termine stipulati con i dirigenti, per i quali il contratto può essere prorogato senza osservare i vincoli previsti dall'art. 4, co. 1, D.Lgs. n. 368/2001, fermo restando il limite massimo di 5 anni di durata. (art.10, co. 4, del decreto medesimo); ai contratti con termine "mobile" (o elastico), ossia i contratti la cui durata subisce un allungamento in relazione al protrarsi della causale che ne aveva giustificato la stipu-

[66] Cfr. L. Menghini, *Il lavoro a termine*, in A. Vallebona (a cura), *I contratti di lavoro*, Torino, 2009, t. I, p. 1110 ss.

[67] Cfr. A. Vallebona – C. Pisani, *Il nuovo lavoro a termine* …, cit., p. 48; P. Bozzao, *L'estensione del lavoro a* termine *oltre il primo* contratto*: la nuova disciplina*, in G. Perone (a cura di), *Il contratto di lavoro a tempo determinato nel decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 112; M.C. Cataudella – P. Ferrari – E. Fiata – J. Piccinini, *Il contratto di lavoro a termine*, in M. Persiani (a cura di), *I nuovi contratti di lavoro*, Torino, Utet, 2010, p. 303. In giurisprudenza, v. App. Firenze 3 novembre 2003, in "D & L Rivista critica di diritto del lavoro", 2004, p. 321, peraltro riferita alla precedente disciplina di cui alla L. n. 230/1962.

[68] Cfr. G. Franza, *Il lavoro a termine* …, cit., p. 330; M. G. Mattarolo, Sub *art. 4, Disciplina della proroga del contratto a tempo determinato*, in L. Menghini, (a cura di), *La nuova disciplina del lavoro a termine*…, cit., p. 116; Trib. Ascoli Piceno 28 maggio 2010, cit.; Trib. Ascoli Piceno 23 aprile 2010, in "Diritto e lavoro nelle Marche", 2010, p. 381.

la; ai contratti a termine stipulati con il personale artistico e tecnico delle Fondazioni lirico-sinfoniche (art. 11, co. 4, D.Lgs. n. 368/2001) [69].

8. *Prosecuzione e successione di contratti a termine*

Per quanto concerne la continuazione e/o la successione di più contratti a tempo determinato con il medesimo lavoratore [70], il D.Lgs. n. 368/2001, e successive modifiche ed integrazioni, disciplina tre differenti ipotesi:

- prosecuzione di fatto del rapporto di lavoro oltre la scadenza del termine iniziale o successivamente prorogato (art. 5, co. 1 e 2);
- stipulazione di due contratti a termine, consecutivamente e senza soluzione di continuità (art. 5, co. 4);
- riassunzione a termine effettuata senza rispettare gli intervalli minimi previsti dalla legge (art. 5, co. 3).

Prosecuzione di fatto del rapporto. -. Nel caso di prosecuzione di fatto (cioè senza copertura contrattuale) del rapporto di lavoro oltre la scadenza del termine inizialmente fissato o successivamente prorogato sono previsti determinati effetti in relazione alla durata della prosecuzione [71].

A) Prosecuzione breve - (art. 5, co. 1). Se il rapporto continua dopo la scadenza del termine inizialmente fissato o successivamente prorogato,

[69] Le Fondazioni lirico-sinfoniche hanno sostituito le Fondazioni di produzione musicale di cui al D.Lgs. 29 giugno 1996, n. 367 e sono disciplinate dalla L. 29 giugno 2010, n. 100, di conversione del D.L. 30 aprile 2010, n. 64, recante disposizioni urgenti in materia di spettacolo e attività culturali. In tema, cfr. A. Vescovini, *Disciplina dei contratti a termine per le Fondazioni lirico-sinfoniche* (nota a Trib. Milano 12 aprile 2010), in "D & L Rivista critica di diritto del lavoro", 2010, p. 433 ss.

[70] "Nel caso di successione di due o più contratti a termine tra le stesse parti, ciascuno dei quali legittimo ed efficace, il termine di prescrizione dei crediti retributivi inizia a decorrere, per quei crediti che sorgono nel corso del rapporto di lavorativo, nel giorno della loro insorgenza e, per quelli che maturano alla cessazione del rapporto, a partire da tale momento, dovendo i criteri scaturenti da ciascun contratto considerarsi autonomamente e distintamente da quelli derivanti dagli altri e non potendo assumere efficacia sospensiva della prescrizione gli intervalli di tempo correnti tra un rapporto lavorativo e quello successivo". Così, Cass. S.U. 16 gennaio 2003, n. 575, in "Massimario di giurisprudenza del lavoro, 2003, p. 335, con nota di M. Tatarelli, *Successione di contratti a termine legittimi e decorrenza della prescrizione*; in "Il diritto del lavoro", 2003, II, p. 3, con nota di A. Vallebona, *Prescrizione della retribuzione e successione di contratti a termine*; ed in "Rivista italiana di diritto del lavoro", 2003, II, p. 890, con nota di G. Zilio Grandi, *La decorrenza della prescrizione tra stabilità e successione di contratti a termine*.

[71] Le norme sulla prosecuzione di fatto del rapporto di lavoro non si applicano al personale artistico e tecnico delle Fondazioni lirico-sinfoniche (art. 11, co. 4, D.Lgs. n. 368/2001).

il datore di lavoro è tenuto a corrispondere al lavoratore una maggiorazione della retribuzione (c.d. prosecuzione indennizzata del rapporto) durante un periodo prestabilito (c.d. periodo di tolleranza a pagamento). La maggiorazione è pari al: 20% della retribuzione per ogni giorno di continuazione del rapporto fino al 10° giorno; ed al 40% della retribuzione per ciascun giorno ulteriore al 10° (fino ad un massimo di 30 giorni, se si sta proseguendo un contratto di durata iniziale inferiore ai 6 mesi; fino ad un massimo di 50 giorni, se la prosecuzione interessa un contratto di durata iniziale pari o superiore ai 6 mesi).

B) Prosecuzione lunga - Se il rapporto di lavoro continua oltre il 30° giorno in caso di contratto di durata inferiore a 6 mesi, ovvero oltre il 50° negli altri casi, il contratto si considera a tempo indeterminato dalla scadenza dei predetti termini (art. 5, co. 2, D.Lgs. n. 368/2001, come modificato dall'art. 1, co. 9, lett. e), L. 28 giugno 2012, n. 92).

Nell'ipotesi di prosecuzione del rapporto di lavoro oltre il termine inizialmente fissato, il datore di lavoro deve comunicare al Centro per l'impiego competente per il territorio, entro la scadenza del termine inizialmente prevista, l'intenzione di proseguire il rapporto oltre tale termine, indicando la durata della prosecuzione (art. 5, co. 2-*bis*, D.Lgs. n. 368/2001, introdotto dall'art. 1, co. 9, lett. f), L. n. 92/2012; D.M. 10 ottobre 2012).

Assunzioni senza soluzione di continuità (c.d. contratti francobollo) - Se tra le due assunzioni a termine non vi è soluzione di continuità e, quindi, non trascorre nemmeno 1 giorno dalla scadenza del primo contratto (c.d. contratti francobollo), il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato sin dalla data della stipulazione del primo contratto, vale a dire a partire dalla data di assunzione (c.d. efficacia retroattiva: art. 5, co. 4, D.Lgs. n. 368/2001).

Riassunzione in tempi ravvicinati - E' consentita la riassunzione a termine di uno stesso lavoratore (c.d. rinnovo del contratto) purché siano trascorsi: 60 giorni dalla scadenza del contratto precedente, se questo aveva una durata fino a 6 mesi; ovvero 90 giorni dalla scadenza del contratto, se questo aveva una durata iniziale pari o superiore a 6 mesi.

Se il lavoratore viene riassunto a termine in violazione dei suddetti limiti temporali [72], il secondo contratto si considera a tempo indeter-

[72] In relazione agli intervalli di tempo per la stipula di una successione di contratti a termine, v. Pres. Cons. Min., Nota 19 settembre 2012, n. 37562, in cui si rileva che è necessario "prendere a riferimento la data della riassunzione e non quella del contratto anteriormente stipulato tra le stesse parti". Nello stesso senso, cfr. Trib. Firenze 28 giugno 2002, in "Repertorio del Foro italiano", 2004, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 913, secondo cui "l'intervallo che deve intercorrere tra la scadenza di un contratto a termine e la successiva riassunzione a tempo determinato va considerato tenendo conto della stipulazione del contratto successivo e non già dell'inizio della prestazione lavorativa". Diversamente, secon-

minato (art. 5, co. 3, D.Lgs. n. 368/2001, come modificato dall'art. 1, co. 9, lett. f), L. n. 92/2012).

Tali periodi di intervallo obbligatorio tra un contratto a termine e l'altro sono ridotti, rispettivamente, fino a 20 giorni (se il primo contratto non supera la durata di 6 mesi) ovvero fino a 30 giorni (se la durata iniziale del contratto a termine supera i 6 mesi) nelle ipotesi di assunzioni a termine per attività stagionali (di cui all'art. 5, co. 4-*ter*, D.Lgs. n. 368/2001) nonché nei casi individuati dai contratti collettivi di cui all'art. 1, co. 1 bis del decreto in esame e cioè dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale che devono provvedere "in via diretta a livello interconfederale o di categoria, ovvero in via delegata ai livelli decentrati" (art. 1, co. 9, lett. h), L. n. 92/2012, come modificato dall'art. 46-*bis*, co. 1, lett. a), L. 7 agosto 2012, n. 134, di conversione del D.L. 22 giugno 2012, n. 83). A fronte di "esigenze riconducibili a ragioni organizzative qualificate", il Ministero del Lavoro, decorsi inutilmente 12 mesi dalla data di entrata in vigore della L. n. 92/2012, sentite le parti sociali, provvedere ad individuare quali sono le specifiche condizioni che consentono di applicare il periodo minore di intervallo tra un contratto a termine ed un altro (20 e 30 giorni) in luogo di quello ordinario di 60 e 90 giorni[73].

Come si vede, la disciplina del contratto a termine si presenta assai complessa ed articolata. Si tratta, inoltre, di una regolamentazione suscettibile di contrastanti intrpretazioni e foriera di scarsa certezza, anche per il continuo susseguirsi di modifiche.

Se poi inseriamo la normativa sul contratto a termine nell'ambito delle numerose forme di lavoro "flessibile" che derogano alla forma "comune" del contratto a tempo indeterminato e che "derogano alle deroghe" appare chiaro come (ahimè) vi sia ancora l'esigenza di riformare e riordinare il diritto del lavoro, ridisegnando non un "mucchio" di norme ma un "sistema" di regole correlate, univoche e certe.

do Trib. Milano 26 giugno 2006, in "D & L Rivista critica di diritto del lavoro", 2006, p. 1068, con nota di A. Vescovini, *Riassunzione a termine in frode alla legge*, il divieto di riassunzione di cui all'art. 5, co. 3, D.Lgs. n. 368/2001, si riferisce sia al momento di inizio della prestazione lavorativa che al momento della stipulazione del contratto.

[73] V. Min. Lav. Circ. 7 novembre 2012, n. 27.

ONORATO BUCCI

Primato del Vescovo di Roma e Assemblee Conciliari
(a cinquant'anni dal Concilio Ecumenico Vaticano II)

SOMMARIO: 1. Da Costantino a Giustiniano, dopo le persecuzioni, si assiste al progressivo assorbimento della struttura giuridica delle Comunità Cristiane nell'organizzazione di diritto pubblico romano: il contrasto Simmaco-Ambrogio è segno paradigmatico fra l'antica Roma – che si perpetua in Bisanzio e nella politica del Cesaropapismo di Giustiniano – e il vescovo di questa città che fa di quest'ultima il modello della dottrina di libertà della ricerca scientifica. - 2. La ferma opposizione del Vescovo di Roma alla politica di Bisanzio tendente a sottomettere il clero e le comunità ecclesiali alla struttura dello Stato e la formazione della dottrina del Primato del Vescovo di Roma sull'intera cristianità: alla concezione precristiana di sottomettere i culti religiosi ai destini della Respublica romana, il Vescovo di Roma contrappone la volontà di dar vita ad un organismo giuridico del tutto autonomo dallo Stato tale da poter mediare la volontà dei soggetti viventi nella società civile con i poteri di quest'ultima nonché di mediare anche (e soprattutto) i contrasti fra le classi sociali che vivono nella storia. - 3. La posizione del Vescovo di Roma trova seguito negli altri vescovi d'Occidente e d'Oriente, a fronte della dura reazione di Bisanzio. 4. Gli Otto Concili ecumenici (1° di Nicea a. 325, 4° di Costantinopoli, a. 869-870) – che nella forma assembleare insita nella loro costituzione si aggiungono al Concilium commune provinciae e, anzi, nella loro formazione, sono gli eredi dei Concilia che a partire da Augusto si riunivano periodicamente (di solito ogni cinque anni) nella composizione di delegati per ogni entità territoriale per deliberare sui problemi comuni della Provincia sotto la guida e la presidenza di un Sacerdos Provinciae all'uopo nominato dall'Imperatore – diventano il campo di una scelta fra le posizioni di una Chiesa che vuole essere libera e autonoma dal potere dello Stato e una Chiesa che – sull'eredità antico-orientale precristiana dell'indiscutibile unità fra jus e fas in cui si caratterizza l'esistenza storica dello Stato – decide di vivere la propria storia in sintonia e – comunque – con il potere dello Stato delegando a quest'ultimo la vicenda del suo vivere nella storia e limitandosi a riflettere sui destini della metastoria scissa dalla storia. I Concili Ecumenici si risolvono in tal modo in una scelta fra le posizioni del Vescovo di Roma (paladino della libertà dell'Episcopato dallo Stato) e quelle del potere politico anche quando dibattono (anzi: soprattutto) temi che appaiono squisitamente teologici che hanno la caratteristica di ignorare i problemi della società umana la cui soluzione viene delegata allo Stato. - 5. Conclusione

1. *Da Costantino a Giustiniano, dopo le persecuzioni, si assiste al progressivo assorbimento della struttura giuridica delle Comunità Cristiane nell'organizzazione di diritto pubblico romano: il contrasto Simmaco-Ambrogio è segno paradigmatico fra l'antica Roma – che si perpetua in Bisanzio e nella politica del Cesaropapismo di Giustiniano – e il vescovo di questa città che fa di quest'ultima il modello della dottrina di libertà della ricerca scientifica*

La cosiddetta pace costantiniana con cui, per dirla con il Palanque,

"agli inizi del secolo IV si effettuò nella storia della Chiesa una delle più importanti rivoluzioni ch'essa abbia mai conosciuto: ignorata e perseguitata nel periodo precedente, tutto ad un tratto riacquista completa libertà e fra poco godrà i favori del governo che le accorderà i più ampi privilegi; lo Stato Romano, senza abbandonare immediatamente il paganesimo, adotta ufficialmente il Cristianesimo" (**J.R. Palanque**, *La pace Costantiniana*, in *Storia della Chiesa ed. **A. Fliche V. Martin***, vol. III, t. I, tomo 1972, trad. it., pp. 17-46 ed ivi p. 17), non si ebbe a caso e non arrivò all'improvviso ma si realizzò dopo infinite e terribili persecuzioni iniziate dal tempo di Nerone e mai dismesse fino a Massimino il Trace e poi alla fine del II secolo; passate attraverso gli editti di Settimio Severo, il regno di Eliogabalo,Filippo l'Arabo e Decio fino al regno di Gallo e la persecuzione di Valeriano, le ostilità di Galerio e gli editti di Diocleziano. Le persecuzioni nascevano da una triplice ostilità contro le comunità cristiane: a) opposizione del governo dell'Impero; b) opposizione dell'opinione pubblica sprezzante; c) l'odio delle masse popolari. A questa triplice ostilità le comunità cristiane non solo non opposero una resistenza armata ma neppure una resistenza legale, idea di cui non esisteva nessuno strumento giuridico per opporsi alla volontà imperiale. Si comprende dunque quanto di illuminante sia il giudizio di ***J. Zeiller*** *(Il bilancio della conquista cristiana alla vigilia della pace costantiniana, in Storia della Chiesa*, cit. pp. 665-685 ed ivi p. 677) quando dice che "per due secoli e mezzo si sono lasciati decimare serenamente in nome delle leggi, porgendo il collo alla spada, salendo i roghi, scendendo nell'inferno delle miniere, provocando lo stupore, poi l'ammirazione dei pagani, fra i quali quell'eroismo indefinito e tranquillo finì per provocare delle conversioni". Infinite furono le apostasie ma alla fine vinse la resistenza cristiana alle persecuzioni, e si ebbe la pace costantiniana.

L'editto di Galerio del 311, ponendo fine alle persecuzioni, restituisce alla comunità cristiane la libertà che aveva goduto alla fine del III secolo. Successivamente si ebbe l'intervento di Costantino a Daia per chiedergli di por fine alle persecuzioni (Lattanzio, *De mortibus persecutorum* 37, s; Eusebio, *Hist. Eccl.*, IX, 9, 12), la successiva legislazione di Costantino (principio del 313), il rescritto di Licinio (giugno 313) portano al cosiddetto *Editto di Milano* che altro non è che la sintesi di due lettere di Roma e di Nicomedia (ego Costantinus Augustus, ego Licinius Augustus apud Mediolanum) con i suoi verbi al passato (convenissemus…credidimus) del febbraio del 313 dove quella di Licinio è trasmessa da Lattanzio e quella di Costantino tramandata da Eusebio di Cesarea. Un dato è certo: il rescritto in cui si autorizza i Cristiani ad esercitare il proprio culto viene pubblicato il 13 giugno 313 in Nicomedia [Lattanzio, *De mortibus perse-*

cutorum, 48, 2-8] cui seguì un nuovo editto ispirato direttamente al rescritto di Nicomedia voluto da Massimino nell'estate del 313 e in cui si concedeva a ciascuno la libertà "di seguire la religione che aveva scelto di predicare" e ai Cristiani il diritto di costruire chiese oltre al diritto di vedersi restituire case e terre confiscate.

Da allora scomparve in tutto l'Impero ogni traccia di persecuzione contro i Cristiani.

La scomparsa delle persecuzioni se volle dire "pace cristiana" non portò alla scomparsa del paganesimo e al tempo stesso continuò la sopravvivenza alla concezione tipica del diritto romano di volere sotto la giurisdizione del governo romano tutti i culti religiosi e che va sotto il nome di Cesaropapismo.

Che il *paganesimo* avesse vita dura lo dimostra il contrasto che si ebbe fra *Quinto Aurelio Simmaco* - ultimo praefectus urbis pagano di una Roma ormai irrimediabilmente destinata a diventare cristiana (340 circa – 402/403) e Ambrogio vescovo di Milano circa il problema se mantenere o meno *l'altare della Vittoria* nella Curia. La questione sollevata dai senatori cristiani di allontanare l'ara della Vittoria dalla sede del Senato, si risolse sul mantenimento dell'antica religione romana nelle cerimonie ufficiali dello Stato. I senatori pagani all'inizio di ogni seduta rendevano omaggio all'ara della Vittoria considerandola simbolo della romanità e della sovranità dello Stato. I senatori cristiani, ormai maggioranza nella Curia, ottennero nel 382 dall'imperatore Graziano la sua rimozione. E fu allora che Simmaco inviò una nota – che sarà poi conosciuta dai posteri come *Relatio de ara Victoriae* – ad Ambrogio vescovo di Milano con cui aveva già avuto rapporti amichevoli e costruttivi su un piano di reciproca stima umana e scientifica. Simmaco si fece portatore con Ambrogio di una concezione ispirata al pluralismo e alla tolleranza religiosa che egli riassunse nelle seguenti parole:

> "dobbiamo riconoscere che tutti i culti hanno un unico fondamento. Tutti contemplano le stesse stelle, un solo cielo ci è comune, un solo universo ci circonda. Che importa se ognuno cerca la verità a suo modo? Non si può seguire una sola strada per raggiungere un mistero così grande".

Ambrogio, assertore convinto delle superiorità del Cristianesimo su ogni altro culto, ritenne invece che solo il Dio dei Cristiani fosse il vero Dio, *ipse enim solus verus est deus*: da tale convinzione discendeva l'illegittimità di qualsiasi forma di culto che non fosse quello cristiano. Moriva frattanto Graziano e i senatori cristiani inviarono una delegazione a Milano al suo successore Valentiniano II che diede ragione ad Ambrogio e

torto a Simmaco e l'ara della Vittoria non fu più ripristinata nella Curia.

Quell'episodio cadenzò non poco i rapporti fra Chiesa e Stato romano che comprese subito che doveva gestire in monopolio il *culto cristiano* che veniva così a sostituire il culto della dea Roma e di conseguenza il culto dell'Imperatore il cui punto più alto era stato raggiunto quando l'Impero Romano, abbandonato lo schema dei diritti/doveri della *Respublica*, si era sempre più andato ad orientalizzarsi tanto che l'Imperatore divenne (scandalo per l'antica *Respublica romana!*) vicario di dio, immagine di dio in terra, erede della tradizione iranica della sovranità ma anche di quella egizia, passando attraverso le concezioni statuali sumero-accadico-babilonese. Il sovrano era così capo supremo dello Stato e ad un tempo della Chiesa perché due realtà storiche virtualmente coincidenti e i cui rapporti si concretizzano nella concordanza. In questa prospettiva l'Imperatore assomma in sé potere civile e religioso, e quindi è al di sopra di ogni autorità dello Stato e della Chiesa dovendo contemporaneamente proteggere la Chiesa da nemici interni ed esterni.

Questa concezione avrà nel tempo un'influenza enorme anche nelle dottrine politiche occidentali venendo recepite, anche se in modo diversificato, dallo Stato di tradizione europea, laico e cattolico, nella persuasione della superiorità dello Stato sulla Chiesa e sulla convinzione che il primo deve governare le sorti della seconda.

2. *La ferma opposizione del Vescovo di Roma alla politica di Bisanzio tendente a sottomettere il clero e le comunità ecclesiali alla struttura dello Stato e la formazione della dottrina del Primato del Vescovo di Roma sull'intera cristianità: alla concezione precristiana di sottomettere i culti religiosi ai destini della* **Respublica** *romana, il Vescovo di Roma contrappone la volontà di dar vita ad un organismo giuridico del tutto autonomo dallo Stato tale da poter mediare la volontà dei soggetti viventi nella società civile con i poteri di quest'ultima nonché di mediare anche (e soprattutto) i contrasti fra le classi sociali che vivono nella storia*

Che il vescovo di Roma abbia sempre affermato la sua primazialità su tutta la Cristianità fin dagli immediati successori di Pietro è un dato di fatto difficilmente contestabile. Per tutto il periodo precostantiniano, da papa Clemente a papa Milziade (311-314) nessuna sede vescovile della Cristianità ha messo in discussione che Roma fosse *Cathedra Petri, ecclesia principalis* come poi fu dichiarata al Concilio di Arles in modo formale nel 314. E dal 314 in poi è un prosieguo di atti che confermano il primato del Vescovo di Roma sui restanti vescovi della Cristianità:

a) al Concilio di Sardica (343) si stabilisce che un vescovo condannato da un Concilio provinciale potesse ricorrere a Roma ove sarebbe stato deciso se la prima sentenza era o meno da rivedersi; confermato dal Papa essa sarebbe irrevocabile;

b) al Concilio di Milano del 347 i vescovi di Illiria Ursacio e Valente si sottomettono all'ubbidienza del Vescovo di Roma;

c) con Damaso si usa per la prima volta la dizione "Sede Apostolica" in modo ufficiale, dizione già presente in una lettera di Liberio al vescovo di Vercelli. Durante il pontificato di Damaso (380-384) Ottato di Milevi scrive che Roma è la sede di Pietro *caput* di tutti gli Apostoli e il centro della Cristianità (PL II, 947-950). Girolamo attesta sempre in questo periodo che al Vescovo di Roma giungono richieste di essere in comunione con Roma. Sotto il suo pontificato Teodosio proclama in un editto emanato a Salonicco che il Cristianesimo professato ad Alessandria e a Roma è quello "ortodosso";

d) papa Siricio (384-399) scrive una lettera a Irnerio vescovo di Tarragona ritenuta la prima decretale a noi giunta e il prototipo di una nota scritta non più nel tono fraterno dell'ammonimento e del richiamo, ma nello stile protocollare della burocrazia imperiale e con il carattere di una istruzione avente il valore di legge.Così per le successive lettere inviate agli altri vescovi d'Italia in cui afferma la supremazia della sede romana su tutta la Penisola (il Vescovo di Roma primate d'Italia riconosciuto nel Concilio di Roma del 6 gennaio 286). Così per i rapporti con Ambrogio vescovo di Milano, così con il vescovo di Tessalonica che nomina suo rappresentante per l'Italia;

e) i suoi successori Anastasio (399-401), Innocenzo I (401-417), Zosimo (417-418), Bonifacio I (418-422), Celestino I (422-432) e Sisto III (432-440) furono garanti della libertà del Vescovo di Roma difesa in quanto tutela dell'autonomia episcopale dal potere civile e ad un tempo superiorità primaziale rispetto ad ogni altro episcopato della Cristianità tanto da essere arbitro dei contrasti fra i vescovi, consuetudine che diventa generalizzata. Il Concilio di Efeso (431) conferma nelle decisioni prese contro Nestorio il primato del Vescovo di Roma su tutta la Chiesa;

f) papa Leone I (Magno) (440-461) afferma che i vescovi riuniti in diverse provincie facenti capo a vescovi metropolitani dipendono tutti dal Vescovo di Roma che è l'unico nella Chiesa ad avere la pienezza del potere di governo su tutta la Chiesa dando di se stesso il titolo di *omnium episcoporum primas, totius Ecclesiae princeps* in quanto il potere e l'autorità concessa da Cristo a Pietro sulla Chiesa si sono trasferiti sui successori di Pietro nella sede di Roma. Sulla base di tale consapevolezza Leone condanna il Canone 28 di Calcedonia che, assegnando al Vescovo di Co-

stantinopoli la primaziad'onore dopo quella di Roma e il diritto di ordinare – senza l'intervento di Roma – i vescovi del Ponto, di Asia e di Tracia avrebbe costituito – come infatti costituì perché il Canone 28 rimase successivamente in vigore (non fosse altro perché Giustiniano lo sanzionò inserendolo nel suo *Codex* che da allora ebbe norma di legge) e fu eseguito nonostante la condanna di Leone – un pericolosissimo precedente al quale la Chiesa greca si è sempre richiamata per legittimare il suo atteggiamento di indipendenza difronte a Roma;

g) dopo papa Ilario (461-468) che, confermando i Concili di Nicea, Efeso e Calcedonia, proclamava nel contempo la primazialità della sede apostolica romana contro le tendenze di indipendenza di alcune sedi vescovili occidentali (Narbona e Vienna), da Simplicio (468-483) a Giovanni III (561-574) attraverso Felice III (483-492), Simmaco (498-514), Ormisda (514-523), Giovanni I (523-526), Felice IV (526-530), Bonifacio II (530-532), Giovanni II (533-535), Agapito I (535-536), Silverio (536-537), Vigilio (537-555) e Pelagio I (556-561), Roma deve difendersi dalla onnipresenza di Bisanzio negli atti interni episcopali, dove l'Imperatore, così come Giustiniano elaborò la dottrina del Cesaropapismo, è *Vicarius Dei, Imago Dei* in terra e quindi Capo supremo dello Stato e della Chiesa che sono due realtà storiche naturalmente coincidenti e i cui rapporti si concretizzano nella concordanza, nel senso che quest'ultima si realizza *in quanto e se* l'Imperatore assume in sé il potere religioso e quello civile che lo porta ad intervenire in ogni atto dello Stato e della Chiesa, a partire dalla nomina dei vescovi. Del resto Giustiniano aveva a suo favore due momenti storici che prepararono i suoi atti e che ne giustificavano la fermezza: a) il trasferimento delle insegne imperiali da Roma a Bisanzio nel 476 da parte di Odoacre dopo la deposizione dell'ultimo imperatore di Occidente, il giovinetto Romolo Augustolo, atto che Bisanzio ritenne segno di sottomissione dell'antica Roma alla nuova Roma; b) tutta la legislazione di Teodosio che con il suo Codice dava giustificazione normativa all'intervento imperiale tanto da dar vita ad un *Cesaropapismo istituzionale* che espresso in modo completo con Giustiniano è già tutto espresso nel Codice teodosiano;

h) gli anni che vanno dall'elevazione al soglio romano di Benedetto I (575-579) a Leone III (795-816) sono gli anni più bui del Vescovado di Roma, caratterizzati da una presenza massiccia della Casa imperiale di Bisanzio negli affari interni della sede episcopale romana. Il risultato fu che la volontà di eleggere in modo libero e autonomo del Vescovo di Roma fu del tutto spenta con lacerazioni interne del presbiterato romano che degradò non poco il titolo del Vescovo dell'Urbe. L'imperatore di Bisanzio si muoveva per questi suoi durissimi interventi nella nomina

del Vescovo di Roma attraverso due canali ben precisi, *l'esarca di Ravenna* (che nel dux di Roma aveva il suo braccio politico) e *l'apocrisario romano a Costantinopoli.* E non deve apparire un caso che i vescovi di Roma furono Vigilio, Pelagio, Gregorio, Martino, Bonifacio (III), Sabiniano e Anatolio. E in questo operare l'Imperatore di Bisanzio continuava la concezione precristiana di sottomettere i culti religiosi ai destini di Roma, in una continuità storica proclamata da Costantino con la battaglia di Ponte Milvio. A questa concezione il Vescovo di Roma oppose la sua concezione della storia di essere mediatore fra le classi sociali e lo Stato, concezione cui è rimasto fedele fino ad oggi. Con l'incoronazione del re dei Franchi ad Imperatore del Sacro Romano Impero, avvenuta nella notte di Natale dell'800, Leone III proclamava di fronte alla storia la sua libertà ed autonomia a scegliersi l'interlocutore politico non riconoscendo a Bisanzio alcuna autorità sul Vescovo di Roma, confermando l'operato che i suoi predecessori avevano avuto da Paolo I (757-767) in poi, quando questo Papa anziché comunicare la sua nomina a Bisanzio la comunicò al re di Francia Pipino il Breve. Del resto già papa Agatone (678-681) abolì il donativo che il novello Papa doveva fare all'Imperatore d'Oriente per avere la conferma della sua elezione: gli anni bui del pontificato romano erano ormai un ricordo.

3. *La posizione del Vescovo di Roma trova seguito negli altri vescovi d'Occidente e d'Oriente, a fronte della dura reazione di Bisanzio*

Che Bisanzio vedesse nel Vescovo di Roma l'unica autorità episcopale che potesse limitare i suoi interventi nella gestione delle *res divinae juris* (per dirla in termini romanistici) non c'è ombra di dubbio. E che il Vescovo di Roma avesse *auctoritas, potestas* e *iurisdictio* sui vescovadi di Europa e d'Asia (ed era questo che l'Imperatore bizantino ostacolava) è altrettanto indubbio. Ciò che lo Stato Bizantino prima e Giustiniano dopo non poteva consentire era il credito che il Vescovo di Roma accumulava sulle comunità cristiane in Europa e in Asia sostituendosi (o ritenendo che si sostituisse) all'*auctoritas, potestas* e *iurisdictio* dello Stato romano. I fatti del resto stavano lì a dimostrarlo:

a) l'intervento di papa Clemente, terzo successore di Pietro, sui Cristiani di Corinto stava a dimostrare che la primazialità di Roma è già un fatto sentito ed acquisito fin dalle origini;

b) al tramonto del terzo secolo, Roma è sentita universalmente come centro della Cristianità: arrivano a Roma, e non solo per visitare le tombe dei Principi degli Apostoli ma per ricevere consigli e suggerimenti sui problemi esistenti nei Centri cristiani d'Oriente, personaggi come Poli-

carpo, il patriarca asiatico Marcione, l'irriducibile settario del Ponto Valentino, il maestro della gnosi alessandrina Cerdone, la dottoressa Marcellina, e poi Egesippo, il giudeo-cristiano della Siria Giustino, e quindi Taziano e, primo tra i primi, Ignazio di Antiochia per morirvi, ed ancora, Ireneo, Tertulliano, Origene, Teodoro Sabellio;

c) a partire dal III secolo *Chiesa originaria* (UrKirche) e *Pietro* sono strettamente *uniti in Cipriano* ed anche se quest'ultimo non attribuì mai il primato giurisdizionale a Roma, la chiamò *Cathedra Petri, Chiesa principale dove è sorta l'unità sacerdotale*: Roma è collega con Cartagine in Cipriano, ma solo Roma, aggiunge Cipriano, può deporre altri vescovi. Nel contempo però, l'Imperatore Aureliano riconosce il primato di giurisdizione al Vescovo di Roma per il caso di Paolo di Samosata. Al concilio di Sardica (343) si stabilisce il cosiddetto diritto di appello a Roma, e cioè che qualunque vescovo venga condannato dal Concilio può appellarsi al Papa la cui sola decisione diventa inappellabile;

d) contemporaneamente, da Giulio I (337-352) a Damaso (366-384) venivano ricostruiti – dopo la loro distruzione certamente avvenne con la persecuzione dioclezianea e dopo la parentesi liberiana (352-366) – gli Archivi del Vescovado romano presso la basilica che il secondo papa volle in onore di san Lorenzo, oggi presso il palazzo della Cancelleria, con il *Cronografo* [già iniziato e continuato da Marco e Liberio (catalogo liberiano)] che sarà poi continuato da Innocenzo I (401-412) e Bonifacio I (418-422), con la *Scuola di Notariato* intorno alla Cattedrale di Roma (il Laterano), con il *Collegio Diagonale* da cui era uscito lo stesso Liberio, Damaso medesimo e poi Felice, Ursino e Siricio – ricreando quindi la memoria storica della *Sede Apostolica romana*, titolo che Damaso usò ormai in modo ufficiale – e presentandosi dunque di fronte a tutta la Cristianità, soprattutto dopo l'editto di Tessalonica del 380 voluto da Teodosio, come l'episcopato che ereditava il messaggio più antico e originale (nel senso delle origini) della predicazione del Nazareno. A conferma di questo patrimonio storico stava la traduzione di lingua latina del testo biblico che Girolamo, per conto di Damaso, compilava: con questa traduzione la Chiesa di Roma si rendeva autonoma dalla Chiesa di lingua greca e naturalmente guida di tutta la Chiesa Occidentale e quindi ancor più lontana da Bisanzio;

e) forte di questa consapevolezza storica, da Siricio (384-399) a Ormisda (514-523), il Vescovo di Roma legò a sé tutto l'Occidente, consapevole che l'Oriente era già romano, come aveva peraltro testimoniato Ambrogio con Teodosio. Sulla scia del Concilio romano del 6 gennaio 386, il Vescovo di Roma usò anche lo strumento del documento edittale come decreto e ordine normativo a tutti i vescovi suoi colleghi dando ordini e non più ammonimenti e richiami e dando così vita a quella tradizione

decretale e decretistica che poi Graziano raccoglierà nell'XI secolo dell'era cristiana. In quegli atti giuridici da papa Siricio in poi, il Vescovo di Roma attestava un dominio reale su tutta la Cristianità in modo alternativo a Bisanzio.

E questo Bisanzio non poteva tollerare, perché non poteva tollerare un potere alternativo all'Impero, nello stesso territorio dell'Impero per giunta.

4. ***Gli Otto Concili ecumenici (1° di Nicea a. 325, 4° di Costantinopoli, a. 869-870) – che nella forma assembleare insita nella loro costituzione si aggiungono al Concilium commune provinciae e, anzi, nella loro formazione, sono gli eredi dei Concilia che a partire da Augusto si riunivano periodicamente (di solito ogni cinque anni) nella composizione di delegati per ogni entità territoriale per deliberare sui problemi comuni della Provincia sotto la guida e la presidenza di un Sacerdos Provinciae all'uopo nominato dall'Imperatore – diventano il campo di una scelta fra le posizioni di una Chiesa che vuole essere libera e autonoma dal potere dello Stato e una Chiesa che – sull'eredità antico-orientale precristiana dell'indiscutibile unità fra jus e fas in cui si caratterizza l'esistenza storica dello Stato – decide di vivere la propria storia in sintonia e – comunque – con il potere dello Stato delegando a quest'ultimo la vicenda del suo vivere nella storia e limitandosi a riflettere sui destini della metastoria scissa dalla storia. I Concili Ecumenici si risolvono in tal modo in una scelta fra le posizioni del Vescovo di Roma (paladino della libertà dell'Episcopato dallo Stato) e quelle del potere politico anche quando dibattono (anzi: soprattutto) temi che appaiono squisitamente teologici che hanno la caratteristica di ignorare i problemi della società umana la cui soluzione viene delegata allo Stato.***

Alla luce di tali considerazioni fino ad ora svolti si comprende come gli Otto Concili cosiddetti *Ecumenici* (da (οἰκουμένη), *universali*: cfr. Luca 2, 1) altro non fossero – tutti – che la realizzazione storica della volontà dello Stato/Impero romano (e poi, dopo il 476, Romano-bizantino) al fine di regolamentare i propri rapporti con i reggitori delle Comunità Cristiane sparse nell'Impero, a partire dal Nicea I al quarto di Costantinopoli:

a) *Concilio di Nicea (I):* Svoltosi nel 325, indetto da Costantino convinto come era di doverlo indire per ordine di Dio così come lui stesso era stato ordinato da Dio e convinto di essere *episcopus sexternus* della Chiesa. Al Concilio ecumenico l'Imperatore giunse dopo aver convocato un concilio di Vescovi occidentali prima a Roma nel 313 e poi ad Arles l'anno dopo per porre fine alla controversia dinastica. Il Concilio ecumeni-

co viene indetto per porre fine all'eresia di Ario che poneva in pericolo l'unità della Chiesa e conseguentemente l'unità dell'Impero. Testimoni storici sono tre Vescovi presenti, Eusebio di Cesarea, Eustazio di Antiochia, Atanasio di Alessandria. Accanto a questi testimoni oculari possediamo i racconti di storici posteriori, Teodoreto (che riporta un frammento di Eustazio rimontante al 329) e poi Rufino, Filostorgio, Sozomeno, Gelasio di Cizico (sec. V), Teodosio il Lettore (sec. VI). Le liste giunteci dei presenti al Concilio vanno da 218 a 220 nomi di Vescovi. Il Niceno I, però, a detta di Eusebio, raccoglieva 250 Padri, Eustazio 170, quasi 300 Anastasio mentre Gelasio di Cizico parla di 318 presenze. Il successivo Concilio VI (Costantinopolitano III del 680) riconosce il Concilio Niceno I essere stato radunato da Costantino e da papa Silvestro che fu rappresentato dai due presbiteri, Vito e Vincenzo che firmano per primi dopo Osio di Cordoba. Il Concilio ci dà il *Credo* (expositio fidei), 20 canoni e una Lettera agli Egiziani. Il Concilio si tenne dal 23 maggio (CTh 1, 2, 5) al 13 delle calende di luglio confermatoci dal Concilio di Calcedonia del 451;

b) *Concilio di Costantinopoli I* fu indetto da Teodosio I e fu un concilio cui parteciparono i soli Vescovi orientali. Nessuno ha mai avuto dubbi che fosse ecumenico perché le sue decisioni dottrinali furono accettate anche in Occidente. Indetto nel 381 completò l'opera di Nicea I per la questione trinitaria perché definì, contro i Macedoniani, che non solo il Figlio ma anche lo Spirito Santo è consustanziale al Padre. I 150 Padri presenti definirono il nuovo *Credo* che prende il nome di niceno-costantinopolitano perché integrò quello niceno. Il Credo fu poi trasmesso al papa Damaso e a tutti i Vescovi occidentali unitamente ai sette Canoni approvati. Non c'è dubbio che la preoccupazione di Teodosio I era quella di difendere l'unità politica dell'Impero che non si voleva essere lacerato da decisioni interne teologiche;

c) *Concilio di Efeso* convocato da Teodosio II e Valentiniano III, con il consenso di Celestino I, con lettera del 19 novembre del 430 per l'indizione del Concilio il 7 giugno 431 ma in effetti si riunì il 21 giugno successivo. Era stato convocato contro Nestorio che negava che Maria fosse madre di Dio. Rifiutatosi a presentare al Concilio nella prima seduta, presidente Cirillo d'Alessandria per mandato dello stesso papa e 153 Vescovi riuniti, furono portate le tre lettere di Cirillo e una lettera di papa Celestino a Nestorio redatte prima del Concilio (e riconosciute dallo stesso Nestorio) in cui si condannava la tesi nestoriana. I Padri Conciliari non avevano dubbi e, acclamando *Celestino* come nuovo Paolo, furono tutti concordi a condannare Nestorio. E fu allora che il Vescovo Giovanni di Antiochia appoggiato dal *comes* Candidiano mandato ad Efeso dall'Imperatore per mantenere l'ordine, riunì circa 40 vescovi che scomunica-

rono Cirillo e i suoi aderenti. Dal 26 giugno Efeso divenne così sede di due sinodi che si combatteranno a vicenda, l'uno composto di circa 200 vescovi e presieduto da Cirillo su mandato del papa; l'altro, composto di 40 vescovi e guidato da Candidiano ma su mandato dell'Imperatore il quale fece conoscere che ogni accusa contro qualunque persona doveva essere tolta alla competenza del Concilio e riservata al tribunale imperiale. Sulla base di tale ordine Candidiano tentò di non fare aprire il Concilio forte anche dell'appoggio di Giovanni di Antiochia indignato che si volesse condannare Nestorio in sua assenza. A regolare i rapporti fra il Concilio e l'Imperatore ci pensò Dalmazio, archimandrita veneratissimo dal popolo e dall'Imperatore che riferì della presunzione di Candidiano il quale fu messo a tacere dallo stesso imperatore mentre Nestorio veniva esiliato ad Antiochia dopo essere stato condannato e Giovanni di Antiochia e Cirillo riappacificati;

d) *Concilio di Calcedonia* apertosi l'8 ottobre del 451 nella Chiesa di S. Eufemia dopo mille vicissitudini che caratterizzarono le sorti della Cristianità dopo il Concilio di Efeso del 431 e che diventa indispensabile riassumere per capire perché e come si ebbe la riunione di Calcedonia. I motivi che diedero vita al Concilio di Calcedonia partono dalle posizioni dottrinarie di Eutiche, archimandrita di Costantinopoli, avversario della concezione nestoriana della dualità delle persone in Cristo. Denunziato da Eusebio di Dorileo, Eutiche fu giudicato nel sinodo di Costantinopoli del 448 dal vescovo Flaviano che lo condannò. Di qui Eutiche formulò appello a Leone (Magno) papa, certamente sulla base del principio emesso a Sardica per cui ci si poteva appellare al Vescovo di Roma contro una decisione negativa emessa da sinodi e concili locali perché solo la decisione del Vescovo di Roma era inappellabile. Contemporaneamente Eutiche chiedeva anche l'intervento di Teodosio II tramite l'eunuco Crisafio di cui era padrino. L'Imperatore convocò una Riunione ad Efeso col consenso di papa Leone che fu inaugurato l'8 agosto del 449 e dove intervennero 127 vescovi e il diacono Ilaro rappresentante di Leone. Presiedeva Dioscoro su mandato dell'Imperatore e fu ammesso a partecipare ai lavori il monaco Barsauma amico di Eutiche. Ilaro, da parte sua, consegnò ai Padri riuniti il parere di Leone papa redatto in un apposito tomo (*Tomus ad Flavianum*) che condannava le tesi di Eutiche. Dioscoro non solo non tenne conto del parere del papa che era apertamente a favore di Flaviano nella condanna di Eutiche ma ottenne l'assenso della maggioranza dei vescovi di condanna di Flaviano che fu malmenato e che morì per le percosse subite mentre il rappresentante del papa dovette darsi alla fuga non senza aver reso noto al papa quanto accaduto. Leone cassò con la sua autorità la condanna a Flaviano, e chiamò il comportamento efesino *La-*

trocinium bollando la riunione efesina di fronte alla storia. Lo scandalo fu tale che Marciano, successore di Teodosio II indisse il 24 novembre 450, con una nota a Leone papa, un Concilio a Nicea per il 1 settembre 451 perché, come si esprimeva, "a norma della santità tua che secondo i canoni ecclesiastici definisce, i vescovi convenuti stabiliscano ciò che giovi alla religione cristiana e alla fede cattolica" (PL, LIV, 903 e ss). La riunione conciliare, che si spostò a Calcedonia, si aprì alla presenza di circa 600 Vescovi con la presidenza di Pascasino, Lucrezio d'Ascoli, Giuliano di Coo e Bonifazio legati di Leone con la vigile sorveglianza di *gloriosissimi iudices,* senatori scelti dall'Imperatore per mantenere il rigore protocollare e anche l'ordine pubblico, tenuto conto di quanto era accaduto in occasione del *Latrocinium efesino.* Il risultato del Concilio calcedonense si risolse in questi tre punti: a) processo contro Eutiche, Dioscoro e gli altri colpevoli del cosiddetto Brigantaggio di Efeso; b) definizione della fede cattolica intorno alla natura divina di Cristo; c) pubblicazione di 30 Canoni, fra cui il famoso canone 28 con il quale viene conferito al Vescovo di Costantinopoli il diritto di ordinare i metropoliti delle provincia di Ponto, Asia e Tracia aggiungendo quindi un nuovo Patriarcato ai Patriarcati di Roma, Alessandria e Antiochia;

e) *Concilio di Costantinopoli II,* 553, indetto da Giustiniano con l'assenso di Papa Vigilio. Oggetto della riunione era la condanna dei *Tre Capitoli*, le opere cioè di Teodoreto di Mopsuestia, gli scritti di Teodoreto di Ciro contro S. Cirillo e il Concilio di Efeso e la lettera di Iba di Edessa al persiano Mari Vescovo di Rewardashir. La condanna dei *Tre Capitoli* aveva una lunga storia ed era nata nel 544 quando Teodoro Askida, Vescovo di Cesarea in Cappadocia persuase Giustiniano che la condanna dei *Tre Capitoli* avrebbe avuto per conseguenza il ritorno dei Monofisiti all'Unità della fede. Di qui gli editti di condanna e di qui l'indizione del Concilio che sancì la condanna anche con l'appoggio di papa Vigilio che dapprima si era mostrato contrario tanto da non intervenire alle riunioni del Concilio pur presente a Costantinopoli o da aver voluto preferire che il Concilio si sarebbe dovuto svolgere in Sicilia o comunque in Italia. La condanna non fu accettata da tutta la Cristianità perché appariva incomprensibile che venissero condannati Teodoreto e Iba che erano stati riconosciuti ortodossi nelle sessioni VIII, IX e X del Concilio di Calcedonia. Ed ecco perché molti vescovi dell'Africa, dell'Illiria e della Dalmazia non accettarono la condanna fino ad arrivare allo scisma quando ci si ribellò allo Iudicatum di papa Vigilio;

f) *Concilio di Costantinopoli III,* 680, Imperatore Costantino Pagonato, pontefice Agatone, condanna i Monoteliti e afferma la dottrina che in Gesù Cristo vanno riconosciute *due volontà e due operazioni naturali, sen-*

za divisione alcuna e senza cambiamento di nessun genere, inseparabili e inconfuse e di conseguenza non due volontà contrarie ma la volontà umana subordinata a quella divina. La condanna del Monotelismo venne poi ratificata da Leone II e scomparve del tutto se si fa eccezione del risveglio con l'Imperatore Filippico (711-713) e in alcune frange dei Maroniti. Il Monotelismo (dal greco *monos*, una sola, e *telos*, volontà) nasce come Monoenergismo (dal greco *monos*, una sola energia e quindi una sola attività) in Cristo e la condanna non poteva che avvenire perché i suoi fautori (patriarca Sergio di Costantinopoli e lo stesso papa Onorio) dimenticarono che volontà e azione sono attributi della natura e non della persona e i Monoteliti riconoscevano che in Cristo vi fosse una duplicità di natura. Eraclio con l'*Ectesis* stabilì che Cristo avesse una sola volontà ma i successori di Onorio (Severino, Giovanni IV e Teodoro I) condannarono ogni simbolo monotelita. Costanzo II ritirò l'Ectesis emanando un decreto che interdisse l'uso delle formule monoenergista e monotelita. Il sinodo lateranense del 649 condannò l'Ectesis scomunicando Teodoro di Pharan, Ciro di Alessandria, Sergio di Costantinopoli, Pirro e Paolo. Costante II allora fece catturare lo stesso Papa Martino I (giugno 653) esiliandolo nel Cheroneso dove morì. Il Concilio di Costantinopoli del 680 fece chiarezza su tutta la vicenda condannando Monotelismo e Monoenergismo;

g) *Nicea II*, 787 – con il pontefice Adriano I e con la reggenza a Bisanzio di Irene. Riunito dapprima (786) a Costantinopoli, si trasferirà a Nicea a causa dei torbidi ivi suscitati dagli iconoclasti. Si pronunzia, dopo infinite discussioni e laceranti dibattiti, a favore del culto delle immagini ma distinguendo con estrema cura e preoccupazione (come del resto era stato il percorso della tradizione), tale culto di venerazione dal culto di adorazione da doversi dare solo a Dio;

h) *Costantinopoli IV*, 869-870, pontefice Adriano II, Imperatore Basilio il Macedone. Riunito per una questione disciplinare, pronunzia la deposizione di Fozio da Patriarca di Costantinopoli. Il problema era sorto perché Barda, tutore dell'Imperatore Michele III, depose il patriarca Ignazio facendogli succedere Fozio. Papa Nicolò I dichiarò nulla la deposizione e nulla la successione. Fozio, di rimando, ma nell'861, riunì a Costantinopoli un Concilio con 318 Vescovi presenti gli Imperatori e i delegati pontifici dove riuscì a farsi confermare Patriarca. Nicolò dichiarò anche questa volta nulla la sua elezione a Patriarca di Costantinopoli ed allora Fozio, ma nell'867, scomunicò il papa di Roma dichiarandolo deposto, condannando punto per punto quanto a suo dire la Chiesa d'Occidente si era allontanata dal comune patrimonio dogmatico. La questione disciplinare, dunque, veniva superata e si passava alla divisione dog-

matica rischiando (come poi accadde) il punto di non ritorno nei rapporti fra il Vescovo di Roma e Bisanzio. Fu allora che l'Imperatore Basilio il Macedone, succeduto a Michele, esiliò Fozio, richiamò Ignazio e, da quest'ultimo consigliato, convocò nell'869 l'ottavo Concilio, quarto di Costantinopoli, presieduto dai delegati del Papa che condannò Fozio affermando nel contempo il primato della Chiesa di Roma anche sull'Oriente confermando Costantinopoli primo patriarcato d'Oriente subito dopo Roma. Nell'877 Ignazio morì e Basilio, con l'approvazione del nuovo papa Giovanni VIII, richiamò Fozio che, tuttavia, nell'879 condannò la deposizione da lui subita nel Concilio IV di Costantinopoli condannando anche l'aggiunta della parola *Filioque* voluta dai Latini al simbolo niceno. Da allora la lacerazione fu insanabile.

5. *Conclusione*

Gli otto Concili ecumenici, come si può rilevare da una analisi per nulla superficiale delle fonti storiche, sono, nelle intenzioni degli Imperatori romani a partire da Costantino nient'altro che la continuità storica dei *concilia provinciae*, le assemblee cioè del culto per la dea Roma e per celebrare il genio dell'Imperatore. Questi *Concilia* erano sorti in Occidente nel 12 a.C. quando Druso consacrò presso Lione l'*ara di Augusto e di Roma* alla presenza dei rappresentanti delle *Civitates* della Gallia (Cassio Dione, *Historia*, 54, 32; *Ep. Liv.*, 139) mentre in Oriente si erano inseriti nel vecchio tronco dei *coina* greci trasformando questi ultimi in strumenti di lealismo imperiale. Il culto per la *dea Roma* e per il *genio del Principe* si diffuse con i Giulio-Claudi e si impose con i Flavi quando Vespasiano impose l'uso di convocare il *Concilium* nella provincia d'Africa (CIL, VIII, 12039) estendendo poi i *Concilia* in tutte le Comunità dell'Impero. Queste assemblee si riunivano una volta all'anno per discutere le questioni più gravi della provincia giudicando l'opera dei singoli consoli e magistrati della provincia e denunciandone a Roma le manchevolezze. Queste assemblee, lungo la tradizione dei *coina* greci, nominavano un *flamen Augusti et Romae, Sacerdos provinciae,* indicevano ludi pubblici, fissavano le celebrazioni rituali. Ogni Concilium aveva una *cassa comune.* La regolamentazione di questi *Concilia* si ritrovava nel titolo 12 del libro XII del Codice Teodosiano quando furono ormai soppiantati dai Sinodi e Concili delle Chiese locali. Stando così le cose, non c'è dubbio che i *sinodi e i concili* territoriali furono da parte delle Chiese locali un momento di libertà e di autonomia assembleare che l'autorità imperiale non poteva controllare perché non era riuscita a frenarne lo sviluppo fin dal loro sorgere tanto da aggiungersi e poi sovrapporsi a quelli già esistenti e che te-

sero a scomparire nel V secolo. In quest'ottica il *Concilio ecumenico* fu, nei progetti della Casa Imperiale di Roma, a partire da Costantino, lo strumento per controllare tutti i Concili e i Sinodi territoriali e quindi la vita sociale, culturale e religiosa dell'Impero ora diventato cristiano. Il Concilio di Nicea I ebbe questo scopo, e così i successivi Concili ecumenici, mentre tutta la Cristianità pullulava di Assemblee che presero il nome di *Sinodi o Concili.* Attraverso i *Concili Ecumenici* l'Imperatore romano controllava i Vescovi e le organizzazioni giuridiche ecclesiastiche che si erano andate intanto a formarsi. Come dimostrarono i fatti, l'unico Vescovo ad opporsi ad un siffatto controllo fu il Vescovo di Roma che intanto organizzava la sua presenza dandosi una struttura giuridica autonoma che lo portò prima ad avere una primazialità nella Penisola e poi in tutta la Cristianità, dando realtà storica a Matteo 16, 18-20 ["…e io ti dico: tu sei Pietro e su questa pietra edificherò la mia chiesa, e le porte degli inferi non prevarranno contro di essa. A te darò le chiavi del regno dei cieli, e tutto ciò che legherai sulla terra sarà legato nei cieli, e tutto ciò che scioglierai sulla terra sarà sciolto nei cieli"]; Luca 22, 19-20 ["poi, preso un pane, rese grazie, lo spezzò e lo diede loro dicendo: questo è il mio corpo che è dato per voi, fate questo in memoria di me. Allo stesso modo, dopo aver cenato, prese il calice dicendo: questo calice è la nuova alleanza nel mio sangue, che viene versato per voi"] e Matteo 22, 17-22 ["…dicci dunque il tuo parere: è lecito o no pagare il tributo a Cesare?». Ma Gesù, conoscendo la loro malizia, rispose: Ipocriti, perché mi tentate?Mostratemi la moneta del tributo. Ed essi gli presentarono un denaro. Egli domandò loro: Di chi è questa immagine e l'iscrizione?. Gli risposero: Di Cesare. Allora disse loro: «Rendete dunque a Cesare quello che è di Cesare e a Dio quello che è di Dio». A queste parole rimasero sorpresi e, lasciatolo, se ne andarono"].

Che voleva dire : mandato petrino di governare la Chiesa (Matteo 16, 18-20), perpetuando la memoria del messaggio del Nazareno (Luca 22, 19-20) sulla base della distinzione fra norma etica e norma giuridica (Matteo 22, 17-22).

Quel mandato petrino era stato canonizzato nella riunione di Gerusalemme dove parteciparono i centoventi membri di cui ad Atti 15, 6-35 con i dodici Apostoli e sotto la presidenza di Pietro. Fu quel Concilio il modello assembleare per il Vescovo di Roma per le riunioni da lui presiedute, a partire dai Concili Lateranense, e non di quelli precedenti, gli otto unitari, che erano stati comunque guidati e sottoposti al potere imperiale. Il Concilio di Gerusalemme è lo sbocco di una serie di eventi che Carlo Maria Martini in un celebre saggio apparso in *Ortodossia e Revisionismo,* Roma, 1974, pp. 59-71 ritiene che legittimassero un nuovo meto-

do missionario [*La Chiesa primitiva di fronte alla conversione dei pagani: legittimazione di un nuovo metodo missionario*], metodo cui il Vescovo di Roma si attenne sempre successivamente, come viene confermato da Paolo nella *Lettera ai Romani* (ibidem, pp. 68-71) in una struttura di comportamenti che fossero in armonia con gli *insegnamenti biblici* (Isaia e Salmi, p. 63) e della *restante parte del Nuovo Testamento* (pp. 67-68). L'analisi del comportamento del Vescovo di Roma nei Concili ecumenici, negli Otto Unitari e in quelli successivi attesta inevitabilmente che nel "rapporto tra ermeneutica biblica ed esperienze ecclesiastiche" il Magistero romano, fondandosi sul *Concilio di Gerusalemme,* è stato l'unico ad essere legittimato alla nuova predicazione del messaggio del Nazareno. E' su quella linea che Roma si è posta in tutta la sua storia, prendendo il comportamento del dibattito gerosolimitano a modello del suo comportamento e gli interventi di Pietro, Paolo e Barnaba come punti di riferimento della propria azione conciliare. Ma intanto quei comportamenti nella riunione di Gerusalemme poterono avverarsi perché tutto il dibattito avveniva senza coazione esterna, il che fu invece la prassi per i Concili delle origini succeduti a quello di Gerusalemme.

Lungo questa riflessione storiografica dettata da Carlo Maria Martini deve vedersi la ripresa dei Concili da parte del Vescovo di Roma dal 1123 (1° Concilio Lateranense) al Concilio Ecumenico Vaticano II (1962-1965).

Gli anni 787 (cosiddetto II Concilio di Nicea) / 869-870 (Costantinopoli IV) -1123 sono gli anni di riflessione e di meditazione della Sede romana e di tutto l'Occidente Cristiano. Alla morte di Adriano I, romano (771-797), fino a Callisto II, Guido, dei Conti di Borgogna (1119-1124), salirono sulla sedia episcopale di Pietro ben 64 papi, in appena 327 anni, con una media di cinque anni di governo a pontefice dal 98° papa (tale è considerato Adriano I nell'elenco ufficiale degli Annuari pontifici) al 162° papa (tale è considerato Callisto II). Non furono tempi sereni: si ebbero 14 (*quattordici*) antipapi [tali considerati dalla storiografia canonistica: *Anastasio,* agosto 855 – 26 settembre 855; *Bonifacio IV,* 11 aprile 896 – 26 aprile 896; *Leone VIII,* 4 dicembre 962 – giugno 964, morto nel 965; *Bonifacio VII* giugno 974, deposto giugno 974; *Filagato/Giovanni XVI,* ucciso marzo 998; *Gregorio,* giugno – 25 dicembre 1013; *Giovanni/Silvestro III,* 20 gennaio – 10 marzo 1045; *Benedetto X* romano dei Conti di Tuscolo, 5 aprile 1058 – 21 gennaio 1059; *Cadalo/Onorio II* 28 ottobre 1061 – 31 maggio 1064; *Ghiberto/Clemente III,* 25 giugno 1080 – morto 1100; *Teodoreto* settembre – dicembre 1100; *Alberto* febbraio – marzo 1102; *Maginolfo/Silvestro IV,* 18 novembre 1105 – 1112 – aprile; *Maurizio Burdeno/Gregorio VIII,* 8 marzo 1118 – aprile 1121] cui seguirono, per tutto il periodo successi-

vo, ben altri *sette* (7) Antipapi [*Teobaldo Buccapeco/Celestino* 15 dicembre 1124 – 16 dicembre 1124; *Pietro di Leone/Anacleto II,* 14 febbraio 1130 – 25 gennaio 1137; *Gregorio/Vittore IV o V,* 15 marzo 1138 – 29 maggio 1138; *Ottaviano/Vittore V,* 7 settembre 1159 – 20 aprile 1164; *Guido da Crema/Pasquale III,* 22 aprile 1164 – 20 settembre 1168; *Giovanni di Sirmio/Calisto III,* settembre – ottobre 1178; *Lando di Siena/Innocenzo III,* 29 aprile 1179 – gennaio 1180] fino al 1378, dopo anni di relativa serenità della successione petrina, per avere poi ancora altri quattro (4) Antipapi [*Roberto da Ginevra/Clemente VII* 20 settembre 1378 – 16 settembre 1394; *Pietro de Luna/Benedetto XIII,* 20 settembre 1394 deposto il 15 giugno 1409, morto settembre 1424; *Sancho Muñoz/Clemente VIII,* 17 giugno – 26 luglio 1429; *Amedeo VIII di Savoia/Felice V,* 5 novembre 1439 – 9 aprile 1449], in totale 25 Antipapi in meno di 120 anni, portando al considerevole numero di *29* Antipapi nella Storia della Chiesa se vi assommiamo quelli del periodo bizantino, *4 (quattro)* [*Urbano* settembre 366 – novembre 367; *Lorenzo* novembre 498 – 505; *Dioscoro,* nel 530 e, innanzi a questi, *Novaziano,* dal 251 al 268] – Dal 162° papa (Calisto II) al papa che ha chiuso il Concilio Ecumenico Vaticano II (Paolo VI) sono saliti sul soglio di Pietro ancora 102 (centodue) Vescovi di Roma per complessivi 354 anni (1124-1978). E' importante fissare queste date e questi numeri perché indicano bene che la storia della Chiesa di Roma non è stata serena o, comunque, è stata abbastanza turbolenta, per la presenza di forze statuali esterne alla Chiesa che ne hanno sempre ostacolato la regolare continuità nel suo cammino. Con questa premessa si possono analizzare i singoli Concili avutisi in Occidente, voluti dal Vescovo di Roma e che il Vescovo di Roma ritiene ecumenici, cioè universali. Ma questa è un'altra storia, di come la Chiesa latina ha costruito se stessa come leader di tutte le Chiese cristiane imponendo a queste ultime canoni e linee culturali ad esse estranee.

al § 1

cfr., per le persecuzioni; **M. Sordi**, *Il Cristianesimo e Roma,* Bologna, 1965; sul problema delle Apostasie cfr. **A. Beugnet**, in *D. Th. Cath.*, 3° ed., vol. I, t. II, Paris, 1923. col. 1602 e ss. Sulla Pace costantiniana e sul regno e la rivoluzione costantiniana cfr. **J.R. Palanque**, **G. Bardy** e **P. de Labriolle**, *Storia della Chiesa,* vol. III, t. 1, *Dalla pace costantiniana alla morte di Teodosio (313-395),* Torino, 1972, trad. it. Su Costantino cfr. un saggio tuttora poco considerato dalla storiografia, **L. Salvatorelli**, *Costantino il grande,* Roma, 1928 [Profili, vol. n. 103] e poi **H. Grégoire**, *La «conversion» de Constantin,* in *Revue de l'Universite de Bruxelles*, 36, 1930, pp. 231-272; **N.H. Baynes**, *Constantine the Great and the Christian Church,* London s.d. (but 1931); **P. Brezzi**, *La politica religiosa di Costantino,* Napoli, 1965. Sulla legislazione cristiana di Costantino [Cth 2, 8, 1; 8, 16, 1; 9, 24, 1; 9, 8, 1; 9, 9, 1; 9, 7, 1; 3, 16, 1; 4, 6, 2; 9, 34, 1; 10, 10, 3; 9, 3, 1-2; 9, 12, 1; 2, 25, 1; 11, 27, 2 e 1; 1, 22, 2; C 3, 12, 2; C. 5, 26, 1] cfr. **B. Biondi**, *Il diritto romano cristiano,* Milano, 1953, vol. 1; **G. Ferrari dalle Spade**, *L'immunità ecclesiastica nel diritto imperiale romano,* Venezia, 1939; **C. Dupont**, *Les privilèges des clercs sous Constantin,* in *RHE,* 52, 1967, pp. 729-752; **J.R. Palanque**, *Vittoria della Chiesa,* in *Storia della Chiesa,* cit., vol. III, pp. 63-83 ed ivi, pp. 70-75, **G. Bonamente**, **F. Fusco** (edd.), *Costantino il Grande dall'Antichità all'Umanesimo,* Macerata, 1992-1993, vol. 2; **K. Bringmann**, *Die Konstantinische Wende,* in *Historische Zeitschrift,* 260, 1995, pp. 21-47; **J. Martin**, *Konstantinos I,* in *L. Th. K.*, 3° ed., vol. 6, 1997, pp. 295-298; **C. Capizzi**, alla voce *Costantino I, il Grande,* in *DEOC,* 2000, pp. 191-193. Sul Cesaropapismo e su Giustiniano I cfr. **C. Capizzi**, *Giustiniano tra politica e religione*, Messina, 1994; idem, alla voce *Cesaropapismo,* in *DEOC*, 2000, pp. 146-148; **G. Dagron**, *Empereur et prétre. Etude sur le césaropapisme byzantin*, Paris 1996. Sui rapporti fra Chiesa e Impero che portò alla definizione del Cesaropapismo, fondamentali rimangono **J. Gaudemet**, *L'Église dans l'Empire Romain,* Paris, 1956; **J. Vogt**, *Constantinus der Grosse*, in RAC, 3, 1957, pp. 306-379; **H. Rahner**, *Kirche und Staat im frühen Christentum*, München, 1961. Su Quinto Aurelio Simmaco, ultimo campione delle libertà pagane cfr. *Q. Aurelii Symmachi quae supersunt,* ed. **O. Seeeck**, Berlin, 1883 (ed. anastatica 1961), in *Monumenta Historica – Auctores antiquissimi,* VI, 1; **M. Baistrocchi**, *La Vittoria e i suoi nemici,* in *Politica Romana,* 4 (1997), pp. 70-117; **H. Bloch**, *La rinascita pagana in Occidente alla fine del secolo IV,* in **AA.VV.**, *Il conflitto tra paganesimo e cristianesimo nel secolo IV,* a cura di **A. Somigliano**, Torino, 1975; **F. Canfora**, *Simmaco e Ambrogio,* Bari, 1970; II ed, come *Simmaco – Ambrogio: L'altare della Vittoria,* Palermo, 1991; **L. Cracco Ruggini**, *Il paganesimo romano tra religione e politica (384-394 d.C.): per una reinterpretazione del 'Carmen contra paganos',* in *Atti della Accad. Naz. dei Lincei, Memorie, Classe di Scienze morali, storiche e filosofiche,* S. VIII, vol. XXIII, f. 1 (1979); **M. Dattoli**, *L'aula del Senato romano e la chiesa di S. Adriano,* Roma, 1921; **R. Del Ponte**, *La reigione dei Romani,* Milano, 1992; **R. Del Ponte**, *Una questione antica e sempre attuale: 'tolleranza' e libertà religiosa da Simmaco ad oggi, la validità dell'esempio romano,* in *Arthos,* n.s., XI, 15 (2007), pp. 117-123; **S. Mazzarino**, *Antico, tardoantico ed era costantiniana,* I, Città di Castello, 1974; S. Roda, *Commento storico al libro IX dell'epistolario di Q. Aurelio Simmaco,* Pisa, 1981; **G.V. Sannazzari**, *Vica Pota. Studio preliminare sul culto della Vittoria in Roma antica,* in *Arthos,* prima serie, XV, 30 (1986), pp. 226-232; **O. Seek**, *De Simmachi vita,* in *Q. Aurelii Simmachi quae supersunt,* cit. supra, pp. XXXIX-LXXIII; **D. Vera**, *Commento storico alle 'Relationes' di Quinto Aurelio Simmaco,* Pisa, 1981. Ulteriori spunti dottrinari possono trovarsi in **P. Brown**, *Potere e Cristianesimo nella tarda antichità,* Roma-Bari, 1995; **I. Dionigi** – **A. Traina** – **M. Cacciari**, *La maschera della tolleranza,* Milano, 2006; **S. Mazzarino**, *Ambrogio nella società del suo tempo,* Milano, 1977; **F. Parodi Scotti**, *Simmaco e Ambrogio*: *dalla doxa al dogma*, in *Retorica della comunicazio-*

ne nelle letterature classiche, ed. A. Pennacini, Bologna 1990.

L'altare della Vittoria ha una sua lunga storia. La statua dorata di una dea alata, con la testa cinta di una corona d'alloro, era stata portata dalle armi vittoriose dei Romani contro Pirro nel 272 a.C. da Taranto nell'Urbe. Il 28 agosto del 29 a.C. nella nuova Curia decisa al tempo di Cesare e fatta edificare da Augusto dopo aver stravolto la disposizione originaria del Foro Romano per costruire il Foro di Cesare, vennero poste un'ara e una statua dedicata alla dea della Vittoria per celebrare la vittoria ottenuta nel 31 a.C. da Ottaviano Augusto su Marco Antonio e Cleopatra. Nel 218 d.C. quando il giovane Eliogabalo (gran sacerdote del dio dei Siri El-Gabal) divenne imperatore, un suo ritratto, in vesti sacerdotali e in atto di sacrificare al Sole (sotto forma di bolide) di Emesa, fu appesa sopra l'altare in modo che i senatori si trovassero nella situazione di sacrificare anche all'imperatore offrendogli incenso e vino (come fino ad allora si offriva vino e incenso all'altare della Vittoria). L'imperatore Costanzo II (337-361), fervente cristiano se pur ariano, la fece rimuovere nel 357. Giuliano l'Apostata (361-363) la fece rimettere al suo posto, così come la conservò Valentiniano I. Il successore suo figlio Graziano (375-383), non fosse altro in ossequio all'Editto di Tessalonica (il Cristianesimo religione ufficiale e unica dell'Impero cui manifesto diventava il Credo niceno e il Codice appunto Teodosiano) la rimosse definitivamente in una serie di iniziative contro il culto pagano fra cui l'abolizione del titolo di Pontefice Massimo (che paradossalmente fu assunto dal Vescovo di Roma), incameramento dei beni dei collegi sacerdotali e sottrazione dei fondi destinati al culto pagano alla Corona. In questo scenario Simmaco, *praefectus urbi*, nel 384 si reca a Milano indirizzando ai tre Imperatori Valentiniano II, Teodosio I e Arcadio una petizione (*Relatio in repetenda ara Victoriae*) in cui perorava la restaurazione dell'altare e del culto della Vittoria. Simmaco sostiene la necessità di non abbandonare una tradizione che ha dimostrato di saper proteggere così a lungo lo Stato, come quando un tempo respinse Annibale dalle porte di Roma e i Galli dal Campidoglio, e il cui abbandono favorirebbe ora le invasioni dei barbari che premono ai confini. Ma il ripristino del culto della Vittoria non sarebbe soltanto utile allo Stato; sarebbe anche una manifestazione di tolleranza e la dimostrazione della possibilità di convivenza di due culture che, pur diverse, esprimono tuttavia la comune volontà di ricercare la verità nel grande mistero dell'universo: «E' giusto credere in un unico essere, quale sia. Osserviamo gli stessi astri, ci è comune il cielo, ci circonda il medesimo universo: cosa importa se ciascuno cerca la verità a suo modo? Non c'è una sola strada per raggiungere un mistero così grande».

Ambrogio, Vescovo di Milano, pressato dai Senatori cristiani, indirizzò due lettere a Valentiniano di garbata e forte opposizione alle tesi di Simmaco, e l'altare non fu ripristinato. Non solo, il 24 febbraio 391 un decreto di Teodosio (Cth. 16, 10, 10) proibì perfino di guardare e di essere in atteggiamento di devozione delle statue nei templi, anticipazione della lotta sulle immagini che sarebbe scoppiata qualche tempo dopo nella Chiesa.

Nel 392 a Roma venne eletto imperatore Eugenio, il quale, cristiano ma tollerante, ebbe il sostegno dei senatori pagani e fece ricollocare l'altare e la statua nella Curia. Il 6 settembre del 394 Eugenio fu però sconfitto nella battaglia del Frigido da Teodosio che fece rimuovere definitivamente l'altare.

Un ultimo tentativo di ottenere la restituzione dell'ara e della statua della Vittoria nella Curia Iulia fu effettuato dal Senato, evidentemente ancora a maggioranza pagana che, nei primi del 402; a questo scopo inviò a Milano una legazione, capeggiata ancora da Simmaco, ad Arcadio e Onorio. La richiesta fu sprezzantemente respinta e l'altare installata da Augusto distrutto. Da allora non vi furono più ulteriori richieste, dal momento che, come scrive lo stesso storico pagano Zosimo, con l'accentuarsi delle conversioni, anche i senatori divennero col tempo in maggioranza di fede cristiana.

• **al § 2**

cfr. **V. Monachino**, *Il canone 28 di Calcedonia. Genesi storica,* in *Gregorianum,* XXXII, 1952, pp. 531-565; **J. Meyendorff**, *La primauté romaine dans la tradition canonique jusqu'au Concile de Chalcédoine*, in *Istina,* IV, 1957, pp. 463-482; **P. Evêque L'Huillier**, *Problèmes primatiaux au temps du concile de Chalcédoine,* in *Messager de l'exarchat du Patriarche russe en Europe occidentale,* XX, 1972, pp. 35-62 ; **idem**, *La législation du concile de Sardique sur le droit d'appel dans la tradition canonique byzantine*, in *Messager,* cit., ibidem, pp. 100-200 ; **J. Bois**, *Calcédoine,* in D.Th.Cath., II, 1923, coll. 2190-2208 ; **O. Bertolini**, *Roma di fronte a Bisanzio e ai Longobardi,* Bologna, 1941; **G. Arnaldi**, *Le Origini dello Stato della Chiesa*, Torino, 1987.

• **al § 3**

cfr., oltre tutta la dottrina precedentemente riportata i volumi III/1, III/2 e IV della *Storia della Chiesa dalle origini ai nostri giorni* edita da **A. Fliche** e **V. Martin**, Torino, 1972 (voll. III/1 e III/2; vol. IV) curati da **G.P. Palanque**, **G. Bardy** e **P Labriolle** (vol. III/1 e III/2) e **P. De Labriolle**, **G. Bardy**, **L. Brehier**, **G. De Plinval** (vol. IV) la cui edizione italiana si avvale di **G.D. Gordini** per i primi due volumi e di **C. Capizzi** per il terzo volume la cui dottrina successiva non ha scalfito in nulla nella serietà e nel rigore scientifico della ricerca a tanti anni di distanza dalla loro pubblicazione.

• **al § 4**

cfr. **V. Grumel**, *Le siège de Rome et le Concile de Nicée. Convocation et présidence,* in *Echos d'Orient,* 24, 1925, pp. 411-423 e *Conciliorum oecumenicorum decreta* curantibus **J. Alberigo**, **J.A. Dossetti**, **P.P. Joannou**, **C. Leonardi**, **P. Prodi**, consultante **H. Jedin**, editio tertia, Bologna MCMLXXIII, pp. 1-19 (per Nicea I); pp. 21-35 (per Costantinopoli I) su cui cfr. **A. Morillo**, *La convocazione del Concilio di Costantinopoli*, in *Labeo* 3, 1957, pp. 60-71 e **A.M. Ritter**, *Das Konzil von Konstantinopel und sein Symbol*, Göttingen, 1965; pp. 37-74 (per Efeso) [su cui cfr. **P. Th. Camelot**, *Éphèse et Chalcédoine,* Paris, 1961]; pp. 75-103 (per Calcedonia) [su cui cfr. **J. Bois**, *Chalcédoine,* in *D. Th. Cath.,* II, 1923, coll. 2190-2208]; pp. 105-122 (per Costantinopoli II) [su cui cfr. **M. Sestan**, *Le V Concile Oecuménique, in Byzantinoslavica, 15, 1954, pp. 240-255]; pp. 123-130 (Costantinopoli III)* [su cui cfr. **L. Duchesne**, *L'Église au VI' siècle,* Paris, 1925, pp. 391-485, **x**, *Monoteliti,* in *EI,* XXIII, 1934, pp. 700-701 e **M. Juje**, in *D Th Cath*, X, coll. 2307-2323]; pp. 131-156 (Nicea II) [su cui cfr. **G. Ostrogorsky**, *Studien zur Geschichte des byzantinischen Bilderstreites,* Breslau, 1929; **E.J. Martin**, *A history of the Iconoclastic Controversy,* London, 1930, opera tuttora fondamentale. Ancora utile è **L. Bréhier**, *La Querelle des images,* VIII-IX siècles, Paris, 1904]; pp. 157-186 (Costantinopoli IV) [su cui cfr. **F. Dvornik**, *Le schisme de Photius,* Paris, 1950 e, prima, **G. Hofmann**, *Ivo von Chartres über Photius,* OCP, 14, 1948 e poi **. Stephanou**, *La violation du compromis entre Photius et les Ignatiens*, OCP, 21, 1955]. Per la storia dei *Concilia* precristiani cfr. **F. Grelle**, *Concilium Commune provinciae,* in *NovDigIt, III*, 1959, rest. 1981, pp. 964-965. Per il Concilio di Gerusalemme cfr. **C.M. Martini** in *Ortodossia e Revisionismo,* Roma 1974, PUG, pp. 59-71.

GIOVANNI CARMELLINO

La protezione anticipata delle trattative in materia di accordi di ristrutturazione

SOMMARIO: 1. Premessa breve: dinamismo imprenditoriale e dinamismo legislativo. - 2. *Ratio legis*. - 3. Il procedimento. - 3.1. - Presupposti e competenza. - 3.2. Attività propedeutiche. - 3.3. Effetti del deposito. - 3.3.1. *Segue*. Il divieto di acquisire titoli di prelazione non concordati ed il nuovo art. 182 *quinquies*: una proposta interpretativa. - 3.4. Le valutazioni del Tribunale. - 4. La presentazione dell'accordo complessivo: fattispecie a formazione progressiva? - 5. La natura ancipite degli accordi di ristrutturazione.

1. Premessa breve: dinamismo imprenditoriale e dinamismo legislativo

Sebbene non sia un assioma, l'affermazione sembra tendere verso un relativo margine di obiettività: il fenomeno imprenditoriale è fenomeno dinamico, caratterizzato dalla genesi, dall'esistenza e dal 'decesso' di organizzazioni economico-aziendali individuali o collettive.

A tale dinamismo imprenditoriale pare essersi adeguato anche il legislatore, il quale, soprattutto in materia di crisi di impresa, si è mosso nel campo degli interventi correttivi della legge fallimentare originaria con una frequenza quasi disarmante, recependo, *cum grano salis*, istanze dottrinali e giurisprudenziali però già radicate anteriormente al primo (ed apripista) *restyling* legislativo. Siffatto fenomeno "normativo", ciononostante, sconta una ontologica innaturalità, in ragione del fatto che non concede il tempo a che l'interpretazione, il rodaggio e l'assestamento di soluzioni giurisprudenziali facciano il loro corso sotto l'egida dell'ennesimo intervento correttivo che, in seguito all'ordinario biennio di applicazione, diventa già storia del diritto.

Il fenomeno trova conferma nell'art. 43 della l. n. 111/2011 che estende l'applicabilità degli istituti degli accordi di ristrutturazione dei debiti e della transazione fiscale all'imprenditore agricolo «*in attesa di una revisione complessiva dell'imprenditore agricolo in crisi e del coordinamento delle disposizioni in materia*»[1].

L'integrazione più recente è di giugno, anno 2012, oggetto del d.l.

[1] In *GU* n. 164 del 16 luglio 2011.

n. 83, convertito con modificazioni dalla legge 7 agosto 2012, n. 134[2].

L'ultimo trattamento normativo, al pari, peraltro, dei precedenti, risolve delle problematiche interpretative a cui le prime novelle legislative non hanno (a parere di chi scrive volutamente) dato una risposta[3], e di qui la sensazione che si sarebbe potuto operare con una revisione unitaria.

Oggetto del presente contributo, ad ogni buon conto, sarà un segmento della legge fallimentare forgiato *ex novo* dal d.l. 31 maggio del 2010, n. 78[4], relativo al procedimento cautelare di cui ai commi sesto e settimo

[2] In ordine alle modifiche, per i riferimenti dottrinali cfr. L.A. Bottai, *Revisione della legge fallimentare per favorire la continuità aziendale*, in "Il Fallimento", 2012, p. 924 ss.; C. Trentini, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, in corso di pubblicazione; M. Fabiani, *La gestione del sovraindebitamento del debitore "non fallibile"*, in "Il Caso.it", II, 278/2012, p. 1 ss,; Id., *Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi d'impresa , ibid.*, 303/2012, p. 1 ss.; Id, *Crescita economica, crisi e sovraindebitamento*, in "Corriere Giuridico", 2012, p. 449 ss.; Id., *Primi spunti di riflessione sulla regolazione del debitore non «fallibile» (l. 27 gennaio 2012 n. 3)*, in "Foro Italiano", 3, 2012, V, p. 2 ss.; S. Ambrosini, *Soddisfazione dei crediti e risoluzione nel concordato preventivo: profili di "interferenza" tra diritto concorsuale e disciplina codicistica*, in "Il Caso.it", 297/2012, p. 1 ss.; A. Paternò Raddusa, *Concordato preventivo: il controllo giudiziale sulla fattibilità del piano , ibid.*, 281/2012; M. Bana, S. Cerato, *D.L. 22 giugno 2012, n. 83, convertito - Novità in materia di accordi di ristrutturazione dei debiti e piani attestati*, in "Fisco", 2012, p. 4772 ss.; C. Trentini, *Fase anticipatoria degli accordi: termine per l'integrazione e pubblicazione*, in "Il Fallimento", 2012, p. 854 ss.; R. Martino, *Accordi di ristrutturazione e responsabilità del professionista attestatore*, in "Responsabilità Civile e Previdenza", 2012, p. 490 ss.; M. Carminati, R. Marino, *Le soluzioni negoziali dell'imprenditore agricolo*, in "Il Fallimento", 2012, p. 633 ss.; F. Macario, *La nuova disciplina del sovra-indebitamento e dell'accordo di ristrutturazione per i debitori non fallibili*, in "Contratti", 2012, p. 229 ss.; G. Bersani, *La composizione della crisi da sovraindebitamento per le imprese non fallibili nella L. n. 3/2012*, in "Fisco", 2012, p. 1960 ss.; V. Greco, *La nuova finanza, credito di scopo per il salvataggio dell'impresa*, in "Trust", 2012, p. 56 ss.; A. Guiotto, *La nuova procedura dell'insolvenza del soggetto non fallibile: osservazione* in itinere, in "Il Fallimento", 2012, p. 18 ss..

[3] Può considerarsi conclusa, difatti, dopo l'espresso inserimento nell'art. 182 *bis* l.f., la diatriba dottrinale a proposito della necessità che il professionista della crisi, nell'ambito della relazione sull'accordo di ristrutturazione, si esprima anche sulla veridicità dei dati aziendali; inoltre, in sintonia con l'ultima precisazione, alla lett. d) del terzo comma dell'art. 67 l. fall. il legislatore, oltre a sancire l'indipendenza del professionista, ne fotografa le caratteristiche: è indipendente quando non è legato all'impresa e a coloro che hanno interesse all'operazione di risanamento da rapporti di natura personale o professionale tali da compromettere l'indipendenza di giudizio; in ogni caso, il professionista deve essere in possesso dei requisiti previsti dall'art. 2399 c.c. e non deve, neanche per il tramite di soggetti con i quali è unito in associazione professionale, avere prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore ovvero partecipato agli organi di amministrazione o di controllo. Sulla attività del professionista, *ex pluribus*, si segnalano i contributi di AA.VV., *Il ruolo del professionista nei risanamenti aziendali*, a cura di M. Fabiani e A. Guiotto, Torino, 2012; R. Martino, *op. cit.*, p. 490.

[4] D.l. 31 maggio 2010, n 78, convertito, con modificazioni, dalla l. 30 luglio 2010, n. 122, in *GU* n. 176 del 30 luglio 2010 (*SO* n. 174).

dell'art. 182 *bis*[5] il quale, solo in via incidentale, è stato limato dalle modifiche dell'anno in corso ma che (e la circostanza pare un paradosso) sembra uscirne 'snaturato' in ragione dell'inserimento di nuove norme che continuano a ravvivare il fuoco di quanti ne disconoscono la negozialità, e delle quali *infra* si terrà necessariamente conto.

2. *Ratio legis*

In dottrina è stata rappresentata la circostanza secondo la quale il debitore, nel momento in cui decide di percorrere la strada di una soluzione concordata della crisi con lo strumento di cui all'art. 182 *bis* l.fall., deve stipulare con i creditori un accordo e, durante la fase delle trattative, è esposto al rischio che il suo patrimonio sia oggetto di aggressione da parte dei creditori non (o non ancora) coinvolti nel processo di ristrutturazione delle passività[6].

L'istanza è stata fatta propria dal legislatore attraverso l'inserimento, nella struttura dell'art. 182 *bis*, di quattro nuovi commi che rappresentano, a parere di scrive, la forma più moderna di emersione anticipata[7]

[5] Il nuovo procedimento cautelare previsto dal comma sesto dell'art. 182 *bis* trova vasta prosa dottrinale: cfr. S. Ambrosini, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in AA.VV., *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma. Commentario sistematico*, a cura di A. Jorio e M. Fabiani, Bologna, Zanichelli, 2010, p. 1168 ss.; Id., *Profili civili e penali delle soluzioni negoziate nella L. 122/2010*, in "Il Fallimento", 2011, p. 641 ss.; P. Valensise, Sub. art. 182 *bis*, in AA.VV., *La legge fallimentare dopo la riforma. Concordato preventivo e accordi di ristrutturazione. Liquidazione coatta amministrativa*, III, a cura di A. Nigro, M. Sandulli e V. Santoro, Torino, Giappichelli, 2010, p. 2247 ss.; L. Girone, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in AA.VV., *Trattato di diritto delle procedura concorsuali*, III, a cura di U. Apice, Torino, Giappichelli, 2011, p.517 ss.; S. Bonfatti, *Le procedure di composizione delle crisi d'impresa: opportunità e responsabilità*, relazione svolta al Convegno Nazionale di Reggio Emilia, 8 ottobre 2010, *Il sostegno finanziario dell'impresa nelle procedure di composizione negoziate delle crisi*, in "Il Caso.it", II, 214/2010, p. 1 ss.; M. Fabiani, *L'ulteriore* up-grade *degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, in "Il Fallimento", 2010, p. 898 ss.; G. Tarzia, *La nuova tutela del debitore e dei finanziatori negli strumenti di prevenzione del fallimento*, in "Diritto Fallimentare", 2010, p. 543 ss.; G. Racugno, *Concordato preventivo e accordi di ristrutturazione dei debiti. Le novità introdotte dal D.L. 31 maggio 2010, n. 78 e dalla L. 30 luglio 2010*, n. 122, in "Diritto Fallimentare", 2011, p. 1 ss.; M. Galardo, *Accordi di ristrutturazione: valutazione del tribunale e inadempimento dell'accordo di ristrutturazione omologato*, in "Diritto Fallimentare", 2011, p. 159 ss.; G.B. Nardecchia, *Il divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive o cautelari*, in "Il Fallimento", 2011, p. 705 ss.; A. Didone, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182 bis l. fall.). Presupposti, procedimento ed effetti della anticipazione delle misure protettive dell'impresa in crisi*, in "Diritto Fallimentare", 2011, p. 28 ss..

[6] Così, letteralmente, M. Fabiani, *Diritto Fallimentare. Un profilo organico*, Bologna, Zanichelli, 2011, p. 693 ss..

[7] Sulla tempestività sarà soltanto la prassi applicativa a darne riscontro.

della crisi di impresa: grazie a tale articolato, difatti, si consente di precorrere l'effetto inibitorio degli atti esecutivi, cautelari e cautelativi[8] previsti dal terzo comma della stessa norma, grazie alla presentazione di un preaccordo accompagnato dalla dichiarazione dell'imprenditore, avente natura di autocertificazione, e da una relazione di un esperto attestante l'idoneità della proposta, se accettata, a liberare finanza per l'esecuzione delle obbligazioni dei non aderenti[9].

In tema è stato detto che il motivo ispiratore della riforma sia senz'altro da individuare nell'insufficienza del termine di sessanta giorni di inibizione delle azioni esecutive e cautelari, nonché nell'esigenza di assicurare adeguata protezione all'imprenditore nella delicata fase delle trattative, sì da evitare eventuali azioni dei singoli creditori desiderosi di conseguire posizioni di forza rispetto al debitore e di vantaggio rispetto agli altri creditori, proprio *in itinere* dei contatti necessari per pervenire agli accordi[10]. Al fine di colmare siffatta lacuna, si è deciso di ripercorrere, nel nostro ordinamento, la strada nordamericana dell'istituto dell'*automatic stay*, sebbene per alcuni l'accostamento non sia del tutto appropriato, appalesandosi come il frutto di non trascurabili forzature[11]. Di sicuro l'an-

[8] Cfr., C. Trentini, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit.

[9] Adesivo è B. Inzitari, *Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182*-bis *l.fall.: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi*, in "Rivista Dottori Commercialisti", 2011, p. 815 ss..

[10] V., in sintonia, P. Valensise, Sub. art. 182 *bis*, cit., p. 2281, secondo il quale questa nuova disposizione si configura come strumento, di tipo facoltativo, che agevola il perfezionamento degli accordi di ristrutturazione consentendo, sia pure in tempi ristretti, un più sereno svolgimento delle trattative; parla di conferma del vigore e del significato della proposta del debitore, esercizio del suo potere unilaterale di ridefinire i termini della sua esposizione debitoria, A. Di Majo, *Accordi di ristrutturazione* in AA.VV., *Trattato delle procedure concorsuali*, a cura di L. Ghia, C. Piccininni e F. Severini, Volume IV., *Il superamento della crisi e la conclusione delle procedure*, Milano, 2011, p. 677 ss.; inoltre, cfr. L. Stanghellini, *Finanziamenti – ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, in "Il Fallimento", 2010, p. 1348 ss.; G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*[8], Milano, Giuffrè, 2011, p. 776 ss.; L. Masi, *L'inibitoria delle azioni cautelari ed esecutive nel corso delle trattive finalizzate al raggiungimento di un accordo di ristrutturazione dei debiti: profili processuali e di merito*, in corso di pubblicazione in "Il Fallimento".

[11] In questo senso, M. Montanari, *La protezione del patrimonio dell'imprenditore in crisi*, in AA.VV., *Il ruolo del professionista nei risanamenti aziendali*, cit., p. 133 il quale ritiene che non solo la portata obiettiva dell'istituto nordamericano si dimostra infinitamente più estesa rispetto a quella del suo preteso corrispondente italiano, nel senso che a risultare interessato da quegli effetti di sospensione automatica sia un ventaglio di possibili iniziative, esplicantisi sul terreno sostanziale come processuale, che di gran lunga trascende la ridotta rosa delle azioni esecutive e cautelari e dell'acquisizione di ragioni di prelazione non concordate cui soltanto ha riferimento il nostro ordinamento nazionale, ma è, soprattutto, dell'effettiva possibilità di connotare in termini di identica "automaticità" gli effetti sospensivi che è lecito discutere.

ticipazione della sospensione *ope legis* degli atti esecutivi e delle azioni cautelari sul patrimonio del debitore rappresenta una novità di notevole impatto, capace di espandere significativamente la diffusione dell'istituto, tanto più che il legislatore aveva[12] ampliato la portata dello strumento di protezione del patrimonio del debitore includendo il divieto di acquisire titoli di prelazione non concordati[13].

Ciononostante, chi scrive ravvisa nel procedimento in commento una sublimata *voluntas* del legislatore diretta a consentire una tempestiva *discovery* della crisi rispetto alla quale gli effetti cautelari si pongono come unicamente strumentali.

È noto che la funzione dell'accordo risulta indirizzata verso la regolazione dello stato di crisi attraverso l'adempimento, da parte del debitore, delle obbligazioni estranee ed aderenti, secondo quanto concordato nell'accordo stesso, la cui esecuzione impatta proprio sul dissesto per cui si richiede l'intervento omologatorio, rimuovendo la crisi ed escludendo il ricorrere dei presupposti di una soddisfazione concorsuale (*i.e.* procedura fallimentare). Proprio la rimozione della crisi, elevata a causa dell'accordo (causa intesa quale funzione economico – sociale del contratto)[14], colora non già il procedimento cautelare previsto dal sesto comma dell'art. 182 *bis* dei cromi di norma strutturante, bensì di quelli di disposizione sovra - strutturata: l'anticipazione del divieto di azioni cautelari, esecutive e di prelazioni non concordate è diretto a perseverare lo scopo dell'emersione anticipata e tempestiva della crisi d'impresa, tanto *a latere debitoris*, che ne fruisce per evitare il frazionamento espropriativo del patrimonio sul quale si progetta la ristrutturazione, quanto a *latere creditoris*, che disarcioneranno le loro pretese in funzione di una, seppur velata, ostensione pubblica della crisi d'impresa, tant'è che le fasi in-

[12]Oggi previsto anche per il terzo comma dell'art. 182 *bis*, perso per strada in occasione della riforma del 2010.

[13] Così G.B. Nardecchia, *Il divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive o cautelari*, cit., p. 707.

[14] Sugli accordi di ristrutturazione in chiave squisitamente civilistica, cfr. AA.VV., Il diritto negoziale della crisi d'impresa, a cura di F. Di Marzio, Milano, Giuffré, 2011; M. Fabiani, *Diritto Fallimentare. Un profilo organico*, cit., *passim*.; P. Quarticelli, *Omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti e controllo giudiziale sull'attuabilità dell'accordo: orientamenti e prime divergenze giurisprudenziali*, in "Banca, Borsa e Titoli di Credito", 2010, II, p. 753 ss.; Id. *Gestione negoziata della crisi di impresa e autotutela preventiva dei diritti dei creditori nel confronto fra la riforma francese della «procedure de conciliation» e la nuova disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, *id*., 2011, I, p. 11 ss.; E. Frascaroli Santi, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Padova, Cedam, 2009, *passim*.; C. D'Ambrosio, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in AA.VV., *Fallimento ed altre procedure concorsuali*, a cura di G. Fauceglia, L. Panzani, Utet, 2009, p. 1810 ss..

troduttive constano di un'iscrizione presso il registro delle imprese e di un deposito presso il Tribunale. In ragione di ciò, gli interessi sottesi all'istituto dell'accordo di ristrutturazione, che si fondono proprio nella regolazione tempestiva del dissesto imprenditoriale[15], si ritengono soddisfatti dall'anticipazione del medesimo, il cui procedimento cautelare di nuovo conio si pone in un rapporto di servilità[16].

3. Il Procedimento

3.1 Presupposti e Competenza

L'imprenditore, che intende stipulare con i creditori un accordo di ristrutturazione, e ritiene che nel tempo occorrente a formalizzarlo e a farlo pubblicare presso il registro delle imprese vi possa essere il rischio di aggressioni al suo patrimonio, deve depositare, presso il tribunale competente a norma dell'art. 9 l.fall., un ricorso unitamente alla documentazione di cui all'art. 161 l. fall., lettere a), b), c) e d)[17], una proposta di accordo, una dichiarazione avente valore di autocertificazione in ordine all'esistenza di trattative con i creditori che rappresentino almeno il sessanta percento di crediti, ed una relazione del professionista circa la sussistenza delle condizioni per assicurare l'integrale pagamento dei creditori con i quali non siano in corso le trattative.

L'attivazione del procedimento si sostanzia, pertanto, nel deposito di una mole documentale particolarmente copiosa, composta, *in primis*, da quella prevista dall'art. 161 l.f. in materia di concordato preventivo.

La novità della norma, tuttavia, si individua nella circostanza secondo la quale la proposta di accordo sia accompagnata da una dichiarazione dell'imprenditore, avente valore di autocertificazione, attestante che sulla proposta sono in corso trattative con dei creditori che rappresentano almeno il sessanta per cento dei crediti: secondo una parte della letteratura, la pratica rimanderebbe alla legge speciale in tema di autocer-

[15] Di migliore regolazione del dissesto quale interesse comune, sebbene in tema di concordato fallimentare, parla anche M. Fabiani, *La ricerca individuale di una tutela per i creditori di minoranza nel concordato fallimentare e preventivo*, in "Giurisprudenza Commerciale", 2012, II, p. 298 ss.; Id., *Dalla votazione al voto nel concordato fallimentare*, id., 2011, I, p. 572 ss..

[16] Sembra dello stesso parere anche B. Inzitari, *op. cit.*, p. 825.

[17] Sul punto, è intervenuto il legislatore a specificare i documenti individuati dall'art. 161 l.fall., prima lasciati alla vaghezza del solo riferimento al primo e secondo comma; in tema cfr. C. Trentini, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., che rileva come non sia necessaria l'allegazione del piano di cui alla lettera e).

tificazione prevista nel D.p.r. 28 dicembre 2000, n. 445[18]; secondo altri, invece, il riferimento all'art. 46 della regolamentazione secondaria e la facoltà che accorda di certificare «la situazione reddituale o economica» dell'interessato ai fini di conseguire benefici di qualsiasi tipo previsti da leggi speciali, non sembrerebbe congruente con una dichiarazione avente per oggetto l'attestazione che trattative sono in corso per addivenire ad una accordo[19].

A corredo dell'allegazione è stata inserita l'onnipresente dichiarazione del professionista circa la idoneità della proposta ad assicurare il regolare pagamento dei creditori con i quali non sono in corso trattative o che hanno negato comunque la propria disponibilità a trattare.

È stato evidenziato come il carattere della documentazione complessivamente richiesta ed il tenore delle dichiarazioni portino a ritenere che la proposta, che viene depositata dal debitore, dovrebbe essere quella definitiva sulla quale viene richiesta l'adesione dei creditori e che, una volta accettata dal sessanta percento dei crediti, costituirà l'accordo definitivo[20]. In senso contrario, altra parte della dottrina, argomentando sulla formulazione letterale della relazione illustrativa al d.l. 78/2010[21], esclude che il preaccordo debba avere già raggiunto i contenuti di dettaglio di quello definitivo: la disciplina in commento postulerebbe soltanto l'esistenza di "trattative" pervenute ad uno stadio abbastanza avanzato, ma non necessariamente compiuto[22].

[18] S. Bonfatti, P.F. Censoni, *Manuale di diritto fallimentare*[4], Padova, Cedam, 2011, p. 642 ss.; in giurisprudenza, conformemente, Trib. Terni, 2 dicembre 2011, in "Il Fallimento", 2012, p. 854 ss..

[19] Cfr. C. Trentini, *Fase anticipatoria degli accordi: termine per l'integrazione e pubblicazione*, cit., 856.

[20] B. Inzitari, *op. cit.*, p. 825, a giudizio del quale la dichiarazione del debitore è diretta, infatti, a certificare che egli sta trattando con i creditori per ottenere la loro adesione a quella proposta con quel contenuto e non certo ad altra proposta con diverso o altro contenuto. Lo stesso vale per la dichiarazione del professionista, che è diretta a fornire un elemento di valutazione tanto importante quanto univoco, e cioè che quella proposta, e non altra, è idonea ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei.

[21] Secondo la quale, l'obiettivo della norma è quello di «*eliminare eventuali azioni di disturbo e consentire alle parti di fotografare con certezza i beni patrimoniali dell'impresa per determinare le misure concretamente realizzabili per la ristrutturazione dei debiti*».

[22] In questi termini, S. Bonfatti, *Le misure di incentivazione delle procedure di composizione negoziale della crisi d'impresa. Gli "Accordi di ristrutturazione"*, in "Il Caso.it", n. 251/2011, p. 25 ss., secondo il quale il preaccordo dovrebbe essere sufficientemente precisato da consentire all'esperto di formulare giudizi di attuabilità del Piano, ove incontrasse l'adesione dei destinatari, con speciale riguardo all'attitudine ad assicurare il regolare pagamento dei creditori non aderenti; in giurisprudenza, le prime applicazioni si sono espresse in quest'ultimo senso; v., in giurisprudenza, Trib. Torino, 15 febbraio 2011, in "Il Foro Italiano", 2011, 9, I, p. 2544 ss., che ha stigmatizzato il fatto che il preaccordo non contenesse «*in sé indicazioni così puntuali e cogenti da individuare una proposta di accordo preliminare*».

Ad avviso di scrive, parrebbe sostenibile una tesi di compromesso.

È vero, un certo grado di maturazione del complessivo progetto di ristrutturazione sembra sia richiesto dal legislatore[23]; ma è altrettanto vero che pur sempre di proposta trattasi e, come tale, per sua natura suscettibile di modifica[24]. D'altronde la stessa giurisprudenza di merito, sedimentatasi in ordine alle modifiche dell'accordo di ristrutturazione omologato, conferma siffatta linea di pensiero: se il nuovo accordo non modifichi modalità e tempi di esecuzione del piano e, quindi, non richieda una nuova asseverazione, ma al più una conferma della validità dell'asseverazione precedentemente rilasciata, non è necessaria alcuna nuova omologa perché è l'accordo originariamente omologato che riceve una limitata manutenzione[25].

Trasponendo il discorso *in subiecta materia*, se l'assunto è da ritenersi valido per un accordo di ristrutturazione già omologato, non si scorge il motivo per il quale lo stesso non debba vestire anche la fase relativa al preaccordo che, in quanto tale, potrà essere oggetto di modifiche secondarie purché lascino inalterate le parti e le prestazioni economiche del contratto. La conclusione, infine, non urta nemmeno contro il dettato normativo dell'art. 1326, quinto comma, c.c., qualora se ne volesse trarre una indicazione contraria applicando le categorie del diritto generale del contratto: è l'accettazione non conforme alla proposta ad equivalere ad una nuova, non la modifica di quella su cui è già intervenuto l'*exequatur* dei creditori.

Ad ogni buon conto, l'unica certezza si rinviene nella circostanza secondo la quale, ove il contratto definitivo sia concluso a condizioni diverse (ma nel senso codicistico sopradescritto) dalla proposta, l'accordo, sicuramente valido ed efficace tra le parti ed omologabile ove ne ricorrano tutti i presupposti, non potrà godere degli effetti protettivi anticipati riservati alla proposta[26].

Sull'attestazione prevista dalla norma di nuovo conio, si è detto che la stessa deve esprimersi anche sull'attuabilità della proposta, così come precisato per la definitiva: una proposta che non avesse l'attitudi-

[23]Così, P. Valensise, Sub. art. 182 *bis*, cit., p. 2283.

[24] Di intese preliminari parla anche M. Fabiani, *Diritto Fallimentare. Un profilo organico*, cit., p. 694.

[25] In questi termini, Trib. Terni, 4 luglio 2011, in "Il Fallimento", 2012, p. 205 ss.; Trib. Milano, 17 giugno 2009 e 30 novembre 2011, in AA.VV., *Crisi di imprese: casi e materiali*, a cura di F. Bonelli, Milano, Giuffrè, 2011, p. 962 e p. 1079 ss.

[26] Conformemente, G.B. Nardecchia, *Il divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive o cautelari*, cit., p. 708.

ne ad essere "attuata" perderebbe la funzionalità di anticipare la prevedibile conclusione di un valido accordo e, con essa, la giustificazione dell'anticipazione degli effetti[27].

Diverso, invece, è il capitolato relazionale che riguarda la verifica a proposito della veridicità dei dati aziendali: chi scrive, aderendo a quell'orientamento che, tuttavia, non si è mai pronunciato con nettezza sulla questione, ha ritenuto, in prima battuta, che una siffatta valutazione andasse esclusa, stante la necessità di tutelare il diritto cautelare, a cagione del fatto che la soluzione contraria si sarebbe scontrata proprio con la necessità di evitare che il tempo per la predisposizione della documentazione (*in primis*, l'attestazione comprensiva della verifica della veridicità dei dati aziendali) permettesse l'esercizio di azioni cautelari o esecutive, con evidente pregiudizio per il diritto cautelando[28].

Con l'intervento riformatore del 2012 i termini della questione sono parzialmente cambiati: sebbene nell'ambito del successivo giudizio di omologazione, è stata sancita, *expressis verbis*, la necessità che il professionista si esprima anche sulla veridicità dei dati aziendali[29]. Si potrebbe in

[27] In questo senso, ancora, S. Bonfatti, *Le misure di incentivazione delle procedure*, cit., p. 27.

[28] In senso contrario, tuttavia, Trib. Roma, 4 novembre 2011, in "Il Caso.it", I, 6712/2011, ha ritenuto che, nell'ambito del procedimento diretto ad ottenere la moratoria anticipata, l'attestazione del professionista sulla sussistenza delle condizioni per il regolare pagamento degli estranei deve ritenersi estesa quantomeno alla veridicità dei dati aziendali, non potendo, al contrario, essere appurata la ricorrenza delle condizioni previste dalla norma; conformemente, Trib. Udine, 27 aprile 2012, in corso di pubblicazione in "Il Foro Italiano".

[29] Sul fatto che l'omissione normativa non fosse decisiva e che, quindi, il professionista fosse tenuto a verificare la veridicità dei dati forniti dall'imprenditore e risultanti dai documenti contabili, cfr., per la dottrina, G.B. Nardecchia, *Crisi d'impresa, autonomia privata e controllo giurisdizionale*, Milano, Ipsoa, 2007, p. 60 ss.; A. Patti, *Crisi di impresa e ruolo del giudice. Regole del mercato, soluzioni giudiziali e negoziali, tutele dei conflitti*, Milano, Ipsoa, 2009, p. 111 ss.; A. Pajardi, A. Paluchoski, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 918 ss.; A. Coppola, *L'accordo di ristrutturazione dei debiti,* in AA.VV., *Il nuovo concordato preventivo. Dallo stato di crisi agli accordi di ristrutturazione*, a cura di S. Pacchi, Milano, Ipsoa, 2005, p. 287 ss.;G. Verna, *I nuovi accordi di ristrutturazione (art. 182*bis*, legge fallim.)*, in "Diritto Fallimentare, 2007, I, p. 947 ss.; P. Valensise, in AA.VV., *La riforma della legge fallimentare*, a cura di A. Nigro, M. Sandulli, 2006, II, p. 1091 ss.; E. Frascaroli Santi, *op. cit.*, p. 146; *contra*, v. C. Proto, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in "Il Fallimento", 2006, p. 133 ss.; F. Innocenti, Gli *accordi di ristrutturazione dei debiti nel quadro dell'intervento correttivo del 2007. Una possibile soluzione alla crisi d'impresa*, in "Diritto Fallimentare", 2007, I, p. 917 ss.; S. Ambrosini, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 2542; S. Bonfatti, *Pluralità di parti e ruolo del Tribunale negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in "Il Fallimento", 2012, p. 594 ss.; C. Trentini, *Accordi di ristrutturazione de debiti: questioni varie ed* impar condicio creditorum, in "Il Fallimento", 2012, p. 462 ss.; L. Masi, *op. cit.*; in giurisprudenza, in senso conforme, Trib. Roma, 13 marzo 2012, in corso di pubblicazione in "Il Fallimen-

questo senso intendere che il segmento normativo vada esteso anche alla fase cautelare, richiedendo così un'attestazione completa e minuziosa sulla contabilità, in considerazione del fatto che, come osservato dalla dottrina[30], la dichiarazione del professionista circa l'idoneità della proposta, se accettata, ad assicurare il regolare pagamento dei creditori con i quali non sono in corso trattative, mai potrebbe essere correttamente formulata se non supportata da una previa verifica dei dati contabili.

Ciononostante, si continua ad aderire alla soluzione per la quale, stante la natura anticipatoria del procedimento, l'attestazione sulla veridicità dei dati aziendali non sembra compatibile con i tempi ristretti che caratterizzano le esigenze della cautela preventiva, non fosse altro che per le contingenti differenze che si riscontrano tra la fase di 'merito' omologatoria e quella cautelare propriamente detta: in ordine alla prima, l'attestazione sulla veridicità dei contabili, come del resto confermato dall'inserimento nella norma dell'art. 182 *bis*, è diretta ad ottenere l'omologazione del Tribunale con la quale il giudice si determina sull'idoneità dell'accordo a rimuovere lo stato di crisi; nella fase cautelare, invece, lo scopo della relazione sottintende il solo conseguimento della moratoria per permettere il raggiungimento dell'accordo sul quale, se depositato nei termini, interverrà il provvedimento del Tribunale. Argomentando in senso contrario, si rischierebbe di sovrapporre il piano dell'omologazione con quello della concessione della moratoria travisando i principi ispiratori del cautelare di nuovo conio.

3.2 Attività propedeutiche

La richiesta è depositata in tribunale e pubblicata presso il registro delle imprese: da tale momento si produce l'effetto del divieto e ciò impedisce ai creditori più avveduti di precostituirsi posizioni di vantaggio[31].

In tema, l'omissione della previsione dell'obbligo di procedere ai due depositi contestualmente ha lasciato perplessa parte della dottrina, giac-

to"; Trib. Udine, 30 marzo 2012, in "Il Caso.it", I, 7109/2012; Trib. Piacenza, 2 marzo 2011, *ibid*., 4804/2011; Trib. Milano, 25 marzo 2010, in "Foro Italiano", Rep. 2010, voce *Fallimento*, n. 422; Trib. Roma, 5 novembre 2009, *ibid.*, voce *Concordato preventivo*, n. 124; Trib. Udine, 22 giugno 2007, *id*., Rep. 2008, voce cit., n. 131; Trib. Milano, 15 ottobre 2009, in "Il Caso.it", I, 2143/2010. Recentemente, a proposito del procedimento cautelare previsto dal comma sesto dell'art. 182 *bis*, cfr. Trib. Bologna, 17 novembre 2011 e Trib. Milano, 15 novembre 2011, in corso di pubblicazione in "Foro Italiano".

[30] C. Trentini, *Fase anticipatoria degli accordi: termine per l'integrazione e pubblicazione*, cit., p. 859.

[31] Così, M. Fabiani, *Diritto Fallimentare. Un profilo organico*, cit., p. 694, a giudizio del quale dopo tanta attesa, anche nel nostro ordinamento penetra la logica dell'*automatic stay*.

ché si presterebbe a possibili condotte opportunistiche da parte del debitore che voglia fruire della moratoria: di conseguenza, è stato rilevato che, in una prospettiva de *jure condendo*, un possibile rimedio sarebbe quello di subordinare la pubblicazione nel registro delle imprese all'esibizione di copia dell'istanza recante la prova del previo deposito[32].

Quest'ultima soluzione risulta preferibile in ragione della significativa integrazione apportata alla norma in sede di conversione della l. 122/2010, in virtù della quale la pubblicazione dell'istanza nel registro delle imprese già produce l'effetto sospensivo e, laddove si ammettesse la possibilità di pubblicare prima l'istanza nel registro, gli inconvenienti, segnalati dalla letteratura[33], sarebbero diversi: l'imprenditore in crisi avrebbe uno strumento per dilatare i tempi della sospensione così creando più di un problema per i creditori[34].

Secondo altri, in maniera non difforme, ragioni di ordine sistematico farebbero ritenere che le due operazioni debbano essere contestuali[35].

In questa sede si aderisce all'interpretazione che vuole il preventivo deposito dell'accordo in tribunale[36]: ove si accedesse all'idea che il debitore possa iscrivere prima l'istanza nel registro delle imprese, egli godrebbe della protezione per un periodo di tempo astrattamente illimitato prima del vaglio del giudice sulla fondatezza della sospensione[37].

3.3 Effetti del deposito

Un interesse particolare caratterizza l'estensione degli effetti colle-

[32] Così, S. Ambrosini, *Profili civili e penali delle soluzione negoziate nella l. 122/2010*, in "Il Fallimento", 2011, p. 641 ss..

[33] Cfr. P. Valensise, Sub. art. 182 *bis*, cit., p. 2285.

[34] Diversa è la soluzione di M. Montanari, *op. cit.*, p. 136, secondo il quale il problema non ha motivo di essere a cagione del fatto che se gli effetti agganciati alla pubblicazione dell'istanza nel registro delle imprese operano dalla decisione giudiziale di accoglimento, la protezione patrimoniale che quella decisione è chiamata a produrre non possono in nessun modo essere fatti risalire ad un momento anteriore l'avvio del processo che in essa e destinato a sfociare.

[35] Cfr. G.B. Nardecchia, *Il divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive o cautelari*, cit., p. 709.

[36] Il quale non ha, circostanza che risulta tuttavia contraddetta da una isolata pronuncia di merito (cfr. Trib. Terni, 2 dicembre 2011, cit., p. 855) alcun potere di autorizzare o di prorogare il termine per il successivo deposito dell'istanza di sospensione nel registro delle imprese, pena una stortura del sistema; adesivo, C. Trentini, *Fase anticipatoria degli accordi: termine per l'integrazione e pubblicazione*, cit., p. 865.

[37] Tanto più che l'iscrizione riguarda la sola istanza di sospensione e che quindi gli effetti potrebbero essere ricollegati anche ad una istanza del tutto priva dei presupposti di ammissibilità richiesti dalla norma; in questi termini, G.B. Nardecchia, *Il divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive o cautelari*, cit., p. 709.

gati all'iscrizione dell'istanza: alla stessa, difatti, viene ancorato il divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive o cautelari, nonché il divieto di acquisire titoli di prelazione, se non concordati.

È stato affermato che la protezione assicurata al patrimonio del debitore nella fase delle trattative non ha eguali nell'ambito della legge fallimentare, dato che, a differenza di quanto previsto nell'art. 51 l.f., la norma non contiene alcuna clausola di salvaguardia di diverse disposizioni di legge e, diversamente da quanto stabiliva l'art. 168 l.f. (oggi modificato in questo senso) per il concordato preventivo, il divieto si estende anche alle azioni cautelari.

Partendo dall'analisi del primo dei divieti, va precisato che esso riguarda il patrimonio del debitore: alcuni, in tema, hanno espresso la considerazione secondo la quale non vi sia spazio per concedere la sospensione anche per le azioni esecutive e cautelari sul patrimonio di terzi[39]. Pertanto, nell'ambito della fattispecie, rientreranno tutte le prerogative cautelari ed esecutive conosciute nel contesto ordinamentale[40], comprendendo altresì l'istanza di dichiarazione di fallimento.

Il tema relativo al rapporto tra quest'ultima ed il procedimento per omologazione dell'accordo di ristrutturazione, com'è stato rilevato, non è nuovo[41]. Infatti, prima del decreto correttivo del 2007, la tematica era stata oggetto di approfondimenti giurisprudenziali[42] e dottrinali: l'orientamento prevalente era nel senso della reciproca autonomia dei procedimenti e, al contempo, si esprimeva per la ricaduta dell'omologazione sul procedimento per dichiarazione di fallimento come fatto rimottivo dell'insolvenza[43]. Al contrario, più di recente, è stato sostenuto che, poi-

[38] Così, G.B. Nardecchia, *Il divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive o cautelari*, cit., p.709.

[39] In questi termini, S. Bonfatti, *Le misure di incentivazione delle procedure*, cit., p. 28.

[40] Per una disamina delle azioni vietate, cfr. M. Montanari, *op. cit.*, p. 151 il quale esclude dalla protezione gli atti di esercizio del potere del creditore di provocare la risoluzione del contratto, tanto in via giudiziale che stragiudiziale, nonché, *a fortiori*, le azioni di natura cognitiva, compresa quella diretta alla esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto di cui all'art. 2932 c.c.;

[41] Cfr., M. Fabiani, «*Competizione» fra processo per fallimento e accordi di ristrutturazione e altre questioni processuali*, in "Il Fallimento", 2010, p. 206 ss.

[42] V., Trib. Udine, 22 giugno 2007, cit.

[43] Affermavano, difatti, che l'omologazione di un accordo costituisse evento idoneo a dimostrare la riacquisita capacità dell'imprenditore di far fronte alle obbligazioni con regolarità, A. Nigro, D. Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Bologna, Il Mulino 2009, p. 388 ss.; G. Fauceglia, *Sub* art. 182 *bis*, in AA.VV., *Codice commentato del fallimento*, a cura di G. Lo Cascio, Milano, Ipsoa, 2008, p. 1621 ss.; D. Galletti, *I piani di risanamento e di ristrutturazione*, in "Rivista trimestrale di procedura civile", 2006, p. 1201 ss.

ché l'oggetto del processo di omologazione degli accordi è, almeno in larga parte, sebbene da posizioni invertite, lo stesso oggetto del processo per dichiarazione di fallimento, più che discorrere di reciproca autonomia, dovrebbe parlarsi di reciproca interferenza[44], e che la soluzione più corretta per coordinare i due procedimenti (pare) sia quella di saldare il processo prefallimentare con la novità del divieto delle azioni esecutive e cautelari di cui al novellato art. 182 *bis*, l.f, terzo e sesto comma.

La disposizione recita che «*dalla data della pubblicazione e per sessanta giorni i creditori per titolo e causa anteriore a tale data non possono iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive sul patrimonio del debitore*», a cui oggi il legislatore affianca il divieto di acquisire titoli di prelazione non concordati.

Sulla configurabilità dell'iniziativa di fallimento quale azione esecutiva, di recente, la giurisprudenza si è espressa in senso negativo, confermando l'opzione interpretativa diretta ad escludere l'estensione dell'effetto protettivo di cui al terzo comma dell'art. 182 *bis* l.f. anche al procedimento per la dichiarazione di fallimento, optando per una soluzione che individua tra omologa ed istruttoria prefallimentare un rapporto di pregiudizialità[45]. Siffatta soluzione, convergente con la maggioranza dei precedenti giurisprudenziali disponibili[46], ha trovato dei riscontri favorevoli anche in dottrina[47].

In virtù di questa ricostruzione, l'istruttoria prefallimentare non sarebbe inquadrabile nel palinsesto delle azioni esecutive, ma avrebbe un contenuto in parte anche di accertamento[48]: la preclusione alla declaratoria di fallimento non deriverebbe, quindi, dalla regola processuale del

[44] V. M. Fabiani, *Diritto Fallimentare. Un profilo organico*, cit., p. 701.

[45] In questo senso, Trib. Milano, 25 marzo 2010, cit., il cui decreto considera gli accordi di ristrutturazione uno strumento alternativo al fallimento ed escludono il ricorso alla procedura "maggiore", in quanto idonei a superare l'insolvenza che renderebbe necessaria quest'ultima; *contra*, A. Carli, *Accordi di ristrutturazione dei debiti ed impresa in crisi*, in "Contratto e Impresa", 2009, p. 417 ss., secondo il quale gli accordi di ristrutturazione sarebbero inapplicabili alle imprese insolventi, con la conseguenza che l'istanza di fallimento sarebbe pienamente perseguibile – in caso di accertata insolvenza – e sfocerebbe nella declaratoria di fallimento precludendo l'omologa dell'accordo.

[46] Cfr. Trib. Roma, 23 ottobre 2006, in "Diritto Fallimentare", 2008, II, p. 325 ss.; Trib. Udine, 22 giugno 2007, cit.; App. Torino, 17 luglio 2008, in "Fallimento", 2009, p. 51 ss..

[47] In questo senso, v. F. Rolfi, *Gli accordi di ristrutturazione: profili processuali e ricadute sostanziali*, in "Fallimento", 2011, p. 106 ss.; V. Colesanti, *Crisi d'impresa, accordi di ristrutturazione e insolvenza ("prospettica"),* in "Corriere giuridico", 2010, p. 22 ss.

[48] Per una ricostruzione recente, F. De Santis, *La dichiarazione di fallimento*, in AA.VV., *Trattato di diritto fallimentare*, I, *I presupposti, la dichiarazione di fallimento, le soluzioni concordate*, diretto da V. Buonocore e A. Bassi, Padova, Cedam, 2010, p. 345 ss..

blocco delle azioni esecutive, ma discenderebbe da una ragione sostanziale, e cioè la pregiudizialità logico – giuridica tra accertamento dell'insolvenza ed accertamento dell'attuabilità dell'accordo, la quale esclude l'insolvenza[49].

Anche la giurisprudenza più recente [50] si è pronunciata in sintonia con siffatta scuola di pensiero, facendo leva sulla preminenza dell'interesse pubblico a che il debitore insolvente venga assoggettato al fallimento, interesse che non è solo dell'indistinta massa creditoria, ma anche dell'intera economia nazionale.

Benché questa sia la soluzione dominante, si è fatta strada una ricostruzione teorica alternativa, alla quale chi scrive sente di aderire, secondo cui, poiché il fallimento è azione esecutiva, non sarebbe dichiarabile in costanza di divieto *ex* art. 182 *bis*, terzo comma, l.f.[51]. In questo senso, si è detto che il fallimento non può essere dichiarato pendente il ricorso per l'omologa, perché la decisione sul fallimento è pregiudicata dalla decisione sugli accordi: poiché il divieto di azioni esecutive consente che il procedimento di omologazione si snodi senza il timore che il patrimonio dell'imprenditore possa essere distratto dalla sua destinazione, fra le azioni esecutive vietate va ricompresa anche l'iniziativa per la dichiarazione di fallimento[52].

[49]Così, ROLFI, *op. cit.*, p.108, secondo il quale la risoluzione dello stato di crisi rimuove inevitabilmente la (possibile) sottostante situazione di insolvenza e comporta la necessità di approdare ad una soluzione coordinata delle due procedure contemporaneamente pendenti. Il ché non si tradurrebbe nella sospensione *ex* art. 295 c.p.c., ma nella riunione *ex* art. 274 c.p.c. e, di conseguenza, nella trattazione congiunta, con esame pregiudiziale dell'omologa.

[50] V. App. Milano, 21 giugno 2011, in "Il Caso.it", I, 6197/2011.

[51] Secondo M. FABIANI, «*Competizione» fra processo per fallimento*, cit., p. 207, il fallimento sarebbe una procedura concorsuale perché: a) attua la responsabilità patrimoniale; b) in funzione della soddisfazione dei creditori; c) contro la volontà del debitore; d) privato del potere di disporre del suo patrimonio; e) nel contesto di un processo che l'ordinamento statale appresta allo scopo, con l'impiego di mezzi e strutture dell'apparato giurisdizionale; sulla qualificazione della sentenza di fallimento come azioni esecutiva, v. C. D'AMBROSIO, *op. cit.*, p. 1823; G.B. NARDECCHIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ed il procedimento per la dichiarazione di fallimento*, in "Il Fallimento", 2008, p. 706 ss.; N. NISIVOCCIA, *Le procedure diverse dal fallimento nel decreto correttivo*, in "Giurisprudenza commerciale", 2009, I, p. 125 ss.; di recente, cfr. anche P. VALENSISE, Sub. art. 182 *bis*, cit., p. 2293.

[52] La stessa ricostruzione si esprime anche sull'iniziativa del p.m., la quale, da qualificare al modo di una sostituzione processuale, non modifica l'applicazione di una regola voluta per i creditori estranei: una iniziativa inserita nel contesto di una soluzione alternativa a quella proposta dal debitore col consenso dei creditori è, dunque, soggetta esattamente agli stessi limiti che si ritrovano per i creditori estranei; così, M. FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, Milano, Utet, 2009, p. 271 ss.

Non essendo il divieto previsto dal terzo comma dell'art. 182 *bis* assistito da sanzione alcuna[53], in caso di sua inosservanza si è parlato di improponibilità / improcedibilità: il giudice a cui è affidato un procedimento dovrebbe emettere una pronuncia di rito con la quale nega provvisoriamente la tutela richiesta per il difetto di una condizione dell'azione, che impedisce la decisione nel merito o la progressione del processo verso l'attuazione coattiva del diritto[54]. In sostanza, in capo al creditore sussisterebbe un difetto di interesse ad agire.

Laddove il ricorso sia presentato oltre il sessantesimo giorno e, pertanto, a divieto scaduto, in considerazione del fatto che tra istruttoria prefallimentare ed omologazione esiste una sovrapposizione parziale, generata dal fatto che il secondo ha per oggetto l'idoneità di un piano a consentire il soddisfacimento dei creditori non aderenti e, quindi, ad escludere l'insolvenza, il procedimento di cui all'art. 15 l. fall. dovrebbe essere riunito con quello *ex* art. 182 *bis*: il decreto di omologazione costituirà un accertamento pregiudiziale[55] sulla insussistenza dello stato di insolvenza vincibile, però, con la dimostrazione della incapacità di far fronte regolarmente ai debiti nei confronti dei non aderenti[56]. Pregiudizialità, però, che rimane sul piano puramente logico, perché il giudice verificherà se accordo c'è e, poi, se è omologabile[57].

Il dibattito è stato sviluppato anche in *subiecta materia* e le conclusioni non sono parse difformi da quelle a cui si è giunti in sede di disamina del rapporto tra l'art. 15 l.f. e l'art. 182 *bis,* terzo comma, l. fall.: l'istanza di fallimento, in quanto azione esecutiva, sarebbe preclusa anche nell'ipotesi del meccanismo di protezione nel corso delle trattative, e ciò in ragione del *favor* che il legislatore ha manifestato verso l'utilizzo delle soluzioni concordate della crisi, agevolandole fin dalle fasi embrionali[58].

[53] Al contrario dell'art. 168 l.f., laddove si parla di nullità; in tema cfr. A. Nigro, D. Vattermoli, *op. cit*., p. 386; A. Pezzano, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti* ex *art. 182* bis *legge fallimentare: un'occasione da non perdere*, in "Diritto Fallimentare", 2006, II, p. 687 ss.; L. Boggio, *Gli accordi di ristrutturazione: il primo tagliando a tre anni dal decreto competitività*, in "Banca, Borsa e Titoli di credito", 2009, I, p. 67 ss.; L. Girone, *L'accordo di ristrutturazione a seguito del decreto correttivo: lettura retrospettiva di un provvedimento antecedente rivela che le modifiche introdotte dalla novella non sono meramente formali*, in "Diritto Fallimentare", 2008, I, p. 632 ss..

[54] In questo senso, M. Fabiani, *Diritto Fallimentare. Un profilo organico*, cit., p. 702; in modo conforme, G.B. Nardecchia, *Crisi d'impresa*, cit., p. 93.

[55] In tema di pregiudizialità, cfr. A. Pajardi, A. Paluchowski, *op. cit*., p. 926.

[56] Così, G.B. Nardecchia, *Crisi d'impresa,* cit., p. 95.

[57] Cfr., M. Fabiani, « *Competizione» fra processo per fallimento*, cit., p. 210.

[58] In senso adesivo, v. P. Valensise, Sub. art. 182 *bis*, cit., p. 2294

Se si argomentasse in senso contrario, si disattenderebbe l'interpretazione autentica del dettato normativo[59].

3.3.1 Segue. Il divieto di acquisire titoli di prelazione non concordati ed il nuovo art. 182 **quinquies***: una proposta interpretativa*

Il divieto di acquisire titoli di prelazione se non concordati, al contrario, ha interessato la dottrina a proposito del suo significato.

Si è detto che l'imprenditore, durante la fase delle trattative (e questo è un dato di fatto insuperabile), conserva la piena capacità negoziale, potendo vincolare il patrimonio a favore di taluni creditori, ben sapendo che queste operazioni saranno poi poste sotto la lente di ingrandimento dei creditori estranei e dei creditori aderenti ma più riottosi a concludere l'accordo[60]. Di conseguenza, la norma pare avere negato ingresso, sostanzialmente, alle ipoteche giudiziali.

In senso contrario, è stato evidenziato che il divieto non riguardi soltanto i titoli di prelazione acquisiti senza il concorso della volontà del debitore, ma tutti quelli acquisiti senza che siano previsti dagli accordi di ristrutturazione e, in questo senso, la norma spiegherebbe effetto proprio sul potere dispositivo dell'imprenditore, impedendogli di concedere garanzie al di fuori di quelle concordate (o da concordare) con i creditori[61].

A ben guardare, questa interpretazione appare risentire dell'applicazione, all'istituto in esame, della norma dell'art. 168, terzo comma, l. fall, secondo la quale "*i creditori non possono acquistare diritti di prelazione con efficacia rispetto ai creditori concorrenti, salvo che vi sia autorizzazione del giudice*".

Chi scrive non crede che vi sia spazio per una simile soluzione[62], e

[59] Secondo M. Montanari, *op. cit.*, p. 164, se di pregiudizialità si vuole ancora parlare, questa s'atteggia in termini esattamente invertiti rispetto all'ipotesi ordinaria: al riscontro delle condizioni richieste per la concessione della protezione anticipata non s'accompagna automaticamente quello della mancanza dei presupposti del fallimento, poiché la prognosi che il giudice adito ai sensi dell'art. 182 *bis* co. 6 è chiamato a formulare, tanto in ordine a quello che dovrebbe essere il felice esito delle trattative avviate con i creditori che alla capacità dell'accordo che ne abbia a scaturire di rimuovere lo stato di insolvenza del debitore, non toglie affatto che, allo stato, l'insolvenza persista e possa immediatamente essere accertata dal giudice, con sentenza di fallimento che metterebbe fine all'intrapreso tentativo di ristrutturazione convenzionale dei debiti.

[60]Così, M. Fabiani, *L'ulteriore* up – grade, cit., p. 904; P. Valensise, Sub. art. 182 *bis*, cit., p. 2294; C. Trentini, *Fase anticipatoria degli accordi: termine per l'integrazione e pubblicazione*, cit., p. 864

[61]Cfr. A. Didone, *op. cit.*, p. 25.

[62]Conformemente, v. G.B. Nardecchia, *Il divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive o cautelari*, cit., p. 708; M. Fabiani, *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, cit., p. 695; S. Ambrosini, *Profili civili e penali delle soluzione negoziate*, cit., p. 641;

le ragioni sono numerose: innanzitutto, manca un richiamo alla disciplina prevista in tema di concordato preventivo e ciò manifesta l'espressa *voluntas legis* di non applicare agli accordi una disciplina alla quale non è fatto alcun richiamo. Inoltre, l'accordo di ristrutturazione non è una procedura concorsuale e, com'è stato acutamente rilevato in dottrina[63], tantomeno può esserlo il procedimento di sospensione di azioni esecutive e cautelari. La *ratio* ispiratrice della riforma, difatti, è quella di disporre effetti protettivi per l'imprenditore, non già quello di colpirlo con il divieto di atti di disposizione.

Ad ogni modo, è auspicabile che il debitore faccia buon uso di tale facoltà, in coerenza con l'accordo la cui adesione da parte dei creditori è *in fieri*.[64]

Il dibattito pare destinato ad amplificarsi in seguito all'inserimento, nella legge fallimentare, dell'art. 182 *quinquies*, ultimo comma, in virtù del quale il debitore che presenta l'accordo o il preaccordo può chiedere al tribunale di essere autorizzato ad effettuare pagamenti a favore dei creditori anteriore in relazione a prestazioni decisive per la prosecuzione dell'attività, quando vi sia un'utilità certificata da un professionista munito dei requisiti di cui all'art. 67 l.fall..

Una norma di tal fatta, ad una prima lettura, pare riportare sul pianeta della concorsualità lo strumento degli accordi di ristrutturazione dei debiti, contrariamente ad una loro indiscutibile affrancazione dal rimedio concorsuale: le righe che precedono esprimono, tuttavia, in termini diversi ma convergenti, l'impossibilità per l'imprenditore di subire una seppure flebile forma di spossessamento.

Al contrario, la disposizione concede al giudice il potere di autorizzare il compimento di determinati atti che gravitano ancora nell'orbita del diritto sostanziale senza che vi sia un procedimento (appunto) concorsuale a cui il debitore sia stato ammesso.

A parere di scrive, la norma risulta tutt'affatto che di placida interpretazione e di limpida comprensibilità: si dice che l'imprenditore che presenta un preaccordo 'può chiedere di essere autorizzato', ma non deve. *Rebus sic stantibus*, quale sanzione per l'imprenditore che realizzi quegli atti per cui la norma prevede la previa autorizzazione?

[63] S. Bonfatti, *Le misure di incentivazione delle procedure*, cit., p. 30, a giudizio del quale, se così non fosse, al divieto di costituire titoli di prelazione non concordati dovrebbe accompagnarsi anche il divieto di pagamento dei debiti pregressi altrettanto non concordati, essendo assai più destabilizzante pagare un debito, che garantirlo con la costituzione di un titolo di prelazione.

[64] Cfr. B. Inzitari, *op. cit.*, p. 825.

Di nullità, evidentemente, dato il carattere tassativo della patologia, non può discorrersi; anche l'inefficacia è da escludere, perché, come detto, non v'è traccia di un provvedimento di ammissione ad (alcuna) procedura rispetto al quale si possano far risalire gli effetti della presunta sanzione, e nemmeno potrebbe assumersi che il momento iniziale del 'procedimento' di omologazione sia da individuare nell'istanza di cui al sesto comma sesto dell'art. 182 *bis*. Tale assunto si scontrerebbe con le finalità del procedimento cautelare il quale, come detto, veste i panni di impulso a che il debitore ostenti il proprio dissesto grazie alle nuove *performance* incentivanti date dal rimedio cautelativo in commento. Si pensi alla contraddittorietà di una soluzione espropriativa: dalla prospettiva del debitore l'accordo di ristrutturazione perderebbe, all'evidenza, di appetibilità in ragione della necessità di ottenere un'autorizzazione del giudice per il compimento di atti, magari, finalizzati a diminuire l'esposizione debitoria del richiedente. Inoltre, un tale disvalore è espressamente individuato nell'art. 65 l.fall., relativo al fallimento, e nell'art. 167, secondo comma, l.fall., relativo al concordato preventivo, i quali sostanziano le procedure concorsuali globalmente (la prima) e relativamente (la seconda) espropriative: la mancanza di una locuzione esplicita, pertanto, fa concludere nel senso della piena validità ed efficacia degli atti previsti dall'art. 182 *quinquies* anche in difetto di autorizzazione.

In considerazione di ciò, la risposta al quesito residua proprio nell'ultima parte del comma in esame, per la quale i pagamenti autorizzati non sono soggetti all'azione revocatoria fallimentare.

Ebbene, un pagamento effettuato in assenza di autorizzazione risulterà comunque valido ed efficace, ma non godrà dell'esonero previsto nella norma di cui all'art. 67 l.fall[65].

3.4 Le valutazioni del Tribunale

In seguito al deposito della richiesta, il tribunale è chiamato a svolgere un'indagine preliminare per valutare la completezza della documentazione: in caso di esito negativo, il giudice dovrebbe dichiarare inammissibile l'istanza, con l'effetto di rimuovere l'inibizione derivante dal-

[65] In senso conforme, v. M. Fabiani, *Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi d'impresa*, cit., p. 8, secondo il quale la finalità della norma è quella di precostituire una ulteriore causa di esonero dalla revocatoria che integra quella di cui all'art. 67, terzo comma, lett. e), esentando così non solo gli atti posti in essere in esecuzione degli accordi, ma anche quelli funzionali agli stessi.

la mera pubblicazione sul registro delle imprese[66], anche se non è stato escluso[67] che, muovendo da quanto disposto nell'art. 162, primo comma, l.fall., il tribunale conceda al debitore un termine per integrare la documentazione[68].

Al contrario, in caso di esito positivo, il giudice è chiamato a fissare un'udienza nel contraddittorio del debitore e dei creditori, ordinando la comunicazione del decreto anche a quest'ultimi che devono essere informati della documentazione presentata.

In proposito, la dottrina ha avuto il lume di rilevare come il meccanismo processuale così innescato possa, da una parte, dilatare oltremodo la tempistica del mini procedimento a vantaggio dell'imprenditore in crisi comprimendo le posizioni dei creditori[69] e, dall'altra, scontare i difetti endemici della giustizia italiana che si nutre di rinvii e la cui necessità, non esaurendosi la trattazione in un'unica udienza[70], potrebbe sorgere anche in siffatto contesto processuale.

Ebbene, si condivide la soluzione di chi ritiene che il tribunale debba cercare di evitare il più possibile che lo sconfinamento del termine di trenta giorni ecceda il tempo strettamente indispensabile per lo svolgimento regolare del procedimento, pena il prolungamento della fase preventiva e dell'effetto dell'*automatic stay*[71]. Si auspica, dunque, una responsabilizzazione in questo senso dei togati chiamati a concedere la misura cautelare di cui in commento.

A proposito della comunicazione della documentazione, la norma generalizza sul termine "creditori".

Siffatto onere, all'evidenza particolarmente gravoso, è stato oggetto di diverse interpretazioni: a chi ritiene che sia caratterizzato da ecces-

[66] Inammissibilità che, secondo la dottrina, che esplicherebbe efficacia *ex tunc*, travolgendo così gli effetti già prodottisi dalla data del deposito fino al provvedimento; in questo senso, C. Trentini, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit.

[67] Cfr., .M. Fabiani, *L'ulteriore* up – grade, cit., p. 904; S. Ambrosini, *Profili civili e penali delle soluzioni negoziate*, cit., p. 643.

[68] In giurisprudenza, un precedente si rinviene nel merito del Tribunale di Terni, 2 dicembre 2011, cit., il quale fa appunto applicazione della norma prevista, in tema di concordato preventivo, nell'art. 162, l.f. che consente al tribunale di concedere al debitore un termine non superiore a 15 giorni per apportare integrazioni al piano e produrre nuovi documenti. Tuttavia, la pronuncia in commento estende l'applicazione di siffatta norma agli accordi di ristrutturazione purché non sia intervenuta la pubblicazione nel registro delle imprese, momento dal quale decorrono gli effetti del c.d. *automatic stay*.

[69] V. P. Valensise, Sub. art. 182 *bis*, cit., p. 2294;

[70]cfr. C. Trentini, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit.

[71] *ibid.*

sivo rigore[72], fanno da antagonisti coloro i quali sottolineano la circostanza secondo cui la gravità degli effetti, che discendono dalla mera presentazione della domanda dell'imprenditore, inducono a non ritenerla come tale, anche in considerazione dell'esistenza, nella pratica, del ricorso alla richiesta di autorizzazione al Tribunale di eseguire la comunicazione stessa a mezzo di pubblici reclami *ex* art. 150 c.p.c[73].

In udienza, nell'ipotesi di accoglimento dell'istanza sulla base di un riscontro positivo della sussistenza dei requisiti per pervenire ad un accordo di ristrutturazione, il tribunale dispone con decreto motivato il divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive e di acquisire titoli di prelazione (giudiziali), assegnando il termine di non oltre sessanta giorni per il deposito dell'accordo.

Il controllo del giudice si sostanzia in una verifica di merito sulla sussistenza dei presupposti per l'emissione del decreto: in altri termini, il giudice valuta, con un giudizio prognostico, la probabilità che l'accordo venga sottoscritto da creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti oltre che l'attuabilità dell'accordo medesimo[74].

Legittimati ad opporsi sono i creditori che intendano contestare la legittimità del provvedimento[75], ai quali è data la possibilità di eccepire questioni che investano sia il rito che il merito dell'istanza, quali, esemplificativamente, errori di valutazione, il mancato raggiungimento della percentuale del sessanta percento o l'inesistenza delle condizioni per l'attuabilità del piano[76].

[72]In questo senso, M. Fabiani, *Diritto Fallimentare. Un profilo organico*, cit., p. 695; S. Ambrosini, *Profili civili e penali delle soluzioni negoziate*, cit., p. 643;

[73] A. Didone, *op. cit.*, p. 28; G.B. Nardecchia, *Il divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive o cautelari*, cit., p. 710, secondo il quale la *ratio* della norma è chiara e condivisibile, dato che tutti i creditori hanno un chiaro interesse giuridico ad interloquire sull'istanza. Inoltre, B. Inzitari, *op. cit.*, p. 825, include la possibilità di messa a disposizione per la consultazione presso la sede dell'impresa o altra sede designata eventualmente anche attraverso strumenti informatici, che con specifiche *passwords* assegnate ai creditori interessati consentano di effettuare una consultazione o una *due diligence* virtuale a distanza; conformemente anche C. Trentini, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., il quale sottolinea come la comunicazione vada effettuata anche, e soprattutto, in favore dei creditori non aderenti, al fine di consentire loro di giovarsi del rimedio dell'opposizione.

[74] G.B. Nardecchia, *Il divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive o cautelari*, cit., p. 710.

[75] Sebbene la norma non si esprima (e questa è una costante in tema di accordo di ristrutturazione) sulla configurabilità di una opposizione da parte dei creditori. Ad ogni modo, in tema, non può negarsi che un potere di opposizione si evinca dalla necessaria comunicazione, in favore dei creditori, di tutta la documentazione preliminare, sì da salvaguardare il principio del contradditorio; conformemente, in giurisprudenza (perché in dottrina non c'è dibattito) v. Trib. Bergamo, 12 maggio 2011, in "Il Fallimento", 2011, p. 1219 ss..

[76] P. Valensise, Sub. art. 182 *bis*, cit., p. 2287

In dottrina[77] si è detto che l'opposizione può avere ad oggetto anche l'astratta previsione sulla non omologabilità degli accordi stessi, ed a corredo di tale soluzione viene ostentato un merito[78] anteriore alla riforma del 2012 (la quale, d'altronde, conferma la tesi che chi scrive ha in un altro lavoro sostenuto[79]), secondo cui nel procedimento cautelare in commento, l'accordo, ai fini della omologazione, deve prevedere il pagamento integrale dei creditori non aderenti immediatamente dopo l'intervenuta omologa.

Posto che la funzione del giudizio sulla concessione dell'anticipazione e quella del giudizio di omologazione si caratterizzano per evidenti tratti differenziali, come detto l'ultima novella conferma l'errore a cui è giunta la giurisprudenza indicata: nell'art. 182 *bis*, primo comma, è scolpito a chiare lettere che l'integrale pagamento dei creditori estranei all'accordo deve essere effettuato entro il termine di centoventi giorni dall'omologazione, se si tratti di crediti già scaduti, o dalla scadenza, in caso di crediti non ancora scaduti alla data del provvedimento di omologazione. In altri termini, non in un periodo immediatamente successivo.

Sembra piuttosto chiaro, dunque, che una valutazione previsionale sulla possibile omologazione degli accordi nel contesto del procedimento di cui al sesto comma dell'art. 182 *bis*, allo stato delle cose, non sia riscontrabile; lo stesso vale per la relativa opposizione la quale, se proposta per un tale motivo, non può essere accolta[80].

La dottrina e la giurisprudenza[81] sono concordi sulla efficacia retroattiva degli effetti derivanti dal decreto al momento della pubblicazione della domanda. Allo stesso modo, il rigetto dell'istanza determina la caducazione *ex tunc* del divieto interinale. Ciononostante, è indubbio che la decisione non dia luogo ad un accertamento negativo dotato dell'efficacia di giudicato consentendo, pertanto, la riproposizione della domanda, così come accade nel procedimento monitorio nel caso di rigetto del ricorso[82].

[77] C. Trentini, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit.

[78] Trib. Bergamo, 12 maggio 2011, cit., p. 121.

[79] Cfr. G. Carmellino, *Riflessioni sul procedimento cautelare* ex *art. 182 bis, sesto comma*, *ivi*, p. 1226.

[80] Giunge alla stessa conclusione, mi pare, anche L. Masi, *op. cit.*, quando si esprime nel senso secondo il quale il Tribunale è investito della verifica, oltre che della pendenza delle trattative, anche e soprattutto della loro consistenza e serietà, tali da far ritenere, secondo un giudizio prognostico di verosimiglianza, che le stesse potranno condurre al perfezionamento dell'accordo.

[81] Trib. Novara, 1° febbraio 2011, in "Foro Italiano", I, 2011, p. 2533 ss..

[82] In tema di procedimento monitorio cfr., *ex multis*, Cass. Civ., sez un., 19 aprile 2010, n. 9216, in *Foro it.*, Rep. 2010, voce *Ingiunzione (procedimento per)*, n. 34: il decreto con il qua-

Si ammette, però, che la norma dell'art. 640 c.p.c. ha un significato ben diverso, in quanto la fase monitoria, a conclusione della quale può intervenire un decreto di rigetto, si svolge senza contraddittorio ed è fondata su di una prova necessariamente precostituita[83]. Al contrario, il provvedimento negativo, conclusivo del cautelare di nuovo conio, non sarebbe idoneo a fare stato sull'inesistenza del diritto azionato a cagione del dinamismo della situazione giuridica fatta valere in giudizio: nulla esclude, difatti, che i requisiti per pervenire al risultato indicato dalla norma si realizzino in un momento successivo senza che il potere di azione venga compromesso da un giudicato sul punto.

È ovvio che la perdita degli effetti cautelari anticipati potrebbe disincentivare il ricorrente ad azionare *ex novo* il giudizio, ma la soluzione potrebbe essere individuata proprio nella norma dell'art. 182 *bis*, laddove, oltre alla inammissibilità delle azioni a tutela del patrimonio, se ne sancisce l'improcedibilità: nell'ipotesi di rigetto di una prima istanza, che riapre la porta ai creditori "aggressivi", il successivo accoglimento di una seconda avrebbe quale conseguenza la loro improcedibilità. Va da sé, però, che questa conclusione sconta la contestuale presenza di un ricorso per la dichiarazione di fallimento del proponente, data l'unicità del criterio selettivo della competenza, a norma dell'art. 9 l.f., per entrambi i procedimenti.

Queste argomentazioni investono la tematica del reclamo previsto dal settimo comma della norma, in virtù del quale il decreto di chiusura dell'udienza è reclamabile entro quindici giorni dalla sua pubblicazione del registro delle imprese: ragioni di ordine logico portano a ritenere che il rimedio sia spendibile sia contro il provvedimento di accoglimento dell'istanza[84], sia contro quello di rigetto[85].

Stando così le cose, chi scrive esprime maggiore favore per la soluzione impugnatoria rispetto a quella della riproposizione, in ragione della litispendenza unitaria che nella prima si scorge, al contrario della seconda che ne produrrebbe una nuova ed autonoma.

le il giudice respinge il ricorso per decreto ingiuntivo non essendo suscettibile di dar luogo a una pronuncia definitiva, poiché il 3° comma art. 640 c.p.c. consente la riproposizione della domanda respinta, non è ricorribile per cassazione, neppure ai sensi del'art. 111 cost., in quanto non suscettibile di passare in cosa giudicata.

[83] Così, VERDE, *Diritto processuale civile*, IV, Procedimenti speciali, Bologna, 2010, p. 11 ss.

[84] I cui legittimati sono da individuarsi nei creditori estranei soccombenti nella prima fase; cfr. L. MASI, *op. cit.*;

[85] Rispetto al quale la legittimazione dovrebbe competere senz'altro all'imprenditore; così, letteralmente, C. TRENTINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit.; S. AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 1171; A. DIDONE, *op. cit.*, p. 26.

Il nuovo settimo comma dell'art. 182 *bis* dispone che, in caso di accoglimento dell'istanza di anticipazione, il Tribunale assegna il termine di non oltre sessanta giorni per il deposito dell'accordo di ristrutturazione e della relazione redatta dal professionista. Non pare revocabile in dubbio, quindi, la circostanza secondo la quale il meccanismo articolato nel sesto comma dell'art. 182 *bis* vada assimilato nell'alveo della c.d. strumentalità piena[86], la quale impone, per la conservazione della misura cautelare ottenuta, l'instaurazione della causa di merito, pena l'inefficacia della cautela. Siffatta convinzione, inoltre, si allinea perfettamente con la dottrina la quale, all'alba della riforma estiva, in sede di esegesi delle norme di nuovo conio, ne aveva già ravvisato i caratteri di procedimento cautelare[87].

4. *La presentazione dell'accordo complessivo: fattispecie a formazione progressiva?*

In seguito alla valutazione positiva del tribunale, come detto, comincia a decorrere il temine di sessanta giorni entro il quale l'accordo definitivo e la relazione devono essere depositati.

Dalla chiara formulazione della norma non paiono esservi dubbi sull'indisponibilità del termine massimo per il deposito dell'accordo, termine che, per parte della dottrina, il tribunale può sicuramente ridurre[88], salva una adeguata motivazione[89].

Se entro detto termine non viene depositato l'accordo completo, il decreto di inibitoria perde efficacia[90], e ciò lo si evince dalla natura cautelare a strumentalità piena del procedimento delineato dall'art. 182 *bis*, sesto comma, l.f.: gli effetti protettivi del divieto interinale verranno meno con efficacia *ex tunc*.

[86] Eppure in dottrina si ode un'autorevole voce contraria: il rapporto di strumentalità si lascia apprezzare non rispetto al provvedimento di omologa, bensì rispetto all'accordo con i creditori e, poiché a godere di assicurazione in via cautelare possono solamente gli effetti di altro provvedimento giurisdizionale, non si parlerebbe di tutela cautelare; v., in termini, MONTANARI, *op. cit.*, p. 143.

[87] A conferma della natura cautelare di siffatto procedimento, cfr Trib. di Novara, 2 maggio 2011, in "Il Fallimento", 2011, p. 1220 ss., a giudizio del quale esso è organizzato intorno agli artt. 669 *sexies*, *octies* e *terdecies* c.p.c., ed inquadra il termine di sessanta giorni per il deposito degli accordi nella nozione di "*termine di efficacia, non dissimilmente da quello previsto negli artt. 669 octies, primo comma, e novies, che prevedono un termine perentorio fino a sessanta giorni per l'inizio della causa di merito, pena la perdita di efficacia del titolo cautelare*";

[88] In questo senso, G.B. NARDECCHIA, *Il divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive o cautelari*, cit., p. 711.

[89] Così, P. VALENSISE, Sub. art. 182 *bis*, cit., p. 2289.

[90] In questi termini, M. FABIANI, *L'ulteriore* up – grade, cit., p. 903.

Una particolarità si rinviene nella astratta possibilità di una richiesta di dilazione dei sessanta giorni e nell'ipotesi di deposito tardivo. Nel primo caso, la prima giurisprudenza formatasi in materia ha correttamente ritenuto inammissibile l'istanza di dilazione, in considerazione del fatto che il mancato rispetto del termine produce l'inefficacia del divieto[91]: la cautela, difatti, perde la sua ragion d'essere in conseguenza del mancato rispetto della norma che impone il deposito del 'pacchetto completo'.

Il deposito tardivo, secondo alcuni, non determinerebbe l'inammissibilità dell'accordo, ma farebbe venir meno, *ab origine*, l'effetto protettivo ricollegato al deposito dell'istanza di sospensione[92].

In particolare, a proposito di mancato o ritardato deposito dell'accordo, una parte degli studiosi ha ammesso che la moratoria venga meno *ex tunc* e che non occorra un provvedimento caducatorio del Tribunale, potendo dar atto della circostanza il giudice dell'esecuzione, eventualmente adito dal debitore in sede di opposizione[93].

Delle ultime righe vanno spese in ordine al caso in cui al deposito dell'accordo definitivo non sopravvenga la successiva omologazione: in questo caso, secondo la giurisprudenza, si determinerebbe la caducazione «*sempre* ex tunc *di entrambi gli effetti preclusivi*»[94].

Dal che ne conseguirebbe che gli effetti del divieto dovrebbero considerarsi effetti dell'omologa retrodatati al deposito dell'istanza di protezione anticipata ovvero dell'accordo concluso, mai verificatisi per effetto di mancata omologa.

Tuttavia, in questa sede, si preferisce aderire a quella parte della dottrina che ritiene che gli effetti protettivi (iniziali o finali) del patrimonio del debitore vadano ricollegati non già all'omologa, bensì al deposito nel registro delle imprese dell'istanza di anticipazione[95]. Ciò perché lo sco-

[91] In questo senso, Trib. Novara, 2 maggio 2011, cit., p.1120.,

[92] G.B. Nardecchia, *Il divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive o cautelari*, cit., p. 711.

[93] S. Ambrosini, *Profili civili e penali delle soluzioni negoziate*, cit., p. 643; nello stesso senso M. Fabiani, *L'ulteriore* up – grade, cit., p. 903; A. Didone, *op. cit.*, p. 29, a parere del quale l'art. 669 *nonies* c.p.c. non è applicabile perché il decreto che dispone l'anticipazione degli effetti protettivi della domanda di omologazione degli accordi contiene già in sé il termine di efficacia.

[94] Cfr., Trib. Novara 1° febbraio 2011, cit., p. 703: ciò perché il doppio divieto sarebbe operativo solo nella prospettiva della successiva omologazione dell'accordo, per cui, non seguendo alla domanda il decreto di omologa, nessun effettuo residua.

[95] Così, G.B. Nardecchia, *Il divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive o cautelari*, cit., p. 711, il quale ritiene che l'omologa non costituisce il termine di riferimento finale dell'effetto protettivo, dato che esso si esaurisce, comunque ed in ogni caso, in un determinato lasso di tempo che può non coincidere con i tempi della decisione del tribunale.

po della norma non è quello di tutelare un accordo solo se omologato, ma di mettere il debitore nelle condizioni di ottenere l'omologazione al riparo dalle azioni dei creditori.

Se, quindi, ben si giustifica la caducazione *ex tunc* degli effetti protettivi anticipati in caso di mancato deposito, tale soluzione non convince in caso di successiva mancata omologa dell'accordo medesimo. Tale conclusione, che prima della riforma del 2012 trovava conforto nel nono comma dell'art. 182 *bis*, il quale stabiliva che le disposizioni del secondo, terzo, quarto e quinto comma avrebbero avuto applicazione in seguito al deposito dell'accordo di ristrutturazione nel termine stabilito con il decreto sull'istanza di anticipazione della cautela, sommessamente, può dirsi confermata, non fosse altro perché, non intervenendo l'omologazione, cessa il regime speciale previsto dalla norma.

A ben guardare, il modello edificato dal legislatore per la concessione della protezione anticipata rievoca una fattispecie a formazione progressiva, che trova il suo *prius* generatore nella pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese e che termina nel deposito dell'accordo definitivo, intermediato dal deposito degli atti in tribunale, la fissazione di un'udienza e la concessione del termine per il suddetto deposito.

5. *La natura ancipite degli accordi di ristrutturazione*

Nelle righe che precedono, a proposito del succinto commento dell'art. 182 *quinquies*, si è solo sfiorata una tematica che in quest'ultimo paragrafo s'intende sviluppare, vale a dire quella del presunto ritorno dell'istituto di cui all'art. 182 *bis* nell'orbita delle procedure concorsuali.

Già prima dell'inserimento della norma che ora attribuisce al giudice la facoltà di autorizzare il debitore, che presenta un accordo od un preaccordo, a porre in essere determinati atti, si ostentava l'ordine di idee secondo le quali l'accordo sostanziasse vieppiù una procedura concorsuale dai caratteri semplificati; di conseguenza soltanto con acrobazie ermeneutiche e giochi di parole la natura privatistica degli accordi si sarebbe potuta ancora sostenere[96]. In tal senso, quindi, non sarebbe più supportata l'idea secondo la quale l'art. 182 *bis* si limiti a disciplinare un procedimento giudiziario rivolto a dare efficacia ad un accordo negoziale fra le parti[97]: si consolida il dubbio che, già con l'originaria formu-

[96] Così, letteralmente, A. Didone, *op. cit.*, p. 25.

[97] In questo senso, Fabiani, «*Competizione» fra processo per fallimento*, cit., p. 195.

lazione della norma, il legislatore avesse inteso concepire gli accordi di ristrutturazione come una forma (alternativa) di procedura di concordato preventivo[98], piuttosto che come una forma di accordo (semi) stragiudiziale[99].

In origine, nel 2005, le c.d. convenzioni stragiudiziali ci venivano consegnante soltanto con il beneficio dell'esenzione da revocatoria, a cui è stata aggiunta, nel 2007, la protezione del patrimonio a decorrere dalla data di pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese; nell'estate del 2010, il legislatore sviluppava il procedimento cautelare e rendeva gli atti posti in essere in esecuzione dell'accordo esenti dall'imputazione penale a norma dell'art. 217-*bis*. In ultimo, come detto, si prevede una forma di spossessamento che pare metta a tappetto il paradigma privatistico degli accordi di ristrutturazione.

In questa sede, come già espresso nel precedente paragrafo, si ritiene di aderire alle conclusioni di coloro i quali, ancora, ne affermano la 'aconcorsualità'[100], in considerazione di ragioni d'ordine logico, le quali del resto sono confermate dalla più recente giurisprudenza.

In primis, nell'archetipo dell'istituto in commento, non v'è traccia della regolazione concorsuale e dell'universalità della stessa[101].

Si ricorda, infatti, che il proponente può convenire con il singolo creditore qualsivoglia pattuizione, senza incorrere nel rischio di violare il principio della *par condicio creditorum*, stella polare della concorsualità,

[98] A rinvigorire la tesi della concorsualità dell'accordo di ristrutturazione è intervenuta, di recente, una pronuncia del Tribunale di Terni, 2 dicembre 2011, cit., la quale fa applicazione della norma prevista, in tema di concordato preventivo, nell'art. 162, l.f. che consente al tribunale di concedere al debitore un termine non superiore a 15 giorni per apportare integrazioni al piano e produrre nuovi documenti.

[99] Così S. Bonfatti, F.P. Censoni, *op. cit.*, p. 480.

[100] V., *ex multis*, S. Ambrosini, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 2542; A. Nigro, D. Vattermoli, *op. cit.*, p. 383; G. Fauceglia, *Sub* art. 182 *bis*, cit., p. 1614;U. Tedeschi, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, Cedam, 2006, p. 573 ss.; S .Bonfatti, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, Cedam, 2008, p. 469 ss.; A. Patti, *op. cit.*, p. 104; M. Sciuto, *Effetti legali e negoziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in "Rivista Diritto Civile", 2009, p. 347 ss.; C. D'Ambrosio, *op. cit.*, p. 1810; G. Presti, *L'art. 182 bis al primo vaglio giurisprudenziale*, in " Il Fallimento", 2006, p. 173 ss.; C. Proto, *Accordi di ristrutturazione dei debiti, tutela dei soggetti coinvolti nella crisi di impresa e ruolo del giudice*, in "Il Fallimento", 2007, p. 193 ss.; A. Castiello D'Antonio, *Riflessi disciplinari degli accordi di ristrutturazione e dei piani attestati*, in "Diritto Fallimentare", 2008, I, p. 609 ss.; V. Rinaldi, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in AA.VV., *Il diritto fallimentare riformato*, a cura di G. Schiano Di Pepe, Padova, Cedam, 2008, p. 662 ss.; M. Fabiani, *Il regolare pagamento dei creditori estranei negli accordi di cui all'art. 182* bis *l. fall.*, in "Il Foro Italiano", 2006, I, p. 2566 ss.; G. Racugno, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in "Giurisprudenza commerciale", 2009, p. 663 ss..

[101] M. Fabiani, *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, cit., *passim*.

a cui si aggiunge la circostanza secondo la quale il debitore rimane titolare della facoltà di scegliere la propria controparte contrattuale.

Altresì, non si scorge alcun provvedimento di apertura di una presunta procedura.

Inoltre, un argomentato ulteriore e decisivo è da rinvenire nell'impossibilità che le condizioni stabilite nell'accordo omologato possano propalarsi nei confronti dei creditori non aderenti, vicenda che, al contrario, si verifica nel concordato preventivo, la cui approvazione da parte delle maggioranze *ex* art. 177 l.f. si riflette su coloro che ne rimangono estranei: a norma dell'art. 1372 c.c., il contratto non produce effetti nei confronti dei terzi, salvo che non sia previsto dalla legge. La forza di questa disposizione, circostanza del resto già segnalata da alcuni commentatori all'alba della prima modifica del 2005[102], esclude che un negozio possa produrre effetti nella sfera giuridica di soggetti estranei alla regolamentazione contrattuale e ciò accade proprio nell'accordo di ristrutturazione. Il contrario produrrebbe la paradossale espropriazione del credito, effetto che si verifica, invece, in una procedura concorsuale, nel contesto della quale la volontà di alcuni prevale, a determinate condizioni, su quella degli altri.

L'art. 182 *quinquies*, poi, non incute timore in ragione delle affermazioni pregresse.

La norma non rende inefficaci gli atti posti in essere in difetto di autorizzazione, fenomeno che si sedimenta sul terreno concorsuale, con la conseguenza che è errato parlare di "spossessamento": l'unico riflesso della mancata istanza da parte del debitore si intravede solo nella possibilità che quell'atto possa essere revocato in caso di apertura di una procedura fallimentare.

Ad illustrare la sostanziale diversità tra gli accordi di ristrutturazione e le procedure concorsuali, la più recente giurisprudenza di merito[103]

[102] Così, M. Fabiani, *Il regolare pagamento dei creditori*, cit., p. 2567.

[103] V. Trib. Bologna, 17 novembre 2011, cit., secondo il quale «*la previsione della sospensione delle iniziative dei creditori individuali per sessanta giorni dalla pubblicazione dell'accordo presso il Registro delle Imprese o l'estensione del blocco anche alla fase delle trattative non è idoneo a conferire all'accordo di ristrutturazione il carattere della concorsualità*»; conformemente alla conclusione in rassegna, cfr. Trib. Udine, 30 marzo 2012,cit.; Trib. Bari, 21 novembre 2005 e Trib. Brescia, 22 febbraio 2006; in "Foro Italiano", 2006, I, p. 2563 ss.; Trib. Roma, 16 ottobre 2006, in "Foro Italiano", Rep. 2007, voce *Concordato preventivo*; Trib. Udine, 22 giugno 2007, cit.; Trib. Milano, 24 gennaio 2007, in "Il Caso.it", I, 1006/2007; App. Trieste, 4 settembre 2007, in "Foro Italiano", Rep. 2008, voce *Concordato preventivo,* n. 135; Trib. Milano, 10 novembre 2009, in "Foro italiano", 2010, I, p. 297 ss.; inoltre, seppure indirettamente, v. Trib. Terni, 4 luglio 2011, cit., p. 205.

ha ritenuto significativo anche un confronto con il sistema statunitense del *Bankrupty Code*, ed in particolare con il rapporto tra il *Prepackeaged Plan* ed il *Chapter* 11, spesso indicati dalla dottrina ed anche dalla giurisprudenza come modello di riferimento per la costruzione delle nostrane soluzioni negoziali della crisi di impresa: il *Prepackeaged Plan* è certamente un accordo negoziale che precede ed anticipa il ricorso al *Chapter 11*, ma non è un istituto autonomo, dovendo lo stesso, nonostante l'adesione dei creditori, essere sottoposto alla valutazione della *Bankrupty court* che lo esaminerà, con l'applicazione delle regole che valgono per il *Chapter 11* e, tra queste, l'ordine legale delle preferenze. Di conseguenza, il *Plan* è una modalità operativa del *Chapter 11* e non si sottrae alle regole proprie della concorsualità; nel caso dell'accordo di ristrutturazione, la soluzione concordata con i creditori si pone oltre il confine del territorio concorsuale e l'intervento del giudice è teso a verificare che il tentativo sia seriamente realizzabile senza lesione dei soggetti che non vi hanno partecipato.

Nella stessa prospettiva si sottolinea la circostanza secondo la quale nemmeno la previsione *dell'automatic stay* delle iniziative dei creditori individuali per sessanta giorni dalla pubblicazione dell'accordo presso il Registro delle imprese, o l'estensione del blocco anche alla fase delle trattative siano capaci di conferire all'accordo di ristrutturazione il carattere di concorusalità che gli manca: l'inibitoria contenuta nella norma dell'art. 182 *bis* non è funzionale all'obiettivo cui è votato l'art. 168 l.f., di evitare la concorrenza tra azioni esecutive individuali e collettive, bensì a favorire il buon esito dell'accordo di salvataggio, impedendo nella fase più delicata degli accordi, la confusa azione dei *free riders*.

In conclusione, la natura privatistica degli accordi di ristrutturazione non sembra essere messa in discussione nemmeno dall'ultimo intervento legislativo, grazie al quale si è attribuita soltanto la possibilità di mettere al riparo dalle curatele, con certezza, quegli atti funzionali alla predisposizione dell'accordo con i creditori, in precedenza a rischio di revoca.

Sicché, quella che, al massimo, può attribuirsi all'istituto di cui all'art. 182 *bis* è una natura ancipite, quasi di compromesso, che si innesta tra il paradigma privatistico e quello concorsuale: procedurale, da una parte, in ragione della sequenza di atti funzionale all'ottenimento del provvedimento di omologazione; negoziale, dall'altra, in ragione dell'inefficacia, verso i creditori non aderenti all'accordo, della regolamentazione contrattuale pattuita con gli aderenti.

GIANFEDERICO CECANESE

Le sommarie informazioni assunte dalle persone diverse dall'indagato

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. La disciplina dell'art. 351 c.p.p. - 3. L'esegesi di cui all'art. 351 comma 1 bis c.p.p. - 4. Conclusioni

1. *Premessa*

Nell'ambito del procedimento penale assume particolare interesse la fase delle indagini preliminari: l'art. 326 c.p.p. ne delinea i connotati stabilendo che essa è funzionale alle determinazioni inerenti l'esercizio dell'azione penale[1].

In vista del giudizio il pubblico ministero e la polizia giudiziaria svolgono, nell'ambito delle rispettive attribuzioni, le indagini necessarie (art. 327 c.p.p.) per la ricostruzione del fatto e per l'individuazione dell'autore[2].

Il modello delineato dal legislatore del 1988 assegna al pubblico ministero la titolarità delle indagini e alla polizia giudiziaria il compito di coadiuvarlo essendo la sua *longa manus* con compiti complementari non sovrapponibili[3].

Più in particolare, l'attività dell'organo inquirente si estrinseca nel prendere, anche di propria iniziativa, notizia dei reati, impedire che vengano portati a conseguenze ulteriori, ricercare gli autori, compiere gli atti necessari per assicurare le fonti di prova e raccogliere quanto possa servire per assicurare la legge penale (art. 55 comma 1 c.p.p.)[4].

Le previsioni codicistiche, coordinate tra loro, sono in linea con il

[1] GIANBRUNO, *Polizia giudiziaria*, in *Dig. d. pen.*, IX, Torino, Utet, 1995, 597; INGLETTI, *Diritto di polizia giudiziaria*, Roma, Laurus Robuffo, 2006, p. 279.

[2] APRILE-SILVESTRI, *Le indagini preliminari e l'archiviazione (artt. 326-415 bis c.p.p.)*, Milano, Giuffrè, 2004, CARLI, *Le indagini preliminari nel sistema processuale penale*, Milano, Giuffrè, 1999; CHIAVARIO, *La riforma del processo penale*, Torino, Giappichelli, 1988; MAZZA, *L'illusione accusatoria: carne lutti e il modello dell'inchiesta preliminare*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1185 ss.

[3] D'AMBROSIO, *Polizia giudiziaria e nuovo processo penale*, Roma, Laurus Robuffo, 1989, p. 145.

[4] GIORDANO, *Le indagini preliminari. Poteri e limiti del pubblico ministero e della polizia giudiziaria*, Padova, Cedam, 2002, p. 202 ss; SCIOLI, *La polizia giudiziaria: organizzazione poteri investigativi e cautelari*, Torino, Giappichelli, 2006.

dettato costituzionale sotteso all'art. 109 Cost.[5] che fissa un criterio di priorità decisionale e di responsabilità nelle funzioni investigative che precludono alle decisioni in ordine all'azione penale: il tutto, senza istituire un legame di dipendenza gerarchica e strutturale tra pubblico ministero e polizia giudiziaria ma prediligendo l'instaurazione di un nesso di dipendenza funzionale[6].

Lo stretto legame che, in tal modo, viene ad instaurarsi a livello organizzativo e operativo non si traduce, pertanto, in una forma di "suddìtanza" della polizia giudiziaria dal pubblico ministero, quanto piùttosto in un sistema di stretta collaborazione pratica[7].

Insomma, l'attività che espleta la polizia giudiziaria è finalizzata a porre il pubblico ministero nelle condizioni di decidere in ordine all'alternativa azione-inazione.

Il nuovo codice sembra assegnare all'organo inquirente, sostanzialmente, le stesse funzioni demandategli in precedenza dall'art. 219 c.p.p., 1930 ossia l'attività di informazione, di investigazione e di assicurazione, di natura preventiva, nonché le attività di natura strumentali oltre alle attività delegate dall'autorità giudiziaria[8].

La norma di riferimento è l'art. 348 c.p.p. la quale traccia il perimetro entro cui la polizia giudiziaria può espletare la propria attività una volta avuto contezza della notizia di reato: anzi, successivamente ad essa, continua a compiere atti di "propria iniziativa" attenendosi alle direttive impartite dal pubblico ministero che dovrà essere prontamente informato su quanto compiuto autonomamente.

Quindi, in attuazione della direttiva contenuta nell'art. 2 n. 31 della legge-delega l'art. 348 c.p.p. tratteggia i compiti della polizia giudiziaria scandendo i tempi e i modi di intervento[9].

Il tutto garantendo ampi margini di autonomia investigativa in quanto la *volutas legis* rimane quella di perseguire efficacemente la repressione dei reati soprattutto quelli c.d. bagattellari: in questo ambito l'attività investigativa è volta a ricercare quanto ontologicamente connesso con

[5] Chiavario, *Prospettive di organizzazione del pubblico ministero e della polizia giudiziaria*, in *Riv. dir. proc.*, 1981, p. 463; Gianbruno, *Polizia giudiziaria*, cit., 597.

[6] In argomento interessanti sono le osservazioni di Branca, *La magistratura, III, artt. 108-110 Cost.*, Bologna, Zanichelli, 1992, p. 33 ss. e Tonini, *Polizia giudiziaria e magistratura. Profili storici e sistematici*, Milano, Giuffrè, 1979.

[7] Tranchina, *Rapporti tra autorità giudiziaria e polizia giudiziaria nel nuovo codice di procedura penale*, in *Giust. pen.*, 1999, III, 489.

[8] In argomento Miconi, *Le indagini soggettive*, Torino, Giappichelli, 2001.

[9] La Marca, *Sub art. 348 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, diretto da Chiavario, IV, Torino, Utet, 1990, p. 119.

il *thema probandum*[10].

Tale attività, inoltre, costituisce la funzione più complessa che il legislatore ha attribuito alla polizia giudiziaria in quanto, per essere svolta è, inevitabilmente, affidata alle singole capacità tecniche degli organi inquirenti i quali si avvalgono di metodologie di indagine discrezionali con poteri di iniziativa così invasivi da incidere su diritti costituzionalmente tutelati.

Per questo l'attività si concretizza nel compimento di atti atipici[11]- non disciplinati nel loro contenuto - e atti tipici[12]regolati da specifiche disposizioni di legge.

Nell'ambito di questi ultimi vanno annoverati l'identificazione dell'indagato (art. 349 c.p.p.), la perquisizione (art. 352 c.p.p.), l'accertamento sui luoghi, sulle persone e sulle cose, i sequestri (art. 354 c.p.p.) e l'assunzione delle sommarie informazioni (artt. 350 e 351 c.p.p.)[13].

2. *La disciplina dell'art. 351 c.p.p.*

Il legislatore ha coniato l'art. 351 c.p.p. al fine di consentire alla polizia giudiziaria di avvalersi delle indicazioni di soggetti in grado di riferire sui fatti inerenti alle indagini ovvero di individuare filoni investigativi.

La norma trova il suo archetipo nell'istituto disciplinato dall'art. 225 c.p.p. 1930[14]ove era previsto il potere degli ufficiali di polizia giudiziaria di assumere sommarie informazioni testimoniali quando vi fosse necessità ed urgenza di raccogliere le prove di reato e di conservarne le tracce.

Ad una prima lettura la norma sembrava scandire le qualità dei soggetti legittimati a rendere le dichiarazioni – testimoni – generando incertezze interpretative in relazione alla disciplina processuale da applicare nei confronti di quei soggetti che non avessero tale qualifica come i prossimi congiunti dell' imputato[15].

[10] Conti, *Sub art. 55 c.p.p.*, in *Commentario al nuovo codice di procedura penale*, diretto da Amodio-Dominioni, I, Milano, Giuffrè, 1990, p. 327.

[11] Sono atti atipici, ad esempio, gli appostamenti, i pedinamenti, e i rilievi descrittivi e fotografici. Sez. V, 6/04/1999, n. 12027, in *C.E.D.* n. 214872.

[12] Per una panoramica, cfr., Morgigni, *L'attività della polizia giudiziaria*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 327.

[13] Sulla disciplina dei singoli atti, v., per tutti, D'Ambrosio-Voena, *La pratica di polizia giudiziaria*, Padova, Cedam, 2003 e Scaglione, *L'attività ad iniziativa della polizia giudiziaria*, Torino, Giappichelli, 2000.

[14] Ampiamente Grevi, *Le sommarie informazioni di polizia e la difesa dell'indiziato*, Milano, Giuffrè, 1978.

[15] Infatti, in giurisprudenza si era creato un contrasto tra l'orientamento che ricomprendeva nella qualifica di testimone anche i prossimi congiunti dell'imputato che, in quanto tale,

Per questo motivo nella stesura dell'art. 351 c.p.p. il riferimento alla nozione di "*testimone*" è stato sostituito con quello meno impegnativo di "*persone che possono riferire circostanze utili ai fini delle indagini*"[16].

Il legislatore ha, così, chiarito che la polizia giudiziaria può sentire non solo i soggetti destinati ad assumere la qualifica di testimone, ma anche tutte le altre persone diverse dall'indagato[17].

Inoltre, il riferimento alle "*circostanze utili ai fini delle indagini*"[18]circoscrive i poteri dell'organo inquirente evitando che la ricerca e l'ascolto delle persone assume connotazioni di tipo special-preventivo esorbitando dai propri compiti istituzionali[19].

Anzi, proprio al fine di delimitare meglio il perimetro dei poteri, il legislatore, con la codifica della legge 7 agosto 1992, n. 356, ha interpolato l'art. 351 c.p.p. inserendo al comma 1 un secondo periodo con un richiamo al "*secondo periodo dell'art. 362 c.p.p.*".

In questo modo non solo si è equiparato, nella sostanza, l'istituto delle sommarie informazioni del pubblico ministero a quello della polizia giudiziaria, ma si è esteso a quest'ultimo la disciplina processuale della testimonianza (artt. 197-203 c.p.p.)[20].

Ciò implica che le persone invitate a rendere le sommarie informazioni sono destinatarie di una serie di avvisi e garanzie che trovano la loro *ratio* nel fatto che la testimonianza va tutelata fin dalla sua origine per evitare che venga irrimediabilmente inquinata o dispersa prima che giunga nella sua sede naturale cioè il dibattimento ove, nel contraddittorio, si forma la prova.

Tali persone, inoltre, devono essere avvertite che hanno l'obbligo, penalmente sanzionato, di riferire la verità in relazione ai fatti sui qua-

non potevano astenersi dal deporre. (Sez. III, 10/03/1981, n. 1218, in *Cass. pen.*, 1982, p. 1811) e l'altro orientamento che obbligava gli ufficiali di polizia giudiziaria a rendere edotte tali persone della facoltà di astensione (Sez. IV, 2/02/1987, n. 19311, in *Cass. pen.*, 1988, p. 1673 con nota a cura di RAFARACI, *Indagini di p.g. e facoltà di astensione dei prossimi congiunti*.

[16] INTINI-CASTO-SCALI, *Investigazioni di polizia giudiziaria*, Roma, Laorus Robuffo, 2006, p. 53, secondo cui le persone informate sui fatti avevano soltanto l'obbligo di comparire ma non di dire la verità dovendo solo collaborare con l'autorità inquirente.

[17] CASELLI, *Sub. art. 351 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, diretto da Chiavario, IV, Milano, Giuffrè, 1990, p. 133.

[18] Durante le indagini preliminari possono essere rese soltanto informazioni o dichiarazioni. In tal senso, Sez. III, 29/10/2008, n. 43837, in *C.E.D.* n. 241686; Sez. II, 21/5/1993, n. 1868, in *Arch. n. proc. pen.*, 1994, p. 110.

[19] PAULESU, *Sui limiti di utilizzabilità delle sommarie informazioni*, in *Giur. it.*, 1991, II, p. 417.

[20] Per un'analisi dell'intervento legislativo richiamato, cfr. GAETA, *Le modifiche della disciplina delle sommarie informazioni assunte dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria (artt. 351 e 362 c.p.p.)*, in Tonini (a cura di), *Giusto processo*, Milano, Giuffrè,. 2002, p. 431.

li vengono sentite[21].

La dottrina si era occupata delle conseguenze giuridiche cui andavano incontro coloro che rendevano dichiarazioni non rispondenti al vero visto che, in tal caso, non risultavano destinatari dell'incriminazione di cui all'art. 372 c.p.[22].

Proprio per porre rimedio a tale lacuna il legislatore del 1992 ha introdotto la nuova fattispecie di reato relativa, appunto, alle false informazioni rese al pubblico ministero (art. 371 *bis* c.p.)[23].

Vero è che, secondo gli arresti giurisprudenziali[24] tale reato non si configura nei confronti di quelle persone che rendono dichiarazioni dinanzi all'organo inquirente anche se delegato dal pubblico ministero[25]poiché quest'ultimo è l'unico soggetto dinanzi al quale si può consumare il reato[26].

Pur avendo l'obbligo di presentarsi non possono essere obbligate a rendere dichiarazioni su voci correnti nel pubblico ovvero su fatti dai quali possa emergere la propria responsabilità penale[27].

Tra l'altro, il rinvio all'art. 362 c.p.p. determina l'estensione della regola secondo cui alle persone già sentite dal difensore, o dal suo sostituto, non possono essere richieste, a pena di inutilizzabilità, informazioni sulle domande formulate e sulle risposte date[28].

La *ratio* di tale previsione fonda sulla necessità di evitare eventuali duplicazioni nelle iniziative investigative delle parti: infatti, la norma va coordinata con la previsione contenuta nell'art. 391 *bis* comma 4 c.p.p.

[21] Sez. V, 15/03/1993, n. 215, in *C.E.D.* n.. 193812.

[22] Di Nardo, *Le innovazioni di diritto penale della l. n. 356/92*, in *Riv. pen.*, 1993, p. 259; Lignola, *Profili critici sul diritto di cui all'art. 371 bis c.p.*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1995, p. 126.

[23] In argomento, De Pascale, *False informazioni al pubblico ministero, in Dig. d. pen., Agg.*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 281; Padovani, *Sub art. 11 d.l. 306/92*, in *Leg. pen.*, 1993, p. 114; Santacroce, *L'art. 371 bis c.p. la tutela penale delle indagini preliminari svolte dalla polizia giudiziaria*, in *Giust. pen.*, 1994, II, p. 515.

[24] Sez. V, 14/07/2010, n. 37306, in *C.E.D.* n. 248641.

[25] In tal caso, invero, ricorre l'ipotesi di favoreggiamento personale. Sez. VI, 27/11/1992, n. 4227, in *Giur. it.*, II, p. 408.

[26] In diritto penale vige il principio di tipicità e tassatività in virtù del quale non è estensibile la norma incriminatrice. Sez. VI, 19/04/1993, n. 349, in *Cass. pen.* 1994, p. 1845.

[27] Con riferimento alle modalità di assunzione delle sommarie informazioni la giurisprudenza ha precisato che non sussiste l'obbligo per la polizia giudiziaria di procedere all'esame separato dei soggetti interessati posto che è rimessa alla libera iniziativa di tale organo la scelta del *modus operandi* al fine di garantire il buon esito delle indagini con il limite di cui all'art. 197 c.p.p. e l'obbligo di verbalizzazione di cui all'art. 357 c.p.p. Sez. II, 18/03/2002, n. 25520, in *Cass. pen.*, 2003, p. 3481.

[28] Bernardi, *Le attività di indagine*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 213 secondo cui il divieto mira ad evitare interferenze tra l'attività investigativa pubblica e le indagini private.

che impedisce di chiedere notizie sulle domande fatte e sulle risposte fornite agli inquirenti.

Lo scopo di entrambe le norme è, quindi, rappresentato dall'esigenza di tutelare la genuinità e la segretezza delle deposizioni, potendo, coloro che forniscono informazioni ad una delle parti, essere negativamente influenzati da coloro che successivamente richiedono la medesima versione dei fatti, generando pericolose interferenze investigative che si potrebbero riflettere negativamente sulla successiva prova testimoniale durante il dibattimento[29]

Una particolare peculiarità ontologicamente connessa all'interpolazione dell'art. 351 c.p.p. si rinviene nella previsione, in capo alla polizia giudiziaira, dell'obbligo di rispettare le incompatibilità con l'ufficio di testimone e nell'obbligo di avvisare, a pena di nullità dell'atto, i prossimi congiunti dell'indagato della possibilità di avvalersi della facoltà di astenersi dal deporre[30].

Si tratta di ulteriori garanzie anticipate alla fase delle indagini preliminari finalizzate ad offrire maggiori spazi di recupero dibattimentale secondo una logica di ribaltamento dell'originaria impostazione inquisitoria del rito penale[31],

A seguito dell'emanazione della legge 1° marzo 2001, n. 63 l'art. 351 c.p.p. è stato nuovamente interpolato: infatti, è stato sostituito il secondo periodo del comma 1 ed è stato esteso il richiamo al secondo e al terzo periodo dell'art. 362 comma 1 c.p.p. con un esplicito richiamo alla norma contenuta nell'art. 197 *bis* c.p.p.

La portata di un tal richiamo produce un effetto immediato poiché si è posto in antitesi con quell'orientamento giurisprudenziale che aveva evidenziato il divieto, per il pubblico ministero, di assumere le sommarie informazioni del coindagato per il medesimo reato o dell'indaga-

[29] Intini-Casto-Scali, *Investigazioni di polizia giudiziaria*, cit., p. 54.

[30] In giurisprudenza è stato messo in rilievo il principio secondo cui nel corso delle indagini preliminari non è dovuto ai prossimi congiunti di persona che non abbia ancora assunto la qualità di indagato l'avvertimento della facoltà di astenersi dal deporre previsto, a pena di nullità, dall'art. 199, comma 2 c.p.p. Sez. VI, 27/05/2008, n 27060. in *C.E.D.* n. 240976. Inoltre, ai fini dell'utilizzabilità di dichiarazioni rese da persona che, alla luce degli ulteriori sviluppi delle indagini, venga a trovarsi nella condizione di chi avrebbe potuto esercitare la facoltà di astensione prevista dall'art. 199 c.p.p., si deve avere riguardo non alla posizione formale rivestita dal soggetto al momento dell'atto, bensì a quella sostanziale, da valutarsi con riferimento ai già acquisiti dati indizianti che non abbiano carattere di mero sospetto. In tal senso, Sez. I, 17/01/2008, n. 6617, in *C.E.D.* n. 239362.

[31] Lupdria, *Atti di indagine ad iniziativa della polizia giudiziaria*, in *Trattato di procedura penale*, a cura di Garuti, Torino, Utet, III, 2009, p. 210.

to per reato connesso ovvero probatoriamentec collegato, in considerazione del disposto ostativo sotteso all'art. 197 lett. *a*) e *b*) c.p.p.[32]

Tuttavia, a seguito del nuovo assetto delineatosi con la riforma, gli artt. 197 e 197 *bis* c.p.p., richiamati dagli artt. 351 e 362 c.p.p., disegnano una nuova figura in grado di riferire circostanze utili ai fini delle indagini.

Infatti, potrà essere sentito sulla responsabilità altrui il coimputato nel medesimo reato e l'imputato di reato connesso ex art. art. 12 comma 1 lett. *a*) c.p.p. purchè la relativa sentenza sia divenuta irrevocabile (art. 197 *bis* comma 4 c.p.p.) a meno che il soggetto dichiarante ha negato la propria responsabilità ovvero non ha deposto nel procedimento penale conclusosi con la sentenza di condanna[33].

A prescindere dall'irrevocabilità della sentenza il pubblico ministero e la polizia giudiziaria potranno sentire a sommarie informazioni l'indagato di reato connesso ai sensi dell'art. 12 comma 1 lett. *c*) c.p.p. (connessione finalistica), o collegato a norma dell'art. 371 comma 2 lett. *b*) c.p.p. (collegamento da vincolo finalistico tra reati o reati commessi da più persone in danno reciproco ovvero collegamento da influenza probatoria) anche se non si sia proceduto separatamente verso questi soggetti.

Questi ultimi, invero, risponderanno come indagati sul fatto proprio ma assumeranno la veste di testimoni (nel dibattimento) in relazione al fatto altrui se, ed in quanto, venga rispettata la procedura sottesa all'art. 64 comma 3 lett. *c*) c.p.p. in relazione all'avviso ivi contemplato[34].

3. *L'esegesi di cui all'art. 351 comma 1 bis c.p.p.*

L'assunzione delle sommarie informazioni, disciplinate dall'art. 351 comma 1 *bis* c.p.p., di persona indagata in un procedimento connesso ovvero di reato collegato, da parte di ufficiali appartenenti alla polizia giu-

[32] In giurisprudenza Sez. VI, 18/07/1998, n. 554, in *C.E.D.* n. 21033, secondo cui al pubblico ministero non è consentito assumere le informazioni di cui all'art. 362 c.p.p. dal coindagato o dall'indagato di reato connesso ovvero probatoriamente collegato a quello per il quale si indaga, ostandovi il disposto dell'art. 197, lett. *a*) e *b*), c.p.p.; ne consegue che le dichiarazioni rese dalla persona che avrebbe dovuto essere sentita come indagata (con le relative forme) sono inutilizzabili, ai sensi del secondo comma dell'art. 63 c.p.p., oltre che contro chi le ha rilasciate, anche nei confronti del terzo chiamato in correità o reità ove attengano al medesimo reato ascritto al terzo o a reato connesso o collegato.

[33] La dottrina ha sottolineato che una tal previsione costituisce una precisa scelta del legislatore di non "affrancare della incompatibilità a testimoniare il soggetto archiviato o il prosciolto in udienza preliminare". Conti, *Un freno alla facoltà di non rispondere per non vanificare il contraddittorio*, in *Dir. giust.*, 2001, 10, p. 24.

[34] In dottrina, ampiamente, Gaeta, *Le modifiche*, cit., p. 440.

diziaria, segue la disciplina prevista per l'assunzione dell'interrogatorio espletato dal pubblico ministero ai sensi dell'art. 363 c.p.p.[35]

L'assimilazione dell'atto disciplinato dall'art. 351 c.p.p. a quello contemplato dall'art. 363 c.p.p. produce come effetto quello di rendere necessari gli avvisi previsti dalla norma contenuta nell'art. 64 c.p.p. la cui inosservanza determina l'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese[36].

Questo è il principio statuito dalla giurisprudenza di legittimità la quale ha, anche, evidenziato che la raccolta delle informazioni della persona imputata in un procedimento connesso ovvero della persona imputata di un reato collegato a quello per cui si procede (art. 371 comma 2 lett. *b*) c.p.p., deve essere effettuata secondo lo schema sotteso alla norma contenuta nell'art. 351 comma 1 *bis* c.p.p. la quale impone che l'atto sia compiuto da un ufficiale di polizia giudiziaria in presenza di un difensore che deve essere tempestivamente avvisato e che ha il diritto di assistere all'atto.

Come si nota la norma in oggetto non contempla la necessità di far precedere l'atto dagli avvisi previsti dall'art. 64 comma 3 c.p.p. così come diversamente imposto per l'omologo atto disciplinato dall'art. 363 c.p.p.: per questo motivo, secondo quanto statuito in giurisprudenza, la diversità di disciplina, fra gli omologhi atti, non trova giustificazione sistematica[37].

Di diverso avviso è la dottrina la quale ha messo in rilievo che la norma che disciplina le sommarie informazioni assunte dalla polizia giudiziaria, di sua iniziativa, dalle persone imputate in un procedimento connesso o collegato (art. 351 *bis* c.p.p.) è laconica[38] proprio perchè non contiene alcun rinvio né all'art. 210 comma 6 c.p.p., nè all'art. 64 c.p.p.

Di conseguenza, si riscontra un difetto di simmetria per un verso,

[35] In argomento, Casiraghi, *Le dichiarazioni rese alla polizia giudiziaria non possono generare la figura del testimone assistito*, in *Leg. pen.*, 2006, p. 681; Scaglione, *Dichiarazioni procedimentali e giusto processo*, Torino, Utet, 2005; Tonini, *Manuale di procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2010.

[36] Su tale sanzione processuale la letteratura è ampia. Si veda per tutti, AMODIO, *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1973, p. 310; Conti, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, Cedam, 2007; Daniele, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Torino, Giappichelli, 2009; Fanuli, *La prova dichiarativa nel processo penale*, Torino, Giappichlli, 2007; Ferrua, Grifantini, Illuminati, Orlandi, *La prova nel dibattimento penale*, Torino, Giappichelli, 2007;

[37] Sez. I, 11/06/2012, n. 22643, in *Guid. dir.*, 2012, 28, p. 82.

[38] In questi termini, Conti, *L'esame di persona imputata in un procedimento connesso o collegat*o, in Tonini (a cura di), *Giusto processo. Nuove enorme sulla formazione e valutazione della prova*, Padova, Cedam, 2001, p. 358.

con la disciplina dell'interrogatorio svolto dal pubblico ministero o dalla polizia su delega (art. 363 c.p.p.), per un altro verso, con l'interrogatorio dell'imputato su fatto proprio condotto di sua iniziativa (art. 350 c.p.p.)[39]: in quest'ultimo caso, invero, la norma contiene un espresso rinvio all'art. 64 c.p.p.

Pertanto, l'imputato può assumere la qualifica di teste se accusa altre persone di fronte alla polizia, quando è sentito su fatto proprio; viceversa, l'imputato connesso teleologicamente o collegato non assume alcuna responsabilità nelle medesime circostanze.

Si tratta di una lacuna colmabile, secondo la dottrina, in via analogica previa l'avvertenza che l'omissione dell'avviso non potrà essere sanzionata con l'inutilizzabilità, ai sensi dell'art. 64 comma 3 *bis* c.p.p, avendo, tale sanzione processuale, una natura tassativa[40].

Tale ragionamento non è condiviso dalla giurisprudenza secondo la quale non è coerente soffermarsi al mero dato letterale delle due disposizioni di legge (artt. 351 comma 1 *bis* e 363 c.p.p.) che, appunto, contemplano un differente trattamento in punto di garanzie previste per l'interrogatorio le quali, nel primo caso, sarebbero limitate alla necessità che l'atto sia compiuto da un ufficiale di polizia giudiziaria e che sia preceduto dall'avviso al difensore, con conseguente diritto di quest'ultimo di assistere: invece, nel secondo caso, si arricchirebbero della necessità degli avvisi di cui all'art. 64 comma 3 c.p.p.

E', infatti, irragionevole considerare che le garanzie della persona da sottoporre ad interrogatorio siano minori per il caso in cui proceda la polizia giudiziaria e maggiori per il caso in cui proceda il pubblico ministero.

Tra l'altro, anche se le due opzioni potrebbero sembrare differenti, ricevono un comune trattamento nella fase dibattimentale nel caso di sopravvenuta impossibilità di ripetizione degli atti.

Pertanto, la diversità del dato letterale delle due norme, non può risolversi nella differenzazione delle regole inerenti l'interrogatorio.

Eppure l'asimmetria che emerge dal raffronto testuale delle due disposizioni di legge va individuata nel fatto che entrambe le norme

[39] Per una panoramica delle problematiche inerenti la norma in oggetto, cfr, Amato-D'Andria, *Organizzazione e funzioni della polizia giudiziaria nel nuovo codice di procedura penale*, Milano, Giuffrè, 1990; Ceresa Gastaldo, *Premesse allo studio delle dichiarazioni spontanee rese alla polizia giudiziaria dalla persona sottoposta alle indagini*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, p. 544; Scaglione, *L'attività ad iniziativa della polizia giudiziaria*, Torino, Giappichelli, 2000; Ventura, *Le investigazioni under cover della polizia giudiziaria*, Bari, Cacucci, 2008.

[40] Conti, *L'esame di persona imputata in un procedimento connesso o collegat*o, in Tonini (a cura di), *Giusto processo. Nuove enorme sulla formazione e valutazione della prova*, cit. p. 359.

sono state novellate con provvedimenti legislativi differenti e distanziati nel tempo.

Nella stesura originaria del codice era riconosciuto al solo pubblico ministero il potere di interrogare sia le persone imputate in un procedimento connesso a norma dell'art. 12 c.p.p. sia le persone imputate di un reato collegato a quello per cui si procede, nel caso previsto dall'art. 371 comma 2 lett. b) c.p.p.: il tutto rispettando le garanzie previste dall'art. 210 commi 2, 3 e 4 c.p.p.[41]

La previsione di un rinvio, da un lato confermava il ruolo centrale assegnato all'art. 210 c.p.p., dall'art. 363 c.p.p.[42] e, dall'altro, contemplava un interrogatorio *sui generis* da intendersi quale surrogato di quello cui sarebbe sottoposto il coindagato disciplinato dall'art. 364 c.p.p.[43]

Allo stesso modo era preclusa alla polizia giudiziaria di espletare un atto omologo a quello disciplinato dall'art. 363 c.p.p.[44]

Per questo motivo in dottrina si era posto il problema relativo all'applicabilità o meno dell'istituto anche all'attività svolta, d'iniziativa o su delega, dalla polizia giudiziaria[45].

La *ratio* sottesa alla risposta positiva fondava sul rilievo secondo cui la polizia giudiziaria, nell'ambito delle attività espletate secondo i parametri delineati dall'art. 348 comma 2 lett. *a*) e *b*) c.p.p., può compiere atti di investigazione che il codice disciplina come tipici per autorità diverse ma ad essa non espressamente vietati tra cui rientra, sicuramente, anche l'interrogatorio di cui all'art. 363 c.p.p.: la preclusione di una tale opzione avrebbe compromesso l'esigenza di assicurare le fonti di prova e di apportare elementi di prova utili all'accertamento dei fatti[46].

Inoltre, secondo il pensiero della dottrina, l'omologo atto assunto dalla polizia giudiziaria, avrebbe dovuto essere modellato sull'atto tipico che la stessa compie nei confronti del coindagato durante le indagini preliminari a cui andavano riconosciute le garanzie previste dall'art. 350 comma 1 (espletamento dell'atto ad opera de solo ufficiale di poli-

[41] Bargis, *Le dichiarazioni di persone imputate in un procedimento connesso*, Milano, Giuffrè, 1994, p. 31.

[42] Bargis, *L'esame di persona imputata in un procedimento connesso nel nuovo codice di procedura penale*, in *Giur. it*, 1990, IV, p. 30.

[43] In argomento D'Ambrosio, *Commento all'art. 363 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, vol. IV, Torino, Utet, 1990, p. 222.

[44] Kalb, *Il processo per le imputazioni connesse*, Torino, Giappichelli, 1990, p. 209.

[45] Grevi, *Le dichiarazioni rese dal coimputato nel nuovo codice di procedura penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1991, p. 1158.

[46] D'Ambrosio, *Commento all'art. 363 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., p. 223.

zia giudiziaria) e 4 (presenza necessaria del difensore) c.p.p.[47]

In ogni caso, l'interrogatorio disciplinato dall'art. 363 c.p.p., non poteva essere considerato tra gli atti delegabili alla polizia giudiziaria in virtù del divieto previsto dall'art. 370 comma 1 c.p.p.

A seguito dell'emanazione del d.l. 8 giugno 1992 n.. 306, convertito in Legge 7 agosto 1992 n. 306, è stato modificato l'art. 351 c.p.p.[48]e l'attività di indagine si è arricchita di ulteriori garanzie con la previsione di particolari obblighi in capo all'organo inquirente[49].

Successivamente, a seguito dell'emanazione della Legge 1 marzo 2001 n. 63[50] è stata operata una progressiva assimilazione degli spazi di recupero dibattimentale del sapere investigativo raccolto dagli organi inquirenti[51].

La novella, però, non ha interessato il comma 1 *bis* dell'art. 351 c.p.p. la cui codifica, invece, si deve al d.l. 8 giugno 1992 n. 306[52]con il quale il legislatore, al fine di contrastare il fenomeno criminale organizzato, ha

[47] GREVI, *Le dichiarazioni rese dal coimputato nel nuovo codice di procedura penale*, cit., p. 1159.

[48] Secondo la dottrina il valore dirompente del d.l. 8 giugno 1992, n. 306, dopo la stagione del 1992 delle pronunce della Corte costituzionale, si tradusse in un'operazione di radicale modifica degli artt. 351 e 362 c.p.p. per molti aspetti necessaria e, quasi, inevitabile. In questi termini BRESCIANI, *Sub art. 362 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, II Agg., Torino, Utet, 1993, p. 156.

[49] SCANDELLARI,VOLPE, *Le modificazioni al processo penale ex d.l. 8 giugno 1992, n. 306*, in *Giust. pen*, 1992, III, p. 464.

[50] Con la novella è stato inserito il richiamo anche all'art. 197 *bis* c.p.p. Può, invero, accadere che nel corso delle indagini si renda necessario ascoltare un imputato connesso o collegato che è stato giudicato con sentenza irrevocabile, o un imputato connesso teleologicamente o collegato che ha reso dichiarazioni su fatti concernenti la responsabilità altrui: in tali ipotesi il pubblico ministero deve sentire il dichiarante con quello *status* che è disciplinato dall'art. 197 *bis* c.p.p.; l'informato sui fatti è assistito dal difensore; le dichiarazioni rese restano inutilizzabili *contra se*; opera il privilegio contro l'autoincriminazionee e la regola sui riscontri. Il tutto in armonia con quanto statuito dalla Corte costituzionale che ha dichiarato l'illegittimità dall'art. 197 *bis* c.p.p. nella parte in cui prevede l'assistenza difensiva ed i riscontri anche quando è sentito un imputato connesso o collegato assolto irrevocabilmente per non aver commesso il fatto. In questi termini C. cost., 21 novembre 2006, n. 381, in *Dir. proc. pen*., 2007, p. 316. In dottrina, GAETA, *Le modifiche alla disciplina delle informazioni assunte dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria*, in Tonini, (a cura di), *Giusto processo. Nuove enorme sulla formazione e valutazione della prova,* cit., p. 431.

[51] LUPDRIA, *Attività d'indagine e iniziativa della polizia giudiziaria*, in *Trattato di procedura penale*, cit. p. 210.

[52] Sull'evoluzione normativa cfr., per tutti, CONTI, *La riduzione dell'incompatibilità a testimoniare (art. 197 c,.p.p.)*, in Tonini (a cura di), *Il giusto processo,* cit., p. 153; ORLANDI, *Dichiarazioni dell'imputato su responsabilità altrui: nuovo statuto del diritto al silenzio e restrizioni in tema di incompatibilità a testimoniare*, Kostoris (a cura di), *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, cit., p. 153

reso esplicita un'attività tipicamente destinata ad assicurare la circolazione delle fonti di prova personale, favorendo forme di sostanziale collaborazione processuale[53].

Le varie garanzie sottese a tale attività, consistenti nel far espletare l'atto soltanto agli ufficiali di polizia e nell'assicurare l'assistenza tecnica, testimoniano che, in realtà, l'obiettivo del legislatore era quello di assicurare a tale attività d'indagine maggiore capacità di penetrazione nel materiale probatorio dibattimentale attraverso l'utilizzo delle contestazioni e delle letture[54].

4. *Conclusioni*

Rebus sic stantibus sono da condividere le argomentazioni giuridiche offerte dalla giurisprudenza di legittimità con cui è stata prevista un'ulteriore garanzia (quella inerente gli avvisi di cui all'art. 64 c.p.p.) all'istituto disciplinato dall'art. 351 comma 1 *bis* c.p.p.: in questo modo la norma si armonizza con il sistema rendendolo più efficiente e coerente con i principi sottesi al "*giusto processo*"[55].

In passato, la disposizione normativa è stata al centro di un vivace dibattito dottrinario che aveva criticato la sua collocazione rispetto alla quale sarebbe parsa più adeguata la creazione di una norma *ad hoc*, ispirata all'omologo atto del pubblico ministero[56] ovvero un inserimento nel *corpus* dell'art. 350 c.p.p.: ad ogni modo destava, comunque, perplessità la facoltatività dell'assistenza difensiva[57].

Infatti, a differenza sia del "*quasi interrogatorio*" dell'indagato (art. 350 comma 1, 2, 3, e 4 c.p.p.), sia dell'interrogatorio di persona imputa-

[53] Ampiamente in materia, Bargis, *Le dichiarazioni di persone imputate in un procedimento connesso,* cit., p. 40; Bernasconi, *La collaborazione processuale*, Milano, Giuffrè, 1995, p. 319.

[54] In argomento, v. tra gli altri, Cappetta, *La contaminazione della prova testimoniale*, in *Leg. pen.,* 2004, p. 609; Di Bitondo, *Profili dispositivi dell'accertamento penale*, Torino, Giappichelli, 2004; Fanuele, *Le contestazioni dell'esame testimoniale*, Padova, Cedam, 2005; Ferrua, *Il giusto processo*, Bologna, Zanichelli, 2005; Marzaduri, *Sul diritto al silenzio degli imputati, il giusto processo vive di contraddizioni*, in *Guida dir.,* 2000, p. 43; Paulesu, *Giudice e parti nella dialettica della prova testimoniale*, Torino, Giappichelli, 2002, Ubertis, *Giusto processo e contraddittorio in ambito penale*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 2096.

[55] Sul tema, fra tutti, Amodio, *Processo penale diritto europeo e commmon law: dal rito inquisitorio al giusto processo*, Milano, Giuffrè, 2003; Chiavario, *Giusto processo, il) Processo penale*, in *Enc. giur. Treccani,* XV, 2001; Ferrua, *Il giusto processo*, II° ed., Bologna, Zanichelli, 2007.

[56] Bargis, *Le dichiarazioni di persone imputate in un procedimento connesso,* cit., p. 49.

[57] Lupdria, *Attività d'indagine e iniziativa della polizia giudiziaria*, in *Trattato di procedura penale*, cit. p. 212.

ta in un procedimento connesso condotto dal pubblico ministero (art. 363 c.p.p.), sia, infine, dell'esame condotto ai sensi dell'art. 210 c.p.p., nel caso in oggetto il difensore deve essere avvisato tempestivamente ma ha un "semplice" diritto di assistere all'atto[58].

Una simile lacuna andava risolta soltanto in via esegetica assegnando a tale istituto lo stesso corredo di garanzie riservato alla raccolta di sommarie informazioni dell'indagato.

Tuttavia, sebbene non possa trasformarsi da facoltativa in obbligatoria l'assistenza del difensore, si riconosce appieno il diritto al silenzio del soggetto interrogato, in virtù dell'applicazione delle garanzie e del regime degli avvertimenti previsti nell'art. 64 c.p.p.

L'introduzione della riforma sul giusto processo[59], tra le altre cose, ha introdotto una serie di modifiche all'art. 64 c.p.p., prevedendo da una parte, l'introduzione di una serie di avvisi che chi conduce l'interrogatorio deve effettuare nei confronti della persona che si sottopone a questo atto; dall'altra, con il comma 3 *bis*, la sanzione dell'inutilizzabilità nel caso in cui tali avvisi vengano omessi o irritualmente forniti.

L'art. 64 c.p.p., al nuovo comma 3, richiede che l'interrogato sia avvisato, prima che l'atto abbia inizio, che "le sue dichiarazioni potranno sempre essere utilizzate nei suoi confronti" (lett. *a*); che "ha facoltà di non rispondere ad alcuna domanda, ma comunque il procedimento seguirà il suo corso" (lett. *b*); e infine, l'indagato è avvertito che "se renderà dichiarazioni su fatti che concernono la responsabilità di altri, assumerà, in ordine a tali fatti, l'ufficio di testimone" (lett. *c*)[60].

Ed è proprio il mancato rispetto di questo avviso a rendere inutilizzabili le dichiarazioni riguardanti la propria responsabilità e rese da persona imputata in procedimento connesso.

Il comma 3 *bis* dell'art. 64 c.p.p., invero, sanziona l'omissione o l'irritualità dell'avviso con una duplice conseguenza: in primo luogo, le dichiarazioni eventualmente rese dall'indagato su fatti che concernono le responsabilità altrui non sono utilizzabili contro di loro; in secondo luogo, l'indagato non potrà assumere la qualità di testimone sulle dichiarazioni rese in assenza di rituale avviso

[58] LUPDRIA, *Attività d'indagine e iniziativa della polizia giudiziaria*, in *Trattato di procedura penale*, cit. p. 213.

[59] LATTANZI, *Guida alla riforma del giusto processo. Lo stato della giurisprudenza e della dottrina*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 262.

[60] Sulle problematiche tra vecchia e nuova disciplina dell'art. 64 c.p.p., Cfr., PAPAGNO, *L'inutilizzabilità delle dichiarazioni etero accusatorie rese prima dell'introduzione della L. n. 63 del 2001*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 1690.

L'analisi sin qui condotta induce a ritenere che le considerazioni volte a sottolineare una sostanziale omologazione delle sommarie informazioni testimoniali rispetto al relativo mezzo di prova non possono che riguardare anche la disciplina di quell'atto di indagine mediante il quale il pubblico ministero assume informazioni dagli imputati in procedimento connesso ovvero collegato (art. 363 c.p.p.).

Con la novella del 2001 il legislatore ha, invero, riordinato la materia incidendo sull'essenza della prova dichiarativa di cui all'art. 210 c.p.p., rimodulando l'atto di indagine in forza di un espresso ed esteso richiamo in favore della norma da ultimo citata[61].

L'interrogatorio di imputato in procedimento connesso o collegato presenta il medesimo polimorfismo che caratterizza l'esame di detti soggetti: da un lato figurano gli imputati in un procedimento connesso soggettivamente (art. 12 comma 1 lett. *a*) c.p.p.); dall'altro, gli imputati in un procedimento che sia connesso teleologicamente (art. 12 comma 1 lett. c) c.p.p.) ovvero collegati in termini probatori (art. 371 comma 2 lett. *b*) c.p.p.)[62].

In altre parole, le modifiche apportate dalla novella del 2001 all'esame dell'imputato hanno reso necessario un coordinamento con la disciplina dell'omologo atto espletato durante le indagini preliminari: per questo motivo il legislatore ha inserito nel *corpus* dell'art. 363 c.p.p. un rinvio espresso al nuovo comma 6 dell'art. 210 c.p.p.[63]

La dottrina ha rilevato che anche se l'art. 363 c.p.p. non contempla la possibilità di espletare l'interrogatorio per l'indagato in un procedimento connesso o collegato ciò non è di ostacolo in virtù dell'applicazione dell'art. 61 c.p.p. che equipara l'indagato all'imputato[64].

Inoltre, altro profilo discusso è stato quello inerente l'accompa-

[61] Sulla differenza tra vecchia e nuova disciplina, Bargis, *Art. 8 L. 1° marzo 2001, n. 63*, in *Leg. pen.*, 2002, p. 237.

[62] Di conseguenza, il concorrente nel medesimo reato potrà tacere o rispondere impunemente: viceversa, l'interrogato appartenente alla seconda categoria individuata, deve essere avvisato che se renderà dichiarazioni sulla responsabilità altrui, dovrà testimoniare, assistito da un difensore, su tali fatti. Conti, *L'esame di persona imputata in un procedimento connesso o collegat*o, in Tonini (a cura di), *Giusto processo. Nuove enorme sulla formazione e valutazione della prova*, cit. p. 269.

[63] Bonzano, *Attività del pubblico ministero*, in *Trattato di procedura penale*, a cura di G. Garuti, cit., p. 295; Conti, *L'imputato nel procedimento connesso. Diritto al silenzio e obbligo di verità*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 102 ss.; Ferrua, *Il giusto processo*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 30.

[64] Si tratta di una norma che esprime un principio generale. In giurisprudenza, Sez. VI, 9/6/1995, n. 9122, in *Giur. it.*, 1996, III, p. 375; Sez. V, 20/6/1994, n. 9432, in *Arch. n. proc. pen*, 1995, p. 519.

gnamento coattivo, posto che l'ambivalenza della figura del dichiarante per reato connesso o collegato pone il problema se esso deve essere disposto nelle forme proprie previste per quello dell'imputato convocato per rendere l'interrogatorio (e, quindi, con autorizzazione del giudice ex art. 376 c.p.p.) ovvero con le modalità meno garantite inerenti l'accompagnamento coattivo delle persone informate sui fatti (disposto dal pubblico ministero dopo la ingiustificata renitenza alla prima convocazione).

Sembra da preferire la prima soluzione perché come sottolineato[65] l'applicazione analogica del regime garantista sotteso all'art. 376 c.p.p., è coerente con il generale statuto di garanzia che assimila tale tipologia di soggetti alla figura dell'indagato[66].

Ad ogni modo, il rinvio all'art. 210 comma 6 c.p.p. comporta che anche in sede di interrogatorio svolto durante le indagini preliminari sia prevista una particolare disciplina per acquisire le dichiarazioni degli imputati connessi teleologicamente o collegati.

Anche a queste persone occorrerà rivolgere l'avviso che se renderanno dichiarazioni inerenti la responsabilità altrui dovranno essere sentiti come testimoni su tali fatti in presenza di un difensore: il mancato adempimento determina l'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese.

Il rilievo è contenuto nell'art. 64 comma 3 *bis* c.p.p. che commina la sanzione processuale dell'inutilizzabilità delle dichiarazioni eventualmente rese in assenza dell'avviso[67]: tali dichiarazioni non potranno essere poste a base di alcun provvedimento del giudice[68].

La nuova disciplina, infatti, è posta a presidio del principio costituzionale in base al quale l'accusato deve essere posto in condizione di esercitare la sua difesa (art. 111 comma 4 Cost.).

Il comma 3 *bis* dell'art. 64 c.p.p. non sanziona esclusivamente l'omissione dell'avviso, ma anche la inosservanza delle disposizioni ad esso re-

[65] BARGIS, *Le dichiarazioni di persone imputate in un procedimento connesso*, cit., p. 36.

[66] Pret. Roma, 19/3/1992, in *Arch. n. proc. pen.*, 1992, p. 422. Di diverso avviso è una parte della dottrina secondo cui dalle regole generali sulla citazione dei testimoni sembra doversi ricavare un'estensione dei poteri coercitivi del pubblico ministero esercitabili anche rispetto ai dichiaranti ex art. 210 c.p.p. Cfr., in tal senso, TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 427.

[67] Sull'applicazione giurisprudenziale dei principi stabiliti dalla Corte Suprema Federale in tema di avvisi da rivolgere nel corso dell'interrogatorio, cfr., FANCHIOTTI, *Dal caso Miranda al caso Dickerson lo jus tacendum continua a far discutere*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 507.

[68] GIUS, AMATO, *Più numerosi gli avvertimenti all'indagato*, in *Guida dir.*, 2001, n. 13, p. 38.

lative[69]: di conseguenza, l'inutilizzabilità consegue non solo all'omissione dell'avviso, ma anche alla non rituale formulazione dello stesso[70].

[69] La norma stabilisce che in caso di omissione dell'avviso le dichiarazioni rese su fatto altrui non potranno essere utilizzate nei confronti dei soggetti coinvolti: inoltre, la persona interrogata non potrà assumere l'ufficio di testimone in ordine a tali fatti. Pertanto, la prima sanzione consiste in un'inutilizzabilità soggettivamente relativa (le dichiarazioni sono utilizzabili nei confronti di colui che le ha rese: e non verso i soggetti coinvolti): la seconda è una sorta di preclusione in quanto su tali fatti il soggetto non potrà deporre come teste. La dottrina ha rilevato che la disciplina in oggetto si sostanzia in un'"*arma a doppio taglio*" in quanto, da un lato mira a tutelare l'imputato "*accusato*" comminando l'inutilizzabilità delle dichiarazioni non precedute dall'avvertimento: dall'altro, tutela il dichiarante prechè impedisce che egli si trovi a rendere dichiarazioni su fatto altrui ignorando che, successivamente, su tali fatti dovrà deporre con obbligo di verità. Tuttavia, la disciplina può sortire un effetto indiretto assai discutibile: omettendo deliberatamente di rivolgere l'avviso l'autorità inquirente può precludere al soggetto l'assunzione della qualifica di teste. In questi termini Conti, *Le prospettive di riforma del sistema probatorio,* in *Dir. pen. proc.* 2000, p. 1024.

[70] Conti, *Le nuove norme sull'interrogatorio dell'indagato*, in Tonini, (a cura di), *Giusto processo. Nuove enorme sulla formazione e valutazione della prova,* cit., p. 198.

MICHELE CERIMELE*

The concept of *laesio enormis* in the unidroit principles and in the draft common frame of reference

A comparative study

TABLE OF CONTENTS: Introduction. - I Surveying the landscape. - II Demarcating the scope. - PART I 1. The concept of Laesio Enormis in the Unidroit Principles. - 1.1 Unidroit Principles – Introductory notes. - 1.2 Good faith under the Unidroit Principles. - 1.3 The concept of *"Laesio Enormis"* under the Unidroit Principles – Analysis of Article 3.10. - 1.3.1 Normative origins of Article 3.10. - 1.3.2 Policies underlying Article 3.10. - 1.4 Some remarks on the role of party autonomy. - 1.5 Some remarks on the *Pacta Sunt Servanda* principle. - 2. The concept of Laesio Enormis in the Draft Common Frame of Reference. - 2.1 DCFR – Introductory notes. - 2.2 Good faith in the DCFR. - 2.3 The concept of *"Laesio Enormis"* under the DCFR; analysis of Article II. – 7:207: Unfair Exploitation. - 2.3.1 Normative origins of Article II. – 7:207. - 2.3.2 Policies underlying Article II. – 7:207. - 2.4 Some Remarks on the role of party autonomy. - 2.5 Some remarks on the Pacta Sunt Servanda principle. - PART II 3. Comparison-Explanation. - 3.1 Introductory notes. - 3.2 Comparison. - 3.3 Explanation – Surveying the standards of justice of the two systems. - 3.3.1 The mercantile justice underlying the gross disparity in the Unidroit Principles. - 3.3.2 The social dimension of the unfair exploitation in the DCFR. - 4. Conclusions.

Introduction

I *Surveying the landscape*

The present is a comparative essay, which seeks to compare is how two systems of contract law react when dealing with a contract whose substance is unfair. If the reader wanted to situate this detrimental contract in a functional scheme of general contract law, he should proceed as follows: there is a valid contract between the partied - entailing a lawful negotiation and a manifest agreement on it, both parties have legal capacity to contract, the contract presents no grounds for invalidity (illegality/immorality), nor has the disadvantaged party been mistaken, nor defrauded, nor threatened by the counterparty.

* This paper benefited from the fruitful speculations on Contract law and Comparative law that I had with Professors Chantal Mak and Martijn Hesselink as regards contracts, and with Professor Francesco Paolo Traisci as regards comparative methods. Errors are mine alone.

Nevertheless, the contract is extremely unbalanced in favor of one party, which gains an unfair advantage out of it. One good example of extremely unbalanced (but lawful) contract is a famous German case: the defendant rents from the plaintiff a pool/billiards equipment and agrees to pay a monthly rental sum. After paying an agreed number of installments, the equipment would become the property of the hirer. The market value of the equipment is 5,200 DM but the defendant has to pay 13,300 DM. The disparity between the plaintiff's performance and the defendant's one amounts to almost 250%, in favor of the former[1]. *Quid iuris*?

Unbalanced contracts have never been extraneous to contract law. In Roman law, the concept of *Laesio Enormis* was known[2]. Under this doctrine, right to rescission was granted to the seller who had sold real property for less than half its effective price. In reality, Romans knew the principle "*res tantum valet quantum vendi potest*" (a good is worth the price for which one manages selling it), but this principle was applied within the context of the market: it was the market determining the fair price, and the violation of market standards entitled the party to avoid the contract. In modern contract laws, although theoretically all systems reject a *iustum pretium* doctrine, namely a fair price imposed by law, some grant relief on the mere ground of economic lesion arising out of the contract[3]. The majority permits avoidance of a detrimental contract, which has been obtained by unfair means.

All things considered, remnants of the principle of *leasio enormis* survive in many legal systems[4], however in a different form. In fact, the *laesio enormis* in itself is rarely a ground for invalidity, unless it is qualified by other circumstances[5].

[1] BGH, 24 January 1979 NJW 1979. 758., in Beale H., Hartkamp A., Kötz H., Tallon D. (eds.), *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Oxford, 2002, p. 456. The German Supreme Court held that the extreme unbalance in itself was not a ground for invalidity, thus the contract was not rendered void for being contrary to *bonos mores* (§ 138 *BGB*). See infra, footnote n° 5.

[2] Justinian Code 4.44.2 *Corpus Iuris Civilis*. See paragraph 1.3, note n.23

[3] Beale H., Hartkamp A., Kötz H., Tallon D. (eds.), "*Cases, Materials and Text on Contract Law*", Oxford, 2002, p. 432

[4] *Ibidem*, p. 455

[5] With the exception of Article 1674 of the French *Code Civil*, which grants relief whenever a sale of immoveable property is concluded for less than 7/12 of the market value, and LOA § 119 Slovenian Law, that grants relief in case of an obviously disproportionate benefit, other systems consider the lesion as relevant, only when accompanied by other circumstances. Compare § 138(2) "*usury*" *BGB*, Article 3:44 IV *BW*,

II *Demarcating the scope*

The objective of the present analysis is not to compare the law of contracts of some States, but on the one hand the Unidroit Principles on International Commercial Contracts, which take *laesio enormis* into account in Article 3:10 "Gross Disparity", and on the other hand the Draft Common Frame of Reference, which deals with *laesio enormis* in Article II. – .7:207 "Unfair Advantage". At first blush, the two sets of rules react very differently to unbalanced contracts, both in terms of requirements for the assessment of the *laesio enormis*, and in terms of policies underlying such assessment. The choice of the Unidroit Principles and the Draft Common Frame of Reference is self-explaining: they are both examples of uniform soft law, and although they are not the result of an inter-state agreement or convention, they both ultimately seek to harmonize/unify national contract laws. In spite of the fact that the present work does not seek to indicate the better rule, a comparison is deemed important in order to gain a better understanding of the provisions at stake, and of their possible impact.

Accordingly, the main question will be: How do selected systems react to a contract that is extremely detrimental to one party, and from which the counterparty takes an unjustified advantage? The main question will be answered through three sub-questions, which are in turn: What are the underlying policies of the two systems when it comes to sanctioning the gross disparity on the one hand, and the unfair advantage on the other hand? What is the role of party autonomy in the provisions at stake? To what extent do the provisions impair the sanctity of contracts? It is to be affirmed from the outset that great attention will be paid to the role of the general clause good faith, and how the clause lends itself to conveying different values in the discipline of the gross disparity and of the unfair advantage.

The description of the selected systems will be carried out successively, therefore the first part of the work is divided in two chapters, the first one regarding the Unidroit Principles, the second one the Draft Common Frame of Reference, which will have a specular structure: after a brief introduction of the two set of rules, an overview of the role of good faith within the two systems will follow. The central

Article 1467 *Codice Civile*, Bank of Credit and Commerce International S.A. v Abody, Court of Appeal [1990] 1 QB 923 as regards English Law ("undue influence"), Article 1118 Luxembourg CC, § 31 Nordic Contract Law Act, Scottish Law requires "facility and circumvention". See in general DCFR (full edition) Article II. – 7:207, Notes.

section will focus on the analysis of the concept of *laesio enormis*, and it will encompass also an excursion on the normative origins of the two provisions at stake and on the policies overriding these provisions. The last sections of the two chapters of the first part will have at their core a reflection on the modifications of role of party autonomy and of the *pacta sunt servanda* principle brought about by the gross disparity provision on the one hand, and the unfair advantage provision on the other hand. The second part of the work will provide a comparison between the two provisions and will seek to draw a possible explanation of how the provisions are likely to affect the uniform laws of contract in which they have been drafted. The assumption of the explanation part is that the two provisions are not "neutral" or "apolitical" -in the way traditional contract law is deemed to be, but they bring into contractual regulation different politics, and they aim at protecting colliding values, namely market efficiency as regards the Unidroit Principles, and social solidarity as regards the Draft Common Frame of Reference. Some conclusions will complete the work.

Part I

1.1 Unidroit Principles – Introductory Notes

Prior to analyzing article 3.10 of the Unidroit Principles, a brief overview of the Principles themselves is necessary for the sake of a better understanding. The reader should be aware that this section cannot be considered exhaustive[6]. The first edition of the Unidroit Principles (hereinafter UP) was published in 1994, after a long gestation, at the hands of a group of eminent scholars representing the main legal systems worldwide[7].

The principles drafted by the International Institute for the Unification of Private law[8] are the example of soft law *par excellence*: they are not binding on parties to an international commercial contract, as they have not been ratified by means of any convention or agreement among the countries that played a part in the project; nevertheless, thanks to the *auctoritas* of both their authors and of the Institute itself,

[6] The Undroit Principles are available at the website www.unidroit.org Amongst others, Bonell M.J., *An International Restatement of Contract Law*, 2° ed. (1997); Transnational Publishers, Inc. Ardsley, New York, p. 19

[7] A second edition has been published in 2004

[8] www.unidroit.org

they have gained a wider application in negotiation between parties from different legal orders[9]. After fifteen years from their publication, the UP are deemed to be a fortunate example of the application of the comparative method for practical purposes, namely singling out in the area of commercial contracts the "common core" – the most commonly acknowledged solution, or the "better rule" – the most functional one at an international level[10].

With regard to the techniques of incorporation of the UP to the contract, parties can include them, as contractual terms, *per relationem* to the contract, in a way to circumvent the hurdle of choosing a law applicable to the contract that is a national law[11]. According to the most accepted doctrine, the "freedom of choice of parties in designating the law governing their contract is traditionally limited to national law"[12]. However, such restraint operates only with regard to so-called *Kollisionrechtliche Partieautonomie*, that is to say the choice of the law applicable to the disputes arising between parties[13]. The limit does not operate when parties choose for their contract to be governed by the UP not at the private international level, but at the substantive level (*Materiellrechtliche Verweisung*). It follows that it is not actually relevant whether or not the contract is international, as parties can opt in the UP by virtue of their autonomy, as long as the Principles are not at odds with the imperative norms of private international law and with the imperative norms of the *lex contractus*, determined by recourse to conflict laws[14].

[9] Bonell M.J., "*The UNIDROIT Principles in Practice: The Experience of the First Two Years*", in *Uniform Law Review*, 1997, p. 34

[10] Bonell M.J. (ed.), *I Principi Unidroit nella Pratica. Casistica e Bibliografia riguardante i Principi Unidroit dei Contratti Commerciali Internazionali*", Milano, 2002, p. 3; Hartkamp A.S., "*Modernization and Harmonization of Contract Law: objectives, methods and scope*, p. 1 available at the website http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/rome_i/doc/private_law_university_amsterdam_en.pdf; Hartkamp A.S., *Principles of Contract Law*, in Hartkamp A.S., Hondius E.H., Joustra C.A., du Perron C.E., Veldman M. (eds.), *Towards a European Civil Code*, 3rd ed, The Hague, London, Boston: Kluwer Law International, 2004, p. 142.

[11] Boele-Woelki K., *Principles and Private International Law: the UNIDROIT principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: how to apply them to international contracts*, in Uniform Law Review, 1996-4, p. 661. In the In the Preamble of the UP it is stated that they are applicable when parties agree that "the contract shall be governed by the UNIDROIT Principles (2004)"

[12] Comment 4(a) of the Preamble of the UP.

[13] Schlechtriem P., *Uniform Sales Law. The UN-Convention for the International Sale of Goods*, Wien, 1986, p. 35

[14] De Nova G., *'Unidroit Principles' of International Commercial Contracts*, in Contratti, 1994, p. 501

The second technique of incorporation is to refer in the contract to "general principles of law", "natural justice", "*Lex Mercatoria*" etc. However, not any referral to the *Lex Mercatoria* will lead to the application of the UP, as Courts could interpret the meaning of such general clauses in a way not complying with the Principles, being, as stated above, soft law[15].

As to the ideas underlying the UP, it is to briefly emphasize that they adhere to the principle of freedom of contract. As provided under article 1.1, "the parties are free to enter into a contract and to determine its content". Party autonomy is not unlimited, being qualified by the condition of ensuring fairness in international commercial relations[16]. In other words, parties can repeal in part, exclude, or modify the Principles (article 1.5), but party autonomy will not prevail over "mandatory rules, whether of national, international or supranational origin, which are applicable in accordance with the relevant rules of private international law" (article 1.4). Regardless of external mandatory rules, the UP encompass some mandatory rules that cannot be excluded nor curtailed, such as the duty to act in accordance with good faith and fair dealing in international trade (article 1.7)[17].

Good faith is seen as the "Magna Charta of the law of international trade"[18], a general clause through which the UP seek to strike a sound balance between the two main interests at stake in international commercial negotiation, i.e. the entrepreneurial interests on the one hand, the need of protection of the weaker party on the other hand[19].

1.2 Good faith under the Unidroit Principles

What is the actual meaning of good faith under the Unidroit Principles? There is no definition of good faith in the UP, though it is mentioned several times, together with its synonyms "fairness", "reasonableness", "reasonable commercial standards of fair dealing", (Articles 1.7; 1.9(2); 2.1.4(2)(b), 2.1.15, 2.1.16, 2.1.18 and 2.1.20; 2.2.4(2), 2.2.5(2), 2.2.7 and 2.2.10; 3.5, 3.8 and 3.10; 4.1(2), 4.2(2), 4.6 and 4.8; 5.1.2

[15] Ferrari G., *I "Principi per i Contratti Commerciali Internazionali" dell'Unidroit ed il loro ambito di applicazione*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 1996, p. 307

[16] Undroit Principles (2004), Introduction XV

[17] Examples of mandatory rules that limit party autonomy under the Unidroit principles can be found in Bonell M.J., *Un 'Codice' Internazionale al Diritto dei Contratti. I Principi Unidroit dei Contratti Commerciali Internazionali*, Milano, 2006, p. 95

[18] Berger K.P., *The Creeping Codification of the Lex mercatoria*, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 1999

[19] Galgano F., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, p. 75

and 5.1.3; 5.2.5; 6.1.3, 6.1.5, 6.1.16(2) and 6.1.17(1); 6.2.3(3)(4); 7.1.2, 7.1.6 and 7.1.7; 7.2.2(b)(c); 7.4.8 and 7.4.13; 9.1.3, 9.1.4 and 9.1.10(1))[20]. All of these clauses fall within the general principle of good faith[21], enshrined in article 1:7, which reads as follows:

(1) Each party must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade.

(2) The parties may not exclude or limit this duty.

The fact that "good faith" is linked with "fair dealing" means that this duty is to be intended in an objective way, as a standard of behaviour, not merely subjectively, as a psychological status[22]. Even after narrowing the meaning of the clause, this concept remains ambiguous: good faith calls for a moralisation of international commercial contracts, but not only that. An *ad hoc* arbitration in 2004 ruled that, notwithstanding the requirement of good faith that during negotiations binds parties to reach an amicable settlement of their dispute, the "mere fact that parties did not agree on a compromise settlement does not in itself reveal lack of good faith"[23], and parties are not required to grant "large concessions" in order to prevent themselves from a fall out. On the one hand, parties are under a duty to cooperate, though on the other hand they are free to pursue their scopes autonomously. Good faith places itself as a sort of *trait d'union* of two opposite extremes, i.e. autonomy and solidarity[24].

[20] Comment 1, article 1.7 Unidroit Principles.

[21] Bonell M.J., *The Unidroit Principles of International Commercial Contracts: Why? What? How?*, in 69 Tulane Law Review, 1995, p. 1138. Farnsworth E.A., *Duties of Good Faith and Liability for Bad Faith Under the UNIDROIT Principles, Relevant International Conventions and National Laws*, 3 Tulane Journal of International and Comparative Law, n. 1/2, 1994, p. 53

[22] Bonell M.J., *Un "Codice" Internazionale del Diritto dei Contratti. I principi Unidroit dei Contratti Commerciali Internazionali*, Milano, 2006. Another scholar explained the recourse to the expression "good faith and fair dealing" as to not only mean objective good faith: in fact, the sole expression "good faith" can entail a psychological status during the purchase of rights (good faith purchase), whereas "fair dealing" is principally an objective rule of conduct during the execution of the contract (good faith performance). Therefore, good faith would imply a particular state of mind, while fair dealing a standard of behavior. di Majo A., *L'osservanza della Buona Fede nei Principi Unidroit sui Contratti Commerciali Internazionali*, in Bonell M.J. e Bonelli F., *Contratti Commerciali Internazionali e Principi Unidroit*, Milano, 1997, p. 147

[23] *Ad hoc* arbitration 04/03/2004, place unknown, available at the website http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=973&step=FullText

[24] Kennedy D., *The Political Stakes in 'Merely Technical' Issues of Contract Law*, in *European Review of Private Law* 1: 7-28 (19; 14,25), 2001, p.19. The author uses the expression "*continuum*". Hesselink M., *The Concept of Good Faith*, Hartkamp A.S., Hondius E.H., Joustra C.A., du Perron C.E., Veldman M. (eds.), *Towards a European Civil Code*, 3rd ed, The Hague, London, Boston: Kluwer Law International, 2004

As stated above, the duty of good faith is to characterise the entire "life history" of the contract, from negotiations to interpretation and execution. The choice of the drafters of the UP is familiar to Civil Law systems, but not to Common Law ones, where the duty to act in good faith is restrained to the execution of the contract[25].

The duty of good faith refers to standards of international trade; as a consequence, it cannot be interpreted in accordance with national standards –unless they are universally acknowledged, but it must be construed along with the fact that the context of international trade might entail different conditions than the ordinary domestic negotiation[26]. This connotation prevents judges or arbitrators from transposing some beliefs based on their own national systems in what they consider as good faith in international trade[27].

1.3 The concept of "laesio enormis" under the Unidroit Principles – Analysis of article 3.10

After having outlined the role of good faith from a general perspective, a particular application of the clause in the UP should be analyzed, and specifically its role in policing a deficiency of the contract, namely when it entails a *laesio enormis* to the detriment of either party.

Furthermore, it is to be questioned whether, and to what extent, the UP have brought modifications to the traditional laws of contract of Civil Law systems. The Principles introduce outstanding innovations in modern private law, in comparison with the European Civil Codes of liberal-bourgeois inspiration. One distinctive characteristic of the Principles is the introduction of a judicial control over the substantial fairness of the contract, and an extension of the judicial power of intervention[28].

[25] Bonell M.J., *An International Restatement of Contract Law. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts,* Irvington, N.Y., 1994, p. 80. Other authors highlight that, aside from the absence of a duty of good faith *in contrahendo*, Common Law systems –in particular the English system- are devoid of the doctrine of *abuse de droit*. Rights can be exercised for a good reason, a bad reason, or no reason at all. Compare Zimmermann R. & Whittaker S., *Good faith in European Contract Law*, Cambridge XXXIII, 2000.

[25] Comment 3 Article 1:7

[26] Storme M.E., *The binding character of contracts – causa and consideration*, from Hartkamp A.S., Hondius E.H., Joustra C.A., du Perron C.E., Veldman M. (eds.), *Towards a European Civil Code*, 3rd ed, The Hague, London, Boston: Kluwer Law International, 2004, p. 239-254

[27] Schlechtriem P., *Good Faith in German Law and in International Uniform Laws, Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero*, Roma, 1997, p. 20

[28] See next paragraph.

As regards the Unidroit set of rules, the reference to good faith serves, amongst other things, to introduce a judicial control over the merits of the contractual exchange[29]. That would represent a tangible breaking point with traditional theories of contract of pandectist origin.

The above statement can be explained by referring to article 3.10 paragraph 1 "Gross Disparity", insofar as it rules that "*a party may avoid the contract or an individual term of it if, at the time of the conclusion of the contract, the contract or term unjustifiably gave the other party an excessive advantage*". The Roman basis of gross disparity is the concept of *Laesio Enormis* based on the Justinian Code 4.44.2 of the *Corpus iuris civilis*. This Code provides a right of rescission to whomever has sold real property for less than half its effective price[30].

Article 3.10 originates from the "merger" of the common law doctrines of "undue influence" and "unconscionable bargain", with § 138 abs 2 of the German BGB ("*Sittenwidriges Rechtsgeschäft*") – voidance of a legal transaction concluded by exploiting "the predicament, inexperience, lack of sound judgment or considerable weakness of will" of another, which causes a disproportionate advantage to the performance[31], and finally with article 1448 of the Italian Civil Code ("*Rescissione per Lesione*") - rescission of the contract due to a significant disproportion between undertakings obtained by exploiting the economic position of the advantaged party[32]. Nonetheless, the unification of several disciplines produces an "expanded effect" compared to the *ratio* of those disciplines.

1.3.1 Normative origins of article 3.10

Some observations on the normative precedents of article 3.10 are deemed necessary; particularly with regard to the criteria of assessment of gross disparity, the national provisions and doctrines must be compared in order to appraise whether those require a subjective or objective *laesio*.

In English law, the closest equivalents to the concept of *laesio*

[29] BARCELLONA M., *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006, p. 268

[30] SCHIPANI S., *I Principi Unidroit e Il Diritto Romano*, in *Studi in Onore di Pietro Rescigno*, Milan, 1998, p. 763

[31] An English translation of the German Civil Code is available at http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#BGBengl_000P138

[32] TASSONE B. '*Uncoscionability' ed abuso di dipendenza economica*, in *Rivista di Diritto Privato*, 2001, p. 527

enormis are the doctrines of "undue influence" and of "unconscionable bargain"[33]. An example of undue influence is provided by *Bank of Credit and Commerce International S.A.v. Aboody*, under which "a contract is voidable on the ground of undue influence only if the contract is shown to be manifestly disadvantageous to the influenced party"[34]. This decision was overruled by the House of Lords in *C.I.B.C. Mortgages Plc. V. Pitt*, but the requirements for undue influence were set down: "leaving aside proof of manifest disadvantage…a person relying on a plea of actual undue influence must show that a) the other party to the transaction had the capacity to influence the complainant; b) the influence was exercised; c) its exercise was undue; d) its exercise brought about the transaction"[35]. Criteria are laid down in an objective way, as the "overall disadvantageous nature of the transaction…must be obvious"[36]. Undue influence renders the contract void. Outside this doctrine, unconscionable bargain covers cases in which a party with a stronger bargaining power has exploited the weakness of the counterparty. What is held relevant is not the mere inequality nor the unfair negotiation, but an abuse of such inequality[37]. Furthermore, remedies available in respect of unconscionable bargain are the same as those for undue influence[38].

In German Law, elements of subjective theory are more obvious. § 138 (2) – usury - of the BGB reads: the transaction will cause the non-aggrieved party…"pecuniary advantages which are clearly disproportionate to the performance"[39] It follows that the advantages are to exceed the value of his own performance to such a degree that, under the circumstances, there is a striking disproportion between them.

Not only does the article refer to a subjective condition of the exploited party, but it also provides the subjective criterion of a "clearly disproportionate" performance. Unlike the Italian system, an effect of

[33] Beale H., Hartkamp A., Kötz H., Tallon D. (eds.), *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Oxford, 2002, p. 470

[34] [1990] 1 QB 923. Beale H., Hartkamp A., Kötz H., Tallon D. (eds.), *Cases, Materials and Text on Contract Law*, p. 471

[35] *Ibidem*, p. 474

[36] *Ibidem*, p. 475. The authors affirm that the disadvantage must not be large or even medium-sized, but it can be small. Moreover, an objective view of the disadvantage must be taken

[37] Cartwright J., *Unequal Bargaining. A study of Vitiating factors in the Formation of Contracts*, Oxford, 1991, p. 215

[38] Beale H., Hartkamp A., Kötz H., Tallon D. (eds.), *Cases, Materials and Text on Contract Law*, p. 477

[39] § 138 abs 2 BGB

the subjective theory is that the disproportionate contract (or term) is not rescindable but null and void *ab initio*, due to the defect in the parties' will[40]. Moreover, voidance, which is generally a remedy for the lesion of a general interest, restores in this case a subjective interest (the party's exploitation). Accordingly, the German Code does not provide for the adaptation of the contract.

The Italian law sets down more objective and stricter criteria for *rescissione*, which is seen as an exceptional way -other than the annulment- of balancing contractual performances, an intrusion of the judge in a field where party autonomy is sovereign, namely the agreement upon performances itself[41]. Article 1448 provides a right to rescission (but not initial voidance) of the contract which brings disproportion between the parties' obligations, given that the disproportion "arises out of urgent needs of a party" and that the disproportion (*lesione*) exceeds "half of the value of the performed or promised obligation by the damaged party at the time of the conclusion of contract." Pursuant to Article 1450, upon offer of the party which receives notice of rescission, the Italian judge can adapt the contract in order to conform it to equitable values (*per equum et bonum*), by taking primarily into account the curtailment of will, the lack of self-determination of the aggrieved party, and the unjustified advantage.

1.3.2 Policies underlying Article 3.10

With respect to article 3.10, although the disadvantage is not clearly quantified, it seems that the criteria chosen by the authors move towards objective standards, provided that the disadvantaged party may invoke his state of ignorance when it concerns facts which take place prior to the conclusion of the contract, and that they were not known nor knowable at that time. What is relevant is not "what was subjectively believed…by the disadvantaged party, but rather…what was objectively knowable"[42]. In comparison with article 1448 CC, article 3.10 substitutes the clause "unjustifiably…excessive advantage" to the "*ultra dimidium* disproportion"[43] as the precondition for the action in termination

[40] Basedow J., *Germany*, in Bonell M.J. (ed.), *A New Approach to International Commercial Contracts: The Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, the Hague 1999, p. 140

[41] Roppo V., *Il contratto*, Milano, 2001, p. 883

[42] Arbitral Award, ICC International Court of Arbitration, Rome, 00/03/1998

[43] Article 1448 par. 2 CC.

(*rescissione*). Moreover, it also gathers different hypotheses of defects of consent under the element of contractual disparity, and sanctions the disparity by way of the remedies of the annulment, or alternatively the adaptation of the contract in conformity with good faith. Hence, on the one hand the first paragraph refers to the subjective deficiencies of the aggrieved party, but on the other hand does not rule that these deficiencies are an exclusive factor for the remedy to be applied. Instead, these are factors to which "regard is to be had" and they are not exhaustive, but are indicated "among other factors":

> (1)….Regard is to be had, among other factors, to
>
> (a) the fact that the other party has taken unfair advantage of the first party's dependence, economic distress or urgent needs, or of its improvidence, ignorance, inexperience or lack of bargaining skill, and (b) the nature and purpose of the contract.
>
> (2) Upon the request of the party entitled to avoidance, a court may adapt the contract or term in order to make it accord with reasonable commercial standards of fair dealing.

If the contract entails a gross disparity between the two performances, the aggrieved party can either avoid the contract, or avoid it partially, or claim for a judicial adaptation of it. The linchpin of the Unidroit discipline is not the disadvantaged position of the party, but rather the gross disparity of undertakings. As a consequence, avoidance under article 3.10 tends to be a remedy against contractual exchanges not complying with ordinary mercantile parameters[44]. Consequences of this change in perspective are remarkable: if the system looks at the balance and economy of the exchanges as the criteria to re-balance contractual performances, the judge would then examine the appropriateness, the merits of the contract; his judgment will not only be based on the law.

A further remark concerning remedies under 3.10: the gross disparity is mitigated by means of voidability, which in the traditional law of contracts of Civil Law systems is considered as a typical remedy for defective consent. For instance, as regards the Italian *Codice Civile*, the category of voidability aims at safeguarding any interest of the party that the system deems deserves protection[45]. The reach of voidability is on the one hand protecting the party of unsound mind, or whose consent to the contract is defective, and on the other hand avoiding that

[44] BARCELLONA M., *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, p. 271

[45] ALPA G., *Istituzioni di diritto privato I*, Torino, 2001, p. 367

the counterparty be bound to a different contract than the one for which he gave his consent. The aggrieved party can choose to either set aside the contract or to confirm it the way it was originally conveyed[46]. Therefore, this remedy is available to the aggrieved party, who decides whether to keep the contract or annul it. As a result, party autonomy is respected.

Under article 3.10, the remedy of voidability obeys a slightly different rationale, as the judge can upon request adapt the partially voidable contract, namely the one that contains excessively unbalanced terms to the detriment of a party, in accordance with good faith. In doing so, he will take into consideration the "gross disparity", rather than the defect of consent or the incapacity of the aggrieved party. Good faith will leave room for the judge to adapt the unbalanced terms in conformity with commercial parameters, in a way to give the contract a different arrangement even for the non-aggrieved party.

The risk implied in such interpretation of article 3.10 is that the gross disparity might turn into a means to conform the contract to market economic values. The type of judicial control is similar to the one operated in some systems in order to sanction the voidance (not voidability) of the contract in contrast with *ordre public* of economic protection[47]. An example could be the imbalance of contracts whose parties are opposite economic categories (consumer-business, employer-employee), and of which one is in need of protection for its inferior bargaining position. Legal systems, usually under a principle of *ordre public*, disapprove of immoderate sacrifices of "weak" economic categories and provide for voidance[48]. Conversely, in the Unidroit set of rules there is no reference at all to voidance, and ultimately the lesion of a general interest is brought into the discipline of voidability, which is dogmatically a voluntary remedy.

All things considered, good faith under article 3.10 is functional to the correction of the contract. The judge will recur to international good commercial practices in order to adapt the contract.

[46] Article 1444 *Codice Civile*; the party can maintain the contract by means of a act encompassing the name of the contract, the cause of voidability and a declaration of his intent to validate it.

[47] With regard to Italian law, a contract presenting a gross disparity between performances is deemed void for illicit *causa*, as under article 1343 *Codice Civile*, therefore null as provided by article 1418.2 *CC*. ROPPO V., "*Il contratto*", Milano, 2001, p. 403

[48] *Ibidem*, p. 405. Dogmatically, should the Unidroit provide for voidance of a clause, there would be no room for judicial adaptation of that clause, but only for partial voidance.

1.4 Some remarks on the role of party autonomy

The above scenario obeys a clear *raison d'être*, namely the attempt to restate the relationship between law and market, in the sense that the former does not constitute a barrier for the latter, but rather fosters its equilibrium and productivity. The market, through the judicial intervention, corrects and adapts the contractual undertakings. The wording of article 3.10 offers grounds to affirm that the protection of the disadvantaged party and its consent to the contract seem to regress into a subordinate position compared to the market equilibrium. With regard to "reasonable commercial standards of fair dealing"[49], the judge is entitled to link the contractual exchange with the exchange-equilibrium of a specific point in time, thus unhinging one of the paramount posits of the liberal legal systems, that is party autonomy, or to put it differently the fact that contracts are a sphere in which the outcomes of patrimonial positions of parties exclusively rely on independent and free choices of parties, and not on external factors that overlap their freedom and will[50].

Under article 3.10, after judicial adaptation, parties can find themselves bound to different undertakings than the ones for which they had contracted. These changes of prospect have brought some scholars to talk about "death of contract"[51], of contract intended as juridical act; article 3.10 outlines a new contractual justice, not intended as an antithetical value to contractual freedom, but as a corrective standard for the shortcomings of contractual exchanges. Good faith plays a primary role in this type of contractual justice, as particularly in long-term commercial relationships it allows a re-distribution of resources allocated by means of contract in accordance with the market reason, not with contractual freedom. Good faith brings into commercial relationships an idea of contractual justice self-produced by the market conditions. In sum, it is the market that realizes a distributive justice.

The reference to "reasonable commercial standards of fair dealing"

[49] The expression "reasonable commercial standards of fair dealing" of article 3.10 is borrowed from the English Unfair Contract Terms Act (1977) ["reasonable commercial standards"].

[50] Roppo V., *Il contratto*, p. 24

[51] The expression "death of contract" is borrowed from the famous work by Grant Gilmore "Death of Contract", written in 1974 and regarding American law of contracts. Panuccio V., *La buona fede nei contratti commerciali internazionali (principi Unidroit), applicazione alla joint venture*. Relazione all'incontro con gli Avvocati Australiani, *Messina, 26/04/1999*, available at the website http://cab.unime.it/mus/archive/00000012/01/atti_2_1998_5.pdf

recalls the idea of mercantile standards[52]. Even though it inherently recalls an idea of morality, the notion of good faith in the Unidroit is shaped alongside the practices of commercial traffic; therefore, the judicial adaptation in good faith of the contract will oblige parties to comply with such heteronymous criteria of correction of contracts. As said above, the judicial control over the contract will sanction those contracts that are anomalous from a market perspective, and will filter into it values that, although reflecting the economic equilibrium, will be other than the contractual will.

1.5 Some remarks on the Pacta Sunt Servanda principle

Article 3.10 offers to the interpreter the opportunity for reckoning on a stunning change of perspectives in international commercial contract law, which can be referred to as the fall of "sanctity of contracts"[53]. With regard to the innovations brought about by article 3.10, it can be affirmed that contract is no longer seen as the means of regulation of private affairs, completely apart from third parties' intervention. The liberal principle *pacta sunt servanda* is deprived of one of its most peculiar characteristics, namely that contract has force of law between parties, and interferences in it by third parties lie outside the sphere of private autonomy. According to liberal jurists, it is neither the duty of the court nor that of the state to inquire into the fairness or otherwise of the contract; their role is to enforce what the parties have agreed to do, and there is no other "just price" than the one agreed to by the parties, to the extent that there are no grounds for third parties to revise the contract[54]. Exceptions to the *pacta sunt servanda* principle are also present in liberal systems, in a way that freedom of contract does not completely allow parties' *laissez faire*. It has been described above how some systems react to excessive inequalities between undertakings[55]. These doctrines and provisions reflect the intrinsic conflict in general contract law between market efficiency and party

[52] BARCELLONA M., *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, in MAZZAMUTO S. (ed.) "*Il contratto e le sue tutele. Prospettive di diritto europeo*", Torino, 2002, p. 324. The author identifies good faith with the imposition of either the market price or of the market equilibrium of a perfectly competitive market.

[53] The expression is borrowed from ATIYAH P.S., *The rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford, 1979.

[54] NASSAR N., *Sanctity of Contracts Revisited: A Study in the Theory and Practice of Long-Term International Commercial Transactions*, Dodrecht/Boston/London, 1995, p. 216

[55] See paragraph 1.3.1, concerning the normative precedents of article 3.10.

protection (or consumer welfarism), between sanctity of contract and contractual flexibility.

When it comes to the Unidroit Principles it is clear that the fall of sanctity of contracts complies with a completely different policy: the "shift from formalism to flexibility" in transnational commercial contracts dilated the principle of *pacta sunt servanda*[56], to the extent that the judge has much more room to re-write the contract. The value underlying the judicial adaptation/redistribution will not be the protection of the disadvantaged party, as good faith would normally imply[57]. Good faith is seen in many Civil law systems as a limit to contractual autonomy, in the event that contractual exchange would present some deficiencies. Conversely, under article 3.10 UP good faith can become a device for a judicial policing of contracts aimed at favoring contract survival, and in general market efficiency.

The commercial world is more and more polarized towards big affairs, and it has set aside individual freedom in favor of its ideal functioning. Large, worldwide transactions often elude national judicial control, and in such scenarios, the judge will adapt contracts without having the legislation as the higher authority, but rather the market instead. A law that commits itself to the market instead of to the legislation does not place itself below popular sovereignty, the politics, but an idea of justice that is self-produced by the market. But who is the market, if not the actors that play a bigger role in it?

A worthy conclusion for this speculation can be the illuminating words of a renowned Italian scholar, who in dealing with the theme of gross disparity and the judicial control over contracts has affirmed: "beyond the supremacy of the legislation is not the judge who consults justice and wonders about good and evil, but rather there are the dynamics of the society that the market has de-politicized, and beyond political power there is no judicial power, but the modern individualism and the potency of economic calculation"[58]. A society in which the

[56] Berger C.P., *The Relationship between the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the New Lex Mercatoria*, in Revue de Droit Uniform 2000-1, p. 162

[57] di Majo A., *I Principi dei contratti commerciali internazionali dell'UNIDROIT*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1996, p. 289.

[58] Barcellona M., *La buona fede ed il controllo giudiziale del contratto*, *supra*, p. 316. Translated from Italian by the author. The original paragraph reads as follows: "Oltre il primato della legislazione non c'è il giudice che interpella la giustizia e si interroga sul bene e sul male, ma ci sono gli automatismi della società depoliticizzata dal mercato, e oltre il potere politico non c'è il potere giudiziario, ma l'individualismo moderno e la potenza del calcolo economico".

market provides the rule for adapting the contract is an antidemocratic society *par excellence*. That arouses some concern.

A prominent scholar has affirmed that legal texts in the form of draft articles –such as the UP- tend to exert a greater influence on Courts and Arbitrators than legal principles in text books, to the extend that may applied "not *ratione imperii*, but *imperio rationis*"[59]. Moreover, if it is assumed that the UP have gained *opinio necessitatis* the force of a Code of International Commercial Contracts, the above scenarios are even more concerning. Irrespective of the fact that the parties are still to opt in the Principles, these will impose a new and inherently flexible conception of contract.

2.1 DCFR – Introductory notes

A brief introduction to the Draft Common Frame of Reference (hereinafter DCFR) can be helpful to give a complete overview of the concept of *laesio enormis*. Again, within the confines of the present essay it is impossible to analyze the DCFR in depth.

In 2003, the European Commission called for the elaboration of a *Common Frame of Reference* (CFR) in order to ensure more coherence in the area of European Contract Law[60]. The CFR should not result in a binding European code, fully harmonizing the law of contracts of Member States, but set out solutions or model provisions that could be the basis for an optional instrument in the area of European Contract Law[61]. Moreover, it should consist of a "toolbox" whose scope is "to improve the quality and coherence of the existing *Acquis* and future legal instruments in the area of contract law"[62].

To this reach, the most important project has been submitted by the Study Group on a European Civil Code together with the Research Group on EC Private Law (*Acquis Group*). The two networks have

[59] HARTKAMP A.S., *Principles of Contract Law*, *supra*, p. 131. HARTKAMP A.S., *The use of the Unidroit Principles of International Commercial Contracts by National and Supranational Courts*, in Institute of International Business Law and Practice (ed.), *Unidroit Principles for International Commercial Contracts: A New Lex Mercatoria?*, ICC Publications, 1995

[60] Communication from the Commission (2003/C 68/01 FINAL, *An action Plan*) § 59. Staudemayer D., *The Commission Action Plan on European Contract Law*, in European Private Law Review 2003, p. 113

[61] *Action Plan*, § 2 and § 62

[62] Communication from the Commission, COM (2004) 651 FINAL, *European Contract Law and the Revision of the Acquis: the Way Forward*, § 2.1.1

provided an academic draft of what they deemed as the existing common background in Member States' contract law, the DCFR[63]. As said above, the DCFR is not a European Civil Code, in the way the *Code Napoleon*, the *Codice Civile*, the *BW*, or the *BGB* are[64]; in fact, the Commission has relinquished any legislative process, nor has it taken into account any democratic input in the drafting, so that this set of rules remains a professorial attempt to crystallize the existing law, rather than to design a new contract law from the outset, by taking into account national and international experiences (UP, CIGS and PECL)[65], together with the *acquis communautaire*[66]; nonetheless, as like as a "code" it aims at completeness, for its coverage encompasses the whole area of contracts, and even further[67]. It is the most consolidated basis for a political CFR, which is yet to come.

The DCFR as a "toolbox" provides a) model rules[68] b) definitions[69] c) fundamental principles[70]. Model rules are "black letter" rules, meant to help the European legislator in the revision of the existing consumer *acquis*, with a view to giving it more coherence and substance[71]. Definitions clarify the meaning of legal terms and concepts used in the Directives, in order to give the horizontal effect of EC law more

[63] Von Bar C., Clive E., Schulte-Nölke H. (eds.) together with Beale H., Herre J., Huet J., Storme M., Swann S., Varul P., Veneziano A., Zoll F., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Outline Edition, European Law Publishers, Munich, 2009. Hereinafter, the book will be referred to as DCFR.

[64] Von Bar C., *Coverage and Structure of the Academic Common Frame of Reference*, in *European Review of Contract Law*, 3/2007, p. 352

[65] As to the Principles of European Contract law (PECL), see *infra*, paragraph 2.3.1.

[66] Collins H., *The European Civil Code: The Way Forward*, Cambridge Studies in European Law and Policy, 2008, p. 87. Hesselink M., *Common Frame of Reference and Social Justice*, in *European Review of Contract Law*, 3/2008, p. 261

[67] Aside from contracts, the outline edition of the DCFR covers some topics that either do not or only lightly touch on contracts: "Benevolent intervention in another's affairs" (Book V), "Non-contractual liability arising out of damage caused to another" (Book VI), "Unjustified enrichment" (Book VII), "Acquisition and loss of ownership of goods" (Book VIII). Moreover, the same notion of contract is linked to the concept of "juridical act" (Book II), which goes further than the scope of contract. Last but not least, the DCFR contains provision regarding law of obligations and corresponding rights (Book III). Criticism to the structure of the DCFR - at least to the previous (interim) edition of it -has been expressed by Grundmann S., *The Structure of the DCFR – Which Approach for Today's Contract Law?*, in *European Review of Contract Law*, 3/2008, p. 229

[68] DCFR, p. 131

[69] DCFR, p. 545

[70] DCFR, p. 57

consistency[72]. Fundamental principles are abstract reminders to the legislator[73]. They do not have concrete application, but just set the legal framework in which legislative initiatives should take place. Substantively, the Drafters have meant by fundamental principles deep-rooted concepts of private law[74], although the identification of them might be a matter of debate. As to their findings, the four underlying principles of the DCFR are freedom, security, justice and efficiency.

Finally, the DCFR can serve as a basis for an optional code in the area of contract law, in both B2B and B2C fields. It cannot be denied that the form of the DCFR is rather similar to a Contract Code of a Civil Law system, in that it aims at completeness, and unlike the *Acquis Communautaire* it is not targeted towards particular categories of contractors[75].

2.2 Good faith in the DCFR

Some scholars have affirmed that good faith in the DCFR aims at being the "nexus of all legal relationships"[76]. In the "progenitor" of the DCFR, i.e. the Principles of European Contract Law (PECL), good faith is referred to as a "common core of contract law of all the Member States of the European Union"[77]; accordingly, it is one of the most central open clauses in the entire DCFR.

The definitions attached to the DCFR spell out the meaning of good faith *per se*, and together with fair dealing as a whole. Good faith *per se*

[71] Beale H., *The Future of the Common Frame of Reference*, in *European Review of Contract Law*, 3/2007, p. 261

[72] *Ibidem*, p. 263. The author refers to the classical example of the *Leitner* case (Case 168/00 *Simone Leitner* v *TUI Deutschland* [2002] ECR I-2631 (ECJ)). "The ECJ had to decide whether the damages to which a consumer was entitled under the provisions of the Package Travel Directive must include compensation for non-pecuniary loss suffered when the holiday was not as promised. This head of damages is recognized by many national laws but was not recognized by Austrian law. The ECJ held that 'damage' in the Directive must be given an autonomous, 'European', legal meaning – and in this context 'damage' is to be interpreted as including non-pecuniary loss".

[73] *Ibidem*, p. 264.

[74] DCFR, Introduction , p. 10

[75] See footnote n°7

[76] Mekki M. in association with Kloepfer Pelése M., *Good Faith and Fair Dealing in the DCFR*, in *European Review of Contract Law*, 3/2008, p. 339

[77] Zimmermann R. / Whittaker S. (eds.), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, 2000, p. 14. This statement is not exempt from critics. Particularly, the authors doubt whether good faith is a "common core" or an "imposition" on contract law of Member States.

is considered subjectively, as a "sense of erroneous belief"[78], characterized by "an absence of knowledge that an apparent situation is not the true situation"[79]. Such knowledge "would adversely affect the morality of what is done"[80]. Conversely, the DCFR considers good faith and fair dealing as synonyms: the clause refers to an objective behavioral standard, "characterized by honesty, openness and consideration for the interests of the other party"[81].

Regretfully, the DCFR does not provide any other guidance as to concretize good faith and fair dealing. Though, aiming this set of rules at being the "codification" of the European *ius commune* with regard to contracts, reference can be made to what European legal systems – at least the Civil Law ones- generally intend with objective good faith. Overall, the functions of good faith as a standard of conduct overlap with the notorious *trias Papinianaea*, namely the threefold function of judge-made law, or "*ius honorarium*", that is a) "*adiuvare*" b) "*supplere*" c) "*corrigere*" the "*strictum ius* (*civile*)". Under the first function, good faith serves to interpret and concretize civil law; the second function is supplementing the law, by introducing duties of loyalty, protection, information etc.; the third function is limiting the law, by preventing from the abuse of right, from excessive disproportion etc[82].

Although good faith has the aura of an overriding value, the DCFR lacks a general provision that compels parties to act in good faith –such as Article 1.107 of the Unidroit Principles[83]. Thus, it is arguable whether the duty of good faith and fair dealing stands as a fundamental principle that pervades the interpretation of any of the DCFR provisions, or it merely applies when it is referred to in each individual article[84]. Nonetheless, rules on good faith cover almost the entire life of the contract, from negotiations (Article II. - 3:301: Negotiation contrary to

[78] MEKKI M. in association with KLOEPFER PELÉSE M., *Good Faith and Fair Dealing in the DCFR*, p. 348

[79] DCFR. *Definitions*, p. 555.

[80] MEKKI M. in association with KLOEPFER PELÉSE M., p. 348

[81] DCFR, definitions p. 555

[82] Hesselink M., *The Concept of Good Faith*, HARTKAMP A.S., HONDIUS E.H., JOUSTRA C.A., DU PERRON C.E., VELDMAN M. (eds.), *Towards a European Civil Code*, 3rd ed, The Hague, London, Boston: Kluwer Law International, 2004.

[83] See chapter 1, paragraph 1.2

[84] This critic was has been brought forward by WHITTAKER S. in "*The 'Draft Common Frame of Reference' – an Assessment*'", commissioned by the Ministry of Justice of the United Kingdom, November 2008, available at the website http://www.justice.gov.uk/publications/eu-contract-law-common-frame-reference.htm, p. 58

good faith and fair dealing), to avoidance of the contract (Article II. – 7:201: Mistake; Article II. – 7:205: Fraud, in particular fraudulent non-disclosure), to adaptation of the contract (Article II. – 7:207: Unfair exploitation), to performance of obligations (Article III. – 1:103: Good faith and fair dealing), to interpretation of the contract (II. – 8:102: Relevant Matters).

It is apparent that by means of the clause on good faith and fair dealing the Drafters have sought to strike a balance between legal certainty and contractual justice, with a view to ensuring a substantial fairness during the entire life of contracts. Furthermore, by resorting to this general clause, a considerable power of judicial intervention in relation to contracts has been crystallized, as courts have the exclusive monopoly of policing the compliance of contracting parties with standards of good faith[85].

2.3 The concept of "Laesio Enormis" under the DCFR; analysis of Article II. – 7:207: Unfair Exploitation

With regard to the above, an emblematic application of the clause of good faith and fair dealing can be found in the DCFR's way of regulating the *laesio enormis*, which is dealt with in Article II. – 7:207: Unfair Exploitation. It reads as:

> (1) A party may avoid a contract if, at the time of the conclusion of the contract:
> (a) the party was dependent on or had a relationship of trust with the other party, was in economic distress or had urgent needs, was improvident, ignorant, inexperienced or lacking in bargaining skill; and
> (b) the other party knew or could reasonably be expected to have known this and, given the circumstances and purpose of the contract, exploited the first party's situation by taking an excessive benefit or grossly unfair advantage.
>
> (2) Upon the request of the party entitled to avoidance, a court may if it is appropriate adapt the contract in order to bring it into accordance with what might have been agreed had the requirements of good faith and fair dealing been observed.
>
> (3) A court may similarly adapt the contract upon the request of a party receiving notice of avoidance for unfair exploitation, provided that this party informs the party who gave the notice without undue delay after receiving it and before that party has acted in reliance on it.

[85] *Ibidem*, p. 59

The Article provides that a contract involving an unfair exploitation to the detriment of one party can be avoided or modified at the request of the disadvantaged party. There are two circumstances under which the contract can be avoided: first of all, the party is led to conclude a detrimental contract due to a situation of disadvantage, then, the disadvantage must be exploited by the counterparty, who gains an excessive advantage from the contract itself[86].

The article combines both subjective and objective criteria in the appraisal of the grossly unfair disadvantage on the one hand, and the unfair exploitation on the other hand. The party can set aside the disadvantaged contract only if he "can point to some need, weakness or disability to explain what happened"[87]; an indicator of the weakness of a party might be his relationship of trust or his reliance on the advice of the counterparty; consequently, these criteria appear to be rather subjective hypotheses. The party against whom avoidance is sought is to be aware that the advantage gained from the contract is excessive. This requirement of knowledge is set down in rather objective criteria, as it is stated that the party knew or could have reasonably known of obtaining excessive advantage[88]. When it comes to the excessive benefit, it has to be "demonstrably excessive", in that there must be an objective abnormal discrepancy between the "'normal' price or other return" and the profit made by the advantaged party[89]. The "normal" price is to be assessed in relation to the contractual relationship, as it is affirmed that a change of circumstances (i.e. a sudden increase of the price that is not a result of the unfair exploitation) is not a ground for applying the article. As to the grossly unfair advantage, the exchange must not be disparate in terms of money value, but it has to be subjectively detrimental to the party who seeks to avoid the contract[90]. Moreover, when it is clear that the excessive benefit for one party is the result of a gambling loss, the disadvantaged party cannot resort to avoidance[91]

Under paragraph 2, an alternative remedy is offered to both parties, which is the judicial adaptation of the contract by means of substitution of a fair term[92]. The disadvantaged party can claim for the

[86] DCFR (full edition) article II. – 7:207: Unfair Exploitation, Comment A
[87] DCFR (full edition) article II. – 7:207: Unfair Exploitation, Comment B
[88] DCFR (full edition) article II. – 7:207: Unfair Exploitation, Comment C
[89] DCFR (full edition) article II. – 7:207: Unfair Exploitation, Comment D
[90] DCFR (full edition) article II. – 7:207: Unfair Exploitation, Comment E
[91] DCFR (full edition) article II. – 7:207: Unfair Exploitation, Comment F
[92] DCFR (full edition) article II. – 7:207: Unfair Exploitation, Comment G

adaptation at any time, whereas the advantaged party is to request the adaptation promptly after receiving notice of avoidance, and in any case before the party seeking avoidance has acted by relying on it. The Court will consider adapting the contract only if it deems it appropriate under the circumstances.

The disadvantaged party can recover contractual damages[93] in addition to the adaptation of the contract; damages are only limited to the "reliance interest", namely the "amount by which the party is worse off compared to the position before the contract was made"[94].

2.3.1 *Normative origins of Article II. – 7:207*

Article II. – 7:207 has been brought into the DCFR from the mass of *Principles of European Contract Law* (PECL)[95], which are the backbone of the part of the DCFR regarding contracts[96]. In particular, Article II. – .7:207 reproduces almost literally the wording of Article 4:109: *Excessive Benefit or Unfair Advantage* (PECL); some trivial changes are made with regard to paragraph 1(b), 2 and 3, but they do not substantively alter the nature of the article. Therefore, the same remarks for the DCFR article are deemed appropriate also for Article 4:109. The category of "grossly unfair advantage" has a correspondent in the Dutch avoidance under Article 3:44 *BW* paragraph (4), in that "objective unfairness" is not always a requirement for the disadvantaged party to avoid the contract[97]. If the disadvantaged party under other circumstances would not have agreed to the contract, fair market value price does not make the contract legitimate; in other words, if the disadvantaged party was led to conclude the contract under the inducement of the counterparty who influenced his contractual will, the contract can be avoided even though the undertakings do not present a gross unbalance. Unlike the Dutch Civil Code, besides judicial adaptation the advantaged party cannot seek to prevent the avoidance by making a proposal to the disadvantaged party "which removes adequately the prejudice this

[93] DCFR article II. – 7:214: Damages for loss

[94] DCFR (full edition) article II. – 7:207: Unfair Exploitation, Comment G

[95] PECL are available at the website http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/

[96] Hesselink M., *CFR & Social Justice: A Short Study for the European Parliament on the Values Underlying the Draft Common Frame of Reference for European Private Law - What Roles for Fairness*, in *European Review of Contract Law*, 3/2008, p. 343

[97] Hesselink M. / de Vries G.J.P., *Principles of European Contract Law*, Kluwer, 2001, p. 140

party would suffer were the contract to be continued"[98]. Additionally, the notes to Article II. – 7:207 indicate in detail in what circumstances European Legal systems permit avoidance of the contract, which has been obtained by unfair means[99].

2.3.2 Policies underlying Article II. – 7:207

It is apparent that in Article II. – 7:207 the key role is not played by the excessive advantage, but by the unfair exploitation of the aggrieved party. It has been shown that the disadvantage is regulated in a subjective way, as it can be excessive even when the party has not concluded a contract entailing a gross disparity in the undertakings. What is material is that the party against whom avoidance is sought has exploited a particular *status* of the counterparty, and has led the latter to conclude a contract that would not have otherwise concluded. In other words, the causation of avoidance or adaptation of the contract appears to be linked to the unfair exploitation rather than to the discrepancy of obligations in terms of monetary value. *A contrario*, there are no arguments to deny that, in light of the fact that when it comes to commenting on the concept of "grossly unfair advantage" the drafters have highlighted that "a contract may be unfair to a party who can ill afford it even if the price is not unreasonable"[100]. The example provided in comment E on the article is self-explaining: X is a widow living in a "large and dilapidated house". Y generally advises X in business and manages to manipulate her and to have her house sold to him for a market price. Y omits to say that X will not find another place to live in that neighborhood for the amount of money that she received in the transaction. Given that, Y may resort to avoidance. What matters is the exploitation of a relationship of trust between parties, which is the causation of the conclusion of the contract. The advantage is deemed to be grossly unfair not for the reason that it implies a discrepancy in value, but because it is the result of a manipulation of the autonomy of the party.

Owing to the above, it appears reasonable the choice of the Drafters of placing the Unfair Exploitation in the section of the DCFR that

[98] Article 3:54 *BW*. Warendorf H., Thomas R., Curry-Sumner I., *The Civil Code of the Netherlands*, Kluwer, 2009. In addition to the possibility of making a new proposal, paragraph 2 of the Article provides also, as like as the DCFR provision, that both parties can claim for judicial adaptation.

[99] DCFR (full edition), notes p. 573.

[100] DCFR article II. – 7:207: Unfair Exploitation, Comment E

regulates vitiated consent or intention in Chapter 7: *Grounds of Invalidity*, exactly after the three traditional grounds for avoidance in contract law of the Member States, i.e. mistake, fraud, and threats. The DCFR provides the same general remedy for the impairment of contractual will as the one provided in traditional contract law, as the system reacts to an unfair exploitation by means of voidability, which ultimately cures the lesion of a private interest.

As well as the Unidroit Principles, the DCFR sets down the alternative remedy of judicial adaptation of the contract in accordance with good faith and fair dealing, which appears to be the real breaking point with respect to traditional law of contracts. Upon the request of either party, the judge is entitled to adapt the contract with a view to avoiding the unfair exploitation and to restoring the consent to the contract in accordance with what the parties would have agreed on, had they acted in good faith[101]. In sum, the judge is empowered to police party autonomy by referring to a general standard of conduct[102].

2.4 Some remarks on the role of party autonomy

In the DCFR, the principle of freedom of negotiation is enshrined under article II. – 3:301: *Negotiations contrary to Good Faith and Fair Dealing* paragraph 1, which reads:

"A person is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement".

However, the DCFR qualifies freedom of negotiation "by duty"[103], in other words by spelling out the duties by which it is limited[104]. First and foremost, parties are under a duty to negotiate in accordance with good faith and fair dealing[105].

Article II. – 7:207 DCFR seems to abide by the same protective *ratio*,

[101] Eidenmüller H., *Party Autonomy, Distributive Justice and the Conclusion Contracts in the DCFR*, available at the website http://ssrn.com/abstract=1334648

[102] In Chapter 3, it will be analyzed what underlying values the judge will take into consideration when adapting the contract in accordance with good faith.

[103] Comment C, article II.-3:301 *Negotiations contrary to Good Faith and Fair Dealing*

[104] Fages B., *Pre-contractual duties in the Draft Common Frame of Reference – What relevance for the negotiation of commercial contracts?*, in *European Review of Contract Law*, 3/2008, pg. 306. The author criticizes the fact that freedom of negotiation "is hidden" in book II – section 3 Negotiation and Confidentiality duty.

[105] Beale is of the same opinion, for he affirms that the assumption of the CFR is that freedom of contract should be qualified (by adopting protective measures). Beale H., *The Future of the Common Frame of Reference*, supra, p. 263

since party autonomy is to be recollected in what a standard of good faith and fair dealing requires. It cannot be denied that the judicial adaptation of the contract will rest on an idea of substantive fairness/justice in transactions that is different from the idea of contractual justice that parties gave the contract. In this respect, it is evident that the power of judicial correction of the deficiencies of the contractual exchange has been significantly extended, to the detriment of the *pacta sunt servanda* rule. Furthermore, the absence of a provision – like in the *BW* - that allows the advantaged party to remove the unfair exploitation by making another offer to the disadvantaged party is another symptom of the more intense judicial interference with the formalistic vision of the contract (sanctity).

In addition, the rationale underlying judicial adaptation is characterized by the fact that it should not overlap with the contractual will of parties, insofar as the judge will intervene by means of a process of self-integration of the contract. As stated above, the judge will project on the unfair exploitation what the duty of good faith and fair dealing would have compelled parties to do. The rule permits an analysis of the subjective meaning attached to the contractual terms by the parties, aside from strict formalism.

The judge will police the contract by referring to an idea of fairness that is similar to the Common Law doctrine of "reasonable expectations of the parties", in that parties are kept from using their discretion for scopes that are extraneous to the reasonable expectations that are brought about by the contract[106]. The statement is not far from the view of Lord Steyn, who affirmed that "encouraging good faith and fair dealing in contract would result in the protection of reasonable expectations of contracting parties"[107]. The expectations at stake are only the ones that are two-sided, namely those that parties either knew or ought to have known of[108].

From a political perspective, some authors have explained the obligation of avoiding unfairness in contract by referring to a constant in Member States' modern private laws, which have been deeply affected by the social justice concerns of the 20th century. The

[106] VETTORI G., *Diritto dei contratti e 'costituzione' europea regole e principi ordinanti*, Milano, 2005, p. 158; For a better understanding of the doctrine of "reasonable expectations of the parties" see SMITH S.A., *The Reasonable Expectations of the Parties: an Unhelpful Concept*, 2009, available at the website http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1349995

[107] HOWELLS G., NORDHAUSEN A., PARRY D., TWIGG-FLESNER C. (EDS.), *The Yearboook of Consumer Law 2007 1 – Consumer Protection Law and Legislation*, 2007, Ashgate Publishing Lt., p. 4

[108] *Ibidem*, p.5

socialization of private law has paved the way for the idea that, notwithstanding party autonomy and freedom of contract, parties are not entirely free and autonomous in reality[109]. Therefore, private law - and particularly contract law - is to embrace protective provisions.

In conclusion, if paragraph 2 of Article II. – 7:207 is considered *per se*, the interpreter must conclude that "the emancipation of good faith occurred together with the decline of party autonomy"[110], and that the judge is entitled to correct (*ius corrigere*) the contractual exchange and intrude into a field in which the "binding force of what parties had freely agreed to"[111] is sovereign. Parties, after judicial intervention, will inevitably be bound to something other than the original contract. However, in this specific circumstance, the judge will measure the fairness of contractual terms in a way that, although heteronymous, is as close as possible to the subjective interpretation of contractual undertakings, as he will police the fairness of consent to the contract, rather than the fairness of the agreed price.

2.5 Some remarks on the Pacta Sunt Servanda principle

The analysis of the DCFR regime on the *laesio enormis* offers a new opportunity to reckon on how the *Pacta Sunt Servanda* rule is inevitably weakened. The contract has lost its typical function of regulation of private exchange, and has become a subject matter whose appropriateness can be controlled by the judge. However, this control is characterized by reasons of protection. A prominent scholar has affirmed that in the new European Contract law the protection of contractual fairness is a fundamental principle, which "is to be situated on the same level as the principle of freedom of contract and without any signs of subordination to the latter"[112].

Article II. – 7:207 contains protective provisions, as it authorizes on the one hand the party to avoid the contract to which the consent was not freely granted, and on the other hand the judge to adapt the contract

[109] *Ex plurimis*, Hesselink M., *CFR and Social Justice*, Centre for the Study of European Private Law, Working Paper Series n. 2008/08, Amsterdam / Brussels, available at the website http://ssrn.com/abstract=1270575, p. 15. A broader reflection on social justice will be made in Chapter III.

[110] Hesselink M., *The Concept of Good Faith*, *supra*, p. 147

[111] *Ibidem*

[112] Lurger B., *The 'Social' Side of Contract Law and the New Principle of regard and Fairnes*", in *Towards a European Civil Code*, supra, p. 281. The author calls this new principle of Contract Law "principle of regard and fairness".

in accordance with good faith. That is an unequivocal sign of the "decline of the abstract nature of contract law"[113] and of a new vision of contract, entailing the possibility to take into account various special circumstances of the contract and the quality of the parties.

The limitation of the rule *Pacta Sunt Servanda* is not only a reaction to the formalism of contract law, but also an attempt to correct substantial unfairness of contract[114]. No one can doubt that a drawback of this approach is the thinning of legal certainty, in that the disadvantaged party can set aside the contract by proving his weakness, need, improvidence or ignorance; in other respects the Court will have a greater margin of appreciation in assessing whether those impairments led to a disproportionate advantage, as it will not be subordinate to a code, but to a clause that has "no content at all"[115]. Furthermore, in the adaptation of the contract, never could the judge reconstruct the will of parties in perfect compliance with what they would have agreed to, had they acted in good faith. The judge cannot know if the contract would have even been concluded if the bargaining situation had been equal[116]. In sum, both the validity and the survival of contract are closely linked to situational conditions of parties, rather than to the binding force of the consensus.

Moreover, the DCFR institutionalizes this new technique in general contract law: the possibility to avoid (non-negotiated) contractual terms that imply unfair exploitations ("significant imbalance") can be regarded as a cornerstone of the *Acquis* in consumer contracts[117]. The

[113] *Ibidem*, p. 284

[114] Hesselink M. / de Vries G., *Principles of European Contract Law*, 2001, Kluwer, p. 58. The authors refer to Article 4:109, however this statement can be deemed valid for Article II. – 7:207 as well.

[115] Kennedy D., *The Political Stakes in 'Merely Technical' Issues of Contract Law*, in *European Review of Private Law*, 1/2001, p.19; Hesselink M., *The Concept of Good Faith*, *supra*, p. 156; Zimmermann R. / Whittaker S. (eds.), *Good Faith in European Contract Law*, *supra*, p. 262

[116] Hesselink M. / de Vries G., *Principles of European Contract Law*, supra, p. 57

[117] Council Directive 1993/13 EEC, on Unfair Terms in Consumer Contracts. Article 6 contains a provision allowing consumer to avoid a standard terms if, contrary to good faith, causes a significant imbalance in parties' rights and obligations. The control operated by the judge is similar to the one under Article II. – 7:207, as it aims at directly controlling the substantive fairness of standard terms. See Beale H., *Legislative Control of fairness: The directive on Unfair Terms in Consumer Contracts*, in Beatson J. - Friedman D. (eds.) *Good Faith and Fault in Contract*, Oxford, 1997, p. 242; Collins H., *Fairness in Agreed Remedies*, in Willett C. (ed.), *Aspects of fairness in Contract*, London, 1996, p. 100 Moreover, the Directive rejects the *justum pretium* doctrine, in a way that is similar to the DCFR unfair exploitation, in that relief is granted to the party irrespective of the difference in value between performances, but as a result of some deficiencies of the bargaining situation.

DCFR brings the same idea of restoring the "initial position"[118] between parties into general law of contracts, since Article II. – 7:207 is applicable regardless of whether the contract was a B2C contract, or contained standard terms, or was not individually negotiated.

The main difference with consumer law is that remedies under the DCFR discipline still remain voluntary, available only to the parties; conversely, when the judge is to police the unfairness of a standard term he will have a greater margin of initiative, as the ECJ has acknowledged the principle that Courts must rule on the unfairness of a standard term on their own motion[119]. Moreover, the ECJ has recently ruled that Article 6 of Directive 93/13 has the same force of law as a norm of *ordre public*, therefore it can be applied by the judge *motu proprio*[120].

In light of the above, it can be affirmed that under Article II. – 7:207 the *Pacta Sunt Servanda* rule fades in favor of the scope of protection of the party whose bargaining power is impaired. In that respect, the DCFR echoes the *Acquis communautaire*, which constantly looks at contracting parties as in turn "the stronger" and "the weaker" one[121]. Within this policy framework, the DCFR introduces a rule of conduct that keeps the advantaged party from gaining unjustified advantages out of the contract. The duty of good faith and fair dealing in Article II. – 7:207 therefore weighs upon parties regardless of their party autonomy, pre-exists the contract itself and imposes protective conducts that are spelled out by Courts[122].

One might affirm that this process lacks a democratic basis, insofar as the judge will adapt the contract by filling the gap that good faith leaves open through policy considerations that are other than the law. On account of the previous considerations about good faith, it cannot be denied that, "it is the judge rather than the legislator who is deciding what the limits of altruism will be"[123].

[118] Hesselink M. / de Vries G., *Principles of European Contract Law*, *supra*, p. 57

[119] Joined Cases C-240/98 to C-244/98, *Océano Grupo Editorial SA v. Rocio Murciano Quintero (and others)*, ECJ 27 June 2000, ECR [2000] I-4941; Case C-473/00, *Cofidis SA* v *Jean-Louis Fredout*, ECJ 21 November 2002, ECR [2002] I-10875; Case C-168/05, *Mostaza Claro v Centro Móvil,* ECJ 28 October 2006, ECR [2005] I-10421; Case C-243/08, *Pannon*, ECJ 4 June 2009

[120] Asturcom C-40/08, ECJ 6 October 2009

[121] Alpa G., *Introduzione al diritto contrattuale europeo*, Bari, 2007, p. 113

[122] Vettori G., *Diritto dei contratti e 'Costituzione' Europea – regole e principi ordinanti*, Milano, 2005 p. 164

[123] Kennedy D., *The Political Stakes in 'Merely Technical' Issues of Contract Law*, in *European Review of Private Law* 1: 7-28 (19; 14,25), 2001, p.19; Gordon R.W., *New Developments in Legal Theory*, in Kairys D. (Ed.), *The Politics of Law,* New York, 1982, p. 281

The above analysis has shown how the judge will adapt the contract; in all likelihood his intervention will be as close as possible to the *ratio* of regard (or altruism, or solidarity) for the weaker party, provided that this has become a fundamental principle of European Contract law.

Part II

3.1 Introductory notes

In this chapter, a comparison will be drawn between what are deemed the main elements of Article 3.10 UP and II. – Article 7:207 DCFR. In the final part, a possible explanation for changes in contract law that these provisions are likely to bring about will be provided. In particular, a brief inquiry on the theme of justice in contracts will be made. A disclaimer applies to the second part of this chapter: the briefness of the format prevents from being more extensive and from in-depth surveying the field of justice in contract, thus the reader must consider the explanation part as a partial account on some current trends in legal developments and academic research, in particular on the redistributive function of contract law, and how it can find justification in modern ultra-national contract law.

3.2 Comparison

After having analyzed the provisions of the Undroit and those of the DCFR regarding the *Laesio Enormis*, it is worth drawing attention to some similarities and differences of the systems at stake. As a general observation, it can be stated that, although Article 3.10 UP and Article II. – 7:207 DCFR have a rather similar structure and both eventually cure the same problem of the contractual relationship, namely the unfairness of undertakings, they present a substantially different approach in both regarding and tackling the disparity.

As to the core element of the two disciplines, the Unidroit is based upon the economic gross disparity of undertakings between parties, whereas the DCFR is based upon the exploitation of some weakness of a party, which can or cannot result in a contract that is economically detrimental to the disadvantaged party. In the Unidroit Principles, it has been seen that the occurrence of the unfair exploitation or of some state of need, distress or ignorance of the disadvantaged party is merely a concurrent factor in the annulment of the contract; conversely, the DCFR looks at the contract that was concluded by taking advantage of the above weaknesses of the party as a disadvantageous contract *ipso facto*.

Furthermore, the exploitation can result either in an "excessive benefit" (subjective) or in a "grossly unfair advantage" (objective)[124].

In the UP, the advantage gained from the contract presenting a gross disparity appears to be merely economic[125]; conversely, the DCFR provides that the unequal bargaining is relevant regardless of the economic disparity between undertakings[126]: there is unfair advantage whenever the party has exploited a particular status of need, ignorance or dependence of the aggrieved party, in a way that had the latter been entirely able to master his consent, he would not have contracted at those conditions. Again, one difference is emblematic, that under the DCFR even a transaction at a market price could be annulled if it arose out of an unfair exploitation, while under the Unidroit the market price itself is considered as the main factor in the evaluation of the gross disparity. In the UP, there does not appear to be the same attention for the vitiated intention of the advantaged party, as opposed to the DCFR, where the question of defective intention is of paramount importance in the construction of the norm.

Some remarks can be made as to the above point, above all the fact that the UP tend to a more objective assessment of the disparity[127], whereas in the DCFR the ascertainment of the exploitation is based upon subjective elements[128]. The DCFR tackles contracts that are vitiated by an unequal bargaining, whereas the UP tackle mere unbalanced contracts, in other terms the simple *laesio enormis*[129].

The objective approach has in the opinion of the writer the inherent advantage of creating more legal certainty than the subjective one: the aggrieved party will have fewer difficulties to prove the extreme imbalance of undertakings by comparing the agreed price with the market price, than by ascertaining his status of economic distress, improvidence, ignorance or lack of bargaining skills, together with the exploitation of those. In this respect, the UP provision is closer to the *iustum pretium* doctrine[130].

[124] Article II. – 7:207, paragraph 1(b).

[125] See paragraph 1.3.2

[126] See paragraph 2.3.2

[127] See paragraph 1.3.2

[128] See paragraph 2.3.2

[129] Beale H., Hartkamp A., Kötz H., Tallon D. (eds.), *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Oxford, 2002, p. 483

[130] Again, the reader is to bear in mind that the subjective weakness of the disadvantaged party is not absent in the UP, however it has a marginal role in the provision.

The advantage of the subjective approach is the aptness to control both procedural and substantial fairness: the contract is deemed enforceable, unless some subjective deficiencies are proved affecting the agreement, irrespective of the agreed price, which, as it has been seen, can also amount to the market price. In other words, in the DCFR the lesion is to be "qualified"[131], in that the extreme imbalance does not suffice to prove the exploitation –it cannot even take place!-, but different concurring factors need to be proven, such as the subjective weakness of the aggrieved party, the knowledge of such weakness by the advantaged party, and finally the exploitation by taking advantage of such weakness. However, the proof of an aleatory subjective weakness is not as readily available to a party as the proof of the price unfairness: in this respect, the DCFR does not tackle the question of the *iustum pretium* at all. Another drawback is that, were the DCFR to be applied in national Courts, the judicial appreciation of the disadvantaged party's subjective weakness and of the exploitation could be fragmented across the EU, as it would be linked to Member States' legal traditions[132].

Overall, Article II. – 7:207 DCFR may have a more extensive reach than of Article 3.10 UP, as it is suitable for sanctioning both the economic unfairness of the transaction and other types of unfair advantages[133]. In fact, paragraph 1(b) of the Article provides that the advantaged party is to either gain "an excessive benefit or grossly unfair advantage" out of the other party's situation of weakness. The use of the conjunction "*or*" is inclusive, and brings the interpreter to conclude that the scope of the DCFR provision is broader.

It has been seen that both gross disparity and unfair exploitation are voluntary remedies, as the judge cannot *ex officio* annul nor adapt the contract. Whereas the DCFR rule bears a clearer resemblance to the remedies for vitiated consent (or intention)[134], which can be pleaded for

[131] Beale H., Hartkamp A., Kötz H., Tallon D. (eds.), *Cases, Materials and Text on Contract Law*, p. 433. Lando O., *Principles of European Contract Law and Undroit Principles*, in 8 *Uniform Law Review*, 2003, p.123

[132] Hesselink M. / de Vries G.J.P., *Principles of European Contract Law*, Kluwer, 2001, p. 58. This criticism is addressed to Article 4:109 PECL, however it can be deemed valid for the DCFR as well. Furthermore, Hesselink points out that in the DCFR "an unfair price doctrine should at least have been considered. See *Common Frame of Reference and Social Justice*, in *European Review of Contract Law*, 3/2008, p. 261

[133] Beale H., Hartkamp A., Kötz H., Tallon D. (eds.), *Cases, Materials and Text on Contract Law*, p. 486.

[134] For a further analysis of the institution of vitiated consent or intention in the DCFR, see paragraph 3.2.

only by the party, the UP remedy, although voluntary, has more similarities with voidance of the contract for illicit *causa*, on the grounds of contrast with *ordre public* of economic protection. What in the general contract laws of Civil Law systems is considered as a lesion of a general interest, in the UP is recollected in the category of lesions of private interests. The reason underlying this policy is that in traditional contract law voidance (or partial voidance) is at odds with judicial adaptation[135], and a void contract (or clause) cannot be judicially adapted and re-enforced between parties. In the UP there is no reference at all to the category of voidance, and the choice is justified in the opinion of the writer by reason of favoring the contract's conservation, since this principle is one of the most consolidated acknowledgements of the *Lex Mercatoria*[136]. Indeed, according to a famous legal doctrine "the principle of *'favor contractus'* correlates with the general significance of the contractual consensus of the parties as the driving force behind the creation and the evolution of transnational commercial law"[137].

The point of law on which the two articles at stake mainly differ between one another is the judicial adaptation of the contract[138]. In the UP, the Court may adapt the contract presenting a gross disparity only upon request of the party entitled to avoidance; conversely, in the DCFR adaptation is available to both parties, and the Court can adapt the contract only if appropriate under the circumstances. Aside from what has been affirmed in the analysis of the two provisions, in both systems a new concept of contract is put forward: on the one hand, the contract is no longer seen as an intangible act from outside[139]; on the other hand the contract is a relationship subject to the judicial integration/conservation, aiming at re-balancing the economic

[135] For instance, see Article 1444 of the Italian Civil Code, § 139 BGB "Partial invalidity".

[136] One specific need of international trade practice is the *favor contractus*, namely the limitation of the number of cases in which the validity or the existence of the contract may be questioned, or in which the contract may be terminated before time. The choice of the UP drafters seems to comply with this need. Treitel G.H. *Remedies for Breach of Contract*, in von Mehren A. (ed.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, 2008, Martinus Nijhoff Publishers / Brill Academic,Vol. VII, p. 121. Barman H.J. – Dasser F.J., *The New Law Merchant and the Old: Sources, Content and Legitimacy*, in: Carbonneau T.E. ed., *Lex mercatoria and Arbitration,* 2nd ed. (The Hague/London/Boston), 1997

[137] Berger K.P., *The Creeping codification of the Lex Mercatoria*, Kluwer, The Hague/London/Boston, 1999, p. 162

[138] See paragraphs 1.4 and 2.4

[139] Alpa G., *Introduzione al Diritto Contrattuale Europeo*, 2007, Bari, p. 113

programme of the parties.

Finally, the role of good faith in the UP differs from the one in the DCFR. Although in both systems the judge is empowered to adapt contractual undertakings by referring to this general standard of conduct, the underlying values that the judge will take into consideration in the adaptation are different. Good faith in Article 3.10 is first of all a rule that allows the market to function, a protective principle against market failure. Judicial control is operated in a way to correct the gross disparity by referring to "reasonable commercial standards of fair dealing"; therefore, the standard of judicial control over the contract will be the fairness of the contract according to commercial standards.

In the DCFR, the good faith and fair dealing clause stands as well as a doorway through which the judge corrects and supplements the contract; however, from the above analysis it has resulted that judicial adaptation is carried out in terms of broadening the obligations between parties, and of fairly balancing parties' interests in the contract. It can be concluded that good faith in the UP is a default rule for the functioning of the market, while good faith in the DCFR is a default rule for the contractual equilibrium. In the UP, the judge will find a concretization for good faith outside the contract, whereas in the DCFR good faith will be concretized with a view to parties' expectations. Thus, in the UP, the approach of the judge will be objective, while in the DCFR it will be rather subjective.

3.3 Explanation – The standards of justice of the two systems

What is a "just" contract? The question of justice in contract law inescapably affects the processes of alignment of international commercial contract law, and of the further harmonization and possible unification of European contract law. The impossibility of policing the fairness of the exchange price has led to a massive use of general clauses, such as good faith, aimed at giving the contract a new arrangement, in which Courts are entitled to use their discretion in order to assist the contractual circulation of goods on the one hand, and the interests of parties in the contract on the other hand.

In surveying and pursuing justice in contracts, the judge is no longer backed up by party autonomy and by the parties' capacity of self-determination[140]. As a matter of fact, the reflection on the *Laesio Enormis* in the UP and in the DCFR demonstrates that some dogmas of the traditional law of contracts have been eroded, to the advantage of a

more realistic and penetrating interference with contractual efficacy and inefficacy[141]. The evaluation of the content of the contract is no longer remitted to structural elements, such as the *causa* and the will of the parties[142], but to rationality control performed by the judge. In this context, the judge does not spell out the law (judge as *bouche de la loi*), but corrects freedom of contract by means of good faith[143]. The analysis has shown that the judge will deal with liberal tendencies on the one hand, and solidarity on the other hand. It follows that in both systems at stake there are significant signs of the overcoming of the liberal conception of the 19th century, in that contract law is considered as a neutral, apolitical, non-instrumental law, in which party autonomy is the first and foremost value[144]. In fact, both Articles 3.10 UP and II. – 7:207 DCFR have offered a valid argument to affirm that uniform laws of contract cannot avoid being of a colour, or to put it differently cannot elude the imposition of standards of justice[145].

3.3.1 Mercantile justice underlying the gross disparity in the Unidroit Principles

In the UP, the judicial interference in the agreement on the undertakings is justified by reason of fostering the circulation of goods and services. This causes an impairment of party autonomy. The most

[140] VETTORI G., *Diritto dei Contratti e 'Costituzione' Europea – Regole e Principi Ordinanti*, Milano, 2005, p.125

[141] BRESCIA V.U., *Morte e Resurrezione della Causa: Rimedi*, in MAZZAMUTO S. (ed.), *Il Contratto e le tecniche di Tutela*, Torino, 2002, p. 241

[142] In both UP and DCFR, the absence of *causa* in the contract does not affect the validity of it. See Principle 56 and Article II. – 4:101 DCFR; likewise, see Article 2.1.1 UP.

[143] It has been described how the process of judicial integration-adaptation of the contract arouses some concerns in terms of lack of democratic support (paragraphs 1.5 and 2.5). Some authors justify the more intense role of the judge, beyond his mere affirmation of law, by referring to the distrust in the general role of the law (and of the State) limited to policing the procedural formation of consent (*solus consensus obligat*), and on the contrary to a greater attention to individual rights, protected by the judge through general clauses. BRECCIA V.U., *Morte e Resurrezione della causa: Rimedi*, p. 305. As to the definition of good faith not as a norm, but as a mouthpiece for new rules, see HESSELINK M., *The Concept of Good Faith*, HARTKAMP A.S., HONDIUS E.H., JOUSTRA C.A., DU PERRON C.E., VELDMAN (EDS.), *Towards a European Civil Code*, 3rd ed, The Hague, London, Boston: Kluwer Law International, 2004.

[144] LURGER B. *The Future of European Contract Law between Freedom of Contract, Social Justice and Market Rationality*, in *European Review of Contract Law*, 1/2005, p. 448

[145] GRUNDMANN S., *European Contract Law(s) of what colour?*, in *European Review of Contract Law*, 2/2005, p. 184

abrupt consequence of giving axiological precedence to the contractual-commercial operation, rather than to the subject that realizes it, is the lack of choice of the party. The contractor is firstly a market operator; his rationality is bound to the market dynamics, which aim at safeguarding the existence of the contract, with a view to perpetuating the market itself. The standard of justice imposed on the contract is the fairness of the contract according to commercial standards; therefore, the "mercantile" reason has a greater relevance than the defect of consent, when it comes to policing a contract implying a gross disparity. That mercantile equity brings the interpreter to behold a new *nomos* of international commerce in the era of global economy, in which the idea of justice is not produced by any national sovereign law, but by the economic phenomena that the law itself should discipline. The *regula iuris* is no longer projected on the individual, in a way that it arises out of legislation and ultimately out of political consent (democracy), but seeks its legitimacy and meaning in commercial contracts between big companies and the economic calculus overriding them. This tendency is closely linked to the passage from the international commercial law, whose main instrument is represented by the convention between States, to ultra-national commercial law, in which the mercantile practice establishes itself as sovereign rule for the contract. The concept of ultra-national law implies that uniform commercial law does not epitomize the identity of a country, nor does it have a territory or a people as a reference. Rather, it is gathered around the ideal market perspective, together with the need of protection against market failure[146].

Owing to the above, it is clear that the *ratio* underlying the *Laesio Enormis* in the UP is functionalist and instrumental, and Article 3.10 is not only a default provision sheltering party autonomy from the incompleteness of contractual regulation. Article 3.10 seeks to protect the market, rather than the interests directly related to parties, and to correct contractual conducts with a view to prevent contracts from hindering the functioning of the market. Party autonomy is functional to the market, as the failure of it is seen as a harsher occurrence than the collapse of parties' regulation. The UP intervene on those contracts that are likely to destabilize the market equilibrium; this discipline is not

[146] In the UP, mandatory rules, such as Article 1.7, are meant to protect the interests that cannot be adequately promoted by the contract, first of all protection against the market failure. GAMBARO A., *Contratto e Regole Dispositive*, in *Rivista di Diritto Civile*, 1/2004, p. 16

neutral at all, and again shows how contract law is capable of adhering to a scope or a form of justice, in this specific case "ordoliberal" justice[147], in which the welfare of individuals seems to only depend on the functioning of the market[148].

3.3.2 The social dimension of unfair exploitation in the DCFR

The analysis of Article II. – 7:207 evokes the question of social justice in private law, which amongst other things appears to be one of the focal points of the debate on the unification of European Contract Law. It is impossible to analyze the theme of socialization of contractual obligation in depth[149]. It suffices to bring to mind that this rule of the DCFR finds a more solid justification in distributive motives than in the rectification of unequal bargaining power, or of information asymmetries, between parties[150]. It has been seen that, amongst other things, unfair exploitation is not causally linked to the discrepancy of bargaining power between parties, but to a mere failure of one party, that was not able to grasp the utmost benefit out of the contract. The rationale of the unfair exploitation is similar to those of mistake, fraud and violence, but at the same time this provision cannot be entirely aligned with the remedies for defect of consent. The section of the DCFR in which mistake, fraud, violence and unfair exploitation are grouped is indexed under the heading "Vitiated Consent or Intention"[151]; therefore, it seems more plausible that the unfair exploitation is a ground of invalidity for defect of intention rather than defect of consent, for the

[147] Ordoliberal theory holds that the role of the State is merely the creation of a legal environment suitable for the economy, and the maintenance of a healthy level of competition through measures that adhere to market principles. This concept has had great resonance in European Private law as well. In favor of an ordoliberal approach see, SMITS J.M., *The Draft-Common Frame of Reference, Methodological Nationalism and the Way Forward*, in *European Review of Contract Law*, 3/2008. Against such approach, SEE HESSELINK M., *A Spontaneous Order for Europe? Why Hayek's libertarianism is Not the Right Way Forward for European Private Law*, available at the website http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1270566

[148] LURGER B. *The Future of European Contract Law between Freedom of Contract, Social Justice and Market Rationality*, p. 452

[149] *Ex plurimis* KENNEDY D., *Form and Substance in Private Law Adjudication*, in *89 Harvard Law Review*, 1976, p.1685

[150] As to the tension between unequal bargaining and distributive motives, see KENNEDY D., *Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power*, in 41 Maryland Law Review, 4/1982, p. 563

[151] DCFR Outline Edition, Chapter 7 (Grounds of invalidity), Section 2, p. 209

reason that also in the DCFR the three traditional hypotheses of defective consent (mistake, fraud, coercion) imply that the advantaged party has deliberately adopted a deceptive or violent conduct, aiming at impairing the consent of the aggrieved party, whereas in the unfair exploitation he can also have simply taken excessive advantage of the circumstances[152], in a way that is unfair, and let alone the deceit. The traditional categories of contractual obligation cannot explain a remedy for defective intention of the advantaged party, since it is based on the dogma of free will, and on the formal-objective interpretation of contractual undertakings.

In the DCFR, the threshold of voluntariness of the agreement goes beyond the absence of physical coercion and fraud, and encompasses some forms of advantage-taking involving non-physical coercion[153]. As a result, this approach can hardly be explained by resorting to the traditional doctrine that renders contractual operations voidable only when the subject has not freely entered into them. A system that refuses to enforce contracts that are affected by fraud, economic duress or incapacity would be a "truly neutral" one[154], as these rules preserve the correct formation of contractual will. Conversely, any rule aiming at preventing exploitations of the superior bargaining power of a party goes beyond the default scope of contract law, which is the support of party autonomy without overruling it.

There is an intrinsic political bias in the discipline of *laesio enormis*. The unfair exploitation rule involves a different judicial role, as Courts are granted an "excursion into policy or social engineering" when dealing with unfair intentions of a party[155]. In traditional autonomy oriented contract law, Courts are generally banned from policing the risks of the economic operation implied in the contract, as this risk must be borne by parties[156]; the economic convenience of contractual operations cannot be but appreciated by referring to subjective circumstances of the party, that are by and large excluded from judicial appreciation. These aspects support the claim that the unfair

[152] See in particular Comment E of Article II. – 7:207 DCFR

[153] KRONMAN A.T., *Contract Law and Distributive Justice*", in *89 Yale Law Journal*, p. 478

[154] KENNEDY D., *Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law…*, p. 623

[155] *Ibidem*,

[156] BARCELLONA M., *Concetto di errore e delimitazione della disciplina*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XV, entry: *Errore*, Milano, 1999. Under the comments of Article II. – 7:207, it has been clearly affirmed that Courts are ultimately entitled to evaluate the economic convenience of the contract on behalf of the disadvantaged party. See Comment G.

exploitation under the DCFR cannot be construed as a logical deduction from the principle of freedom of contract.

Unfair exploitation is neither a defense against fraud, nor against objective economic duress[157], nor against a manifest incapacity. Rather, the drafters have hereby refused to enforce "agreements that are the product of the superior power of one party, rather than of the consent of both"[158]. Unlike in general contract law theory, in the DCFR freedom of contract is not the sole motive in the law making[159], but when dealing with the concept of *laesio enormis*, the drafters have touched upon the issue of distributive justice. The assumption is easy to demonstrate: traditional contract law seeks to realize corrective justice, namely an equation between advantages and disadvantages arising out of contractual relationships (eg. goods against price)[160]. Given that parties are free to make decisions and to freely modify their juridical reality, the role of contract law is rendering voluntary agreements binding, thus any control over the distributive effects produced by contracts is excluded from its reach. As long as contract law is restrained to that, Courts will not be concerned with the question whether a certain transaction is just, for the reason that such appraisal is to be left to parties[161]. However, in such a scenario rules such as Article II. - 7:207 DCFR cannot find justification; thus, the interpreter is to refer back to the premise and assume that under some circumstances European contract law tackles the question of redistributive effects[162]. The discipline of *laesio enormis* in the DCFR is attached to the other way of conceiving justice, for the control over the defective intention of a party who unfairly exploits some weaknesses of the other bears a clearer resemblance with the Aristotelian concept of distributive justice, in that the relationship between the advantages and disadvantages arising out of the

[157] It has been seen that the economic disparity between undertakings is not an overriding criterion for assessing the voidability of the contract under Article II. – 7:207. See Chapter 2, paragraph 2.3.2

[158] Kennedy D., *Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law…*, p. 570

[159] Atiyah P., *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford, 1979. With regard to the social trends of European Private Law (and of the DCFR), see *supra*, paragraph 2.5.

[160] Aristotle, *Nicomachean Ethics*, translated by W.D. Ross, Oxford, 1908, Book V

[161] Collins H., *La Giustizia Contrattuale in Europa*, in *Rivista Critica di Diritto Privato*, 2003, p. 276, and in Somma A. (ed.), *Giustizia Sociale e Mercato nel Diritto Europeo dei Contratti*, Torino, 2006, p. 90.

[162] Various Authors, *Social Justice in European Contract Law: a Manifesto*, in *European Law Journal,* Vol. 10, No. 6, November 2004, pp. 653–674

contract is proportionally related to parties' merits[163]. The system reacts to an advantage that is alleged unfair on the grounds of an iniquitous conduct of the party, which although deplorable on an extra-judicial level, is neither fraudulent nor illegal according to the formalistic view of contract law. The implicit effect of this provision is the reduction of substantially unfair contracts.

When it comes to the distributive effects that the "unfair exploitation" seeks to realize, it must be also highlighted that this provision inevitably has instrumental effects. The DCFR is not only a set of rules aiming at guaranteeing the smooth functioning of the internal market, but also implies instances of solidarity, which emerge clearly in Article 7:207. The judicial intervention on the contractual equilibrium –either annulment or adaptation- relates to the idea of social justice, which is not a mere "battle cry" of the drafters of the CFR, through which they have sought to attract the sympathies of the EU legislator[164], but describes in concrete one of the dynamics –probably the most important one- of Europeanization of contract law. The idea of social justice echoes in the consumer *acquis*, as only social justice can explain the arrangement of EU consumer law, which provides that "consumers should always have certain rights"[165].

Social justice achieves a "redistributive solidarity"[166], which seeks to correct the inequalities of the negotiation: the judicial control over market transactions is not aimed at ensuring the efficiency and the functioning of the market, but at imposing a political-welfarist rationality over the traditional economic rationality to which contract law normally conforms, in other terms a social rationality that calls forth a different course of relationships between individuals. The reallocation

[163] Aristotle maintains corrective justice as an arithmetic proportion, whose task is to equate advantages and disadvantages of the contract; distributive justice is sketched as a geometric proportion, in which rights and duties are granted in light of people's merits and demerits. See ARISTOTLE, *Nicomachean Ethics*, *supra*.

[164] The Commission has never announced social justice as one the way forward to harmonization/unification of European contract law. Nevertheless, some authors argue that there cannot be a uniform European contract law that is manifestly unjust; therefore the DCFR has to be in accordance with the conception of social justice prevailing in Europe. See HESSELINK M., *Common Frame of Reference and Social Justice*, p. 251

[165] *Ibidem*, p. 261

[166] BARCELLONA M., *Sulla Giustizia Sociale nel Diritto Europeo dei Contratti*, in Somma A. (ed.), *Giustizia Sociale e Mercato nel Diritto Europeo dei Contratti*, p. 82, *Social Justice in European Contract Law: a Manifesto*, COLLINS H., *The European Civil Code: The Way Forward*, Cambridge Studies in European Law and Policy, 2008

of resources reflects the scope of amending the outcomes that market mechanisms produce[167], as the market is deemed not to fully adhere to the instances of social welfare. Unlike consumer welfarism, redistribution is not sought on the account of a systemic disparity in bargaining power between categories of contractors (B2C), but occurs in a more markedly individualistic context. The justice of the contract is not regarded in light of policy choices, such as the protection of consumers, who are inevitably impaired in the mass negotiation, but in light of the acknowledgement that in any private negotiation there is always a weak party. The redistribution does not aim at balancing the information asymmetry with a view to correct the market, but seeks to balance other forms of social inequalities.

Here lies the ultimate scope of the provision on *laesio enormis*: it calls for making social cohabitation more equal, notwithstanding that contract law is the discipline through which egoistical scopes are reached *par excellence*. In the drift towards the profit maximization that has risen in the post-welfare state, the drafters have sought a restraint from the de-socialization of modern society, from the de-politicization operated by liberalism, meaning by politics the ideas that underlie the law making process, which is ultimately the result of the dialectic encounter of all the stakeholders. In the field of contract law, they have become aware that giving axiological priority to the law instead of to the people may lead to the de-politicization of European society, to a society dominated by the technical side of law. A deregulated society is antidemocratic, as it passes over the regulation of the social conflict in silence, therefore leaving it all to the will of the strongest players. In fact, at the core of democracy is not a vague idea of a universal equality, but the people, namely the formant of any political dimension.

This appears to be the *ratio* to which the rules on *laesio enormis* conform. Although private law cannot bear on itself all the redistributive scopes linked to a triumph of a socially just society in Europe, neither can it conceal those scopes nor entrench itself in a dogmatic and self-referential faith for technocracy in law. European Private (in particular, contract) law affects the lives of citizens more than any other field of law[168], moreover, it "is regarded more as instrumental to political,

[167] Wilhemsson T., *Varieties of Welfarism in European Contract Law*, in *European Law Journal*, 2004, p. 720

[168] Hesselink M., *European Contract Law: A Matter of Consumer Protection, Citizenship, or Justice?*, p. 353, available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=946727

economic, social, cultural and other aims, and there is a pervasive use of the functional approach"[169]. Therefore, some room is left for the need of equity and solidarity of society. If it is true, as I believe it is true, that contract law can pursue ethical scopes aside from being only a technical discipline[170], that scope cannot but be the realization of equity, intended as the supreme meaning of justice, namely the inherent force of the law, which "*in paris causis paria iura desiderat*"[171]. After all, who would abide by an unjust law?

4. Conclusions

In this work an attempt has been made to analyze a particular aspect of contract law, namely the impact that a great gap between undertakings, to the detriment of one party, may provoke within contractual regulation. In Roman law this doctrine was called *laesio enormis*, and only referred to the sale of real property. The analysis has been restrained to the Unidroit Principles and the Draft Common Frame of Reference. The findings are that, although liberal-bourgeois laws of contract have circumscribed this doctrine, for it entailed a significant interference with party autonomy, and the "menace" of a judicial control over the transaction price, both the uniform laws at stake encompass provisions curing extremely unbalanced contracts.

It has been seen that the approach of the UP and that of the DCFR are diametrically opposite, in that the UP mainly consider the disparity of undertakings as unlawful when the undertakings are significantly disproportionate, whereas the DCFR insists on the unfair advantage taking of one party, and the disproportion of undertakings is not a requirement of validity. For this reason, it has been argued that the reach of Article II. - 7:207 DCFR may be greater than that of Article 3.10 UP.

After having stressed that both provisions imply a considerable judicial intrusion into the merits of the obligations toward each party,

[169] Hesselink M., *The new European Legal Culture*, 2001, p. 73, available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1029573

[170] Various Authors, *Social Justice in European Contract Law: a Manifesto*, in *European Law Journal*, Vol. 10, No. 6, November 2004, pp. 653–674

[171] Cicero, *Topica*, chapter 4, § 23. L'Epos (Publisher), Palermo, 1994. In classic Roman law, the concept of *aequitas* was inherent in the positive law. The antithesis between *ius* and *equum* was only conceivable as a discrepancy between a positive norm and the whole system. Furthermore, according to Ulpianus the whole *ius* was considered as the *equum*, namely as the *ars equi et boni*. Dig. 1.1.1pr

attention has also been paid to how the two systems have brought significant modifications to the role of party autonomy. It has been affirmed that in the Unidroit Principles freedom of contract is shaped in relation to an ideal market perspective, whereas in the DCFR what may curtail parties' contractual initiative is the protection of what the disadvantaged party subjectively and reasonably expected to obtain out of the contract. In both cases, the systems avoid strict formalism – *Qui dit contractuel dit juste*!- in favor of a rather flexible concept of contract regulation. The policies underlying flexibility have been proved different.

Furthermore, the fall of "sanctity of contracts" that the two systems are likely to bring about has been observed; the idea of contract arising out of the two sets of rules no longer refers to a dual private dialectic, but to a field in which the third judge/arbitrator has much more room to re-write contractual undertakings. Both articles provide for judicial adaptation of the contract upon the request of (one of the) parties, a sign of the progressive overcoming of the *pacta sunt servanda* principle.

Finally, attention has been drawn to the overcoming of the assumption that in the realm of contracts there cannot be political stakes[172]: from a less formal and less positivistic point of view, in the systems at stake, the traditional boundaries between private and public law have not been found insurmountable. In line with the claim of some American legal realists of the last century –"all law is public"-, both the new European and the International Commercial legal cultures seem to regard law in general as largely interdisciplinary[173]. In this perspective, since law can be seen as a matter of politics, it will reflect, inexorably, some choices even in the private sphere, and it will seek to realize some scopes. With regard to the *laesio enormis*, the choice of the Unidroit Principles is protect against market failure, whereas that of the DCFR is to recollect party autonomy in the idea of a broader social solidarity. This is compatible with the difference between the goals of a law that is commercial on the one hand, and those of a law that is oriented towards all contracts on the other hand.

[172] Kennedy rejects this assumption. See KENNEDY D., *The Political Stakes in Merely Technical Issues of Contract Law*, *supra*

[173] HESSELINK M., *The new European Legal Culture*, *supra*, p. 73. DUXBURY N., *Patterns of American Jurisprudence*, Oxford, 1995

GIOVANNI COCOZZA

La disciplina delle città metropolitane

SOMMARIO: 1. La Città metropolitana nella riforma del Titolo V, parte II della Costituzione. - 2. La non attuata disciplina legislativa della Città metropolitana precedente e successiva alla Legge costituzionale 3/2001. - 3. La più recente disciplina contenuta nel decreto legge 9/2012 convertito nella legge 135/2012. - 4. La riforma della Città metropolitana e della Provincia. - 5. Un cenno al problema delle funzioni.

1. *La Città metropolitana nella riforma del Titolo V, parte II della Costituzione*

Nel 2012 si registra, nel panorama istituzionale italiano, una interessante e significativa novità con l'istituzione di alcune Città Metropolitane[1] e la contestuale soppressione delle Province nel relativo territorio. Nel contempo interviene una disciplina della Provincia che, come si dirà, è profondamente innovativa.

La nuova disciplina delle Città Metropolitane è contenuta nel decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito in legge 7 agosto 2012, n.135, e segna, come detto, un punto di svolta di grande rilevanza. Nel sistema viene introdotto, in concreto, questo ente[2] - Città Metropolitana – per

[1] Sul tema delle Città Metropolitane, cfr. F. MERLONI, *Il rebus metropolitano*, Roma, 1986; P. URBANI, *Governi metropolitani e interessi nazionali,* Padova, 1988; M. IMMORDINO, *Area metropolitana e autonomia comunale: un difficile equilibrio,* in *Le Regioni,* 1988, I, 163 ss.; AA.VV., *Le aree metropolitane in Europa,* Bologna, 1994; G. SORICELLI, *Il fenomeno delle aree metropolitane tra riassetto dell'amministrazione locale e riforme costituzionali*, in *Istituzioni del federalismo,* 202, 843 ss.; F. SPALLA, D. BOTTÀ, *Governo e metropoli in Europa: quaranta casi a confronto*, in *Quad. di Scienza Politica,* 2005, 87 ss.; A. MARZANATI, *La questione delle città metropolitane in Italia*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, n. 9/2006, 1121 ss.; S. PIAZZA, *Note in margine ai profili dell'evoluzione normativa ed istituzionale in tema di aree e città metropolitane nell'esperienza italiana*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza,* 2008, 2200 ss.; A. BRANCASI, P. CARETTI, *Il sistema dell'autonomia locale tra esigenze di riforma e spinte conservatrici: il caso della Città metropolitana,* in *Le Regioni,* 4/2010, 727 ss.

[2] Vengono fissati tempi per l'attuazione. Difatti, l'art. 18, comma 1, della Legge n. 135/2012 prevede «A garanzia dell'efficace ed efficiente svolgimento delle funzioni amministrative, in attuazione degli articoli 114 e 117, secondo comma, lettera p), della Costituzione, le Province di Roma, Torino, Milano, Venezia, Genova, Bologna, Firenze, Bari, Na-

il quale vi erano stati molti tentativi, in precedenza, di una disciplina e che, circostanza invero peculiare, aveva ricevuto, pur se non istituito, una regolamentazione a livello costituzionale[3].

La legge costituzionale n. 3 del 2001, con la quale è stato completamente modificato il Titolo V della Carta Repubblicana del 1948, riferito al sistema delle autonomie locali, aveva, come è noto, contemplato nell'art. 114 le Regioni, le Province, le Città Metropolitane ed i Comuni come enti costitutivi della Repubblica accanto allo Stato.

La Città Metropolitana, pertanto, ha ricevuto, in quel momento, non essendo contemplata nella Costituzione del 1948, la diretta previsione costituzionale della sua autonomia ed è stata, così, affiancata ad altri enti già esistenti e già disciplinati da tempo, e cioè le Province ed i Comuni, oltre che le Regioni[4].

Sebbene l'art. 114 della Costituzione abbia, nella sua formulazione letterale, equiparato Comuni, Province e Città Metropolitane con Regioni e Stato, le differenze sono state immediatamente segnalate. Per quan-

poli e Reggio Calabria sono soppresse, con contestuale istituzione delle relative città metropolitane, il 1° gennaio 2014, ovvero precedentemente, alla data della cessazione o dello scioglimento del consiglio provinciale, ovvero della scadenza dell'incarico del commissario eventualmente nominato ai sensi delle vigenti disposizioni di cui al testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, qualora abbiano luogo entro il 31 dicembre 2013. Sono abrogate le disposizioni di cui agli articoli 22 e 23 del citato testo unico di cui al decreto legislativo n. 267 del 2000, nonché agli articoli 23 e 24, commi 9 e 10, della legge 5 maggio 2009, n. 42, e successive modificazioni».

[3] Come nota A. Marzanati, *op. cit.*, 1122 «non è solo la dimensione spaziale e demografica infatti a distinguere le grandi metropoli, bensì una complessa serie di fenomeni che interessano, tra l'altro, l'economia, i servizi, i modelli culturali e le relazioni dei soggetti sul territorio». L'A., peraltro, compie una valutazione anche sulle altre esperienze in paesi europei. In particolare sono oggetto di osservazione le realtà più risalenti di governo metropolitano sperimentata a Londra e, a seguito dell'approvazione della nuova Costituzione, a Barcellona. Sempre in Spagna, le strutture analoghe che riguardano la Grande Madrid e la Grande Valenza; le soluzioni simili adottate dalla *Règion de Bruxelles capitale,* in Francia attraverso le *Communautès urbanes* per le grandi città oltre a *Communautès d'agglomerations* e *Communautès des comune*; in Germania per l'area metropolitana di Francoforte; l'area metropolitana di Vienna; le due città metropolitane di Lisbona e Oporto riconosciute dall'ordinamento portoghese; le regioni metropolitane nei Paesi Bassi ed infine l'esperienza in Polonia.

[4] Cfr. A. Brancasi, P. Caretti, *op. cit.*, 744 «il nuovo ente riceve direttamente dalla Costituzione una prima disciplina in ordine ai contenuti della sua autonomia (statutaria, regolamentare e finanziaria), destinata ad essere implementata dalla legge dello Stato, quanto alla definizione delle c.d. "funzioni fondamentali", agli organi di governo e al relativo sistema elettorale; diviene soggetto destinatario necessario (al pari degli altri Enti locali) di funzioni da parte dello Stato e delle Regioni, secondo la logica posta a base del nuovo art. 118 Cost. (sussidiarietà, differenziazione, adeguatezza)».

to riguarda la posizione dello Stato, la Corte Costituzionale ha subito chiarito che è esso soltanto il titolare della sovranità e così può esercitare una serie di funzioni che gli enti locali non possono svolgere. È stato così precisato che unicamente lo Stato è titolare della sovranità – in virtù della quale esso è chiamato, ad esempio, a determinare i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali (art. 117, comma 2, lett. *m*), ad individuare i principi fondamentali nell'ambito della legislazione concorrente (art. 117, comma 3), ad esercitare il potere sostitutivo in caso di inadempienza degli enti territoriali minori (art. 120, comma 2), a sciogliere il consiglio regionale e rimuovere il Presidente della Giunta regionale che abbiano compiuto atti contrari alla Costituzione o gravi violazioni di legge (art. 126, comma 1), oltre che ad esercitare il potere di revisione costituzionale (art. 138). Ed invero, lo stesso art. 114, al comma 2, definendo enti autonomi (soltanto) quelli substatali e non anche lo Stato, assume che quest'ultimo è qualcosa di diverso e di ulteriore rispetto agli enti locali.

Anche la posizione dei Comuni, delle Province e delle Città Metropolitane differisce da quella delle Regioni, sebbene il comma 2 dell'art. 114 modificato dalla richiamata legge costituzionale preveda che sono tutti enti autonomi con propri Statuti, poteri e funzioni secondo i principi fissati dalla Costituzione. Solo le Regioni, ai sensi dell'art. 117 Cost., detengono la potestà legislativa. E solo per le Regioni vi è una previsione costituzionale specifica, nell'art. 120, che individua gli organi. Così come esclusivamente per le Regioni è previsto in Costituzione il procedimento di formazione dello Statuto nonché i contenuti minimi di tale atto di autoregolamentazione regionale.

Per quanto riguarda, invece, gli altri enti locali, l'art. 117 Cost. novellato assegna esclusivamente alla legge dello Stato la disciplina della legislazione elettorale, degli organi di governo e delle funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città Metropolitane.

Pertanto, se la differenza tra le posizioni di Stato, Regioni e altri enti locali è abbastanza chiara, altrettanto chiaro è che la garanzia dell'autonomia di tali enti sub regionali è, secondo Costituzione, sostanzialmente la stessa per tutti e tre. Si è detto già che la Costituzione rinvia ad una legge statale, per tutti, la individuazione degli organi di governo e delle funzioni fondamentali. Va aggiunto che dalla previsione costituzionale si trae una equiparazione per quel che riguarda la potestà regolamentare, che è attribuita a tutti questi enti per la disciplina della organizzazione e dello svolgimento delle funzioni. Ancora equivalenza si coglie nell'art. 118, al comma 2, laddove tutti e tre gli enti sono titolari di funzioni amministrative proprie e di quelle conferite con legge statale o legge

regionale secondo le rispettive competenze. Infine, questi enti subregionali sono accomunati alle Regioni nel disegno costituzionale della autonomia finanziaria nel nuovo art. 119 Cost.[5].

2. *La non attuata disciplina legislativa della Città metropolitana precedente e successiva alla Legge costituzionale 3/2001*

La riforma costituzionale del 2001, per quel che concerne la Città Metropolitana, costituisce il punto di arrivo e, nello stesso tempo, di avvio, di una serie di discipline legislative nelle quali vi è la previsione di istituzione di questo Ente con una linea che, però, non si presenta del tutto coerente.

Prima dell'intervento della riforma costituzionale, la legge n. 142 del 1990 prevedeva già l'individuazione di nove aree metropolitane con una concreta prima attuazione affidata alle singole Regioni, previa consultazione dei Comuni e delle Province interessate[6]. La previsione degli organi riproponeva quella classica per gli enti locali in Italia basata sulla presenza del Consiglio metropolitano, della Giunta e del Sindaco[7].

Da osservare che alle Regioni era assegnato, in tale procedimento, un ruolo importante, dal momento che la legge regionale avrebbe dovuto individuare le funzioni già dei Comuni e da trasferire al nuovo ente che presentano carattere sovra comunale o comunque necessitano di un intervento in forma coordinata. Sempre la Regione avrebbe dovuto ridefinire le circoscrizioni dei Comuni interessati. Ruolo regionale conferma-

[5] Sul punto cfr. F. Pizzetti, *Il sistema costituzionale delle autonomie locali (tra problemi ricostruttivi e problemi attuativi)*, in *Le Regioni*, 1-2/2005, 49 ss. Sull'impatto del nuovo Titolo V nei confronti del T.U. sull'ordinamento degli enti locali cfr. F. Merloni, *Il destino dell'ordinamento degli enti locali (e del relativo Testo unico) nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2-3/2002, 409 ss.

[6] *Ex* art. 17 comma 2. I successivi commi 3 e 4 prevedevano «*3. Quando l'area metropolitana non coincide con il territorio di una provincia si procede alla nuova delimitazione delle circoscrizioni provinciali o all'istituzione di nuove province ai sensi dell'art. 16 considerando l'area metropolitana come territorio di una nuova provincia. 4. Nell'area metropolitana la provincia si configura come autorità metropolitana con specifica potestà statutaria ed assume la denominazione di «città metropolitana»*.

[7] Cfr. A. Marzanati, *op. cit.*, 1127 dove si rileva che «il criterio adottato dal legislatore per identificare l'area metropolitana era dunque un criterio misto: da un lato si elencavano nominativamente le città capoluogo, ma, dall'altro, non si designavano in maniera altrettanto chiara i comuni da far rientrare nelle rispettive aree, facendosi solo un generico riferimento ad ambiti territoriali enucleabili in base ad una serie di caratteri e criteri distintivi di per sé elastici e suscettibili di valutazioni diversificate e complesse».

to nella fase conclusiva per l'istituzione dei nuovi enti, quando sarebbe stata la loro proposta ad essere posta alla base dei decreti legislativi di costituzione[8].

Nel 1999, la legge n. 265 ripropone un procedimento di costituzione delle Città Metropolitane. Tale legge è interessante, per un verso, perché conferma il ruolo regionale. Infatti sono le Regioni a dover delimitare, questa volta obbligatoriamente, l'area metropolitana, con una decisione che deve essere assunta su conforme proposta dei Comuni interessati[9]. Ed è previsto, poi, per la costituzione della Città Metropolitana nell'ambito dell'area metropolitana, un ruolo centrale del Comune capoluogo e dei Comuni interessati che, con un procedimento complesso, possono avanzare la proposta alla Regione che, a sua volta, la presenta alla Camera.

Ulteriore elemento di rilievo è che, sempre alle Regioni, viene data la possibilità di individuare ambiti sovracomunali ottimali per l'esercizio coordinato di funzioni degli enti locali, attraverso forme associate e di cooperazione in una serie di materie che sono sostanzialmente quelle già individuate per le competenze delle Città Metropolitane[10].

Questo secondo punto propone all'attenzione un tipo di intervento che, poi, sarà molto simile a quanto realizzato nel 2012 quando, come si vedrà, la Città Metropolitana si mostra soprattutto tesa all'esercizio coordinato di funzioni sovra comunali e sembra perdere quota politica.

A conferma del ruolo in quel momento riconosciuto alle Regioni, è da dire anche che sono intervenute leggi regionali ad individuare l'area metropolitana (leggi Regione Veneto n. 36/1993; Liguria n. 12/1991 e n. 7/1997; Emilia Romagna n. 33/1995; Toscana delibera consiliare n. 130/2000). Alcune Regioni (Veneto ed Emilia Romagna) hanno provveduto anche ad una generale disciplina della Città Metropolitana[11].

[8] Era, invero, previsto nell'art. 21 comma 4 un potere sostitutivo dello Stato prevedendosi «*4. Qualora la regione non provveda agli adempimenti di cui all'art. 20, il Governo con deliberazione del Consiglio dei ministri invita la regione ad adempiere. Trascorsi inutilmente sei mesi, il Governo è delegato a provvedere con decreti legislativi, osservando i criteri di cui all'art. 20, sentiti i comuni interessati e previo parere delle competenti Commissioni parlamentari*».

[9] Anche nella legge 3 agosto 1999, n. 265 è previsto, per la delimitazione dell'Area metropolitana, un intervento sostitutivo statale.

[10] Come viene da precisato da A. Brancasi, P. Caretti, *op. cit.*, 732, la soluzione prevista come transitoria finisce per essere una vera e propria alternativa.

[11] Ricorda A. Marzanati, *op. cit.*, 1129 «… negli anni '90 non sono mancate forme concrete di sperimentazione. Si pensi, ad esempio, all'esperienza dell'accordo per la Città metropolitana di Bologna con la costituzione della Conferenza metropolitana e la delimitazione dell'area metropolitana con L.R. 12 aprile 1995, n. 33. Si pensi ancora all'accordo di programma sottoscritto dalle amministrazioni del Comune e della Provincia di Roma e del-

Dopo la riforma costituzionale del 2001 e fino al 2012, si registrano due interventi interessanti.

Il primo con la legge n. 131 del 2003 che, nell'art. 2, delega il Governo ad adeguare i procedimenti di istituzione delle Città Metropolitane all'art. 114 della Costituzione[12] e ad individuare e disciplinare gli organi di governo di tale ente con il sistema elettorale, secondo criteri di rappresentatività e democraticità perché si possano avere maggioranze stabili con la rappresentanza delle minoranze e considerando quanto stabilito per Comuni e Province[13].

La delega, però, non è stata esercitata dal Governo, ed in questo periodo vi sono stati alcuni disegni di legge decaduti che, sostanzialmente, ripercorrono lo stesso schema nel delineare la Città Metropolitana.

L'ultimo in ordine di tempo è l'intervento realizzato con la legge n. 42 del 2009 di delega per l'attuazione del federalismo fiscale. Anche in questo caso, il ruolo dei Comuni e della Regione è centrale. Ed infatti, la proposta di istituzione può essere avanzata congiuntamente dal Comune capoluogo e dalla Provincia, oppure dal Comune capoluogo insieme ad almeno il 20% dei Comuni della Provincia interessata (i quali complessivamente rappresentino almeno il 60% della popolazione), ovvero dalla Provincia, insieme ad almeno il 20% dei Comuni della Provincia medesima, che rappresentino, anche in questo caso, almeno il 60% della popolazione.

Il territorio metropolitano coincide con quello di una Provincia o di una parte di essa e lo Statuto deve individuare le forme di coordinamento per l'azione del nuovo ente con le modalità per l'elezione o l'individuazione del Presidente del Consiglio provvisorio.

È previsto che sulla proposta vi sia un parere della Regione e, successivamente, un referendum in ambito provinciale. Mentre la fase conclusiva contempla l'adozione di decreti legislativi istitutivi dell'ente in conformità a quanto approvato con referendum[14].

Nella sua configurazione, la Città Metropolitana si mostra con un

la Regione Lazio per la costituzione di uffici comuni metropolitani, con l'intento di procedere partendo da alcune funzioni fondamentali, alla costruzione di un modello integrato di governo dell'area metropolitana, cui seguivano le leggi regionali 5 marzo 1997, n. 4 e n. 5 (poi abrogate), le quali, nel dettare norme per l'organizzazione delle funzioni amministrative locali in attuazione della legge n. 142/90, prevedevano la costituzione di una Conferenza metropolitana, composta dal Presidente della Provincia e dai sindaci dei comuni compresi nel territorio provinciale».

[12] Cfr. art. 2, comma 4, lettera i).

[13] Su tale delega, F. Pizzetti, *Le deleghe relative agli enti locali*, in G. Falcon (a cura di), *Stato, regioni ed enti locali nella legge 5 giugno 2003, n. 131*, Bologna, 2003.

[14] Cfr. art. 23 legge 5 maggio 2009, n.42.

volto diverso rispetto a quello tipico dell'ente locale perché prevale, riprendendo alcuni contenuti dell'intervento già a suo tempo realizzato dalla legge 3 agosto 1999, n. 265, una struttura di coordinamento con una attività di cooperazione per lo svolgimento di funzioni di area vasta.

In tutte le ricordate previsioni legislative, pertanto, emergevano alcuni elementi abbastanza caratterizzanti.

Il primo è il significativo ruolo degli enti locali, e cioè del Comune e della Provincia.

Il secondo è la rilevanza assegnata alla competenza della Regione nell'istituzione della Città Metropolitana.

Il terzo è la incertezza nel delineare il tipo di governo della Città Metropolitana.

Un altro dato da segnalare è che quelle leggi, che hanno previsto la possibilità di istituzione della Città Metropolitana, sarebbero intervenute in un contesto normativo che disciplinava il Comune e la Provincia in modo eguale. La relativa disciplina è, infatti, contenuta nel T.U. n. 267 del 2000 ed in essa vi è un disegno completo, oltre che delle funzioni, soprattutto degli organi. Essi sono, infatti, l'organo monocratico rappresentato rispettivamente dal Sindaco per il Comune, e dal Presidente per la Provincia; l'organo esecutivo costituito dalla Giunta comunale e dalla Giunta provinciale e l'organo rappresentativo costituito dal Consiglio comunale e dal Consiglio provinciale[15].

Lo schema, pertanto, è quello classico e tra l'organo esecutivo e l'organo rappresentativo nel T.U. 267/2000 si prevede l'instaurazione di un rapporto di fiducia[16].

Il dato che emerge è che l'eguale considerazione di Comuni, Pro-

[15] Il Capo I del T.U. Enti locali (decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267), intitolato "Organi di governo del Comune e della Provincia", prevede nell'art. 36 «Sono organi di governo del Comune il Consiglio, la Giunta, il Sindaco» (comma 1). «Sono organi di governo della Provincia il Consiglio, la Giunta, il Presidente» (comma 2).

[16] L'art. 46, comma 3, T.U. 267/2000 prevede: «Entro il termine fissato dallo statuto, il Sindaco o il Presidente della Provincia, sentita la Giunta, presenta al Consiglio le linee programmatiche relative alle azioni e ai progetti da realizzare nel corso del mandato».

L'art. 52 T.U. 267/2000 contempla la mozione di sfiducia e stabilisce al comma 2: «Il Sindaco, il Presidente della Provincia e le rispettive Giunte cessano dalla carica in caso di approvazione di una mozione di sfiducia votata per appello nominale dalla maggioranza assoluta dei componenti il consiglio. La mozione di sfiducia deve essere motivata e sottoscritta da almeno due quinti dei consiglieri assegnati, senza computare a tal fine il sindaco e il presidente della provincia, e viene messa in discussione non prima di dieci giorni e non oltre trenta giorni dalla sua presentazione. Se la mozione viene approvata, si procede allo scioglimento del consiglio e alla nomina di un commissario ai sensi dell'articolo 141».

vince e Città Metropolitane in Costituzione si trasferisce per lo più nell'idea di Città Metropolitana da istituire per la quale si è pensato quasi sempre ad un modello organizzativo simile e ad una forma di governo equivalente.

3. *La più recente disciplina contenuta nel decreto legge 9/2012 convertito nella legge 135/2012*

Sul quadro indicato si innesta la riforma del 2012 che, invece, innova in modo sostanziale.

Il punto centrale è rappresentato dalla differente previsione degli organi e dalla mancata, precisa, identificazione dei compiti affidati alla Città Metropolitana.

Per il primo profilo, alla struttura legislativa esistente per il Comune e la Provincia che, si è detto, vede per tali enti locali una distribuzione delle competenze tra Consiglio, Giunta e organo monocratico, si sostituisce per la Città Metropolitana una organizzazione basata su Consiglio metropolitano e Sindaco metropolitano.

La legge stabilisce che i componenti del Consiglio metropolitano sono eletti tra i Sindaci ed i Consiglieri comunali dei Comuni compresi nel territorio della Città Metropolitana da un collegio formato da questi stessi soggetti. Per le elezioni viene effettuato un rinvio alla disciplina per l'elezione del Consiglio provinciale con una variazione di sistema in relazione alla scelta compiuta nell'elezione del Sindaco metropolitano[17]. Quindi, il Consiglio metropolitano risulta costituito da un numero limitato di componenti, da dieci a sedici, a seconda delle dimensioni della Città Me-

[17] L'art. 18, comma 6, della legge 7 agosto 2012, n. 135 prevede che «I componenti del consiglio metropolitano sono eletti tra i sindaci e i consiglieri comunali dei comuni ricompresi nel territorio della città metropolitana, da un collegio formato dai medesimi. L'elezione e' effettuata nei casi di cui al comma 4, lettera b), secondo le modalità stabilite per l'elezione del consiglio provinciale e, nei casi di cui al medesimo comma 4, lettera c) secondo il sistema previsto dall'articolo 75 del citato testo unico di cui al decreto legislativo n. 267 del 2000 nel testo vigente alla data di entrata in vigore del presente decreto» La richiamata lett. b) del comma 4 prevede che il sindaco metropolitano «sia eletto secondo le modalità stabilite per l'elezione del presidente della provincia»; la lett. c) che esso «(nel caso in cui lo statuto contenga la previsione di cui al comma 2-bis), sia eletto a suffragio universale e diretto, secondo il sistema previsto dagli articoli 74 e 75 del citato testo unico di cui al decreto legislativo n. 267 del 2000, nel testo vigente alla data di entrata in vigore del presente decreto; il richiamo di cui al comma l del citato articolo 75 alle disposizioni di cui alla legge 8 marzo 1951, n. 122, e' da intendersi al testo vigente alla data di entrata in vigore del presente decreto».

tropolitana e l'elettorato attivo e passivo, sostanzialmente coincidente, viene delimitato con riferimento ai Sindaci e ai Consiglieri comunali dei Comuni facenti parte del territorio della Città Metropolitana.

Per quel che riguarda, invece, il Sindaco metropolitano la legge stabilisce una serie di opzioni che possono essere esercitate dallo Statuto del nuovo Ente. Ai sensi del comma 4 dell'art. 18, il Sindaco può, infatti, essere o di diritto il Sindaco del Comune capoluogo ovvero può essere eletto secondo le modalità stabilite per l'elezione del Presidente della Provincia o ancora eletto a suffragio universale e diretto secondo le previsioni del decreto legislativo n. 267/2000.

La legge nulla dice in ordine alle competenze di questi organi e nulla precisa in ordine al più generale ruolo della Città Metropolitana. Essa (legge) si limita, infatti, ad elencare, nel comma 7 dell'art. 18, una serie di funzioni attribuite direttamente e, poi, rinvia allo Statuto l'organizzazione interna e le modalità di funzionamento degli organi nonché le forme di indirizzo e di coordinamento dell'azione complessiva di governo del territorio metropolitano.

È evidente che, con tali previsioni legislative, la Città Metropolitana si distacca in maniera netta dal modello di ente locale presente nel T.U. 267/2000 e, in qualche modo, si incide sulla equiparazione contemplata dall'art. 114 della Costituzione, con i Comuni e le Province. Viene in rilievo, così, una diversa caratterizzazione dell'ente che vede sfumare la sua qualificazione politica e si propone, piuttosto, come raccordo e coordinamento tra i Comuni che ne fanno parte.

Aver previsto soltanto i due organi, Consiglio e Sindaco, che peraltro ricevono una legittimazione differente dal momento che il bacino elettorale può essere diverso, separa in maniera decisa l'ente Città Metropolitana dagli altri enti locali.

Si aprono una serie di problemi che attengono alle competenze degli organi e ai loro rapporti.

Il dato rilevante è che queste scelte sono tutte affidate allo Statuto, mentre in precedenza, su questi punti, per i Comuni e le Province vi era una disciplina di carattere legislativo.

4. *La riforma della Città metropolitana e della Provincia*

Per inquadrare questa linea evolutiva della legislazione, si deve, peraltro, tener conto che, quasi in contemporanea con l'approvazione della normativa sulle Città Metropolitane, è stato emanato il decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito in legge 22 dicembre 2011, n. 214, che ha recato una analoga, ma non eguale, modificazione nella organizzazio-

ne delle Province[18].

Ai sensi dell'art. 23, commi da 14 a 20 *bis*, anche per le Province la struttura organizzativa di governo si basa su due organi, e cioè il Consiglio provinciale ed il Presidente della Provincia.

Il Consiglio provinciale presenta una significativa analogia con il Consiglio metropolitano, dal momento che i suoi componenti sono eletti dagli organi elettivi dei Comuni ricadenti nel territorio della Provincia. Vi è, però, una composizione numericamente più limitata giacché esso non può essere composto da più di 10 componenti e vi è una differenza per quel che concerne le modalità di elezione perché, per la Provincia, vi è un rinvio ad una legge dello Stato che dovrà intervenire entro il 31 dicembre 2012.

Il Presidente della Provincia riceve una diretta disciplina dalla legge, dal momento che viene stabilito che sia eletto dal Consiglio provinciale tra i suoi componenti e, per quel che riguarda le modalità di elezione, anche in questo caso vi è un rinvio alla legge dello Stato che dovrà intervenire entro il 31 dicembre 2012.

La legge 214/2011, poi, per quel che concerne le Province, chiarisce il ruolo che devono svolgere dal momento che, ai sensi del comma 14, essa può esercitare "esclusivamente" le funzioni di indirizzo e di coordinamento delle attività dei Comuni nelle materie e nei limiti indicati con legge statale o regionale.

Il modello di Provincia che deriva dall'intervento legislativo è decisamente molto diverso dall'ente finora disciplinato dalla legislazione statale. La valutazione complessiva delle funzioni affidate e degli organi, che tali funzioni devono svolgere, consegna un ente deputato soprattutto allo svolgimento di attività amministrative con una significativa sottrazione, anche in questo caso, del ruolo politico. Dalla disciplina legislativa si trae, infatti, che non c'è alterità tra Consiglio provinciale e Consigli comunali che costituiscono la Provincia, dal momento che sono i secondi ad eleggere il primo. Né vi è una particolare legittimazione del Presidente, giacché egli è all'interno del Consiglio provinciale ed è eletto da quest'organo. D'altro canto, le ricordate funzio-

[18] L'art. 23, comma 20, della legge 22 dicembre 2011 n. 214 prevede, quanto all'applicazione della disciplina, che «agli organi provinciali che devono essere rinnovati entro il 31 dicembre 2012 si applica, sino al 31 marzo 2013, l'articolo 141 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267. Gli organi provinciali che devono essere rinnovati successivamente al 31 dicembre 2012 restano in carica fino alla scadenza naturale. Decorsi i termini di cui al primo e al secondo periodo, si procede all'elezione dei nuovi organi provinciali di cui ai commi 16 e 17».

ni disciplinate dal comma 14 confermano che la Provincia viene disegnata per svolgere compiti di indirizzo e coordinamento e, quindi, costituisce una dimensione sovracomunale per razionalizzare l'esercizio delle funzioni.

La segnalata straordinaria modificazione che è intervenuta rispetto alla disciplina preesistente, di cui al T.U. 267/2000, non pare revocabile in dubbio, e lo stesso è da dire per quel che riguarda l'incidenza sulla previsione unitaria di cui all'art. 114 Cost., più volte segnalata, tra Provincia, Comuni e Città Metropolitane.

Vi è, però, un altro dato che emerge in modo netto e che crea qualche complicazione nel momento applicativo.

Per un verso, le nuove discipline della Provincia e delle Città Metropolitane presentano un elemento in comune, e cioè una costruzione simile degli organi di governo che, dallo schema classico, che vede l'organo rappresentativo, quello esecutivo e quello monocratico, passa ad uno schema diverso e cioè Consiglio e organo monocratico, con quanto ne consegue sulla politicità dell'ente. Per altro verso, si mostrano anche differenze abbastanza significative.

La disciplina legale della Provincia è sufficientemente rigida ed è sostanzialmente, seppur brevemente, contenuta nella legge. Quest'ultima, nel momento in cui, come si è visto, caratterizza l'ente fissando il ruolo da svolgere e la composizione degli organi nella loro derivazione, connota la Provincia in maniera da farne una struttura esclusivamente di coordinamento.

Per la Città Metropolitana, invece, la legge presenta una più importante apertura verso le scelte di autonomia statutaria. Si è visto, infatti, che lo Statuto può intervenire in maniera piuttosto significativa soprattutto per l'elezione del Sindaco metropolitano, anche se è poi la legge a stabilire le conseguenze di questa scelta sul modo in cui saranno eletti i componenti del Consiglio metropolitano.

Questo spazio maggiore può in qualche maniera riflettersi sulla quota di caratterizzazione politica utilizzabile per la Città Metropolitana, che certamente sarà chiamata ad esercitare compiti di coordinamento ma, con tutta probabilità, potrà avere margini di scelta più incisivi.

5. *Un cenno al problema delle funzioni*

Per l'aspetto delle funzioni, la legge 135/2012 provvede a fissare per la Città Metropolitana quelle fondamentali, ma non apporta un contributo di chiarimento su un punto che la modifica costituzionale del Titolo V del 2001 aveva lasciato non definito, e cioè il concetto di

funzioni dell'ente[19].

L'art. 117 Cost. si riferisce a funzioni fondamentali.

L'art. 118 della Costituzione ha contemplato l'attribuzione delle funzioni amministrative ai Comuni salvo che per assicurare l'esercizio unitario sia conferita a Province, Città Metropolitane, Regioni e Stato sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza. Nel comma 2 ha, poi, fissato la regola secondo la quale i Comuni, le Province e le Città Metropolitane sono titolari di funzioni amministrative proprie e di quelle conferite con legge statale o regionale secondo le rispettive competenze.

La dottrina si è interrogata sulla precisa identificazione delle varie tipologie di funzioni amministrative di tali enti. I criteri sono stati diversi, ma è sembrato ragionevole, per quelle "proprie", che rappresentano il nucleo di grande rilevanza per la configurazione dell'autonomia, il c.d. criterio storico, e cioè delle funzioni che sono appartenute nel tempo a ciascuno di questi enti[20].

È evidente, però, che, mentre questo criterio ricostruttivo può avere la sua validità per i Comuni e le Province, considerato, appunto, che tali enti esistono da tempo ed hanno già ottenuto molte funzioni, lo stesso criterio è difficilmente applicabile alla Città Metropolitana giacché si tratta di un ente da istituire. Sotto questo aspetto, con tutta evidenza, si conferma che la riforma costituzionale del 2001, nell'equiparare realtà storicamente così differenziate anche nella titolarità delle funzioni amministrative, ha determinato una situazione contraddittoria e ha aggiunto elementi di difficile inquadramento.

Il decreto legge n. 95/2012, convertito nella legge n. 135/2012, è intervenuto con una disciplina applicativa della lettera *p)*, comma 2, dell'art. 117 Cost., alla stregua del quale, come detto, spetta alla legge statale la individuazione delle funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città Metropolitane.

Nel comma 7 dell'art. 18 sono state, pertanto, disegnate tali funzioni del nuovo ente e ad esso sono state così attribuite funzioni fondamen-

[19] Cfr. C. Napoli, *Le funzioni amministrative nel Titolo V della Costituzione*, Torino, 2011, 109. L'A. così sintetizza il problema assai complesso di identificare le funzioni amministrative: «il legislatore costituzionale nella materia *de qua*, oggettivando variamente le funzioni amministrative degli enti territoriali come *attribuite, conferite, proprie, delegate e fondamentali,* ha reso le stesse difficilmente tipizzabili, comportando, a dire il vero, un disordine concettuale tale da far parlare la dottrina ora di "guazzabuglio" o "rovo", ora di "balletto delle qualificazioni", ora, infine, di "rompicapo"».

[20] Cfr. C. Napoli, *op. cit.*, 147 ss.

tali già delle Province e questo si mostra come logica conseguenza della contestuale soppressione delle Province stesse.

Ha, poi, aggiunto ulteriori funzioni fondamentali, e cioè: 1) pianificazione territoriale generale e delle reti infrastrutturali; 2) strutturazione di sistemi coordinati di gestione dei servizi pubblici, nonché organizzazione dei servizi pubblici di interesse generale di ambito metropolitano; 3) mobilità e viabilità; 4) promozione e coordinamento dello sviluppo economico e sociale.

Il disegno complessivo del profilo funzionale è completato dalla possibilità che lo Statuto disciplini le ipotesi in cui i Comuni, facenti parte della Città Metropolitana e le loro forme associative, possano conferire proprie funzioni. E, in maniera speculare, ha previsto che sempre lo Statuto possa prevedere le modalità con le quali la Città Metropolitana può conferire ai Comuni ricompresi nel suo territorio proprie funzioni.

La disciplina, poi, espressamente contempla che lo Stato e le Regioni, ciascuno per le proprie competenze, possano attribuire ulteriori funzioni in attuazione dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza previsti, appunto, nel comma 1 dell'art. 118 Cost. Insomma, non molto di più che la riproposizione di formula presente nel novellato testo costituzionale.

In definitiva, il dato ricostruttivo di sistema che si può ricavare dalla valutazione comparativa di questi due recentissimi interventi del legislatore è la distinzione del tipo di autonomia politica dei tre enti previsti dalla Costituzione nell'art. 114 accanto alle Regioni ed allo Stato. Non sembra dubbio, infatti, che il Comune, non essendo stato minimamente inciso da queste riforme, conservi i suoi caratteri tipici di ente politico rappresentativo, mentre Province e Città Metropolitane vedono sfumato questo elemento. In maniera sicuramente più forte la Provincia e in modo minore la Città Metropolitana, anche se per quest'ultima molto viene affidato alle scelte statutarie.

L'incisione sullo schema di cui all'art. 114 Cost non sembra dubitabile ed è questo un dato di grande rilievo.

Sarà rilevante cogliere in quale maniera il processo costitutivo, che si è avviato delle Città Metropolitane, porterà a configurare questo ente.

Sono, quindi, affidati alla successiva evoluzione delle discipline, soprattutto di tipo statutario, gli assetti ed i rapporti, anche se vi è da notare, in via conclusiva, che tutto questo deve fare i conti con il tipo di intervento che si è ritenuto di utilizzare per le discipline illustrate. Ci si riferisce alla circostanza che, sia per la Città Metropolitana che per la Provincia, le normative sono state introdotte con decreto legge.

Ed è forte il dubbio che questo strumento normativo sia stato correttamente utilizzato e sia coerente con i principi costituzionali che lo disciplinano.

Per tale ragione, anche considerando le conclusioni del Giudice costituzionale sulle modalità di utilizzazione del decreto legge[21], non è improbabile che questo intervento così radicale sugli enti locali non resista in sede di eventuale giudizio di legittimità costituzionale.

[21] Cfr. sentenze Corte Costituzionale, 23 maggio 2007, n. 171, in *Giur. cost.*, 2007, 3, 1662; 30 aprile 2008, n. 128, in *Foro it.*, 2008, 11, I, 3044; 16 febbraio 2012, n. 22, in *Foro amm. C.d.S.*, 2012, 2, 251.

MICHELINA COMEGNA

Il precedente giurisprudenziale in *common law* e nell'ordinamento italiano

SOMMARIO: 1. Abstract. - 2. Nozione e cenni comparatistici. - 3. Il *precedente* in Italia. - 3.1. Il *precedente* nella Corte di cassazione. - 3.2. Il *precedente* nella giurisprudenza di merito. - 4. Uso di *precedenti* stranieri nell'esperienza italiana. - 4.1. Segue: alcuni casi. - 4.2. Segue: alcuni casi di *trust*. - 4.3. Segue: il caso Englaro. - 5. Conclusioni.

1. *Abstract*

Recenti studi giuridici riconoscono al tema del precedente giudiziario un rilievo sempre maggiore rispetto al passato. Nei Paesi di *common law* l'accresciuto interesse per tale argomento ha origine nella tradizione giuridica loro propria, mentre in quelli a diritto "continentale" è sempre più sentita l'esigenza di un vero e proprio inquadramento teorico del *precedente*. Ciò scaturisce dall'evolversi delle concezioni generali del diritto le quali percepiscono il precedente vincolante come uno strumento per assicurare certezza del diritto e uniformità dell'applicazione e dell'interpretazione della legge all'interno di una comunità, oltre che attribuirgli una funzione di natura psicologica di guida per ogni cittadino circa il trattamento che riceveranno in futuro tutti i comportamenti assimilabili a quelli già disciplinati da una Corte di Giustizia.

La tematica del precedente giurisprudenziale è stata ampiamente trattata nell'ambito dello studio comparativo, soprattutto al fine di delineare le peculiarità dei sistemi giuridici appartenenti alla famiglia di *common law* per distinguerli da quelli *romano-germanici*. Tuttavia, pur essendoci dette diversità, prima fra tutte il ruolo di fonte primaria svolto dalla giurisprudenza negli ordinamenti di *common law* e di fonte secondaria in quelli di *civil law*, tali due famiglie giuridiche, in un'ottica globale, presentano elementi comuni poiché aventi origine in una unica tradizione culturale definita comunemente "occidentale"; infatti la regola secondo cui i casi simili dovrebbero essere decisi in modo simile è un principio riconosciuto all'interno di tutta la tradizione giuridica occidentale, mentre l'aspetto caratterizzante i sistemi di *common law,* sconosciuto nella famiglia di *civil law,* è la vincolatività della regola *stare decisis*, la quale consiste in un vero e proprio obbligo per il giudice di non discostarsi da soluzioni giudiziarie pre-

cedenti, anche qualora egli le considerasse sbagliate o ingiuste.

Il presente lavoro, dopo un breve inquadramento concettuale del tema, è un approfondimento del valore del *precedente* nel nostro Paese attraverso una breve ricognizione della giurisprudenza italiana della Corte di cassazione e di quella di merito.

Si affronterà, poi, il tema dei richiami a precedenti giurisprudenziali stranieri da parte del giudice italiano nel processo di formazione della sua decisione, argomento interessante dal punto di vista comparativo, in quanto gli ordinamenti si confrontano sempre più anche sul piano giurisprudenziale, in conseguenza dell'intensificarsi della circolazione culturale, sotto la spinta della *globalizzazione*.

Il richiamo a *dicta* extrastatuali, pratica in crescita già dagli anni '80, costituisce una delle opzioni interpretative per il giudice che si trovi a decidere senza avere a disposizione una adeguata – o attuale – legislazione interna, come accaduto nel sistema italiano riguardo al caso Englaro, e come in genere accade per le materie complesse, quali la *bioetica*, per le quali quasi tutti gli ordinamenti trovano difficoltà a porre in essere una specifica ed adeguata disciplina legislativa.

Su questo *silenzio* si innesta l'attività comparativa del giudice, la quale contribuisce alla realizzazione di un progressivo avvicinamento tra ordinamenti, alla tutela dei valori fondamentali comuni ed all'integrazione tra i popoli.

2. *Nozione e cenni comparatistici*

Il termine "*precedente*", che significa «anteriore nel tempo», nel linguaggio giuridico è una «decisione data in passato, più o meno autorevole o vincolante, nei confronti di un caso identico o simile»[1]; pertanto, occorrono almeno due differenti decisioni la prima delle quali, secondo Vincenzo Marinelli, è «considerata nel suo valore orientativo rispetto all'attuale giudizio, in ordine alla stessa questione o ad altra che renda utile un raffronto»[2]. Gino Gorla estende «il concetto e l'àmbito del "*precedente giudiziale*"…alle "*decisioni*" dei tribunali di ogni specie e giurisdizione, e di ogni istanza, con riguardo alle questioni che vi si trattano, siano esse "*questioni di diritto*" o "*questioni di merito*"»[3].

[1] Devoto-Oli, *Il dizionario della lingua italiana*, Firenze, 1990.

[2] V. Marinelli, voce *Precedente giudiziario*, in Enciclopedia del diritto, IV aggiornamento, Milano, Giuffrè, 2002, p. 871.

[3] G. Gorla, voce *Precedente giudiziale*, in Enciclopedia giuridica, vol. XXIII, Roma, Treccani, 1990, p. 2.

Il concetto di *"precedente giudiziale"*, spesso assimilato a quello di *"giurisprudenza"*, ha origini nelle espressioni *"praeiudicia"*, *"exempla"*, *"res iudicatae"* delle Rote dell'Italia preunitaria (secoli XVI-XVIII), che dimostrano l'orientamento alla "tipizzazione" di casi per farne dei *precedenti*, ai quali era riconosciuta un'autorità, in Italia come sul continente, addirittura superiore a quella delle decisioni di *common law*[4].

Negli ordinamenti giuridici attuali di *civil law*, quali il nostro, venuta meno l'illusione illuministica di ridurre l'interpretazione della legge ad una mera operazione meccanica, «l'effetto di *precedente* è spesso accettato e voluto»[5], anche se non formalmente riconosciuto. Infatti, mentre in *common law* la giurisprudenza ha un ruolo di fonte primaria di produzione del diritto, in *civil law* essa è relegata nell'ambito delle «fonti secondarie» o «mediate»[6]; qui l'attribuzione alla giurisprudenza della qualità di fonte giuridica a pieno titolo è molto criticata, nonostante sia pacificamente riconosciuto che passare dalla previsione del futuro all'attualità del presente e dalla regola generale alla situazione concreta non sia ovvio ed agevole, ma possa essere controverso e necessitare di un faticoso processo dialettico, che avviene in sede giudiziaria, e che vada a conferire elementi aggiuntivi rispetto a quelli riportati nel testo di legge.

In questo senso e per queste ragioni, la giurisprudenza, in quanto svolge e completa precetti normativi, si presenta come fonte di produzione del diritto rilevata "sul campo", pur non comparendo nei "cataloghi ufficiali" delle fonti.

Per tutto quanto detto, è sconsigliabile l'uso del termine «fonte» quando trattasi di qualificare la giurisprudenza di *civil law* e le formule più duttili e sfumate «fattore del diritto», proposta da Gorla[7], e «formante», da Sacco[8], evitano tutte le obiezioni legate alla denominazione di «fonte del diritto» e presentano il vantaggio di esprimere e sottolineare la discrezionalità e creatività della giurisprudenza di *civil law*.

Il principio *stare decisis*, dal latino "rimanere su quanto deciso", è sinonimo di valore vincolante del precedente giudiziale, e si concretizza nell'obbligo, racchiuso nella massima *"stare decisis et quieta non move-*

[4] G. Gorla, *ult. op. cit.*, p. 8.

[5] V. Marinelli, *op. cit. nota n.* 2, p. 885.

[6] L. Antoniolli, *Il precedente giudiziale nel common law inglese*, in U. Vincenti, *Il valore dei precedenti giudiziali nella tradizione europea*, 1998, Padova, CEDAM, p. 168.

[7] G. Gorla, voce *Giurisprudenza*, in Enciclopedia del diritto, vol. XIX, Milano, Giuffrè, 2002, p. 489 e ss.

[8] U. Sacco, *Sistemi giuridici comparati* in *Trattato di diritto comparato* diretto da Gambaro e Sacco, Torino,UTET, 1996, p. 4 e ss.

re", per una Corte di seguire delle decisioni alle quali si è pervenuti in passato. La coercibilità modifica la portata della regola: un *precedente* non è seguito perché deciso in modo corretto, o perché espressione di una tendenza consolidata, bensì perché, ricorrendone i presupposti, esso è vincolante di per sé, a prescindere da qualsiasi giudizio di merito e da ogni orientamento giurisprudenziale[9]. La regola *stare decisis*, che può avere portata orizzontale e verticale[10], nei sistemi di *common law* ha seguito un'evoluzione lineare consistente nel consueto passaggio dalla prassi consolidata al vero e proprio obbligo giuridico. A suo fondamento vi è principalmente la *teoria dichiarativa*, resa celebre da Blackstone[11] e ripresa più recentemente da Baker[12], secondo la quale il giudice, nell'assolvere il compito di decidere su un caso, non crea diritto attraverso la sua decisione, bensì lo scopre quale esso è: una consuetudine antica, sorta spontaneamente ed osservata da tempo poiché immutabile al mutare delle circostanze del mondo reale. Come afferma Cardozo: «Stare decisis *is at least the everyday working rule of law*»[13], e il giudice si limiterebbe ad applicare ai casi dedotti in giudizio il complesso di regole cristallizzate nel *corpus* dei *precedenti*[14]. Come fa notare Mattei[15], siccome la decisione presa dal giudice non è diritto ma mera prova di esso, potrebbe essere sbagliata, cioè resa *ab iniuria,* ed il giudice successivo è libero di correggerla qualora la nuova decisione possa essere considerata miglior prova di ciò che è il diritto. Allora un mutamento giurisprudenziale viene giustificato come

[9] R. Cross, *Precedent in English Law*, III ed., Oxford, Oxford University Press, 1977, p. 4.

[10] Viene citata, quale esempio pratico di vincolatività verticale, la sentenza R. v. Millis in Beamish v. Beamish (1844), 10 Ccl. & F. 534. Vedi R. Cross, *ult. op. cit.*, p. 8.

[11] W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England,* Oxford, 1765, (ed. facsimile Chicago University Press, 1979), pp. 69-70.

[12] J. H. Baker, *An introduction to English Legal History*, Londra, Butterworths LexisNexis, 2002, p. 169. Parte di quest'opera si trova in AA. VV., *Scintillae iuris, Studi in memoria di Gino Gorla,* Milano, Giuffrè, 1994, p. 155 e ss. Secondo Baker, la *teoria dichiarativa* è racchiusa in queste parole: «I *common lawyers* amano descrivere il loro diritto come un *corpus* immutabile fondato sul buon senso e sulla ragione…se la ragione non cambia, il diritto non cambia, è soltanto l'applicazione delle vecchie idee alle mutate circostanze che dà l'impressione del cambiamento. I giudici non sono chiamati per cambiare il diritto. Il loro compito è *jus dicere,* non *jus dare*».

[13] B. N. Cardozo, *The Nature of the Judicial Process,* Yale, 1921, traduzione italiana a cura di V. Gueli, *Il giudice ed il diritto,* Firenze, 1961.

[14] P Gallo, *Introduzione al Diritto Comparato*, vol. I, Grandi Sistemi Giuridici, seconda edizione, Torino, Giappichelli, 2001, p. 338.

[15] U Mattei, voce *Common Law*, in Trattato di Diritto Comparato (diretto da R. Sacco), Torino, UTET, 1992, p. 220.

correzione di un errore e di qui la possibilità di un cambiamento di giurisprudenza con valore retroattivo, l'*overruling*[16].

La *teoria creativa* del *common law*, verso la fine del XIX secolo, soppiantò quella precedente, riconoscendo esplicitamente il ruolo creativo ed innovativo del giudice[17]. Come affermato da Luisa Antoniolli[18], sia che si accetti l'una o l'altra teoria, rimane la centralità di una questione in tutte le decisioni, ossia l'intersezione di due piani distinti ma complementari: quello concreto della controversia che deve essere risolta, con quello astratto della regola da applicare non solo al caso *sub iudice*, ma anche a casi analoghi che potranno verificarsi in futuro.

A conclusione di quanto detto a proposito del precedente vincolante in *common law*, si vuole riportare l'opinione recente di autorevoli comparatisti[19] che sostengono che la teoria classica del *precedente* è ormai superata dalla moderna teoria del *precedente*[20], applicata largamente negli Stati Uniti, mentre in Inghilterra incontra ancora delle resistenze. Essa conferisce al giudice di *common law* particolari poteri nella funzione interpretativa che tende a far convergere le due famiglie giuridiche di *common law* e *civil law:* la differenza tra i due sistemi sopravviverebbe nettamente solo per la particolare posizione del *precedente* nel sistema delle fonti primarie del diritto nel *common law*.

Spostando lo sguardo a quanto accade sul continente, nei Paesi di *civil law,* quali il nostro, vediamo che qui, il precedente giurisprudenziale non ha – almeno in teoria – valore vincolante ed il giudicato ha efficacia limitatamente alle parti del giudizio, poiché non è mai stato formulato il dogma dell'obbligo delle Corti di attenersi ai propri *precedenti*; ma la pratica del diritto appare molto diversa[21].

Nella prassi, infatti, una decisione della Cour de Cassation o del Bundesgerichtshof viene rispettata dai tribunali inferiori nella stessa misura in cui avviene per le decisioni di un giudice d'appello statunitense o inglese. Ciò è vero non solo quando la decisione del tribunale superiore sia stata emessa dopo che una catena di sentenza dello stesso tenore l'abbiano preceduta, ma anche per singole decisioni di detti tribunali. Per-

[16] U Mattei, *ult. op. cit.*, p. 230 per l'*overruling*, mentre per le tecniche di lavoro sul diritto precedenziale, p. 236 e ss.

[17] P. Gallo, *op. cit. nota n. 14*, p. 338.

[18] L. Antoniolli, *Il precedente giudiziario come fonte di diritto: l'esperienza inglese*, in "Rivista di Diritto Civile", 1993, p. 140 e ss.

[19] Ci si riferisce principalmente a U. Mattei, a K. Llewellyn, a M. Cappelletti.

[20] U Mattei, *op. cit. nota n. 15*, p. 235 e ss.

[21] K. Zweigert, H. Kötz, *Introduzione al Diritto Comparato*, vol. I, Principi fondamentali, Milano, Giuffrè, 1998, p. 222 e ss.

tanto la dottrina dello *stare decisis* di *common law* e la pratica corrispondente delle Corti continentali sono considerate uguali dal punto di vista dei risultati, sebbene differenti sul piano delle tecniche operazionali[22].

Dall'attività di interpretazione del diritto prima, all'adeguamento dello stesso alla realtà poi, ha preso forma con caratteri sempre più nitidi l'autorità di fatto dei precedenti giudiziari nei Paesi di *civil law*. Secondo Bin[23], questa autorità sembra essere legata ad una sorta di «stratificazione» progressiva della giurisprudenza, dalla quale consegue la formazione della c.d. *giurisprudenza consolidata* o *costante*, mentre nel *common law* è sufficiente una sola sentenza a «far precedente», cioè a formare un *binding precedent*. Eppure, anche nel *civil law*, i giudici prendono in considerazione soluzioni già adottate da altri colleghi, aiutati nella ricognizione di esse dalla pubblicazione delle sentenze dei tribunali, nelle riviste giuridiche e nelle raccolte di giurisprudenza.

Pertanto, da punti di partenza contrapposti, questi due sistemi stanno gradualmente avvicinandosi, sia nei metodi che nelle tecniche[24].

3. *Il* precedente *in Italia*

Sulla base degli studi di eminenti cultori del diritto[25] e con il contributo di uno studio della Corte di cassazione italiana[26], sarà qui approfondito il fenomeno del precedente vincolante nel nostro ordinamento.

Come già detto, le sentenze dei giudici italiani, oltre ad esplicare l'ordinaria efficacia di giudicato, non costituiscono *precedenti* nel senso proprio del sistema anglo-americano; esse, in altre parole, non esprimono *rationes decidendi* vincolanti giuridicamente per casi analoghi che dovessero essere sottoposti a giudizio in futuro. A questa opinione comune sul valore dei *precedenti* nel nostro Paese[27], si affianca la altrettanto comune

[22] K. Zweigert, H. Kötz, *ult. op. cit.*, p. 316.

[23] BIN M., *Funzione uniformatrice della Cassazione e valore del precedente giudiziario*, in "Contratto e Impresa", 1988, p. 545 e ss., e pp. 551-552.

[24] K. Zweigert, H. Kötz, *op. cit. nota n. 21*, p. 327.

[25] Qui ci si riferisce a A. Anzon, *Il valore del precedente nel giudizio sulle leggi*, Milano, Giuffrè, 1995, a M. Bin, *op. cit. nota n. 23*; inoltre a F. Galgano, *Diritto civile e commerciale*, I, Padova, 1990; ancora a G. Gorla, *op. cit. nota n. 3*, V. Marinelli, *op. cit. nota n.* 2, oltre a P. G. Monateri, *voce Giurisprudenza,* in Digesto delle discipline privatistiche, sez. civile, Torino, UTET, vol. IX, 1993; infine a Varano-Barsotti, *La tradizione giuridica occidentale*, Torino, 2006.

[26] Corte Di Cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo, *Relazione tematica n. 31*, Roma, 29 marzo 2011, redattore E. Vincenti, direttore M. R. Morelli.

[27] Cfr. per tutti V. Marinelli, *op. cit. nota n. 2*, p. 874, e G. Gorla, *op. cit. nota n. 3*, p. 2.

constatazione che nella realtà pratica essi, invece, esplichino importanti condizionamenti delle decisioni future. Gino Gorla fu il primo a porre in dubbio la tradizionale concezione della mera autorità di fatto del *precedente* nel nostro Paese[28], e questa sua posizione, dopo essere rimasta isolata a lungo, ha interessato numerosi studiosi di diritto costituzionale e processuale civile.

Nell'ordinamento italiano la giurisprudenza non è annoverata tra le fonti del diritto[29], però sussiste la ben nota – e problematica – contraddizione generata dalla compresenza di fonti tradizionali di produzione giuridica e la discrezionalità dei giudici che ne condizionano la loro efficacia, il tutto dovendo convivere con l'esigenza che i poteri siano separati perché i giudici abbiano la loro autonomia.

I *precedenti* desumibili dalle sentenze dei giudici italiani, però, sono dotati sicuramente di efficacia persuasiva, come prevede, nel nostro ordinamento, il principio generale dello *stare decisis* desumibile dal principio costituzionale di eguaglianza sancito dall'art. 3 Cost., per cui casi analoghi devono essere giudicati, per quanto possibile, in modo analogo. Di qui l'operatività del *precedente* quale «fonte produttiva di norme interpretative»[30], poiché esso contiene princìpi di diritto individuati in occasione della pronuncia di concrete decisioni, istituzionalmente destinate a dare applicazione alle norme derivanti dalla legge o da altre fonti del diritto.

Infine il *precedente* è parte del c.d. *diritto vivente*, come asserito dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 276 del 1974[31]; è inteso come norma che vive nella realtà concreta e, dunque, in quella dell'applicazione giudiziale.

3.1. Il precedente *nella Corte di cassazione*

Anche la Corte di cassazione è pienamente consapevole dell'essenzialità del proprio ruolo nella costruzione del *diritto vivente*, e ciò lo si evince dalla sua sentenza n. 7194 del 1994, in cui le Sezioni Unite considerano fondamentale il passaggio evolutivo dalla disposizione alla norma,

[28] G. Gorla., *op. cit. n. 3*, p. 2.

[29] Tra i dati positivi che confermano ciò, vi è l'art. 1 delle Preleggi, il quale non fa alcun riferimento alla giurisprudenza, coerentemente all'assenza della vincolatività della regola dello *stare decisis* in Italia, il che comporta che il giudice è vincolato soltanto dalla legge, come previsto dall'art. 101, secondo comma, Cost., e secondo le regole ermeneutiche da essa stabilite nell'art. 12 Preleggi.

[30] Corte Di Cassazione, *op. cit. nota n. 26*, p. 26.

[31] CORTE COSTITUZIONALE, sent. n. 276 del 1974.

che avviene proprio ad opera della stessa Corte nell'esercizio della sua funzione istituzionale nomofilattica[32].

Il precedente giudiziario nella Corte di cassazione italiana, uno dei luoghi essenziali in cui la legge si definisce e si manifesta, fermi restando la soggezione del giudice alla legge, art. 101 Cost., e la sua piena libertà interpretativa, art. 101 Cost.[33], assume una portata tale da poterlo considerare un vincolo *di sistema* poiché «discende dal fatto stesso che ciascuna decisione non sta a sé, ma si inserisce in un flusso giurisprudenziale che contribuisce a modellare l'ordinamento giuridico e, per ciò stesso, non può prescindere da un minimo di coerenza sistematica»[34].

Ciò è vero tantopiù se si considera il principio della «uniforme interpretazione della legge», sancito nell'art. 65 ord. giud. (r.d. 30 gennaio 1941, n. 12) e che riguarda la Suprema Corte[35].

La forza della persuasività dei *precedenti* della Corte di cassazione è rinvenibile con pregnante valenza di principio[36], negli artt. 374 cod. proc. civ. (riformato dal d.lgs. n. 40/2006) e 618 cod. proc. pen., poiché sarebbe la prima volta che nel nostro ordinamento si afferma un valore legale del *precedente*, sia pure circoscritto. Inoltre, detta norma porrebbe in risalto il problema dell'*overruling* della Cassazione rispetto alla propria precedente giurisprudenza, rinvenibile costruzione astratta per cui la nuova interpretazione giurisprudenziale non farebbe altro che correggere un precedente errore al fine di fare emergere il vero significato che la norma aveva sin da principio, con la conseguenza che il nuovo orientamento è destinato ad incidere su tutte le cause e su tutti i rapporti giuridici in corso, con un inevitabile effetto di spiazzamento per coloro che avevano intrapreso quelle cause o avevano posto in essere quei rapporti, facendo ragionevolmente affidamento sul *diritto vivente* conosciuto fino ad allora. Suddetta forza la si evince anche nell'art. 393 cod. proc. civ., sull'estinzione del giudizio con conservazione degli effetti della sentenza della cassazione, e nell'art. 118, comma terzo, disp. att. cod. proc. civ., sul divieto di citare la dottrina, ma non già i *precedenti* (secondo la formulazione originaria). Marinelli[37] osserva che, nel caso di sentenze di accoglimen-

[32] Corte Di Cassazione, SS. UU., sent. n. 7194 del 2.8.1994.

[33] V. Marinelli, *op. cit. nota n. 2*, pp. 872-874.

[34] R. Rordorf, *Stare decisis: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell'ordinamento italiano,* in "Foro Italiano", 2006, parte V, col. 280 a col. 285.

[35] Per approfondimenti vedasi G. Gorla., *Postilla su "l'uniforme interpretazione della legge e i tribunali supremi*, in "Foro italiano", 1976, parte V, c. 127 ss., a c. 129 ss.

[36] R. Rordorf, *op. cit. nota n. 34*, col. 284.

[37] V. Marinelli, *op. cit. nota n. 2*, p. 880.

to delle questioni di costituzionalità, il *precedente* è vincolante al pari della statuizione interpretativa delle norme comunitarie data dalla Corte di giustizia, ai sensi della disciplina recata dall'art. 234 del Trattato CE, ora art. 267 del Trattato UE.

Rordorf[38], poi, ipotizza il vincolo derivante dal *precedente* della Corte di cassazione al giudice di una diversa causa del merito, in base all'art. 64 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 e, successivamente, in base all'art. 420-*bis* cod. proc. civ.; trattasi, però, di vincoli procedurali, poiché il giudice del merito non è spogliato dei poteri decisori che gli pertengono.

La forza del *precedente*, inoltre, sarebbe implementata nella funzione nomofilattica della Corte di cassazione anche secondo l'art. 360-*bis* cod. proc. civ., inserito dall'art. 47 della legge n. 69 del 2009, che stabilisce l'inammissibilità del ricorso per cassazione, 1° comma, n. 1, «quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa».

Il tradizionale punto di vista secondo cui il precedente vincolante in Italia abbia una mera forza persuasiva, è stato superato dal Gorla[39], sostenitore dell'esistenza di un dovere "giuridico-funzionale", in capo a tutti i giudici, di merito e di Cassazione, di conoscere e seguire i *precedenti* delle giurisprudenza di legittimità, massimamente se espressione delle Sezioni Unite. Tale dovere, originato dal combinato disposto degli art. 65 ord. giud. e 111 Cost., sotto il profilo dell'obbligo di motivazione dei provvedimenti giudiziari, e dal quale ci si può discostare soltanto per gravi motivi, avrebbe la finalità di realizzare il principio dell'*uniforme interpretazione della legge*, nonché il principio dell'affidamento di chi ha compiuto certi atti o tenuto certi comportamenti.

Galgano[40] condivide questa tesi e sostiene che nella massima: 1. «**Soddisfa l'obbligo della motivazione della sentenza di cui all'art. 132 n. 4, c.p.c., il mero riferimento da parte del giudice del merito alla giurisprudenza della Corte di cassazione in relazione alla soluzione di una questione univocamente espressa dalla Suprema Corte[41]**» sia fissato il principio secondo cui il giudice di merito adempie l'obbligo di motivazione della sentenza anche limitandosi a fare riferimento ai *precedenti* della Cassazione. È evidente come da queste parole venga formalmente ricono-

[38] R. Rordorf, *op. cit. nota n. 34*, col. 284.
[39] G. Gorla., *op. cit. nota n. 3*, p. 1e ss.
[40] F. Galgano, *op. cit. nota n. 25*, p. 114 e ss.
[41] Corte Di Cassazione, Sez. III, sent. n. 4523 del 13.5.1983.

sciuta l'autorità del *precedente*, la quale era stata valorizzata in senso restrittivo dalla medesima Corte[42] qualche mese prima e poi nel 2001[43].

Lo stesso Autore, poi, segnala l'altra massima che sembra porsi sulla scia della precedente: 2. «**Nell'esercizio del suo potere-dovere d'interpretazione della norma applicabile alla fattispecie sottoposta al suo esame, il giudice è libero di non adeguarsi all'opinione espressa da altri giudici e può anche non seguire l'interpretazione proposta dalla Corte di cassazione (salvo che si tratti di giudizio di rinvio), così come può dissentire dalle mere motivazioni delle pronunzie della Corte Costituzionale non influenti direttamente sulla declaratoria di illegittimità o sul riconoscimento della legittimità di una specifica disposizione. Tale libertà non esclude, peraltro, l'obbligo dello stesso giudice di addurre ragioni congrue, convincenti a contestare e far venir meno l'attendibilità dell'indirizzo interpretativo rifiutato.»[44].** Qui si trova il principio secondo cui il giudice di merito, che si discosti dai *precedenti* della Corte di cassazione, ha l'obbligo di motivare tale sua scelta in modo accurato, adducendo ragioni che siano adeguate e convincenti a contestare l'interpretazione non applicata. Allontanarsi da un indirizzo giurisprudenziale del tipo specificato in sentenza è difficile, perché il giudice dovrà adoperarsi per motivarne il discostamento. La massima di cui sopra valorizza l'obbligo di motivazione puntuale, pur rimanendo il giudice libero di non adeguarsi all'opinione espressa da suoi colleghi inerenti questioni analoghe, e di non seguire l'interpretazione della Corte di cassazione. Il principio massimato sopra richiamato, ribadito dalla Suprema Corte dopo oltre venti anni[45], secondo Galgano[46] non costituisce un esempio di *stare decisis* in senso proprio[47].

[42] Corte Di Cassazione, S. L., sent. n. 1598 del 4.3.1983.

[43] Corte Di Cassazione, Sez. III, sent. n. 16007 del 19.12.2001.

[44] Corte Di Cassazione, S. L., sent. n. 7248 del 3.12.1983.

[45] Corte Di Cassazione, Sez. III, sent. n. 395 del 11.01.2007.

[46] F. Galgano, *L'efficacia vincolante del precedente in Cassazione*, in "Contratto e impresa", 1999, p. 894.

[47] In entrambe le sentenze sopra menzionate, come osserva M. Serio, la Corte di cassazione ha espresso chiaramente il proprio punto di vista a favore dell'assorbimento del precedente tra gli argomenti di ragionamento giuridico; se essi sono presenti nel legal reasoning, costituiscono fondamento all'osservanza del precetto di logicità e congruità delle motivazioni addotte dal giudice, ed in questo senso si inserisce la sentenza di cui al punto 1; se essi sono assenti, incrineranno l'osservanza di detto precetto, ed è questo il caso della pronuncia al punto 2. Vedasi M. Serio, *Il valore del precedente tra tradizione continentale e common law: due sistemi ancora distanti?*, in "Rivista Diritto Civile", 2008, supplemento annuale di studi e ricerche, p. 125.

Più di recente, con la l. n. 69 del 2009, è stata introdotta un'altra norma, molto importante per il rilievo che assegna al *precedente*, riguardante il *filtro* per l'accesso al giudizio di cassazione di cui all'art. 360-*bis* [48].

Le massime già citate fanno comprendere come, presso la Suprema Corte, si siano susseguiti gli alti e bassi sul terreno del *precedente*[49], ma ve ne sono delle altre dalle quali il *precedente* è venuto in rilievo non nel momento del suo costituirsi, bensì quando è stato *overruled*, cioè quando il suo peso è stato *messo a nudo* attraverso il suo *overruling*. Trattasi di casi particolari di indirizzo giurisprudenziale seguìto per molto tempo, ma poi abbandonato perché inattuale, e da sostituire per soddisfare recenti esigenze.

Uno di questi casi portati ad esempio è quello costituito da due sentenze della Corte di cassazione, e precisamente:

• sentenza del 14.07.1953 n. 2085[50] – caso Superga – nella quale era sta-

[48] In Corte Di Cassazione, Sez. U., ord. n. 19051 del 6.9.2010, si afferma che detto filtro è posto in funzione dell'effettività della tutela giurisdizionale e per l'attuazione di «un adeguato bilanciamento» tra diritto delle parti al ricorso per cassazione (art. 111 Cost.) e «concreta possibilità di esercizio della funzione del giudice di legittimità, garanzia a sua volta del principio di eguaglianza». Tale bilanciamento sarebbe realizzabile solo con «un impiego economico della risorsa, che per ragioni intrinseche alla funzione richiede d'essere esercitata da un numero di giudici tale da consentire e non impedire la formazione di indirizzi interpretativi dotati, oltre che di persuasività, di tendenziale stabilità». Per approfondimenti vedasi anche Corte Di Cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo, Rassegna 2009, su *La Corte del "precedente". Riflessioni, su continuità ed innovazione, per l'applicazione dell'art. 360-bis del codice di procedura civile*, Roma, gennaio 2010.

[49] Se ne segnalano altre, significative ai fini del presente lavoro: Corte Di Cassazione, Sez. I, sent. n. 11738 del 1.8.2003, nella quale la Suprema Corte aveva affermato che «la sentenza non costituisce...un intervento normativo, ma al contrario, un'autorevole indicazione interpretativa, alla cui luce possono ben valutarsi, com'è ovvio, situazioni e fatti anteriori», e tale asserzione è stata sviluppata dalle SS.UU. nel 2004; una seconda, Corte Di Cassazione, Sez. III, sent. n. 10741 del 11.5.2009, nella quale la Corte mostra una diversa consapevolezza che si diffonde sulla «funzione interpretativa del giudice in ordine alla formazione della cd. giurisprudenza- normativa, quale autonoma fonte di diritto». Qui si amplia la portata dell'attività esegetica dei giudici, prima limitata ad un'autorevole indicazione interpretativa, attribuendo un differente peso specifico al precedente; infine, Corte Di Cassazione, Sez. L., sent. n. 8017 del 6.4.2006, riguardante le c.d. *norme elastiche*, si rinviene una logica non dissimile, come si comprende dalla massima: «il giudizio di merito applicativo di norme elastiche… è soggetto al controllo di legittimità al pari di ogni altro giudizio fondato su norme di legge, in quanto, nell'esprimere il giudizio di valore necessario per integrare una norma elastica (che, per la sua stessa struttura, si limita ad esprimere un parametro generale) il giudice di merito compie un'attività di interpretazione giuridica e non meramente fattuale della norma stessa, dando concretezza a quella parte mobile *(elastica*) della stessa, introdotta per consentire alla norma stessa di adeguarsi ai mutamenti del contesto storico-sociale».

[50] Corte Di Cassazione, sent. n. 2085 del 14.7.1953.

to affermato che «non possono essere considerati come di diritto reale i rapporti che intercorrono tra un ente sportivo e gli atleti ingaggiati per costituire una squadra di calcio», con la conseguente inesperibilità da parte del primo di un'azione aquiliana contro la compagnia di navigazione aerea responsabile del disastro in cui gli atleti avevano trovato la morte;

• sentenza del 26.1.1971 n. 174[51] – caso Meroni – nella quale era stato affermato che «chi con il suo fatto doloso o colposo cagiona la morte del debitore altrui è obbligato a risarcire il danno subìto dal creditore qualora la morte abbia determinato l'estinzione del credito».

Il confronto di queste pronunce dimostra il diverso orientamento espresso dalla Cassazione circa una stessa questione, e dal mutamento di indirizzo è emerso come la prima pronuncia avesse a lungo costituito un percorso seguìto, di fatto un *precedente*, in un ordinamento in cui lo *stare decisis* non è accolto formalmente, forse anche a causa «dell'inadeguata percezione da parte degli stessi giudici della rilevanza del loro ruolo e dell'incuria nel trattare ed utilizzare i precedenti»[52].

Vediamo ora un caso più recente che ha messo in evidenza la forza ed il peso delle decisioni della Corte di cassazione allorquando la stessa Corte ha palesato un indirizzo diverso da quello consolidatosi negli anni.

Trattasi della sentenza della Cassazione civile, Sezioni Unite, del 9.9.2010, n. 19246[53], la quale ha creato grande scompiglio nella categoria forense, preoccupata dalla conseguente improcedibilità in migliaia di casi di opposizione a decreti ingiuntivi nei quali l'opponente non si sia costituito nel termine di cinque giorni.

In passato, la giurisprudenza della Suprema Corte[54] è stata costante nell'affermare che quando l'opponente avesse assegnato all'opposto un *termine a comparire* inferiore a quello ordinario, il *termine per la sua costituzione* era ridotto a cinque giorni dalla notificazione dell'atto di citazione in opposizione, pari alla metà del termine di costituzione ordinario. Le SS.UU., con questa decisione, confermavano la decisione dei giudici di merito e tale indirizzo, confermato nel tempo, è stato considerato vero e proprio *diritto vivente*, come riconosciuto dalla Corte costituzionale[55].

[51] Corte Di Cassazione, sent. n. 174 del 26.1.1971.

[52] M. Serio, *op. cit. nota n. 47*, p. 128.

[53] Corte Di Cassazione, CIVILE, Sez. U., sent. n. 19246 del 9.9.2010.

[54] Cfr. Corte Di Cassazione, sentenze n. 3752/2001, n.17915/2004, n.18942/2006, n.16332/2002, n.4719/1995.

[55] Corte Costituzionale, ordinanza n. 230 del 22.7.2009; stando a questa interpretazione, in questo caso specifico, l'opposizione dovrebbe essere dichiarata procedibile poiché l'opponente si è costituito oltre il quinto giorno – ma entro i dieci – avendo concesso, però, all'opposto il termine ordinario per comparire.

Nella recente sentenza n. 19246/2010, però, le SS.UU. hanno dichiarato che l'abbreviazione del termine di costituzione «è conseguenza del solo fatto che l'opposizione sia stata proposta, in quanto l'art. 645 c.p.c. prevede che in ogni caso di opposizione i termini a comparire siano ridotti a metà»[56]. Da questa *puntualizzazione* della Suprema Corte[57] consegue che la tardiva costituzione dell'opponente in giudizio si pone sullo stesso piano della sua mancata costituzione, comportando l'improcedibilità del ricorso. Dunque il dimezzamento dei termini di costituzione dell'attore non dipende più, come in passato, dal fatto obiettivo dell'assegnazione all'opposto di un termine a comparire ridotto rispetto a quello ordinario, ma, con questa recente decisione della Suprema Corte, dalla sola circostanza che l'opposizione sia stata proposta, «mettendo in relazione il termine di costituzione con quello di comparizione»[58]. La pronuncia appena esaminata, operando un *overruling*[59], ha cambiato le regole del gioco a partita già iniziata, *svelando* un *precedente* seguito da anni,

[56] Dopo aver premesso che «nei giudizi di opposizione a decreto ingiuntivo, se l'opponente si è avvalso della facoltà di indicare un termine di comparizione inferiore a quello ordinario, il termine per la sua costituzione è automaticamente ridotto a cinque giorni dalla notificazione dell'atto di citazione in opposizione, pari alla metà di quello ordinario». Cfr. ancora la sentenza in nota n. 53.

[57] Precisamente laddove si afferma che «esigenze di coerenza sistematica, oltre che pratiche, inducono ad affermare che non solo i termini di costituzione dell'opponente e dell'opposto sono automaticamente ridotti alla metà in caso di effettiva assegnazione all'opposto di un termine a comparire inferiore a quello legale, ma che tale effetto automatico è conseguenza del solo fatto che l'opposizione sia stata proposta, in quanto l'art. 645 c.p.c. prevede che in ogni caso di opposizione i termini a comparire siano ridotti a metà». Cfr. ancora la sentenza in nota n. 53.

[58] Relazione criticata da R. Caponi, *Sul termine di costituzione in giudizio di opposizione al decreto ingiuntivo (artt. 645, 647 c.p.c.)*, in "Corriere Giuridico", n. 5, 2006, p. 727 e ss., e ancora, dello stesso autore, *Overruling in materia processuale e garanzie costituzionali* (in margine alla sentenza citata nella nota n. 46*).* Caponi osserva che se è vero che l'art. 163-bis, 2° comma, c.p.c. prevede espressamente l'ipotesi sopra menzionata, è altrettanto vero che l'art. 645, 2° comma, parla dei soli termini di comparizione. Inoltre si osserva come la Corte abbia individuato la *ratio* in questa sua decisione intendendo garantire la celerità nella trattazione dei precedenti ed il bilanciamento tra compressione dei termini a disposizione del convenuto e riduzione dei termini di costituzione dell'attore. Però è in dubbio che detta celerità sia realizzabile concedendo all'opponente un minor termine per la sua costituzione in giudizio, ed è altrettanto in dubbio che nell'art. 645 il legislatore volesse il bilanciamento sopra menzionato. A tal proposito vedasi la nota di A. Capozzoli, al comunicato del Consiglio Nazionale Forense del 6.10.2010 "*SS.UU.: qual è il termine di costituzione dell'opponente nell'opposizione a decreto ingiuntivo?*", pubblicato sul sito www.altalex.com.

[59] Cfr. ancora R. Caponi, *ult. op. cit.*, e A. Briguglio, *L'overruling delle Sezioni Unite sul termine di costituzione dell'opponente a decreto ingiuntivo ed il suo (ovvio e speriamo condiviso) antidoto*, dal sito Judicium.it.

in tutta la sua portata, suscitando molteplici reazioni da parte degli operatori del diritto, concordi nel considerare la giurisprudenza delle SS.UU «tendenzialmente vincolante»[60] in un ordinamento, quale è il nostro, che non riconosce formalmente il *precedente* come vincolante.

3.2. Il precedente *nella giurisprudenza di merito*

Procediamo ad una ricognizione della giurisprudenza di merito passando attraverso il tema dell'*overruling* operato dalla Suprema Corte con la sentenza n. 19246 del 2010 appena esaminata.

Il caso menzionato ha portato al definirsi di un ampio spettro di posizioni da parte dei giudici di merito, a prescindere dalle giustificazioni che ne hanno costituito il fondamento: alcuni si sono mostrati favorevoli ad allinearsi al nuovo indirizzo attestandone la praticabilità, mutuandone gli insegnamenti e dando valore al principio dell'affidamento sul diritto vivente nella direzione della effettiva tutela di esso, escludendo che la nuova interpretazione delle SS.UU. possa regolare gli effetti dell'atto già formato. Altra posizione[61] viene assunta da parte di quei giudici che valorizzando l'*overruling* nel senso inteso in *common law* e distinguendolo dal mero *revirement*, attribuiscono particolare efficacia vincolante al *precedente* di Cassazione e, particolarmente delle SS.UU., come dimostrano i recenti interventi legislativi in questo senso. Il d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, ha apportato modifiche:

- all'art. 374 cod. proc. civ., imponendo alle Sezioni semplici di investire le SS.UU. ove intendano discostarsi dall'indirizzo di queste ultime;
- all'art. 363 cod. proc. civ., estendendo l'applicazione dell'istituto del «principio di diritto nell'interesse della legge», con evidenti intenti nomofilattici.

La legge 18 giugno 2009, n. 69, poi, attraverso la previsione dell'art. 360-bis cod. proc. civ., ha implementato la forza di "tenuta" della «regola giuridica a formazione nomofilattica introducendo uno scrutinio semplificato … in caso di allineamento del decisum del giudice di merito al precedente conforme di legittimità». Inoltre, la «giurisprudenza delle sezioni unite non è più semplice espressione degli indirizzi di legittimità di un organo giudiziario ma giudice che contribuisce a garantire la "certezza del diritto" nell'ordinamento (v. art. 65 ord. giud.) così divenendo il suo precedente tendenzialmente vincolante per il giudice di merito e avvicinandosi il diritto vivente al diritto positivo anche dal punto di vi-

[60] Cfr. Tribunale di Varese, sent. 8.10.2010, in "Foro italiano", 2010, I, 3015.
[61] Cfr. ancora sent. cit. nota n. 60, e, dello stesso Tribunale, sent. 10.12.2010.

sta dell'"introduzione" delle regole giuridiche e non solo dal punto di vista della loro interpretazione». Ne consegue che è da intendersi incluso anche il riconoscimento al *revirement* proveniente dai pronunciamenti delle SS.UU. della Cassazione, attribuendogli le stesse caratteristiche dello *ius superveniens* e tale posizione è quella condivisa da chi ritiene che la giurisprudenza sia fonte di diritto.

Sulla questione della retroattività del *dictum*, un deciso ostacolo è stato posto dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo[62], la quale impone la conoscibilità della regola di diritto e la (ragionevole) prevedibilità della sua applicazione, così da limitare gli effetti del *revirement* della giurisprudenza ai soli casi futuri o individuandone la data di decorrenza da un dato oggettivo di pubblicità della decisione. Nello stesso senso, altresì, la giurisprudenza della Corte di giustizia UE, sebbene in materia penale.

4. *Uso di* precedenti *stranieri nell'esperienza italiana*

Passiamo ad affrontare un'altra questione: l'uso del diritto straniero[63] da parte del giudice italiano, pratica che ricomprende modelli culturali, istituti, sentenze, appartenenti ad altre esperienze, utilizzati per risolvere problemi giuridici di diritto interno. Esso ha una storia molto ricca[64], iniziata nell'800 con l'influenza del diritto francese, per arrivare al periodo attuale, in cui è sentito l'influsso di fonti non autoctone, segnatamente di diritto comunitario[65]. Infatti, gli ordinamenti statali non sono più così nettamente separati tra loro per effetto della sempre più intensa circolazione di idee e di culture che ha favorito anche la circolazione delle esperienze giuridiche, portando al c.d. *dialogo tra le Corti*.

Spesso, il richiamo a *dicta* extrastatuali è operato dal giudice quando questi ravvisi una lacuna legislativa nel proprio ordinamento circa la

[62] Significative, a tal proposito, numerose sentenze: CORTE EDU, Grande Chambre, sent. Scordino c. Italia, n. 36813/97 del 27.3.2003, CEDH 2003-IV; cfr. anche CORTE EDU, Grande Chambre, sent. Cocchiarella c. Italia, n. 64886/01 del 29.3.2006, CEDH 2006-V; inoltre la sent. cit. in nota n. 12 (Mifsud c. Francia); infine, CORTE EDU, Sez. I, sent. Di Sante c. Italia,. n. 56079/00 del 24.6.2004.

[63] Per nozione di diritto straniero vedasi G. BARILE, *Appunti sul valore del diritto pubblico straniero nell'ordinamento nazionale,* Milano, Giuffrè, 1948, p. 11.

[64] ALPA la riassume in cinque periodi in G. ALPA, *L'uso del diritto straniero da parte del giudice italiano*, p. II della presentazione del libro di A. SOMMA, *L'Uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, Milano, Giuffrè, 2001.

[65] Il diritto comunitario non è diritto straniero rispetto all'ordinamento italiano. G. ALPA., *ult. op. cit.*, p. XXIV.

fattispecie che si trova ad esaminare. L'esigenza di cercare la *ratio decidendi* del caso, o agganci normativi, in un altro contesto dove la materia trova una specifica trattazione, è frequente nell'ambito di materie particolarmente delicate, quali l'eutanasia.

In questo studio, l'argomento sarà trattato seguendo un'ottica comparatistica, non puramente «illustrativa» o «descrittiva»[66], al fine di rendere valutazioni critiche pertinenti il tema del *precedente*, partendo dall'esauriente categorizzazione fatta da Eleonora Petrone[67], circa i vari tipi di *uso* da parte del giudice nazionale, di sentenze, atti, istituti, che appartengono ad un altro ordinamento.

L'uso di *precedenti* esteri può essere «imposto» al giudice interno da parte del legislatore; richiamare, nei casi previsti dalla legge, *dicta* alieni, quindi, è un obbligo per il giudice, il quale dovrà solo dare riconoscimento a decisioni straniere in quanto le fattispecie per le quali sussiste detto obbligo presentano caratteri di internazionalità o di transnazionalità.

È possibile anche che avvenga il contrario di quanto appena visto, e cioè che il giudice nazionale richiami un modello extrastatuale solo perché «suggestionato» da quella elaborazione interpretativa, non trovandosi nella situazione di dover applicare norme di diritto internazionale, ma semplicemente perché le ritiene un utile supporto per la sua decisione.

Si parla di uso «risolutivo», invece, quando, grazie al richiamo al diritto straniero, è stato possibile per il giudice domestico risolvere il caso sottopostogli.

È definito «esonerativo» l'uso di un *precedente* straniero che vada esclusivamente a rafforzare l'argomentazione del giudice, come accade con l'utilizzo delle citazioni dottrinarie. Pertanto, se il giudice avesse applicato il solo diritto nazionale, avrebbe comunque risolto il caso nello stesso senso.

Può verificarsi, inoltre, che si abbia un uso «erroneo» del diritto straniero, nel senso che questo sia stato richiamato equivocandone il contenuto.

Il *precedente* estero, inoltre, può essere inserito nella motivazione, ma poi il giudice richiamante risolve la questione in modo diametralmente opposto rispetto a quanto deciso dalla giurisprudenza e dalla dottrina straniere richiamate: questo è il caso dell'uso «alternativo» o «contrapposto».

Molto spesso si fa un uso «clandestino» del diritto straniero, nel senso che lo si richiama in modo non esplicito, facendo riferimento a con-

[66] Come precisato da K. Zweigert, H. Kötz, che distinguono il diritto comparato in senso proprio dal diritto comparato descrittivo, *op. cit. nota n. 21*, p. 7.

[67] E. Petrone, *Il valore del precedente straniero nella giurisprudenza italiana dagli anni '50 ad oggi*, in "Contratto e impresa"/Europa, 2010, n. 1, pp. 184 e ss.

cetti giuridici indeterminati al fine di ricavarne la motivazione che farà da supporto all'interprete nazionale.

Si parla, inoltre, di uso «costruttivo» e «distruttivo» quando si intenda, nel primo, favorire l'*evoluzione* dell'ordinamento, nel secondo, tendere alla *conservazione* dello stesso «affossando propositi di evoluzione»[68]; ciò si concretizza attraverso un richiamo che si riveli non risolutivo, ma solo di rafforzamento delle motivazioni, similmente a quanto visto per l'uso «alternativo» o «contrapposto», con la differenza che l'uso «distruttivo» è finalizzato a dimostrare che è più opportuno conservare soluzioni che, se superate, porterebbero a risultati non voluti[69].

[68] L'espressione è di A. Somma, *op. cit. nota n. 64*, p. 170.

[69] Qui si citano due casi. **1.** Corte Di Cassazione, sentenza n. 4487 del 22.12.1956, in "Foro italiano", 1957, I, c. 4. È un esempio di richiamo generico ad un precedente anglosassone in materia di *privacy*, uno dei primi casi di tutela del diritto alla riservatezza nel nostro ordinamento, venuto in rilievo in seguito alla richiesta del tenore Caruso ad essere risarcito sul piano della disciplina dell'illecito civile, in quanto il film che raccontava la sua vita, ritraeva lui e suo padre come persone di dubbia moralità. Il Collegio richiamò il *right of privacy* come possibile protezione per Caruso, ma nella pronuncia fu negato questo diritto. La Cassazione sostenne che in Italia erano tutelati alcuni singoli diritti soggettivi della persona, ma non quello alla riservatezza, e che, pertanto, non era vietato comunicare vicende di vita altrui con mezzi leciti e non sottoposte all'obbligo del segreto. Vedasi G. Alpa, *op. cit. nota n. 64*, p. XIV. Sul piano morale, poi, la Suprema Corte affermò che non poteva pretendere il riserbo sulla propria vita chi non ne aveva tenuto celate le vicende. Cfr. E. Petrone, *op. cit. nota n. 67*, p. 191. Il giudice, pur richiamando il precedente anglosassone, concluse in senso opposto e menzionò il *dictum* straniero senza che gli fosse imposto. Dopo qualche anno, la Suprema Corte cambiò orientamento riconoscendo, anche in Italia, il diritto alla privacy. Ciò avvenne per effetto della ratifica della CEDU, con l. del 4 agosto 1955, n. 848, che all'art. 8 stabilisce che ogni persona ha il diritto al rispetto della sua vita privata e familiare. Cfr. ancora G. Alpa, *ult. op. cit.*, p. XVI. **2.** Tribunale di Monza, sent. del 27.10.1989, in Giur. it., 1990, I, 2, c. 296 e ss. Il caso concerneva il tema dell'*affitto d'utero*, o contratto di maternità per concepimento e gestazione per conto terzi di un figlio proprio ed altrui, venuto in rilievo allorquando la madre della bambina per la cui procreazione si era sottoposta ad inseminazione artificiale, dopo aver rinunciato ai diritti di madre e ricevuto un compenso, si era rifiutata di consegnare la neonata ai committenti, non adempiendo all'obbligo derivante dal contratto di maternità surrogata, atipico e oneroso, stipulato in precedenza tra le parti. Il Tribunale di Monza anzitutto richiamò il *Surrogacy Arrangements Act* emanato negli Stati Uniti nel 1985, nella parte che tollera come non illegale qualunque attività posta in essere, anche dietro corrispettivo degli stessi interessati, in vista di un accordo di surrogazione. Sempre dall'ordinamento statunitense, poi, lo stesso Tribunale trasse un precedente della Corte Suprema del New Jersey del 1987, che consisteva nella decisione di affidamento al padre biologico ed a sua moglie della bambina contesa, assumendo ad argomentazione fondamentale della decisione, il diritto, garantito dalla costituzione, del padre biologico alla procreazione con qualsiasi mezzo riproduttivo. Il Tribunale di Monza, però, decise la questione in modo opposto a quanto fatto dalla Corte statunitense, rigettando la richiesta dei committenti di vedersi consegnata la neonata. Tale decisione fu basata sul criterio dell'infungibilità dei doveri personali ed econo-

Infine è possibile un utilizzo del *precedente* alieno come «mero sfoggio di erudizione»[70], cioè quando la menzione dell'esperienza estera – spesso inesatta – ha funzione ornamentale, spesso a scopi «distruttivi», nel senso sopra specificato, nel tentativo di frenare impulsi evolutivi dell'ordinamento richiamante.

Nel nostro ordinamento, secondo quanto dettato dall'art. 12 Preleggi[71], il giudice italiano applica le disposizioni relative a casi simili, e, in loro assenza, i princìpi generali del nostro ordinamento. In questi casi particolari, il giudice deve attenersi all'art. 14 della legge n. 218 del 31 maggio 1995[72] e la scelta dell'ordinamento alieno dal quale trarre riferimenti, sembra avvenire prevalentemente sulla base del criterio della «omogeneità culturale»[73] e spesso non è accompagnata da una illustrazione dei motivi.

4.1. Segue: alcuni casi

Entrando nel dettaglio, ci occuperemo di alcuni casi, commentati da autorevole dottrina[74], segnatamente quelli esaminati da Eleonora Petrone[75], sottoposti al giudice italiano in cui questi abbia menzionato *dicta* stranieri, a volte citandoli esplicitamente in sentenza, altre indirettamente in via mediata, spesso su indicazione delle parti in causa.

Il primo caso ad essere esaminato[76] è quello, inerente un giudizio

mici connessi alla potestà dei genitori, e non riconoscendo il mero desiderio di prolificare, foss'anche nell'interesse della prole. Tale interesse, di primaria importanza nell'adozione, qui non rileva allo stesso modo, anche se i committenti provarono che la bambina era in condizioni di abbandono affettivo e materiale. Il precedente straniero, inoltre, fu richiamato in modo *facoltativo* e *complementare*, probabilmente anche considerato il fatto che il tema dell'affitto d'utero era stato affrontato più spesso nei Paesi di *common law* e solo raramente in Italia. Per l'approfondimento di entrambi i casi cfr. E. Petrone, *op. cit. nota n. 67*.

[70] Cfr. ancora A. Somma, op. cit. nota. n. 64, p. 289.

[71] Si cita testualmente: «se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo a disposizioni che regolano casi simili e materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i princìpi generali dell'ordinamento giuridico».

[72] Esso stabilisce che «l'accertamento della legge straniera è compiuto d'ufficio dal giudice. A tal fine questi può avvalersi, oltre che degli strumenti indicati dalle convenzioni internazionali, di informazioni acquisite per il tramite del Ministero di grazia e giustizia; può altresì interpellare esperti o istituzioni specializzate. Qualora il giudice non riesca ad accertare la legge straniera indicata, neanche con l'aiuto delle parti, applica la legge richiamata mediante altri criteri di collegamento eventualmente previsti per la medesima ipotesi normativa. In mancanza si applica la legge italiana».

[73] A. Somma, *op. cit. nota. n. 64*, p. 287.

[74] In particolare si menziona ancora G. Alpa, *op. cit. nota n. 64*.

[75] E. Petrone, *op. cit. nota n. 67*.

[76] Tribunale di Roma, sent. 18.2.1950, in "Foro italiano", 1950, I, c. 488.

di separazione tra coniugi greci. La legge greca ammetteva solo il divorzio e non la separazione, pertanto fu necessario valutare se fosse applicabile la legge greca, e se tale eventuale applicazione contrastasse con quella italiana. In questo caso, il Tribunale di Roma affermò che il caso sottopostogli non aveva precedenti nella recente giurisprudenza italiana. Poi fece riferimento ad un caso simile accaduto in Francia nel 1874[77], riguardante due coniugi cittadini svizzeri, e risolto applicando la legge francese. Il giudice di merito di Roma decise di applicare la legge italiana, criticando la dottrina che proponeva diversamente, e considerando la legge greca, sul punto, contraria all'ordine pubblico; infine affermò – richiamando l'art. 31 Preleggi, abrogato dall'art. 73 della già richiamata l. 218 del 1995, – che, in assenza di una convenzione internazionale che regolasse la materia, il giudice italiano dovesse tutelare l'ordine pubblico italiano a preferenza di quello straniero nel caso di conflitto tra i due. Il *precedente* extrastatuale richiamato dal Tribunale di Roma venne utilizzato in modo «costruttivo» e fu ammessa la domanda di separazione dei coniugi greci. Inoltre questo caso è tra quelli di uso «suggestivo» o «facoltativo» di un *precedente* straniero, in quanto quel Tribunale lasciò intendere di essere giunto alla decisione non richiamando direttamente il *precedente* straniero, bensì dopo aver fatto ricerche nella dottrina italiana; ma, non trovando in essa casi antecedenti analoghi, prese come riferimento il caso deciso in Francia[78].

Un altro esempio interessante[79] è quello di un cittadino italiano, coniugato in Italia con una cittadina britannica, il quale chiedeva l'annullamento della trascrizione del matrimonio, in quanto riteneva che la moglie fosse ancora vincolata al precedente matrimonio contratto in Irlanda. Le parti avevano richiamato due sentenze: una inglese del 1961[80] nella quale si affermava che, nei paesi di *common law,* il principio della validità di una sentenza di divorzio pronunciata dal giudice straniero del domicilio coniugale era stato stabilito già da molti anni; un'altra sentenza, pronunciata in Irlanda nel 1958[81], che si riferiva al valore – in Irlanda – di una sentenza di divorzio pronunciata all'estero in base alla legge del domicilio coniugale. Il Tribunale di Torino richiamò entrambe le sentenze, trovando in esse conferma della efficacia immediata, nei Pae-

[77] Tribunale di Rouen, sentenza del 12.5.1874.

[78] E. Petrone, *op. cit. nota n. 67*, p.190.

[79] Corte d'Appello di Torino, sentenza del 9.7.1964, in "Foro italiano", 1964, I, c. 1862.

[80] Probate divorce, Admiralty Division, sent. Breen v Breen, 26.6.1961, 3 All E.R. 225 (High Ct., Karminski, J.).

[81] Sentenza Mayo-Perrot v Mayo-Perrot del 22.5.1958, in "Irish Reports", 1958, 336.

si di *common law*, della sentenza di divorzio pronunciata dal giudice straniero (del domicilio coniugale). Le decisioni estere richiamate furono usate in modo «costruttivo» e «complementare», infatti la domanda del marito fu rigettata e la donna poté contrarre nuovo matrimonio.

In un caso di arbitrato estero e trasporto marittimo[82], la parte lamentava alcune violazioni, tra le quali anche quella del *Carriage of Goods by Sea Act* del 1946, e chiedeva che il giudice di merito tenesse conto della legge statunitense in tema di polizza di carico, i cui princìpi erano ormai consolidati nella giurisprudenza degli Stati Uniti e della Gran Bretagna, costituendone fonte di diritto. La Suprema Corte, nella sua pronuncia, richiamava la legge regolatrice dei contratti di trasporto, stabilita dalla volontà delle parti, il *Carriage of Goods by Sea Act* del 1946[83]. La Corte di cassazione prese in considerazione i precedenti statunitensi, sia giurisprudenziali[84] che condivisi dalla dottrina, e accolse il ricorso facendo un uso «costruttivo» del *precedente* extrastatuale, con preciso richiamo di esso in sentenza.

Il Tribunale di Verona[85], investito del compito di decidere un caso di *factoring*, e precisamente di stabilire se l'eccezione per inesatto adempimento fosse opponibile al cessionario dei crediti d'impresa, fece esplicita menzione di una sentenza della Cassazione francese risalente al 1977[86], sulla base della quale decise che il debitore poteva far valere le proprie eccezioni negli stessi limiti in cui ciò era consentito verso il contraente originario, non esistendo alcun motivo per il quale il debitore non dovesse essere esonerato dall'osservanza dei termini per la denunzia dei vizi. Anche questo è un caso di uso «costruttivo» del *dictum* straniero poiché il giudice interno si conforma alla decisione del Tribunale estero.

Una questione sottoposta al giudice e riguardante il tema della *datio in solutum*[87] venne in rilievo al momento del pagamento estintivo dell'obbligazione tramite assegno circolare. La Suprema Corte, investita della de-

[82] Corte Di Cassazione, SS.UU., sent. n. 1617 del 12.5.1969, in "Foro italiano", 1969, I, c. 1698.

[83] Esso, al titolo I, sez. V, prevede che il vettore può apportare modificazioni – anche a proprio vantaggio – alla regolamentazione del contratto di trasporto marittimo da essa stabilito, purchè tali modificazioni siano incorporate nella polizza di carico consegnata al caricatore.

[84] Trattasi della decisione della Corte distrettuale di New York del 26.9.1950, Maritime Law, 1951, 418, e della decisione della Corte distrettuale della Pennsylvania dell'11.3.1949, Maritime Law, 1949, 559.

[85] Tribunale di Verona, sent. del 4.5.1987, in "Foro italiano", 1988, I, c. 1305.

[86] Cour De Cassation, sent. del 9.5.1977, in J.P.C. 1978, II, 12613.

[87] Corte Di Cassazione, SS.UU., sent. n. 26617 del 18.12.2007, reperibile dal sito De Jure.

[88] Queste le parole: «In dottrina si è osservato che sulla base del criterio della cor-

cisione, decise di considerare estinta l'obbligazione solo allorquando il creditore avrebbe acquistato concretamente la piena e libera disponibilità della somma di denaro, conformemente ad una pronuncia emessa dalla Corte di Giustizia Federale tedesca nel 1988, ed espressamente richiamata dalla Suprema Corte[88]. Questo è un esempio di uso «costruttivo», in quanto le due pronunce sono conformi; inoltre trattasi di uso «facoltativo risolutivo», in quanto il *precedente* richiamato ha consentito al giudice italiano di giungere ad una soluzione, pur non essendo egli obbligato ad effettuare un simile riferimento, in quanto il caso sottopostogli non presentava caratteri di internazionalità. Infine, il *precedente* tedesco ha avuto anche funzione di rafforzamento nella decisione menzionata.

Un altro caso di uso «risolutivo»[89] di una pronuncia straniera, questa volta in materia di diritto societario, riguardava la richiesta di un cittadino francese, socio quasi totalitario di una società con sede in Francia, di cui era anche Presidente e Direttore Generale[90]. La Corte di cassazione stabiliva la nullità della pattuizione dell'indennizzo, in caso di revoca, previsto nel contratto di collaborazione, per violazione delle norme della legge francese, in quanto, dall'interpretazione della sentenza impugnata, emergeva chiaramente che la fattispecie era stata ricostruita giuridicamente come «un'ipotesi di collegamento negoziale tra la *"reconnais-*

rettezza dell'adempimento si possono raggiungere i medesimi risultati dell'ordinamento tedesco che al § 362 del BGB stabilisce il principio che il rapporto obbligatorio si estingue quando la prestazione dovuta ha efficacia per il creditore e, cioè, quando si è definitivamente consolidata nel patrimonio dello stesso; questo principio ha consentito alla giurisprudenza tedesca di affermare che il pagamento eseguito mediante mezzi alternativi (nel caso mediante bonifico bancario) diventa definitivamente efficace per il creditore quando la somma di denaro entra nella sua piena e libera disponibilità (BGH 28.10.1998 in Neue Juristiche Wochenschrift, 1999, 210)».

[89] Corte Di Cassazione, sent. n. 7640 del 16.5.2003, reperibile dal sito De Jure.

[90] Egli aveva pattuito con detta società che, dopo la cessione delle azioni di questa ad una società italiana, avrebbe continuato a svolgere le funzioni di Presidente e Direttore Generale ed avrebbe ricevuto una somma a titolo di indennizzo qualora si fosse dimesso dalla carica o fosse stato revocato per colpa grave, ed un'indennità ove fosse stato revocato prima dello scadere del triennio. Il suddetto amministratore, qualche anno dopo revocato dalle menzionate cariche senza motivo, non aveva ricevuto le somme che gli spettavano e, pertanto, citava davanti al Tribunale di Torino la società italiana, cessionaria delle azioni di quella francese, ed ottenere che fosse condannata al pagamento delle suddette somme. Tra i motivi di ricorso della sentenza della decisione della Suprema Corte egli lamentava, tra le altre, la violazione dell'art. 113 c.p.c. e dell'art. 1988 c.c., nonché l'omessa e comunque insufficiente motivazione su un punto decisivo della controversia, in quanto sia l'appellante che la sentenza avevano ritenuto l'invalidità delle due scritture con le quali era stato pattuito l'indennizzo, quale autonomo effetto della violazione del principio di ordine pubblico fissato dagli artt. 90 e 110 della legge francese n. 527 del 1966.

sence de dette" e "*l'accord de collaboration*"», pertanto «contrarie ai princìpi di diritto pubblico del diritto sostanziale francese». In particolare, nella parte che interessa ai fini del presente studio, la Suprema Corte asseriva che, secondo l'interpretazione della giurisprudenza francese, «L'obbligo di una società o di un socio della stessa di corrispondere all'amministratore una determinata somma nel caso di revoca dell'incarico è da considerare nullo, in quanto contrario a detti princìpi». La Suprema Corte decideva la questione rigettando il ricorso dell'amministratore, conformandosi ad alcune precedenti pronunce emesse da Corti francesi, risultate risolutive per la decisione del caso.

4.2. Segue: alcuni casi di trust

Il giudice italiano si trova, sempre più spesso, a doversi occupare di casi di *trust*, istituto rimasto a lungo sconosciuto nel *civil law,* ma il cui dibattito, nel nostro Paese, si è acceso dopo la ratifica della Convenzione dell'Aja del 1985, con legge 16 ottobre 1989 n. 364, riguardante la legge applicabile al *trust* e sul riconoscimento dei *trusts* esteri sottoposti a legge straniera.

Negli ultimi venti anni anche il giudice italiano ha costruito una cospicua giurisprudenza inerente i *trusts* ed in questo lavoro, con il contributo del già citato studio di Petrone[91] e di un altro di Rinaldi[92], si riportano due casi esemplificativi di richiamo alla giurisprudenza straniera in materia di *trust*, il primo riferentesi ad un *trust interno*, ossia privo di caratteri di internazionalità e/o transnazionalità, ed il secondo, invece, riguardante un *trust estero*, ossia dotato di elementi di estraneità rispetto al nostro ordinamento, quali il luogo di amministrazione del *trust*, il luogo di residenza del *trustee*, o il luogo ove sono collocati i beni in *trust*.

Nel primo, il Tribunale di Reggio Emilia[93], trovandosi a decidere su un caso di *trust simulato*, fece richiamo a precedenti anglosassoni. La questione riguardava l'assoggettabilità ad azione esecutiva – nella fattispecie a pignoramento – dei beni oggetto di un *trust interno*. Una sentenza inglese del 1994 stabiliva che un *trust* è nullo quando il *trustee* agisce solo al fine di soddisfare lo scopo reale, ad esempio occultando il patrimonio del disponente ai suoi creditori e disinteressandosi dei beneficiari ai quali avrebbe dovuto corrispondere un mantenimento. In un'altra sentenza del 2003, sempre inglese, si stabiliva che, perché un *trust* potesse es-

[91] E. Petrone, *op. cit. nota n. 67*, p. 200.

[92] G. C. Rinaldi, *Il riconoscimento del trust e i poteri del giudice: primi sforzi della giurisprudenza di legittimità*, in "Giustizia civile", n. 5/2011, pt. 2, p. 263-291.

[93] Tribunale di Reggio Emilia, sent. del 14.5.2007, reperibile dal sito De Jure.

sere considerato nullo, non fosse necessario un accordo tra disponente e *trustee*, ma fosse sufficiente che il disponente non avesse affatto intenzione di rispettare le norme sui *trust*, e che il *trustee* fosse stato acquiescente nei suoi confronti. Il giudice, pertanto, ritenne valido il *trust*, non ricorrendo quegli elementi nel caso a lui sottoposto, ed i beni oggetto del *trust* poterono essere aggrediti con pignoramento. L'uso «facoltativo» dei precedenti inglesi in questo caso è anche di tipo «costruttivo risolutivo», infatti, il Tribunale di Reggio Emilia si conformò alle decisioni anglosassoni pur non essendo, in questo specifico caso, applicabile l'art. 14 della già citata legge n. 218 del 1995. Il nostro giudice è stato spinto a fare riferimento a *dicta* esteri sicuramente in quanto nell'ordinamento italiano non ha trovato norme specifiche che regolassero tale fattispecie, seppure questa fosse priva di caratteri di internazionalità, pertanto priva dei quei presupposti che obbligano al richiamo di decisioni giurisprudenziali straniere, ai sensi della legge 218/1995.

Esaminiamo ora il primo caso di *trust* sottoposto alla Suprema Corte[94] a distanza di venti anni dalla ratifica della Convenzione de L'Aja. Trattasi di un *trust* costituito dopo il divorzio tra due coniugi italiani residenti in Inghilterra, sulla casa familiare in Londra, di proprietà dell'ex marito, ed istituito al fine di provvedere all'amministrazione del bene immobile a beneficio delle figlie minori della coppia. L'atto istitutivo del *trust* stabiliva che i due ex coniugi assumevano la veste di *trustee* con il compito di gestire congiuntamente il patrimonio del *trust* a beneficio delle figlie. Alla moglie spettava altresì un diritto di abitazione vitalizio a titolo gratuito dell'appartamento con il solo onere di provvedere alle spese condominiali e al canone per il godimento del suolo su cui l'immobile insisteva. Inoltre, era espressamente previsto che uno dei *trustee* poteva essere sostituito solo con l'approvazione scritta dell'altro, e che entrambi i *trustee* avevano la facoltà di modificare i loro poteri con apposito atto. Il *trust*, però, rimaneva privo di adeguata amministrazione dopo il trasferimento della moglie e delle figlie prima a Roma e poi a Milano per motivi di lavoro. Infatti, l'immobile di Londra veniva lasciato vuoto e sfitto, nonostante accordi supplementari tra i *trustee* prevedessero la locazione a terzi al fine di impiegare il canone per il mantenimento della famiglia in Italia. Pertanto l'ex marito instaurava una vicenda giudiziaria per la rimozione della ex moglie dall'ufficio di *trustee* con nomina di altro coamministratore. Il Tribunale di Milano[95] riteneva applica-

[94] Corte Di Cassazione, sent. n. 16022 del 13.6.2008, reperibile dal sito De Jure.
[95] Tribunale di Milano, sent. n. 14115 del 20.10.2002, reperibile dal sito De Jure.

bile alla fattispecie la legge inglese in base all'art. 7 della Convenzione de L'Aja, poiché nell'atto costitutivo del *trust* non era stata operata alcuna scelta in ordine al diritto applicabile; in tal caso, quindi, a norma di detto art. 7, al fine di determinare la legge applicabile al *trust*, si deve aver riguardo alla collocazione dei beni in *trust* e alla residenza dei *trustee*. Entrambi i criteri in questo caso rinviavano alla legge inglese. Nella medesima sentenza, i giudici di merito rimuovevano dalla carica entrambi i *trustee*, richiamando l'art. 2 della Convenzione de L'Aja, il quale prevede che il riconoscimento del *trust* comporti che il *trustee* «è investito del potere ed onerato dell'obbligo, di cui deve render conto, di amministrare, gestire o disporre dei beni secondo i termini del *trust* e le norme particolari impostegli dalla legge», e il *Trust Act* del 2000, il quale prevede che il *trustee* sia tenuto, nell'amministrazione del *trust*, a rispettare il *duty of care.* Infine furono nominati due avvocati in sostituzione degli ex coniugi. La Corte d'appello di Milano[96], confermava tale decisione. La Suprema Corte, con la sentenza in commento, ha confermato le decisioni dei giudici di merito basate sul diritto inglese, statuendo la legittimità dell'esercizio da parte del giudice italiano del potere di rimuovere i *trustee* per giusta causa. Tale decisione riveste notevole importanza in primo luogo perché viene riconosciuta la possibilità, per il giudice italiano, di concedere le tutele previste dal diritto inglese, in particolare dall'art. 41 del *Trustees Act 1925,* a difesa del *trust*, nonostante siano assenti, nel nostro diritto interno, azioni analoghe[97]. Inoltre, siccome i nuovi *trustee* nominati dal giudice hanno gli stessi poteri dei *trustee* rimossi, l'attività dell'Autorità giudiziaria si concretizza in un atto di nomina di un *organo* autonomo e provvisto di discrezionalità, sostituendo una statuizione del giudice alla volontà privata. Nominati i nuovi *trustee*, il *trust* ritorna ad essere "perfetto" e ad operare per il perseguimento dello scopo, senza che sia necessario alcun intervento del giudice. Accostando l'istituto del *trust* alla *tutela* e *curatela*[98], si evidenzia che, al contrario di quanto accade per il *trust*, il potere del giudice di nominare tutori o curatori comporta sempre il successivo controllo giudiziario sul loro operato. Quindi la Suprema Corte ed i giudici di merito hanno dato effettivo riconoscimento al *trust*, concedendo un rimedio mutuato dal *common law*[99]. Nella senten-

[96] Corte d'appello di Milano, sent. n. 2198 del 20.7.2004. reperibile dal sito De Jure.

[97] Cfr. ancora G. C. Rinaldi, *op. cit. nota n. 92*, p. 289.

[98] Per approfondimenti in merito cfr. ancora G. C. Rinaldi, *ult. op. cit.*

[99] In particolare, la pronuncia della Suprema Corte ha l'ulteriore merito di aver sottolineato l'interesse alla corretta gestione del patrimonio in trust la quale, dice la Cassazione, «non si sostanzia ed esaurisce nel compimento di un singolo atto giuridico (come nel man-

za qui analizzata, però, come fa notare Rinaldi[100], «l'istituto del *trust* e le regole che lo disciplinano, non sono posti a sostrato della decisione. Il *trust* viene aggirato, evitato, a volte menzionato, ma solo distrattamente, dai giudici della Suprema Corte». In conclusione, si può affermare che la pronuncia in commento assicura tutela al *trust* inglese attraverso il riconoscimento al giudice nazionale del potere di revocare i *trustee* in conformità a quanto previsto dalla legge inglese, pur non affrontando in maniera esplicita la posizione giuridica del *trust* nel nostro ordinamento.

4.3. Segue: il caso Englaro

Il nostro giudice si è trovato recentemente a decidere della dolorosa vicenda Englaro, disciplinata da una normativa interna molto datata[101], non più adeguata all'attualità. Tralasciando gli aspetti filosofici e culturali del tema dell'eutanasia[102] legati alla «trasformazione della morte da evento a processo», qui viene esaminata una delle sentenze della vicenda[103]. In essa i giudici, dopo aver menzionato i principali riferimenti della legislazione interna, primi fra tutti alcuni articoli (2, 13, e 32) della nostra Costituzione, e poi altri del codice civile, essi hanno fatto richiamo anche a norme e alla prassi internazionali pertinenti il tema dell'eutanasia. Al paragrafo 3.2, dove si afferma che «la vita è un bene supremo, non essendo configurabile un "diritto a morire"», si è richiamata la sentenza della Corte EDU del 29 aprile 2002 nel caso Pretty c. Regno Unito, sentenza richiamata anche tra i motivi della decisione. Qui, poi, sia al punto n. 1 che al n. 6, la Corte cita il Codice della salute francese a proposito dell'ostinazione in trattamenti che si prospettano senza benefici e i diritti del malato ad interrompere detti trattamenti. Ancora tra i motivi della decisione, al punto 6, a proposito del consenso informato, si afferma che: «A livello di fonti sopranazionali, il medesimo principio tro-

dato), bensì in un'attività multiforme e continua che deve essere sempre improntata a princìpi di correttezza e diligenza». Pertanto, prosegue la Corte, il Giudice deve accertare, nel decidere sulla revoca, se gli amministratori abbiano siano venuti meno agli obblighi imposti dalla natura fiduciaria del rapporto, tenendo un comportamento negligente.

[100] G. C. Rinaldi, *ult. op. cit.*, p. 290.

[101] In particolare l'art. 579 c.p., concepito dal legislatore del 1930 per affermare il principio della indisponibilità della vita a prescindere dalla volontà del titolare del bene, che non rileva come causa di giustificazione ma – eventualmente – quale causa di diminuzione della colpevolezza.

[102] Per la trattazione di questo tema vedasi AA.VV., E*utanasia e diritto*, Torino, Giappichelli Editore, 2003. Gli spunti per il commento della sentenza Englaro sono stati tratti da E. Petrone, *op. cit. nota n. 67*, p. 205 e ss.

[103] Corte Di Cassazione, sent. n. 21748 del 16 ottobre 2007, reperibile dal sito De Jure.

va riconoscimento nella Convenzione del Consiglio d'Europa sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, fatta a Oviedo il 4 aprile 1997, resa esecutiva con la legge di autorizzazione alla ratifica 28 marzo 2001, n. 145»[104]. Inoltre si cita la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, adottata a Nizza il 7 dicembre 2000, circa il consenso libero ed informato del paziente. Successivamente si richiama la sentenza 26 giugno 1997 della Corte Suprema degli Stati Uniti, nel caso Vacco e altri c. Quill e altri, per affermare che «ciascuno, a prescindere dalla condizione fisica, è autorizzato, se capace, a rifiutare un trattamento indesiderato per il mantenimento in vita, mentre a nessuno è permesso di prestare assistenza nel suicidio: il diritto di rifiutare i trattamenti sanitari si fonda sulla premessa dell'esistenza, non di un diritto generale ed astratto ad accelerare la morte, ma del diritto all'integrità del corpo e a non subire interventi invasivi indesiderati». Nel punto 7 dei motivi della decisione, poi, la Suprema Corte ha rilevato la «carenza di una disciplina specifica legislativa» in merito ad un altro aspetto del caso Englaro, cioè l'incapacità di intendere e di volere di Eluana, anche quella di disporre del *bene salute*. Sempre tra i motivi della decisione, al punto n. 7.4, si richiamano ancora le «decisioni adottate in altro ordinamenti dalle Corti nelle controversie in ordine alla sospensione delle cure» e, subito appresso: «Nel *leading case* in *re Quinlan,* la Corte Suprema del New Jersey, nella sentenza 31 marzo 1976, adotta la dottrina – seguita dalla stessa Corte nella sentenza 24 giugno 1987, in *re Nancy Ellen Jobes* – del *substituted judgement test*, sul rilievo che questo approccio è inteso ad assicurare che chi decide in luogo dell'interessato prenda, per quanto possibile, la decisione che il paziente incapace avrebbe preso se capace». Quindi si menziona un'altra sentenza statunitense, quella del 25 giugno 1990 della Corte Suprema nel caso Cruzan in cui si statuisce che «la Costituzione degli USA non proibisce allo Stato del Missouri di stabilire *"a procedural safeguard to assure that the action of the surrogate conforms as best it may to the wishes expressed by the patient while competent"*».

Segue un richiamo ad una sentenza tedesca, del Bundesgerichtshof del

[104] Detta Convenzione viene citata nuovamente, precisamente l'art. 6, laddove prevede la protezione delle persone prive di capacità di prestare il consenso; appena dopo si precisa che: «la Convenzione di Oviedo non è stata a tutt'oggi ratificata dallo Stato italiano. Ma da ciò non consegue che la Convenzione sia priva di alcun effetto nel nostro ordinamento», e che «all'accordo valido sul piano internazionale, ma non eseguito all'interno dello Stato, può assegnarsi una funzione ausiliaria sul piano interpretativo: esso dovrà cedere di fronte a norme interne contrarie, ma può e deve essere utilizzato nell'interpretazione di norme interne al fine di dare a queste una lettura il più possibile ad esso conforme».

17 marzo del 2003[105] sempre a proposito del diritto a rifiutare le cure, anche in assenza di espressa volontà, riconosciuto ai malati terminali. Infine si fa riferimento ad un'altra sentenza straniera, quella relativa al caso inglese Bland, della House of Lords 4 febbraio 1993, nel quale si era deciso di non protrarre la nutrizione e l'idratazione artificiali, data l'impossibilità di recupero della coscienza, utilizzando, così, la tecnica del *best interest* del paziente.

Dalla ricostruzione appena fatta dei *precedenti* extrastatuali e sovranazionali richiamati dalla Suprema Corte nella sentenza Englaro del 2007, rileva la numerosità dei richiami ad orientamenti giurisprudenziali stranieri, sintomo di apertura dei nostri Giudici verso quelle esperienze, a conferma del fatto che dalla globalizzazione economica si sia passati anche a quella giuridica. Significativo è, poi, il fatto che la decisione sia conforme a detti orientamenti. Pertanto i precedenti in Englaro 2007 sono stati usati sicuramente in modo «costruttivo», poiché si è favorita l'evoluzione del nostro ordinamento su questa tematica così complessa; inoltre si è fatto un uso «risolutivo» dei richiami al diritto straniero, poiché le esperienze estere hanno costituito la base per risolvere il caso, e non semplicemente degli spunti per l'argomentazione dello stesso. Sicuramente la nostra Corte ha esaminato la giurisprudenza extrastatuale perché in qualche modo *obbligata* dall'assenza di agganci normativi specifici nel nostro ordinamento, come la stessa Corte esplicita, al punto 7 dei motivi della decisione, attraverso le parole «carenza di una disciplina specifica legislativa» in relazione all'assenza di dichiarazione anticipata di trattamento. Per chi scrive, tra i punti significativi, sotto il profilo della comparazione, della citata sentenza Englaro, è costituito dall'affermazione della Suprema Corte nel punto in cui richiama la Convenzione di Oviedo, laddove si precisa che questa sebbene non sia stata ancora ratificata in Italia, svolge comunque «funzione ausiliaria sul piano interpretativo».

Si conclude ricordando che la vincolatività del *precedente* è estranea al nostro ordinamento, e che il potere giudiziario non ha funzione di creare diritto in tutti i Paesi di *civil law*, eppure i princìpi richiamati dalla Suprema Corte nel caso Englaro costituiranno una guida per medici e tribunali che saranno chiamati ad affrontare casi analoghi, preso atto che manca una disciplina giuridica specifica.

[105] In essa si stabilisce che «…se un paziente non è capace di prestare il consenso e la sua malattia ha iniziato un decorso mortale irreversibile, devono essere evitate misure atte a prolungargli la vita o a mantenerlo in vita qualora tali cure siano contrarie alla sua volontà espressa in precedenza sotto forma di cosiddetta disposizione del paziente…» e che, «…allorché non è possibile accertare tale chiara volontà del paziente, si può valutare l'ammissibilità di tali misure secondo la presunta volontà del paziente…».

5. *Conclusioni*

In conclusione, l'ordinamento italiano vigente si caratterizza per il riconoscimento solo di fatto dell'autorità del precedente giurisprudenziale. Tuttavia, l'attività interpretativa, sia intesa in senso proprio, che come attività di creazione di nuovo diritto, assume significato particolarmente pregnante quando promana dalla Suprema Corte. La «prassi adeguatrice»[106] del diritto al fatto, consistente nel tenere in considerazione indirizzi esegetici consolidati, abbiamo visto come si esplichi, sia pure eccezionalmente, anche attraverso il richiamo a precedenti giurisprudenziali stranieri, consentendo alla comparazione giuridica di andare oltre la semplice descrizione del diritto straniero a scopi conoscitivi. Il riconoscimento di diritto del vincolo del precedente giurisprudenziale nazionale ed un suo inquadramento a livello costituzionale, pur lontani dal realizzarsi nel contesto italiano, si innestano, però, nel nostro ordinamento secondo il nuovo approccio sopra descritto, e le crescenti istanze di certezza del diritto, di razionalizzazione e gestione del materiale giurisprudenziale, contribuiscono a veicolare una cultura inedita del *precedente*.

[106] Così definita da A. FALZEA, in *La prassi nella realtà del diritto*, in Studi in onore di P. Rescigno, I, Milano, 1998.

LUISA CORAZZA

Reti di imprese e nozione di datore di lavoro

SOMMARIO: 1. La perdita di unitarietà della nozione di datore di lavoro. - 2. La cooperazione tra imprese e i riflessi sui rapporti di lavoro. - 3. Accentramento v. moltiplicazione dei centri di imputazione delle responsabilità datoriali. - 4. La prospettiva delle responsabilità congiunte e della codatorialità. - 5. L'approccio regolativo: oltre la norma inderogabile? - 6. La rete di imprese come soggetto della contrattazione collettiva. - 7. Reti di imprese e flexicurity. - 8. Nuovi mercati del lavoro e nuovi modelli di welfare.

1. *La perdita di unitarietà della nozione di datore di lavoro*

Il tema della posizione giuridica del datore è divenuto da tempo di attualità. Risale all'ultimo scritto di Gaetano Vardaro, l'affermazione per cui la storia del diritto del lavoro "si presta ad essere scandita anche (e forse soprattutto) dal mutamento della posizione giuridica del datore di lavoro", il cui "universo creditorio" non può più essere considerato in modo unitario[1].

D'altra parte, il ritrovato interesse della dottrina giuslavoristica per la figura del datore di lavoro è testimoniato dalla ricorrenza con cui l'Associazione italiana di diritto del lavoro e della sicurezza sociale dedica a questo tema il proprio incontro annuale[2].

Il primo di questi incontri si è incentrato sulle nuove forme del decentramento produttivo e ha consentito di mettere a fuoco alcuni aspetti di fondamentale rilievo per la riflessione sulla figura del datore di lavoro. Nella relazione principale, Pietro Ichino ha argomentato, con la lucidità che gli deriva anche dall'uso dell'analisi quantitativa, che di fronte alle nuove forme di segmentazione delle attività economiche, il concentrare l'attenzione sulla *summa divisio* tra appalto e interposizione di manodopera ha un che di anacronistico: le situazioni di sottotutela del lavoro si annidano anche – e soprattutto – in forme di decentramento che,

[1] G. Vardaro, *Subordinazione ed evoluzionismo,* in *Lavoro subordinato e dintorni,* a cura di Marcello Pedrazzoli, Il Mulino, Bologna, 1989, pp. 108-109.

[2] Convegno AIDLASS "Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo", Trento 4-5 giugno 1999.

secondo i canoni tradizionali, potrebbero essere ascritte alla fisiologia dei rapporti tra imprese[3]. Proviene invece dalla relazione di Roberto Romei il suggerimento di attribuire rilievo, sul piano interpretativo, alla consistenza economica dell'impresa, o, per usare le parole dell'autore, alla sua "capacità di stare sul mercato": Romei prende atto, in sintesi che la dimensione giuridica della figura del datore di lavoro non può prescindere dalle sue potenzialità nell'ambito del mercato economico[4]. Dalla relazione di Pietro Lambertucci è emerso infine come le nuove forme del decentramento produttivo sfuggono alle dinamiche tradizionali dei rapporti collettivi, incentrate sul concetto di categoria merceologica quale base della contrattazione collettiva nazionale[5].

Dopo il convegno trentino, che non sia più possibile considerare in modo unitario "l'universo creditorio" del datore di lavoro è diventato patrimonio comune[6].

Non a caso è questo il punto di partenza del dibattito svoltosi, dieci anni dopo, nel convegno catanese[7]. In questo incontro, la comunità dei giuslavoristi parte dalla scomposizione della figura del datore di lavoro per discutere della configurabilità di vere ipotesi di codatorialità[8], o della possibilità di identificare nel datore di lavoro un protagonista di quella nuova e multiforme dimensione che si riassume nel concetto di "flessicurezza"[9],

[3] P. Ichino, *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa,* relazione al convegno AIDLASS "Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo", Trento 4-5 giugno 1999, in *Dir. lav. rel ind.,* 1999, p. 203 ss.

[4] R. Romei, *Cessione di ramo d'azienda e appalto,* relazione al convegno AIDLASS "Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo", Trento 4-5 giugno 1999, in *Dir. lav. rel ind.,* 1999, p. 325 ss.

[5] P. Lambertucci, *Area contrattuale e autonomia collettiva,* relazione al convegno AIDLASS "Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo", Trento 4-5 giugno 1999, in *Dir. lav. rel ind.,* 1999, p. 277 ss.

[6] E' opportuno ricordare tuttavia almeno una autorevole voce critica rispetto a questa prospettiva, rappresentata da Maria Teresa Carinci, soprattutto in *L'unicità del datore di lavoro – quale parte del contratto di lavoro, creditore della prestazione e titolare di tutte le posizioni di diritto, potere e obbligo ad esso connesse – è regola generale nell'ordinamento giuslavoristico,* in *Arg. Dir. Lav.,* p. 1031.

[7] Convegno Aidlass "In ricordo di Massimo D'Antona. Dieci anni dopo. La figura del datore di lavoro – articolazione e trasformazioni", Catania, 21-23 maggio 2009.

[8] V. Speziale, *Il datore di lavoro nell'impresa integrata,* relazione al convegno Aidlass "In ricordo di Massimo D'Antona. Dieci anni dopo. La figura del datore di lavoro – articolazione e trasformazioni", Catania, 21-23 maggio 2009, *Dir. lav. rel ind.,* 2010.

[9] M. Barbera, *Trasformazioni della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole del diritto* relazione al convegno Aidlass "In ricordo di Massimo D'Antona. Dieci anni dopo. La figura del datore di lavoro – articolazione e trasformazioni", Catania, 21-23 maggio 2009, *Dir. lav. rel ind.,* 2010.

analizzando la posizione giuridica del datore di lavoro sul versante privato e pubblico[10].

La linea di continuità che lega i convegni di Trento e Catania spiega perché il dibattito sul decentramento produttivo abbia, negli anni recenti, tanto contribuito alla riflessione sulla figura del datore di lavoro, segnando uno sviluppo parallelo tra i due piani di discussione.

Del resto, questa linea di continuità si identifica nel percorso ormai da molti esplorato, che ha condotto la dottrina ad arricchire la nozione di datore di lavoro – ricavabile in via letterale soltanto di riflesso dall'art. 2094 c.c.[11] - del contenuto prescrittivo della disciplina sull'interposizione nelle prestazioni di lavoro. Com'è noto, dalla combinazione dell'art. 2094 c.c. – che opera sul piano della qualificazione del rapporto e consente di identificare il creditore della prestazione lavorativa – con l'art. 1, l. n. 1369/1960 – che opera, viceversa, sul piano dell'imputazione del rapporto e consente di identificare l'utilizzazione della prestazione – una parte della dottrina ha individuato i due elementi essenziali della nozione di datore di lavoro: la titolarità del contratto e l'utilizzazione effettiva della prestazione[12].

Attraverso il concetto di effettiva utilizzazione si è ritenuto possibile riempire di "contenuto sostanziale" quella nozione di datore di lavoro che in virtù della conclusione del contratto, restava rilevante su di un piano meramente formale[13].

Ma l'importanza del concetto di effettiva utilizzazione nella determinazione della figura del datore di lavoro può essere colta anche alla

[10] A. Bellavista, *La figura del datore di lavoro pubblico,* relazione al convegno Aidlass "In ricordo di Massimo D'Antona. Dieci anni dopo. La figura del datore di lavoro – articolazione e trasformazioni", Catania, 21-23 maggio 2009, *Dir. lav. rel ind.,* 2010.

[11] Dato che non è possibile trarre da riferimenti di diritto positivo indicazioni generali sulla nozione di datore di lavoro, la nozione di datore di lavoro si è andata conformando in via speculare rispetto a quella di lavoratore subordinato, restando, fino a tempi abbastanza recenti, dietro le quinte del dibattito giuslavoristico. E' ascrivibile, infatti, alla recente prassi di derivazione comunitaria l'abitudine di corredare i testi normativi di indicazioni definitorie preliminari, utili tuttavia solo ai fini dell'applicazione del testo normativo in cui sono collocate. Cfr. Speziale, *op. cit.,* Barbera, *op. cit.*

[12] Per questa prospettiva v. soprattutto Mazzotta, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 263 ss., grazie al quale sono state superate le ricostruzioni dell'art. 1 l. n. 1369/1960 ispirate alle categorie civilistiche. Per una lucida ricostruzione del dibattito e del significato assunto dalla tesi di Mazzotta nel rapporto tra diritto del lavoro e diritto civile cfr. M. Esposito, *Problemi ricostruttivi e prospettive in tema di interposizione nel rapporto di lavoro,* in *Lav. dir.*, 1993, p. 361 ss.

[13] Cfr. soprattutto M. Grandi, voce *Modificazioni aziendali del rapporto di lavoro*, in *Enc. Giur. Treccani*, p. 4.

luce del dibattito che ha caratterizzato le opzioni definitorie nel diritto del lavoro delle origini.

L'abbandono della locuzione romanistica *conductor operarum* a favore dell'espressione "datore di lavoro", mutuata dal tedesco *Arbeitgeber*, non è stato un semplice omaggio all'elaborazione della dottrina tedesca che in quel momento, grazie agli studi di Lothmar, poneva le basi teoriche del diritto del lavoro moderno. Nella scelta della dottrina per l'espressione "datore di lavoro", in luogo di quella, più pulita perché ancorata alla tradizione civilistica, di creditore della prestazione è racchiusa l'essenza della novità che il diritto del lavoro rappresentava: la nuova locuzione era in grado di riflettere il significato economico del datore di lavoro quale soggetto che "offre" l'occasione di lavoro. Con il termine datore di lavoro si voleva dotare il soggetto titolare del contratto di lavoro di un significato *ulteriore* rispetto a quello già espresso dalla posizione creditoria, strettamente connesso al ruolo del datore di lavoro sul piano dei rapporti di produzione. E non è un caso che questo sviluppo si sia prodotto proprio nel momento il cui la produzione industriale si stava imponendo quale pilastro fondante dell'economia italiana.

Il concetto di datore di lavoro è pertanto, sin dalle sue origini, una sintesi di concetti giuridici ed economici, che si riassumono in una nozione dalla natura "bicipite", in grado di esprimere la doppia veste del datore di lavoro, quale titolare del contratto di lavoro, da un lato, e protagonista dei rapporti di produzione, dall'altro[14]. Questa duplicità di significati ha trovato conferma negli sviluppi della legislazione successiva, e tra questi, soprattutto nella disciplina dell'interposizione di manodopera, dove la natura "bicipite" del datore di lavoro riesce ad emergere grazie al concetto di effettiva utilizzazione[15].

2. *La cooperazione tra imprese e i riflessi sui rapporti di lavoro*

Ora questo concetto "bicipite" deve misurarsi con nuove forme di interazione tra le imprese. In verità, le forme di cooperazione tra le im-

[14] L. Mengoni, *Lezioni sul contratto di lavoro,* Milano, 1971, p. 49 ss., osserva che il termine "lavoro" viene utilizzato nel lemma datore di lavoro in una accezione ambivalente: da un lato, il lavoro è inteso come "occasione" di lavoro e valorizza, sul piano sociologico, il ruolo rivestito dal datore nei rapporti di produzione; d'altro lato, il lavoro indica anche quell'insieme di "compiti" che il datore di lavoro, nel corso del rapporto, assegna via via al lavoratore, e riflette – sul piano giuridico – la struttura del rapporto, che si caratterizza in guisa della subordinazione.

[15] Cfr. per tutti Mazzotta, *op. cit.*

prese nascono con obiettivi connessi a innovazione e competitività e pertanto le questioni legate alle condizioni di lavoro appaiono di secondaria importanza. Non a caso, la disciplina legislativa introdotta per le reti di imprese a partire dal biennio 2008/2009 non contiene alcuna disposizione relativa ai rapporti di lavoro. Ma tutte le forme di cooperazione tra imprese – in virtù dello scopo comune che comportano - producono un impatto su diversi aspetti relativi alla gestione delle risorse umane implicate nell'attività dell'impresa, come l'organizzazione del lavoro, gli sviluppi di carriera, le mansioni, la formazione, etc.[16]

Le reti di imprese, poi, si distinguono dalle altre forme di cooperazione tra imprese perché nascono con il precipuo obiettivo di consentire alle imprese una "condivisione di competenze". In tutti i casi previsti dal comma 4 ter, art. 3, D.L. n. 5/2009 cov. in l. n. 33/2009 (collaborazione in ambiti predeterminati, scambio di informazioni o prestazioni, esercizio in comune di un'attività), l'elemento che appare centrale è dato dall'esigenza di mettere in comune delle competenze. Ora, dato che il patrimonio della conoscenza (le competenze, appunto), è composto essenzialmente dal capitale umano di un'impresa, non è difficile intuire come le regole del lavoro risultino assai interessate dal fenomeno delle reti.

Si pone l'esigenza di reperire apparati regolativi adeguati, che consentano alle reti di impresa di svilupparsi raggiungendo pienamente l'obiettivo della condivisione di competenze. Un tale obiettivo richiede peraltro un certo sforzo di "fantasia", considerato che alcune tecniche tradizionalmente utilizzate per l'impiego del personale da parte di organizzazioni complesse, come ad esempio, i gruppi di impresa, non appaiono adeguate al contesto delle reti (penso al riguardo all'istituto del "comando", ora disciplinato in via legislativa dal d. lgs. n. 276/2003). Il motivo per cui le tecniche già concepite per regolare situazioni in cui interagiscono più datori di lavoro non sembrano funzionare nel contesto delle reti è dato dal carattere di eccezionalità che caratterizza questi strumenti, laddove nelle reti una condivisione dell'attività imprenditoriale può presentarsi anche come dato strutturale (questo almeno nelle c.d. reti "pesanti")[17].

A pensarci bene, poi, le reti di imprese si pongono in linea di discontinuità anche con quelle forme di decentramento produttivo diffuse dalla metà degli anni '70 agli anni duemila, caratterizzate soprattutto dal modello "*captive*", imperniato dunque su investimenti specifici e problemi

[16] Eurofound, *Impact of interfirm relationships – Employment and working conditions*, 2010.

[17] F. Cafaggi, *Il contratto di rete ed il diritto dei contratti* in *I contratti*, v. 10, 2009, p. 911 ss.

di *hold up*. Nei contratti di rete sembra, invece, data del tutto per scontata l'indipendenza – anche economica – tra le imprese coinvolte, sicchè molte tecniche regolative lavoristiche concepite in quegli anni per far fronte alle forme di segmentazione del processo produttivo appaiono inadeguate (si pensi ai tentativi di impiego del concetto di dipendenza economica quale strumento di governo degli effetti lavoristici del decentramento produttivo)[18].

Il contratto di rete pone allora sfide significative al diritto del lavoro, poiché, con la moltiplicazione delle figure di riferimento sul fronte datoriale, impone all'interprete di confrontarsi con un modello di relazioni anomalo rispetto allo schema binario lavoratore/datore di lavoro.

Tuttavia, per un verso, in virtù della sua vocazione spiccatamente personalistica – ciò che caratterizza il contratto di lavoro è, come ci ricordava Luigi Mengoni, la sua stretta afferenza alla sfera della persona del lavoratore – il diritto del lavoro fatica ad uscire da una concezione tendenzialmente "antropomorfa" dei soggetti protagonisti del rapporto di lavoro. Le tecniche di tutela lavoristiche, concepite per cogliere le difficoltà insite nella necessità di proteggere beni di carattere personale, più che patrimoniale, ha come base di partenza la relazione tra due esseri umani: il lavoratore, da un lato, il datore di lavoro, dall'altro. Si spiega così la struttura delle norme che regolano i poteri del datore di lavoro, dove il legislatore si preoccupa che l'uomo coinvolto nell'esercizio di questi poteri (il datore di lavoro) sia messo in condizioni di esercitarli in modo imparziale ed entro determinati limiti (artt. 3, 4, 5, 6, 7, 8 st. lav.; art. 2103 c.c., etc.), affinchè il destinatario di questi atti di esercizio del potere (il lavoratore) non venga leso nella sua dignità[19].

A ciò si deve aggiungere che, in virtù della storia relativamente recente di questo diritto "giovane" - che nasce con l'industrialismo e che conosce nel secolo XX il suo periodo di massima espansione - la nozione di impresa ha assunto un ruolo centrale nello sviluppo del diritto del lavoro, alla quale si è intimamente intrecciata[20]. E' possibile, infatti, datare la nascita del diritto del lavoro in coincidenza con l'affermarsi della nozione di impresa, ed è, pertanto, l'impresa che ha costituito per almeno un secolo il paradigma di riferimento fondamentale della regola-

[18] L. Corazza, *Appalti «interni» all'azienda: inadeguatezza del criterio topografico alla luce delle tecniche di esternalizzazione dell'impresa*, nota a Cass. 26 giugno 1998, n. 6347, in *Mass. giur. lav.*, 1998, p. 848 ss.

[19] Cfr. tra i tanti, F. Liso, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Milano, 1982.

[20] P. Grossi, *Scienza Giuridica italiana. Un profilo storico*, Milano, 2000.

zione del lavoro[21].

E' riconducibile, essenzialmente, a questi motivi – centralità della persona/centralità dell'impresa - la difficoltà storica del diritto del lavoro a fare i conti con categorie giuridiche che rappresentano il datore di lavoro secondo modalità non riconducibili all'attività di una persona fisica (si pensi alla persona giuridica e ai problemi, tipici della disciplina della sicurezza sul lavoro, di imputazione di responsabilità all'interno dell'impresa); o attraverso la moltiplicazione dei centri di imputazione giuridica (si pensi ai gruppi di impresa e alle difficoltà di trovare strumenti regolativi adeguati); o , addirittura, attraverso relazioni cooperative tra imprese che si mostrano secondo meri legami contrattuali (v. le varie forme di aggregazione tra le imprese e, oggi, le reti). Il diritto del lavoro ha pertanto concepito solo a fatica – e con uno spiccato ritardo – tecniche regolative che consentono di uscire dallo schema del contratto bilaterale, che ha per lungo tempo consentito di esaurire l'apparato rimediale lavoristico – almeno sul piano del rapporto individuale - entro una relazione tra due protagonisti quasi "umani".

Ma, così come appare innervata nello stesso DNA del diritto del lavoro una certa difficoltà ad uscire dallo schema del contratto bilaterale, allo stesso modo è possibile rintracciare nel DNA del diritto del lavoro opportunità interessanti nella prospettiva di regolazione delle reti di imprese. Il diritto del lavoro si caratterizza, infatti, anche per la capacità di cogliere una prospettiva meta-individuale, e dunque collettiva, che consente al protagonista del rapporto di lavoro - inerme sul piano individuale - di riacquistare capacità contrattuale per mezzo della dimensione collettiva. Il superamento della prospettiva strettamente individuale offerta dal contratto collettivo, e la capacità, dunque, di concepire relazioni collettive, apre nuove potenzialità regolative rispetto ai rapporti di lavoro coinvolti nelle reti di imprese.

Queste potenzialità possono essere agevolmente colte se si pensa all'attitudine "autoregolativa" del diritto del lavoro, attraverso lo strumento dell'autonomia collettiva, che è in grado di creare veri e propri sistemi regolativi (finanche un ordinamento vero e proprio), a prescindere dall'intervento del legislatore[22].

[21] G. Giugni, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro,* Napoli, 1963; M. Napoli, *Contratto e rapporti di lavoro oggi*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di L. Mengoni,* Milano, 1995, p. 1057 ss.

[22] G. Giugni, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva,* Giuffrè, Milano, 1960.

3. *Accentramento v. moltiplicazione dei centri di imputazione delle responsabilità datoriali.*

Il primo problema che pone il fenomeno delle reti è se la rete possa essere considerata come datore di lavoro. In altre parole, ci si chiede se è possibile fare acquisire una dimensione lavoristica alle reti di impresa, oppure se, sul piano del diritto del lavoro, le imprese coinvolte nella rete devono continuare ad essere considerate come singoli datori di lavoro. E' prassi comune, infatti, che la condivisione delle competenze all'interno della rete comporti una certa "circolazione" delle risorse umane, talora impiegate in maniera promiscua, rispetto alle quali sussistono esigenze di formazione comuni, e verso le quali sarebbero opportune politiche occupazionali condivise (anche con la previsione di flussi di manodopera all'interno della rete a seconda dei fabbisogni e delle fasi di lavorazione). Tra l'altro, considerata l'importanza del dato "qualitativo" all'interno delle reti, è comprensibile la necessità di intervenire in modo unitario su concetti quali rendimento, efficienza delle prestazioni di lavoro, corretto adempimento della prestazione.

Il problema deve affrontare l'evoluzione della nozione di datore di lavoro, che negli ultimi venti anni ha subito un progressivo mutamento.

Il concetto di datore di lavoro è, sin dalle sue origini, una sintesi di concetti giuridici ed economici, che si riassumono in una nozione dalla natura "bicipite", in grado di esprimere la doppia veste del datore di lavoro, quale titolare del contratto di lavoro, da un lato, e protagonista dei rapporti di produzione, dall'altro[23]. Questa duplicità di significati ha trovato conferma negli sviluppi della legislazione, e tra questi, soprattutto nella disciplina dell'interposizione di manodopera, dove la natura "bicipite" del datore di lavoro riesce ad emergere grazie al concetto di effettiva utilizzazione[24]. Come si è accennato, l'abbandono della locuzione romanistica *conductor operarum* a favore dell'espressione "datore di lavoro", era in grado di riflettere il significato economico del datore di lavoro quale soggetto che "offre" l'occasione di lavoro. Con il termine datore di lavoro si voleva valorizzare il ruolo del datore di lavoro sul piano dei rapporti di produzione. Parallelamente, il concetto di "effettiva utilizzazione della prestazione", desumibile dall'art. 2094 c.c. e dall'art. 1, l. n. 1369/1960, ha svolto un ruolo fondamentale, nella costruzione del concetto di datore di lavoro, quale centro unitario di imputazione dei diritti e obblighi derivanti dal rapporto di lavoro (perché, in quanto "datore" dell'occasione di lavoro, era

[23] Mengoni, *Op. cit.*
[24] Mazzotta, *op. cit.*

anche il soggetto che, da un punto di vista dei rapporti economici, era in grado di governare il rapporto di produzione).

Con il diffondersi, a partire dalla metà degli anni settanta, di forme di deverticalizzazione dell'impresa[25], questa identificazione entra in crisi, e inizia un processo graduale di revisione dell'unitarietà della nozione di datore di lavoro, in coincidenza con il progressivo diffondersi di forme di decentramento produttivo. Questo processo può essere riassunto in due fasi fondamentali: da un lato, il legislatore procede ad una progressiva liberalizzazione di forme di utilizzazione indiretta del lavoro, attraverso la legalizzazione della somministrazione di manodopera (prima in via temporanea, poi anche a tempo indeterminato); d'altro lato, l'approccio alla disciplina dell'appalto – e quindi alla regolazione delle forme di decentramento produttivo – muta, perché la tecnica regolativa fondamentale diventa quella della responsabilità solidale tra appaltatore e committente (v. soprattutto d. lgs. n. 276/2003).

In sintesi, questa revisione della nozione di datore di lavoro (avviata a partire dai primi anni novanta e portata a compimento nel decennio 2000-2010) può essere descritta come un tendenziale abbandono di forme di tutela volte all'accentramento delle responsabilità in capo ad un'unica impresa, verso la valorizzazione della moltiplicazione di centri di imputazione di responsabilità.

4. *La prospettiva delle responsabilità congiunte e della codatorialità*

Questo processo di revisione della nozione di datore di lavoro è stato per la verità interpretato dalla dottrina seguendo due direzioni, che, nonostante la tensione vero un obiettivo comune – aggiornare la nozione di datore di lavoro a fronte delle trasformazioni dei processi produttivi – presentano alcune differenze di fondo.

E' possibile individuare un filone interpretativo che ha inteso valorizzare al massimo la tendenza "moltiplicatoria" dei centri di imputazione delle responsabilità del datore di lavoro, fino a prospettare vere e proprie ipotesi di contitolarità del rapporto di lavoro[26], o a teorizzare la compatibilità della subordinazione con forme di codatorialità[27]. Questi

[25] A. Giunta, L. Scalera, *Dal decentramento alle catene del valore: la subfornitura industriale in Italia*, *Analisi giuridica nell'economia,* 2011, 1.

[26] O. Razzolini, *Contitolarità del rapporto di lavoro nel gruppo caratterizzato da «unicità d'impresa», Dir. lav. rel ind.*, 2009, 263.

[27] Speziale, *op. cit.*

studi prendono atto di una definitiva evoluzione dell'ordinamento verso tecniche di responsabilità solidale o plurisoggettiva, anche alla luce di un'analisi comparata che segnala come forme di *co-employment* risultino presenti e sperimentate in altri ordinamenti (v. UK, Spagna).

Il terreno più fertile per la configurazione di queste forme più estreme di valorizzazione di nuove forme di responsabilità datoriali è stato certamente quello dei gruppi di impresa, dove le forme di integrazione della cooperazione inter-imprenditoriale appaiono più intense[28]. La giurisprudenza ha presentato nel medesimo periodo una certa inclinazione a valorizzare forme di codatorialità, soprattutto nell'ambito dei gruppi di imprese e dei consorzi[29].

Secondo un diverso filone interpretativo[30], la revisione che si è compiuta intorno alla nozione di datore di lavoro e, soprattutto con la riforma del 2003, ha messo in campo un nuovo sistema "rimediale", incentrato non più sulla saldatura tra rapporto di lavoro e organizzazione produttiva, quanto piuttosto sull'affiancamento di entrambi gli imprenditori coinvolti nel decentramento rispetto ad obblighi e responsabilità del datore di lavoro. Da un modello di tutela "accentrato" sull'impresa che risultava essere la *vera* datrice di lavoro si è passati ad un modello di tutela basato sulle responsabilità "congiunte" di più imprese, o comunque, sulla distribuzione tra più soggetti dell'universo creditorio del datore di lavoro . In quest'ottica, è sul piano delle tecniche di tutela che occorre valutare, di volta in volta, e a seconda dell'esigenza di tutela da perseguire (garanzie retributive e contributive, sicurezza sul lavoro, esercizio dei diritti sindacali, etc.) il grado di coinvolgimento nelle responsabilità del datore di lavoro dei diversi imprenditori coinvolti in una determinata operazione economica.

Calando questo dibattito sul piano concreto delle reti di imprese, è soprattutto questo secondo modello interpretativo che appare adattarsi allo "schema rete", e ciò per una serie di ragioni, legate soprattutto alla conformazione delle reti nella legislazione attuale.

Anzitutto, le reti di imprese assumono forme molteplici, alcune più "pesanti", altre più "leggere", sicchè la configurazione di una vera e propria codatorialità in tutte le ipotesi di rete introdurrebbe elementi di rigidità in contrasto con lo schema flessibile della rete (oltre che

[28] Razzolini, *op. cit.*

[29] V. tra le tante, Cass. 24 gennaio 2003, n. 4274, *Lav. Giur.*, 2003, 1033, con nota di Ferraù.

[30] L. Corazza, *Contractual integration e rapporti di lavoro. Uno studio sulle tecniche di tutela del lavoratore,* Cedam, Padova, 2004.

in grado di fare da freno alla ricerca di competitività). In secondo luogo, non tutte le reti di imprese danno luogo allo svolgimento in comune di un'attività economica (v. le reti che coinvolgono lo scambio di informazioni o prestazioni), sicchè non sempre la prestazione di lavoro potrebbe risultare implicata nella rete. Infine, abbracciare l'idea di una rete come "codatore di lavoro" sembra avvallare di per sé una prospettiva di "entificazione" della rete, la quale, oltre che essere ancora discussa sul piano teorico, è comunque da tutti – anche da coloro che identificano nella rete una vera e propria impresa – esclusa laddove mancano alcuni requisiti, previsti dal comma 4ter solo in via facoltativa, quali la presenza di un fondo comune e la presenza di un organo comune[31]. In altre parole, è idea condivisa che la soggettività giuridica non è un effetto normale del contratto ma dipende da "come" il contratto è organizzato.

Di conseguenza, appare più adeguato concepire, sul piano dei rapporti di lavoro, apparati rimediali "a geometria variabile", che consentano di calibrare la condivisione delle responsabilità datoriali tra i soggetti protagonisti della rete in rapporto al grado di intensità delle forme di collaborazione. La prospettiva "rimediale" in cui il datore di lavoro mantiene la propria individualità, ma accede a forme di "responsabilità congiunta" (mediante lo schema civilistico della solidarietà o anche semplicemente mediante l'attribuzione di alcune responsabilità a soggetti diversi dal datore di lavoro, come avviene nella legislazione sulla sicurezza negli appalti) appare dunque lo schema più idoneo a cogliere – e a valorizzare – lo schema flessibile del contratto di rete.

Sul piano concreto, si sta facendo strada nell'ambito delle reti attualmente sperimentate[32], anche la prospettiva di affidare ad un soggetto terzo la gestione del personale da impiegare all'interno delle reti, mediante il ricorso ad un'agenzia di somministrazione di lavoro costituita ad hoc. Una tale soluzione appare per alcuni versi positiva, perché evita un coinvolgimento diretto dei protagonisti della rete nelle responsabilità datoriali. Per altri versi, però, essa rischia di non valorizzare a sufficienza il capitale umano presente nella rete, che, considerato lo scopo della rete (condividere competenze), rischia di presentarsi come svantaggio rispetto alla sua stessa competitività.

[31] G. Palmieri, *Profili generali del contratto di rete,* in AA. VV., *Reti di impresa: profili giuridici, finanziamento e rating*, Milano, 2011, 3 ss.

[32] V. intervista a Maurizio Landi, Amministratore delegato di Esaote, in Retimpresa.it.

5. *L'approccio regolativo: oltre la norma inderogabile?*

Un'ulteriore sfida che i contratti di rete pongono al diritto del lavoro attiene alle tecniche di regolazione. Lo schema classico su cui si è sviluppata la regolazione lavoristica è quello dell'inderogabilità tra legge/contratto collettivo/contratto individuale. Il modello di tutela di base su cui si è costruito il diritto del lavoro può essere riassunto in queste fasi: individuazione di minimi di tutela fissati dalla legge, i quali sono tendenzialmente inderogabili *in peius* da parte del contratto collettivo, il quale produce soprattutto contrattazione "acquisitiva", a sua volta inderogabile da parte del contratto individuale[33].

Come molti altri paradigmi giuslavoristici questo schema regolativo entra in crisi nell'era del post-fordismo, sicchè a partire dagli anni ottanta si moltiplicano gli spazi dell'autonomia collettiva a scapito della legge, nonché quelli dell'autonomia individuale a scapito di quella collettiva. I confini dell'intervento dell'autonomia privata risultano dunque sempre meno compressi[34].

Parallelamente, si aprono spazi per tecniche regolative di tipo promozionale, che invece di fondarsi sul modello dell'inderogabilità, sembrano abbracciare la tecnica degli incentivi, sul piano individuale, ma anche collettivo. Il contratto collettivo si trova a dover amministrare crisi e trasformazioni imprenditoriali, sicchè da uno schema di contrattazione acquisitiva si diffondono forme di contrattazione collettiva volte alla distribuzione o condivisione di sacrifici.

Con la crisi finanziaria, questo fenomeno si intensifica, unito ai processi di ibridazione delle fonti generati dal fenomeno della globalizzazione dei mercati[35].

In questo quadro, proprio lo strumento delle reti di impresa potrebbe rappresentare un importante stimolo verso un cambiamento di approccio nella configurazione delle tecniche regolative, che si evolvono dalla centralità delle norme inderogabili alla centralità delle norme promozionali. Lo schema delle reti segnala infatti forme di condivisione degli

[33] R. De Luca Tamajo, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1976; M. Novella, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro. Norme imperative e autonomia individuale*, Giuffrè, Milano, 2009.

[34] M. D'Antona, *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici*, *Dir. lav. rel ind.*, 1990,529

[35] Con particolare riferimento alla crisi, v. S. Sciarra, *La contrattazione collettiva della crisi. Aspetti nazionali e transnazionali*, in AA.VV., *Studi in onore di Tiziano Treu. Lavoro, istituzioni cambiamento sociale*, vol. I, *Il diritto del lavoro e i suoi interlocutori, diritto sindacale e relazioni industriali*, Jovene, Napoli, 2011.

assetti organizzativi dell'impresa che possono sfociare in ipotesi di condivisione di responsabilità datoriali, ma su base volontaria. In questa prospettiva, l'individuazione di tecniche regolative promozionali potrebbe valorizzare queste forme atipiche di codatorialità, senza deprimerne il potenziale volontaristico.

Occorre infatti cercare nuove tecniche regolative che siano in grado di valorizzare la sinergia e la collaborazione tra le imprese, senza però irrigidire la gestione dei rapporti di lavoro.

In questo quadro, è certamente importante il ruolo degli attori sociali perché esperimenti di questo tipo possono risultare più praticabili e meglio calibrati al caso concreto se attuati con la mediazione sindacale.

In altre parole, per non deprimere l'esigenza di flessibilità che il fenomeno delle reti porta con sé si suggerisce l'implementazione di forme di gestione "condivisa" delle organizzazione imprenditoriali non attraverso strumenti legislativi, imperniati sulla tecnica della norma inderogabile, ma preferibilmente attraverso strumenti contrattuali. Viene quindi in gioco lo strumento principe utilizzato dal diritto del lavoro per la gestione dell'organizzazione dell'impresa, ovvero il contratto collettivo[36] (su cui v. infra, 6).

6. *La rete di imprese come soggetto della contrattazione collettiva*

Il datore di lavoro è anche soggetto della contrattazione collettiva, sicchè anche con tale dimensione deve misurarsi il fenomeno delle reti di imprese.

Partendo dalla contrattazione collettiva, si registra un fenomeno, comune peraltro a molti paesi europei (v. Spagna, Francia, Germania), di progressivo mutamento del baricentro della contrattazione collettiva, che fa declinare l'importanza del contratto collettivo nazionale, in parallelo con la perdita di centralità dello Stato-nazione: il livello nazionale della contrattazione non si presenta più come il baricentro del sistema. Un tale spostamento del baricentro risulta, poi, particolarmente evidente in ordinamenti, come quello italiano, dove l'architrave del sistema è stato storicamente proprio il livello nazionale. Si può dire allora che anche nel quadro della contrattazione collettiva, lo Stato non è più il soggetto centrale nella produzione delle regole dei fenomeni economici.

[36] R. Romei, *L'autonomia collettiva nella dottrina giuslavoristica: rileggendo Gaetano Vardaro*, *Dir. Lav. rel. Ind.*, 2011, 181.

Questo processo, che potremmo definire di de-nazionalizzazione della contrattazione collettiva è il risultato della dimensione transnazionale assunta ormai da imprese o gruppi di imprese che operano su scala globale. Nel contesto dell'economia transnazionale, l'esperienza applicativa mostra alcuni esempi di contratti collettivi che tentano di superare le barriere nazionali. Tra queste sperimentazioni è da citare, soprattutto, quella degli *International Framework Agreement (IFA)*. Sono, questi, nella sostanza, gli eredi dei codici di condotta, da cui si differenziano per il loro carattere negoziale. In proposito, le potenzialità degli IFA sono notevoli - basti pensare agli effetti importanti di questi accordi sulle catene dei subfornitori mediante una clausola che vincola al suo rispetto nella catena di subfornitura (il 14% degli accordi contiene questo tipo di vincolo, ma solo il 9% lo estende a tutta la catena dei subfornitori) – anche se fino ad ora i tentativi di creare livelli di contrattazione che operino sul piano globale restano confinato ad uno stadio sperimentale. Tuttavia, anche se questi prodotti si differenziano dai codici di condotta per il loro carattere negoziale, nella derivazione di questi dai codici di condotta risiedono anche i principali limiti di questi strumenti, che per ora sono ben lontani da poter sostituire la vera e propria contrattazione collettiva che si sviluppa all'interno dei confini nazionali[37].

Ma il processo di perdita di centralità del livello nazionale della contrattazione si realizza soprattutto sul piano decentrato, dove è in atto una progressiva decentralizzazione della contrattazione collettiva. Questa operazione di decentramento si realizza non solo a favore del contratto aziendale – che finora è stato il secondo livello di contrattazione per eccellenza – ma anche nei confronti di contratti collettivi decentrati di stampo pluriaziendale, come il contratto collettivo di gruppo o di filiera[38].

Sul piano dei passaggi istituzionali, si possono citare per il compimento di questo percorso, l'Accordo quadro 22 gennaio 2009, l'Accordo interconfederale 28 giugno 2011, e l'art. 8, d. l. 138/2011 (conv. in l. n. 148/2011). Al di là delle polemiche ingenerate da questo percorso di riforma – e delle diverse visioni della contrattazione decentrata presenti nelle diverse culture sindacali – appare degna di grande interesse, nella prospettiva regolativa delle reti di imprese, l'attenzione verso il contratto collettivo di prossimità e le potenzialità di deroga accordate dal-

[37] S. Sciarra, *Autonomia collettiva transnazionale*, in Pedrazzoli M., a cura di, *Lessico giuslavoristico*, vol. III. *Diritto del lavoro dell'Unione europea e del mondo globalizzato*, Bononia University Press, Bologna, 2011.

[38] A. Lassandari, *Il contratto collettivo aziendale e decentrato,* Giuffrè, Milano, 2011.

l'accordo 28 giugno e dal successivo art. 8 a questo contratto, sia nei confronti del contratto nazionale, che nei confronti della legge.

Si tratta dunque di puntare sulla contrattazione di prossimità per sviluppare forme di contrattazione decentrata a livello di rete, che possono anche arrivare a configurare un formato di contrattazione collettiva *ad hoc* per la rete (contratto collettivo di rete?). In effetti, si tratta nel caso delle reti, di trovare formule contrattuali diverse da quelle già sperimentate, ad esempio, nel gruppo, dove in fondo la prospettiva delle relazioni industriali segue sempre il rapporto controllante/controllata. Nel caso delle reti invece, siamo di fronte a rapporti tra imprese di tipo paritario, dove lo scambio reciproco può collocarsi anche totalmente al di fuori di schemi gerarchici. In realtà, l'evoluzione del diritto del lavoro dei gruppi non ha fatto che tendere verso la prevalenza del dato di fatto sul dato formale[39], e risulta pertanto poco utile ad interpretare la realtà dei rapporti all'interno delle reti, dove non si tratta di valorizzare rapporti formali rispetto a rapporti di fatto, ma di costruire uno schema regolativo a più voci, tutte degne di esprimersi allo stesso modo.

Il contratto collettivo può porsi quindi come strumento di ausilio alla *governance* della rete. Sotto questo profilo, una sfida importante per la contrattazione collettiva che intenda porsi quale strumento di governo del lavoro nelle reti, è quella della ridefinizione dei profili professionali dei lavoratori. Infatti, l'organizzazione a rete richiede un superamento delle tradizionali competenze del lavoro (le mansioni), richiedendo competenze di tipo trasversale, meno legate alla divisione del lavoro di tipo fordista.

7. *Reti di imprese e* flexicurity

Questo affresco di potenzialità si intensifica se si prende come punto di riferimento la prospettiva della *flexicurity*, ovvero la necessità di assumere il mercato del lavoro come punto di partenza della tutela del lavoro. E' noto il dibattito, che ha trovato terreno fertile anche nella recente elaborazione di soft law dell'Unione europea[40], che invita gli ordinamento a spostare il baricentro della tutela del lavoratore dal rapporto di lavoro (protezione contro i licenziamenti, tutele inderogabili, etc.) alla sua protezione nel *mercato* del lavoro (attraverso strumenti di welfare che ga-

[39] Si pensi all'estensione diritti di informazione all'interno dei gruppi di imprese.

[40] Comunicazione della Commissione Verso principi comuni di flessicurezza Bruxelles, 27.6.2007, COM (2007), 708 definitivo.

rantiscono il sostegno al reddito e politiche attive che favoriscono il reingresso, la formazione, etc.).

Se guardate in questa prospettiva, le reti di impresa rappresentano un vero e proprio "mercato interno del lavoro"[41]. La frammentazione del datore di lavoro può rappresentare allora un'opportunità per il lavoratore, che nella rete di imprese intravvede una rete (!) di protezione nei confronti della disoccupazione.

Gli strumenti regolativi per mettere in pratica una tale prospettiva esistono peraltro già *in nuce*, anche se richiedono di essere implementate: si pensi alla possibilità di concepire l'obbligo di *repechage* con riferimento ai diversi soggetti della rete, alla possibilità di valorizzare accordi aziendali che prevedono il ricorso al comando intra-rete nel quadro delle procedure di mobilità, o, più semplicemente, alle economie di scala che le reti possono mettere in atto con riferimento all'attuazione di percorsi di apprendimento permanente.

Tra l'altro, considerata la spinta verso l'innovazione tecnologica che caratterizza le reti di impresa, e il *know how* specifico di cui questi network sono portatori, non sarà difficile immaginare un interesse specifico dei datori di lavoro coinvolti nella rete alla non dispersione del capitale conoscitivo, il che si può realizzare mantenendo il capitale umano all'interno della rete e assicurando la circolazione dei lavoratori da un'impresa all'altra del sistema reticolare. Si può citare in proposito l'esempio concreto di alcune reti di imprese, che già contengono tra i propri obiettivi principali la formazione comune del personale[42].

Viene in mente allora, la suggestiva immagine di Marzia Barbera al convegno catanese sulle trasformazioni della figura del datore di lavoro, dove il datore di lavoro era descritto come soggetto della *flexicurity*[43].

8. *Nuovi mercati del lavoro e nuovi modelli di welfare*

Un ulteriore fronte rispetto al quale il coinvolgimento del sindacato nella gestione dei rapporti di lavoro all'interno delle reti appare fecondo, è dato dallo sviluppo degli enti bilaterali, che, non a caso, ha attecchito soprattutto nel quadro regolativo della piccola impresa e in particolare nel settore dell'artigianato. Gli enti bilaterali rappresentano un mo-

[41] T. Treu, *Trasformazioni delle imprese: reti di imprese e regolazione del lavoro*, *Mercato concorrenza regole*, 2012, 7.

[42] v. Rete Calegheri 1268 di Venezia, formalizzata nel 2010.

[43] Barbera, *op. cit.*

dello di relazioni industriali potenziato e incentivato soprattutto a partire dagli anni 2000 (v. in proposito d. lgs. 276/2003), e si pongono come sedi stabili e formalizzate di confronto tra le parti sociali.

Le competenze nelle quali gli enti bilaterali si sono radicati hanno soprattutto ad oggetto lo sviluppo di forme integrative di prestazioni di welfare. Le potenzialità insite in questi strumenti di gestione vanno comunque, molto oltre il quadro strettamente previdenziale e si spingono alla gestione di tutte quelle funzioni che, in una prospettiva di *flexicurity,* devono accompagnare la gestione dei flussi del mercato del lavoro. Vengono quindi in rilievo diversi servizi alle imprese, quali lo scambio di informazioni sui fabbisogni occupazionali, la progettazione delle prospettive di formazione e riqualificazione professionale[44], fino alla gestione di percorsi di carriera e crescita professionale "condivisi" dai diversi soggetti imprenditoriali coinvolti nella rete.

L'aspetto della formazione richiede una menziona particolare, se si pensa che l'obiettivo essenziale delle reti di imprese è quello di mettere insieme competenze. L'esigenza mostrata nel quadro delle reti è peraltro quella di una formazione particolare, assai specializzata per un verso – dato l'alto livello di innovazione tecnologica che caratterizza la rete -, e di tipo trasversale per altro verso.

Allo stato, questa prospettiva deve superare alcune resistenze: da una lato, la resistenza di una parte del sindacato, diffidente verso lo spostamento dei ruoli del sindacato dalla forma tipica della rappresentanza a forme ibride di "sindacato dei servizi"; d'altro lato, la difficoltà che gli enti bilaterali incontrano al di fuori di alcuni settori[45] e di alcuni contesti territoriali[46].

E' possibile a questo punto tirare le fila delle diverse prospettive finora suggerite. A queste parole conclusive è necessario premettere una considerazione di carattere empirico: le reti di imprese odierne si differenziano molto dalle esperienze di decentramento produttivo di qualche decennio fa (dalla metà degli anni 70 alla metà del 2000). Il problema attuale delle imprese nella rete è sviluppare innovazione e competitività per fronteggiare il mercato globale. Ci riescono in poche, ma quelle che ci riescono sono meno soggette di prima ai problemi di investimenti specifici e *hold up*, che hanno caratterizzato , al contrario il decentramento

[44] Si pensi in proposito alle reti della filiera Gucci, che addirittura prevedono forme di quasi sanzione per chi non rispetta gli standard qualitativi della filiera.

[45] Si pensi al settore dell'artigianato, che costituisce un terreno di sviluppo privilegiato della bilateralità.

[46] Si v. ad esempio la realtà del Veneto e delle Marche.

produttivo degli anni '80 e '90[47].

Ciò rende sempre più datate prospettive di approccio al tema del decentramento produttivo in chiave "patologica" (orientato alla ricerca del "vero" datore di lavoro). Sembrano però poco utili anche prospettive che tendono ad accentrare in un unico soggetto poteri e responsabilità, creando un meccanismo di "entificazione" della rete. In questa direzione sembra muoversi l'ipotesi della codatorialità, almeno dove questa si spinge a concepire una unitaria fattispecie di datore di lavoro plurisoggettivo.

Appare allora più idoneo, e più rispettoso dello schema flessibile della rete – che proprio nella flessibilità organizzativa ha individuato la chiave del suo successo – un approccio di tipo rimediale, in grado di calibrare a seconda del tipo di rete e a seconda del tipo di esigenza di tutela da soddisfare, diversi modelli di responsabilità congiunta, in alcuni casi più intensa, in altri più attenuata.

Ma proprio la prospettiva delle tecniche di tutela induce a ritenere che lo schema della norma inderogabile, su cui si fonda la tutela giuslavoristica, non sempre sia il più idoneo ad intervenire sullo schema della rete. La spinta di carattere "volontario" alla sperimentazione della codatorialità rende preferibili forme di tutela di tipo promozionale, meglio se con la mediazione sindacale.

Il ruolo del sindacato appare dunque fondamentale, anche perché grazie alla prospettiva di gestione collettiva che racchiude, consente di meglio interpretare l'esigenza regolativa del sistema rete, che trascende la prospettiva individuale della singola impresa. In quest'ottica, attraverso l'implementazione di forme partecipate di gestione dei rapporti di lavoro, che possono andare dalla contrattazione di prossimità alla valorizzazione degli enti bilaterali, è possibile concepire il sistema regolativo della rete come un sistema di interscambio, in cui il sindacato, le imprese, i lavoratori traggono reciproche utilità (e usufruiscono di una serie di servizi), nel quadro della rete. Tra l'altro, le esperienze delle associazioni dei datori di lavoro del mondo della piccola impresa sembrano proprio orientate in questa direzione.

In questo quadro, viene allora in rilievo anche l'aspetto di opportunità che le reti di impresa possono rappresentare per i lavoratori, in un contesto, quale quello disegnato dalle politiche di *flexicurity*, in cui risulterà fondamentale la flessibilità organizzativa della prestazione di lavoro e la posizione del lavoratore nell'ambito del mercato del lavoro. La rete può funzionare, anche, come rete di protezione.

[47] Giunta e Scalera, *op. cit.*

AGOSTINO DE CARO

La ragionevole durata del processo penale e il sistema di garanzie: la necessaria rivisitazione dell'avviso di conclusione delle indagini e dell'udienza preliminare*

SOMMARIO: 1. Premessa: ragionevole durata del processo ed esigenze di riforma del sistema processuale. - 2. Le prospettive concrete di riforma tra esigenze di garanzia e tempi del processo: l'avviso di conclusione delle indagini preliminari. - 3. Segue: l'udienza preliminare tra esigenze di controllo sull'azione e individuazione del meccanismo procedurale.

1. *Premessa: ragionevole durata del processo ed esigenze di riforma del sistema processuale*

La "ragionevolezza dei tempi processuali" rappresenta il fulcro tematico intorno al quale ruota il dibattito processualpenalistico degli ultimi anni. La necessaria centralità del tema è, in verità, dovuta all'"*obbligo culturale e politico*" di riflettere, in questo momento storico, sui percorsi utili al raggiungimento (ed al superamento) della nuova frontiera del processo penale: la creazione di un rito che si esaurisca in tempi ragionevoli.

Si tratta di uno spazio vitale per la nostra civiltà giuridica e per la nostra democrazia.

Il processo penale italiano è caratterizzato, infatti, dall'eccessiva durata, spesso dall'interminabile durata. La sostanziale accettazione di questa dimensione patologica – come se fosse una tipizzazione genetica del rito – dimostra l'esistenza di una pericolosa incrostazione culturale, una sorta di assuefazione all'idea del trascorrere inesorabile di un tempo non comune, né normale nonostante la diffusa convinzione secondo la quale una giustizia "tardiva" tradisce tutti gli obiettivi che le sono propri e disegna scenari sideralmente distanti da quelli descritti nella Costituzione e nelle Carte internazionali dei diritti.

Da questo punto di vista, la scienza penalistica ha spesso sottolinea-

*Relazione tenta al XXII° convegno sulla "Irragionevole durata del processo penale" organizzato dall'associazione tra gli studiosi del processo penale presso l'Università degli studi di Bergamo – Bergamo 24-26 settembre 2010.

to come la perdurante irragionevolezza dei tempi della giustizia penale integri situazioni di vera e propria inciviltà.

La macro convinzione, però, non si traduce in un concetto facilmente definibile. La valenza del principio è oggettivamente indiscutibile. Le Carte internazionali e la Costituzione - prima del 1999 in modo non esplicito, ma ugualmente chiaro, oggi in modo indiscutibile ed evidente - lo inseriscono tra i "fondamentali ineludibili" del giusto processo, qualificandolo come garanzia inderogabile[1].

Il profilo, oltre a contenere una qualità "oggettiva" di un processo moderno – esprime, cioè, la convinzione che le garanzie hanno valore in sé, a prescindere da ulteriori qualificazioni -, ha una necessaria vocazione "a favore dell'imputato" che impedisce letture "contro" o utilizzazioni strumentali alla soccombenza di altri diritti individuali (tipici del giusto processo)[2]; può, semmai, costituire (anche) una modalità di scelta del modo migliore attraverso il quale attuare determinate garanzie, non derogare ad esse.

C'è, però, come accade spesso, un punto critico: non è agevole individuare uno spazio temporale all'interno del quale la durata del processo è ragionevole e oltre il quale non lo è, posta l'esistenza di numerose varianti, tutte essenziali, da considerare; forse, per questa difficoltà oggettiva, in un sistema a regime, suonerebbe come inopportuna la fissazione di un termine rigido di durata delle varie scansioni procedurali. In un contesto di degrado, invece, può risultare utile perimetrare la tempistica di ogni singola fase, per dare un segnale concreto di civiltà recuperata e per costruire un argine all'estendersi delle patologie più marcate.

La ricerca di una soluzione legislativa diretta a stabilire un tempo massimo di durata per ogni fase processuale, se adottata nel contesto di una complessiva rivisitazione del processo penale, appare un'idea non censurabile; diventa, purtroppo, eccentrica per le proiezioni personalistiche che condizionano la scelta nell'attualità.

[1] Cfr., per una rassegna della varie posizioni sul punto, E. Amodio, *Ragionevole durata , del processo, abuse of process e nuove esigenze di tutela dell'imputato*, in "Diritto penale e processo", 2003, 422; M. Chiavario, *voce Giusto processo, (processo penale),* in "Enc. giuridica", Roma, 2001, 9; P. Ferrua, *Il giusto processo,* Bologna, 2005, 61; P. Gaeta, *Durata ragionevole del processo e giurisprudenza della corte costituzionale*, in "Questione giustizia", 2003, 1137; A. Nappi, *La ragionevole durata del giusto processo,* in "Cass. Pen.", 2002, 154; G. Ubertis, *voce Giusto processo*, in *Enc. dir.*, annali, Milano, 2, 2009, 426.

[2] Significative, in tal senso, le ricostruzioni di E. Amodio, *Ragionevole durata , del processo, abuse of process e nuove esigenze di tutela dell'imputato, cit.*, 422 ; A. Nappi, *La ragionevole durata del giusto processo, cit.,* 154.

Il ragionamento è, naturalmente, più complesso di quel che appare.

Il processo penale è per definizione un percorso di accertamento condotto nel rigoroso rispetto delle garanzie dell'individuo. In questa ottica, la funzione cognitiva che lo caratterizza e le garanzie del giusto processo che lo presidiano, considerate nella loro massima ampiezza, indicano le coordinate di un processo complesso[3], dove la ponderazione e la riflessione sono essenziali e costituiscono un presupposto indefettibile della valutazione giurisdizionale, il contraddittorio e la formazione dialogica della prova preparano in modo naturalmente dispendioso il materiale epistemologicamente testato di cui si nutrirà il giudice, la motivazione sorregge la razionalità del libero convincimento e il controllo di merito e di legittimità sono baluardi della "giustizia" della decisione[4].

L'estrema celerità è, quindi, una illusione, la cui realizzazione finirebbe per pagare un prezzo altissimo al paradigma garantista tipicamente italiano (formazione della prova in contraddittorio/libero convincimento-motivazione/controllo di merito e di legittimità).

La ragionevole durata è, dunque, concetto difficilmente traducibile in scansioni millimetriche o in previsioni rigide e troppo anguste. Richiede una dose di equilibrio indiscutibile, coniugata alla convinzione secondo cui la ragionevole durata è un segmento essenziale del giusto processo, interconnesso, peraltro, alla regola principale del sistema accusatorio: la formazione della prova in contraddittorio.

Ci sono, quindi, dei limiti dettati dal buon senso che non possono e non devono essere superati. Il buon senso è, però, patrimonio (anche) del legislatore (al quale spetta di diritto e il dovere di accelerare e/o contingentare i tempi), con qualche riferimento tecnico e molte sfaccettature politiche.

Un intervento legislativo in questa direzione è, quindi, fortemente auspicabile.

Per entrare nello specifico del tema assegnatomi ed uscire repentinamente da divagazioni politiche, debbo sottolineare come una prospettiva di ristrutturazione complessiva del processo penale non è rinviabile (non a caso sono state istituite, nelle ultime due legislature, apposite commissioni ministeriali – presiedute rispettivamente dai Proff.ri Dalia e Riccio – per tentare di riscrivere le regole del processo penale, che han-

[3] Per una ricostruzione del sistema processuale penale attraverso l'ottica dei principi costituzionali e, soprattutto, della dimensione politica del processo penale cfr. G. Riccio, *La procedura penale. Tra storia e politica,* Napoli, 2010.

[4] Cfr., per uno sviluppo di questa impostazione, volendo, A. De Caro, *Poteri probatori del giudice e diritto alla prova,* Napoli, 2003,

no, peraltro, rivisitato profondamente gli istituti oggetto della mia riflessione), e come l'attuazione del principio della ragionevole durata è essenziale, direi vitale anche per la nostra democrazia.

Due le possibilità in astratto: a cambiare totalmente rotta, costruendo un processo diverso da quello attuale ; oppure – soluzione che preferisco – intervenire in modo globale (a mio giudizio fissando innanzitutto le coordinate generali con legge delega) senza tradire la struttura di fondo del processo penale delineato nel 1988 (oggettivamente sbilanciata per una durata non rapidissima).

L'intervento in ogni settore deve essere condotto utilizzando la ragionevolezza come una sorta di staminale embrionale, capace di ricostruire l'organo procedurale distrutto o aggredito da un uso incompatibile con le regole del giusto processo.

Ed è una strada che può raggiungere risultati concreti se è accompagnata da alcune premesse indispensabili: depenalizzazione, deprocessualizzazione, aumento delle risorse da destinare alla giustizia, riorganizzazione delle sedi giudiziarie, demitizzazione dell'obbligatorietà dell'azione penale.

La loro difficile attuabilità (per essere realisti) impone di effettuare solo dei tentativi per recuperare tempo dove si può, senza sbilanciare l'asse garantista del processo penale.

Di più si potrebbe fare contro le prassi patologiche e le sacche di inefficienza: un contributo essenziale in questa direzione dovrebbe venire dai protagonisti del processo, personale amministrativo, magistrati e avvocati.

2. *Le prospettive concrete di riforma tra esigenze di garanzia e tempi del processo: l'avviso di conclusione delle indagini preliminari*

Il primo istituto sul quale puntare l'attenzione è rappresentato dall'avviso di conclusione delle indagini preliminari, disciplinato dall'415 bis c.p.p.[5]

Se la prospettiva è quella di valutare i segmenti procedurali in relazione ai tempi del processo, bisogna ovviamente ragionare sia in una prospet-

[5] Istituto sul quale si è scritto tantissimo: cfr. , per tutti, T. Bene, *L'avviso di conclusione delle indagini,* Napoli, 2004 ; F. Caprioli, *Nuovi epiloghi della fase investigativa: procedimento contro ignoti e avviso di conclusione delle indagini preliminari,* in *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico,* a cura di F. Peroni, Padova, 2000, 245 ss.; G. Varraso, *Chiusura e avviso di conclusione delle indagini preliminari*, in *Trattato di procedura penale*, a cura di G. Spangher, V. 3, *Indagini preliminari e udienza preliminare,* a cura di G. Garuti, Torino, 2009, 661 ss.

tiva di sistema sia in relazione ai caratteri specifici del modulo in esame.

In questa direzione, va subito sottolineato come l'avviso di conclusione rappresenta l'approdo legislativo di un lungo *iter*, insieme giurisprudenziale e legislativo, avviato dalla sentenza della Corte costituzionale n. 88 del 1991[6] con la quale è stato sostanzialmente coniato il principio della tendenziale completezza delle indagini preliminari[7], ritenuto un carattere indefettibile della fase investigativa e valutato come un profilo essenziale per consentire al pubblico ministero di esercitare le varie opzioni possibili e indurre l'imputato a definire anticipatamente la vicenda, oltre che per arginare prassi di esercizio apparente dell'azione penale[8].

Il concetto è stato ripreso e sviluppato, poi, da successive decisioni (ad esempio: Corte cost. n. 115 del 2001[9], in un'ottica proiettata sul diritto dell'imputato a chiedere il rito abbreviato) e amplificato da alcuni provvedimenti legislativi (legge Carotti che ha introdotto nell'ordinamento processuale gli artt. 415 bis e 421 bis c.p.p.) che ne hanno delineato in modo peculiare il perimetro.

La completezza ha, come è noto, molti sostenitori e qualche autorevole critico[10].

In questa sede, mi limito a sottolineare come, nonostante l'affermazione secondo la quale il pubblico ministero deve, prima di chiedere il giudizio, raccogliere elementi che consentano all'ipotesi accusatoria di essere concretamente e finalisticamente sostenuta includa una giustissima (e, per certi versi, scontata) osservazione, la locuzione "completezza delle indagini" contiene più equivoci che certezze.

Il suo significato non è, infatti, immune da coni d'ombra. Se la fun-

[6] Corte cost. sentenza n. 88 de 15 febbraio 1991

[7] Sul principio di completezza delle indagini cfr. l'ampia ricostruzione di F. SIRACUSANO, *La completezza delle indagini nel processo penale,* Torino, 2005 e la dottrina ivi citata; cfr., sul tema, anche il più recente lavoro, pubblicato dopo la relazione, di F. ALONZI, *Le attività del giudice nelle indagini preliminari. Tra giurisdizione e controllo giudiziale*, Padova, 2011, 40 ss.

[8] Cfr., sul punto, G. VARRASO *Chiusura e avviso di conclusione delle indagini preliminari*, in *Trattato di procedura penale,* a cura di. G. Spangher, V. 3, cit., 664 ss.

[9] Cfr. Corte cost. sentenza n. 115 del 9 maggio 2001 in "Giur. Cost." 2001, 917 (per un esame di questa decisione cfr. G. LOZZI, *Giudizio abbreviato e contraddittorio: dubbi non risolti di legittimità costituzionale,* in "Riv. It. dir. e proc. pen.", 2002, 1087 ; F. ZACCHÉ, *Nuovi poteri probatori nel rito abbreviato*, in "Cass. Pen.", 2001, 2610 ss.).

[10] Cfr. sul punto G. GIOSTRA, *Indagini e prova: dalla non dispersione a nuovi scenari cognitivi*, in *Verso la scoperta di un nuovo modello processuale*, Atti del convegno in memoria di A. Galati, Caserta 12-14 ottobre, 2001, Milano, 2003, 47. La ricostruzione delle varie posizioni è rintracciabile in F. SIRACUSANO, *La completezza delle indagini nel processo penale, cit.*, 41 ss.

zione delle indagini è quella di acquisire gli elementi utili alle determinazioni inerenti l'azione penale, la "completezza" assume una connotazione ovvia oppure discutibile: afferma una ovvietà se vuole dire che il pubblico ministero deve acquisire gli elementi che permettono di esercitare l'accusa in giudizio ottenendo una soluzione coerente con la pretesa punitiva, evitando processi inutili (ma questa è la proiezione dinamica della nota regola di giudizio prevista dall'art. 125 disp. att.); diversamente, se vuole affermare che l'organo dell'accusa deve raggiungere un predefinito livello probatorio, sembra incoerente con la struttura delle indagini e con le prerogative dell'attore pubblico; e, peraltro, poco utile, posto che la "completezza" come carattere oggettivo è difficile da individuare e da verificare: non a caso una delle disposizioni normative più enigmatiche è proprio l'art. 421 bis c.p.p. che, invece di fondare sulla possibilità di decidere allo stato degli atti, richiama la completezza delle indagini, creando, in tal modo, all'interno del processo, una spuria fase tipicamente investigativa estranea al segmento procedurale (l'udienza preliminare) ove è innestata e solo foriera di equivoci interpretativi e sistematici[11].

E' pericolosa, poi, tutte le volte che tenta di inglobare prerogative tipicamente difensive: la completezza – si dice - senza la partecipazione della difesa è impensabile; ma la difesa attua strategie e il suo contributo, oltre ad essere meramente eventuale, difficilmente è finalizzato a completare le prospettive accusatorie, semmai tenta di destrutturarle.

La struttura originaria del codice Vassalli non era, peraltro, necessariamente orientata alla realizzazione di questo obiettivo, anche se non esisteva una concettuale opposizione.

Sul piano sistematico, invero, il pubblico ministero sviluppa un'ottica parziale - mai completa - e l'art. 358 c.p.p. - norma che esprime una mera solidarietà difensiva, peraltro priva di sanzione (Corte cost. n. 96 del 1997) e oggettivamente superflua dal momento che non pone obblighi - suggerisce solo ciò che integra una regola essenziale per ogni pubblico ufficiale, naturalmente (e genericamente) vincolato al dovere di obiettività[12].

L'ottica si confronta, poi, con una "parzialità" alternativa (quella difensiva) e raggiunge la sintesi nella giurisdizione: questo è il processo. Prima vi sono ipotesi, seriamente costruite ma non per questo figlie di

[11] Per un approfondimento del profilo cfr. A. De Caro, *L'integrazione investigativa e probatoria nell'udienza preliminare*, in *Le recenti modifiche al codice di procedura penale*, v. I, a cura di L. Kalb, Milano, 2000, 385 ss.

[12] Viene anche ritenuta una norma scontata al punto che "probabilmente sarebbe stato meglio lasciarla implicita" (G. Illuminati, *La separazione delle carriere come presupposto per un riequilibrio dei poteri delle parti*, Aa.Vv., *Il pubblico ministero oggi*, 1994, 222).

una improbabile completezza investigativa. Attribuire la "qualità" in esame all'attività di una parte è stata, peraltro, la premessa per destrutturare la fisionomia e il valore delle indagini e, di conseguenza, per amplificare a dismisura alcuni meccanismi di garanzia (che sono diventati, per questo allargamento, oggettivamente ipertrofici).

Il sistema processuale ha risentito in modo concreto della radicale mutazione indotta dalle note sentenze della Corte costituzionale sul principio di non dispersione della prova, le quali hanno trasformato il modello processuale penale, affidando alle indagini un ruolo sideralmente distante da quello inizialmente pensato e creando le basi per l'elaborazione di prodotti, giurisprudenziali e legislativi, assai lontani dalla ideologia di fondo.

Più nello specifico, le ragioni che hanno determinato il varo dell'art. 415 bis c.p.p.[13] sono varie e possono anche essere sintetizzate, correndo ovviamente il rischio di non coglierle tutte:

- consentire all'indagato di offrire il proprio contributo argomentativo e conoscitivo, utile in sé;

- poter esercitare compiutamente il diritto di difesa prima dell'esercizio dell'azione penale (conoscendo innanzitutto gli atti e valutando le opportunità difensive più consone tra quelle riconosciute);

- contribuire, attraverso l'attività difensiva, alla completezza delle indagini preliminari.

L'utilità astratta dell'istituto è indubbia, ma quella effettiva, valutata nell'ambito complessivo dell'efficienza e del rispetto delle garanzie, è discutibile, posto che rappresenta certamente un buco nero nei tempi procedurali (cfr. quanto sostenuto dagli uffici ministeriali nelle audizioni del comitato scientifico della Commissione Riccio).

Come sempre, il giudizio su un istituto processuale presuppone la risoluzione dell'equazione costi/benefici/rispetto delle garanzie fondamentali. Il risultato dipende dal modo col quale si computano le variabili, ma non può essere indipendente da esse. Nel nostro caso, il calcolo, comunque si valutano i vari elementi, mette in forte crisi il segmento procedurale, anche se i suoi connotati di esaltazione del diritto di difesa e di partecipazione dell'indagato alla fase investigativa sono esemplari e vanno amplificati. La critica si appunta, soprattutto nell'ottica del recupero della ragionevolezza dei tempi del processo, sulla considera-

[13] Per una loro compiuta individuazione si rinvia ai contributi citati di T. Bene, *L'avviso di conclusione delle indagini, cit.*, e di G. Varraso, *Chiusura e avviso di conclusione delle indagini preliminari*, in *Trattato di procedura penale,* 661 ss.

zione secondo la quale l'istituto crea un blocco del procedimento senza una concreta utilità (serve, infatti, prevalentemente alla *discovery* anticipata degli atti investigativi compiuti) e senza risolvere in modo convincente le problematiche più stringenti relative alla reale partecipazione della difesa nella fase investigativa.

In particolare, la necessaria partecipazione della difesa (materiale e tecnica) per la realizzazione di una effettiva completezza delle indagini, oltre alle riserve sul concetto stesso, sconta una oggettiva eccentricità dal momento che se il pubblico ministero decide di chiedere l'archiviazione non ha l'obbligo di avvisare l'indagato della conclusione delle indagini: eppure, anche in questo caso, dovrebbe esistere (secondo la sent. 88 del 1991delal Corte cost.) l'obbligo di completezza delle indagini preliminari; segno che il "necessario contributo difensivo" alla realizzazione dell'obbiettivo è un dato, dal punto di vista oggettivo, almeno equivoco. A ciò si aggiunga che il contributo è meramente eventuale e soprattutto strategico: affidare la completezza ad una strategia di parte sembra un oggettivo paradosso. La impossibilità di equiparare l'archiviazione all'esercizio dell'azione non incide in modo determinante sul profilo in esame, posta che l'equazione completezza/partecipazione difensiva che prescinde dall'epilogo della fase investigativa.

In realtà, il pubblico ministero ha il dovere di raccogliere gli elementi che consentono di ottenere una sentenza di condanna e, in questa dimensione pubblicistica, non può tralasciare nulla: la dinamica resta ancorata, però, ad un prospettiva parziale, tipica del ruolo e della funzione dell'organo dell'accusa, che si completa attraverso il confronto dialettico (in contraddittorio avanti al giudice terzo e imparziale) con la difesa messa nelle condizioni di interloquire attivamente: la completezza si può raggiungere solo in questo modo ed è una completezza finalizzata alla decisione (alla decidibilità), mai assoluta. Il dovere di supportare utilmente una decisione nella prospettiva dell'accusa (cioè di condanna) non equivale a completezza dell'attività investigativa. Il "contributo" (eventuale) dell'indagato realizza, peraltro, quella singolare eterogenesi dei fini[14] che si manifesta in tutta la sua latitudine.

Cosa diversa è, invece, affermare l'inopportunità di esercitare l'azione penale (la richiesta di giudizio) senza aver consentito alla difesa di interloquire: ma questo versante concerne il diritto di difesa e, si realizza, peraltro, attraverso la sua attivazione immediata o comunque tempesti-

[14] F. Caprioli, *Nuovi epiloghi della fase investigativa: procedimento contro ignoti e avviso di conclusione delle indagini preliminari, cit.*, 282.

va ed è un profilo differente che coinvolge il dovere (spesso negato) del pubblico ministero di interagire con l'indagato nella prospettiva di ben decidere, evitando di innescare meccanismi procedurali inutili e dannosi per il cittadino coinvolto e per la collettività.

La completezza della fase preparatoria, peraltro, costituisce la premessa per giustificare, idealmente, l'uso indiscriminato delle acquisizioni investigative, sottraendo proporzionalmente al contraddittorio fette di territorio procedurale importanti: più ci si allontana dall'idea di parzialità dell'attività delle parti e più il contraddittorio riduce la sua egemonia sul giusto processo.

Consentire l'effettivo esercizio dell'attività difensiva nella fase delle indagini preliminari, anche per scongiurare il giudizio esercitando il c.d. diritto al non processo, mi sembra, in verità, l'aspetto più delicato. Ed è il profilo sul quale si deve valutare la reale utilità dell'istituto ex art. 415 bis c.p.p.

Il profilo (diritto di difendersi provando e cercando gli elementi) ha avuto una lentissima evoluzione[15] che prende le mosse dalla struttura originaria del codice di rito del 1988, incentrata sul diritto alla prova realizzato soprattutto nel dibattimento, ove era prevista una sua ampia espansione. L'evoluzione "inquieta" ha preso le mosse, in verità, già all'indomani della predisposizione dell'articolato per proseguire attraverso varie tappe:

1. potere di contattare le fonti inserito solo nelle disposizioni di attuazione con l'art. 38 disp. att.;

2. sentenze della Corte costituzionale del 1992 sulla non dispersione della prova che hanno operato una destrutturazione del sistema e una conseguente strutturazione di un modello alternativo a quello originario;

3. modifica dell'art. 38 disp. att. con l'inserimento di due ulteriori commi;

4. introduzione dell'obbligo di notifica dell'invito a comparire nelle indagini preliminari (1997) e la modifica dell'art. 513 c.p.p.;

5. sentenza della Corte costituzionale n. 361 del 1998 con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 513 c.p.p.;

6. legislazione di fine millennio (1999/2000): legge sulle investigazione difensive ; legge Carotti e introduzione dell'art. 415 bis c.p.p.; modifica costituzionale dell'art. 111 Cost.

Il percorso, quì solo enunciato, ha avuto un andamento ondivago, dal punto di vista legislativo e giurisprudenziale, con un appro-

[15] Volendo, A. De Caro, *Percorsi legislativi e poteri delle parti nel processo penale: dal codice Rocco alla riforma delle investigazioni difensive*, in "Cass. Pen." 2001, 3203.

do finale - la modifica dell'art. 111 Cost - degno di una cultura giuridica ritrovata[16].

La sintetica conclusione che si può trarre da questa complessa esperienza è rappresentata, per un verso, dalla indiscutibile esigenza di rivitalizzare il diritto di difesa e, sotto altro versante, dalla consapevolezza che il vero perno attorno a cui ruota il giusto processo è rappresentato dal contraddittorio[17], irrealizzabile senza una difesa informata e preparata.

Le necessità inderogabili, collegate alla piena attuazione del diritto in esame, sono note e fra di esse svetta l'immediata conoscenza dell'accusa e la reale possibilità di difendersi tempestivamente cercando gli elementi utili; si aggiungono la piena e completa conoscenza di tutti gli atti ed il tempo necessario per approntare la difesa, profili, però, appartenenti più al paradigma classico della giurisdizione dove le parti si confrontano avanti al giudice terzo e imparziale. Rileva anche il diritto al non processo: la possibilità, cioè, di adoperarsi per evitare la celebrazione del giudizio.

In questa prospettiva, l'istituto dell'avviso di conclusione delle indagini, che dovrebbe giocare un ruolo determinante, non appare convincente per più ragioni:

[16] Consacrando una costruzione teorica che, invero, già emergeva dall'impalcatura costituzionale: per una complessiva panoramica dei principi costituzionali direttamente afferenti alla disciplina del processo penale, cfr., per tutti, AA.VV., *Fisionomia costituzionale del processo penale*, a cura di G. Dean, Torino, 2007; M. CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona,* v. I e II, Milano, 1982-1984; G. DI CHIARA, *Diritto processuale penale*, in Fiandaca, Di Chiara, *Una introduzione al sistema penale*, Napoli, 2003, 189 ss.; P. FERRUA, *Il giusto processo*, Bologna, 2005 ; G. RICCIO, A. DE CARO, S. MAROTTA, *Principi costituzionali e riforma del processo penale*, Napoli, 2001; G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, Principi generali, I, Torino, 2004, 99 ss.

[17] Sul principio del contraddittorio e sulla sua particolare attitudine alla formazione della prova la letteratura è talmente ampia da rendere arduo ogni tentativo di ricostruirla in modo completo. Per una panoramica generale cfr. per tutti, AA.VV., *Il contraddittorio fra Costituzione e legge ordinaria*, Atti del convegno in memoria di Vincenzo Cavallari, Ferrara 13-15.10.2000, Milano, 2001; CAVALLARI, *Contraddittorio (dir, proc. pen.)*, in "Enc. dir.", IX, Milano, 1961, 728 ss.; CONTI, voce *"Giusto processo b) Diritto processuale penale"*, in *Enc. dir.*, V agg., Milano, 2001, 633 ss.; DALIA, *Le regole normative per lo studio del contraddittorio nel processo penale*, Napoli, 1970; DE FRANCESCO, *Il principio del contraddittorio nella formazione della prova nella Costituzione italiana*, Milano, 2005; P. FERRUA, *Il giusto processo, cit.*; G. GIOSTRA, *Contraddittorio (principio del)*, Diritto processuale penale, in "Enc. Giur.", agg., v. VIII, Roma, 2001, 1 ss. e app. agg. 2002, 5 ss.; ID, *Valori ideali e prospettive metodologiche del contraddittorio in sede penale*, in "Pol. Dir.", 1986, 15 ss.; P. TONINI, *Il principio del contraddittorio : diritto individuale e metodo di accertamento*, in *Dir. pen. e proc.*,, 2000; G. UBERTIS, *Prova e contraddittorio*, in "Cass. pen.", 2002, 1182 ss.; sul contraddittorio con particolare riferimento alla sentenza n. 361 del 1988 della Corte costituzionale cfr. V. GREVI, *Dichiarazioni dell'imputato sul fatto altrui, diritto al silenzio e garanzia del contraddittorio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1999, 850 ss..; G. RICCIO, *La procedura penale. Tra storia e politica, cit.*

- innanzitutto, non risolve il problema essenziale della tempestività dell'attivazione difensiva: una difesa avvisata con estremo ritardo, oltre ad essere mortificata, rischia di non poter più individuare gli elementi necessari alla dimostrazione delle proprie ragioni ;

- in secondo luogo, non affronta in alcun modo i nodi problematici suggeriti dai profili di effettività del diritto: oltre alla tempestività, la possibilità di interloquire continuamente e avere conoscenza "appena possibile" delle acquisizioni investigative per contrastarle quando è utile e non dopo mesi o anni, il reale potere investigativo difensivo, i rapporti col giudice, il controllo sulla effettiva durata delle indagini (solo per citarne alcuni);

- rappresenta, ancora, la definitiva scelta legislativa di canalizzare obbligatoriamente "i risultati dell'indagine difensiva" sul pubblico ministero, laddove, invece, sarebbe stata più proficua la strada del maggiore coinvolgimento dell'organo giurisdizionale nelle dinamiche di formazione della prova prima del dibattimento[18]. Le dinamiche sottese all'avviso ex art. 415 bis c.p.p., invero, impongono di avere il pubblico ministero come interlocutore e suggeriscono un anomalo rapporto a due (accusa e difesa);

- interviene, in aggiunta, in un momento nel quale il pubblico ministero ha già consolidato un'idea accusatoria che difficilmente rivedrà (almeno questa è l'esperienza quotidiana che ogni avvocato può testimoniare); e come se l'organo dell'accusa dicesse "ho raccolto gli elementi che mi suggeriscono di chiedere il rinvio a giudizio, ora, se vuoi, difenditi": ma questo è il classico paradigma processuale, incompleto perché manca il giudice, terzo polo essenziale del rapporto;

- consente, ed è questo l'aspetto più positivo, una *discovery* completa che permette alla difesa di conoscere il complesso investigativo; ma, bisogna dire, che questa *discovery* qualche volta è superflua (sé già vi è stata una scoperta anticipata nel caso di provvedimenti *de libertate*), altre volte sovrabbondante (se la difesa non si attiva, perché ci sarà quella che precede l'udienza preliminare): è utile, in fondo, solo in pochi casi;

- rappresenta un blocco, ed è questo, invece, l'aspetto deleterio sotto il profilo che ci interessa più da vicino, dei tempi del processo;

- oblitera, infine, completamente la persona offesa, estranea alle sue

[18] Cfr. per tale opinione P. Ferrua, *Processo penale, contraddittorio e indagini difensive*, in *Studi sul processo penale*, III, Declino del contraddittorio e garantismo reattivo, Torino, 1997, 98 ss.; G. Giostra , *Problemi irrisolti e nuove prospettive per il diritto di difesa: dalla registrazione delle notizie di reato alle indagini difensive,* in *Misure cautelari e diritto di difesa nella legge 8 agosto 1995 n. 332,* a cura di V. Grevi, Milano, 1996, 234.

dinamiche.

Il giudizio parzialmente negativo sullo strumento procedurale specifico non deve ovviamente ridimensionare le prerogative difensive che, anzi, vanno potenziate, ma in una direzione realmente utile alla funzione.

L'idea originaria di una indagine preliminare diretta esclusivamente – tranne pochissime eccezioni – alle determinazioni inerenti l'esercizio dell'azione penale è lentamente tramontata ed ha lasciato man mano posto ad una diversa (e non entusiasmante) realtà, della quale bisogna prendere atto: nella fase investigativa, sovente, si formano dati probatori direttamente spedibili al dibattimento.

Inizialmente, la struttura delle indagini e la convinzione che vi fosse uno sbarramento netto col dibattimento era anche frutto di un'idea di processo molto sbilanciata sulla prova orale (testimoni e dichiaranti).

L'odierno progresso tecnologico e le peculiari fisionomie criminali hanno aumentato, in modo considerevole, l'utilizzazione di tipologie probatorie (prova scientifica, intercettazioni, video riprese, documentazione bancaria ecc.) che si formano prevalentemente nelle indagini e che, in molti casi, prevalgono nettamente nel compendio probatorio generale.

Il tema, quindi, merita una riflessione che parte dalla oggettiva insufficienza di affidare, quasi esclusivamente, all'avviso di conclusione delle indagini le prospettive difensive nella fase investigativa e riporti al centro il contraddittorio, prendendo atto della peculiarità di molti elementi probatori.

Bisogna, ovviamente, considerare – e non sottovalutare - la natura polivalente assunta dalle indagini preliminari:

- sono utili alle determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale (valutate nel loro complesso, come risultato dell'attività investigativa secondo i canoni dell'utilità del giudizio o della concreta possibilità di ottenere una condanna);

- costituiscono la struttura portante della sentenza allo stato degli atti;

- sempre più frequentemente formano atti che hanno una valenza probatoria spendibile direttamente nel dibattimento: si pone, quindi, da questo punto di vista, l'esigenza concreta di stabilire un limite (non tutti gli atti investigativi possono essere omologati, altrimenti le indagini finirebbero per diventare il luogo di formazione della prova) ; la valenza probatoria deve riguardare uno specifico atto e non il complesso dell'attività investigativa funzionale all'azione e (insieme all'investigazione difensiva) alla definizione alternativa del processo ; in ogni caso, la tipologia e la sempre maggiore quantità di atti probatori che si formano nelle indagini consigliano di valutare il profilo dei controlli giurisdizionali durante la fase e non solo ala fine di essa.

Ciò nonostante, però, la distinzione tra acquisizioni investigative e prova è – e deve restare – molto netta e non può generare alcuna confusione. Nella medesima prospettiva, deve anche essere ribadito che due indagini parallele non equivalgono al contraddittorio, unico metodo epistemologico utile alla formazione del materiale probatorio valutabile per la decisione. Puntare sul contraddittorio significa, sul piano ontologico e metodologico, ridimensionare la spendibilità dibattimentale delle acquisizioni investigative

Torna di grande attualità, una affermazione di Glauco Giostra dove si evocava una zona, quella del dibattimento, letteralmente accerchiata e soffocata dai territori extradibattimentali.

Il rischio, la deriva culturale è rappresentata dal ritenere (o vivere) la scelta dibattimentale come una sorta di fallimento del sistema, invece di recuperare la sua centralità ontologica, pur nella convinzione che è opportuna una residualità numerica dei giudizi dibattimentali.

In questo contesto di mutata fisionomia delle indagini, si impone una lettura organica degli artt. 24 e 111 (soprattutto terzo comma) Cost. capace di esaltare l'effettività del diritto di difesa - inteso come "diritto di difendersi provando"[19] e ovviamente "ricercando gli elementi tempestivamente"[20] -, di risolvere la subalternità attuale della difesa rispetto al pubblico ministero nella fase investigativa (anche ampliando le possibilità investigative oggi davvero residuali) e di ricomprendere nell'ottica difensiva anche la persona offesa.

La latitudine del diritto di difesa e la sua strumentalità rispetto al contraddittorio emerge, in modo abbastanza condiviso, dalla lettura complessiva della Costituzione e delle Carte internazionali dei diritti: il nocciolo duro risiede in vari segmenti, tra i quali sicuramente svetta quello connesso alla possibilità di intervenire in una fase che consenta concretamente di raccogliere elementi utili alle prospettive probatorie immediate e future. Senza di ciò, "difendersi provando" è mera utopia.

In questo senso, è indispensabile orientare la prospettiva in modo radicalmente diverso dall'attuale:

a) collocando l'attivazione della difesa nella fase iniziale delle indagini per rendere concreta la possibilità di raccogliere subito gli elementi difensivi;

[19] Profilo delineato, come è noto, da G. Vassalli, *Il diritto alla prova nel processo penale,* in "Riv. it. dir. e proc. pen.", 1968, 1 ss.

[20] A. Giarda, *Un cammino appena iniziato*, in Aa.Vv., *Le indagini difensive. Legge 7 dicembre 2000 n. 397,* Milano, 2001, 5 ss.

b) consentendo la possibilità di una continua interlocuzione col pubblico ministero, accedendo (se ciò non influisce sull'indagine) agli atti, almeno quelli poi spendibili nel dibattimento (demitizzando, quindi, la segretezza delle indagini, da ricondurre all'effettività: le indagini devono essere segrete se e quando la segretezza serve concretamente; spesso è inutile ed è solo la manifestazione di supremazia del pubblico ministero);

c) prevedendo l'attivazione di finestre di giurisdizione che consentano alla difesa di interloquire con l'organo giurisdizionale per le necessità probatorie (mutando decisamente rotta);

d) costruendo segmenti procedurali utili al controllo della effettiva durata delle indagini, recuperando soprattutto certezza sul momento iniziale;

e) definendo uno strumento leggero che consenta di conoscere gli atti investigativi attraverso una *discovery* in progress, senza interruzioni temporali.

Questo prospettiva – necessariamente connessa ad un più generale ristrutturazione del sistema processuale penale – suggerisce di anticipare al più presto possibile la conoscenza dell'esistenza di un'accusa e, soprattutto, della sua latitudine, prendendo atto che alcuni "nefasti" meccanismi compensativi – tipici del vecchio garantismo inquisitorio – sono il risultato di un'indagine preliminare destinata a produrre in misura crescente materiali probatori spendibili anche in sede dibattimentale benché confezionati unilateralmente dalle parti[21].

E', invece, particolarmente utile riflettere sulla necessità di risistemare complessivamente il sistema, collocando l'alternativa azione/archiviazione nella battute iniziali delle indagini per instaurare seri controlli giurisdizionali sull'obbligo di agire e sulla sue modalità[22].

In conclusione, si può affermare, in estrema sintesi, che l'avviso della conclusione delle indagini non risolve le necessità difensive indispensabili per la realizzazione del giusto processo, ma ingombra e dilata i tempi di durata del rito. E' un modulo procedurale, dunque, troppo pesante e poco utile alla piena alla concretizzazione delle finalità garantiste che lo presidiano. La strutturazione accennata, invece, potrebbe coniugare l'efficienza del sistema con una sostanziale riduzione dei tempi e l'esaltazione del diritto di difesa nella fase investigativa, premessa per esercitare un contraddittorio effettivo nelle successive fasi.

[21] F. Caprioli, *Nuovi epiloghi della fase investigativa: procedimento contro ignoti e avviso di conclusione delle indagini preliminari, cit*., 271

[22] Per un approfondimento delle problematiche connesse cfr. F. Caprioli, *L'archiviazione,* Napoli, 1994.

3. *Segue: l'udienza preliminare tra esigenze di controllo sull'azione e individuazione del meccanismo procedurale*

Ogni riflessione sui tempi del processo deve necessariamente confrontarsi con l'udienza preliminare, segmento procedurale direttamente coinvolto per la complessità che lo caratterizza e il dispendio di tempi indispensabili alla sua definizione.

Anche questo istituto risente delle prospettive connesse alla ricostruzione del concetto di azione penale[23] e del controllo sul suo legale esercizio ovvero sulla legalità della richiesta di processo (l'alternativa richiama, ancora una volta, la nota distinzione concettuale tra azione in senso astratto e azione in senso concreto: entrambe opzioni possibili nel contesto costituzionale). Se la scelta per prima opzione consente di rivedere in modo radicale l'istituto e la sua collocazione sistematica, la seconda non è necessariamente ancorata in modo definitivo all'idea di un controllo predefinito sul legale esercizio dell'azione.

Su un piano generale, va subito evidenziato come l'udienza preliminare ha subito un'evoluzione legislativa, lenta e progressiva, che può essere così sintetizzata[24]:

- iniziale versione, caratterizzata da una regola di giudizio che la qualificava come filtro a maglie larghe ;

- eliminazione della parola "evidente" dal corpo dell'art. 425 c.p.p. e tentativo di restringimento delle maglie del filtro;

[23] Per una visione politica dell'istituto cfr. M. Chiavario, *L'azione penale tra diritto e politica,* Padova, 1995.

[24] Cfr. per tutti, rinviando alle citazioni ivi contenute per una più dettagliata ricostruzione, F. Cossibba, *Udienza preliminare. Strutture e funzioni,* Milano 2007; G. Di Chiara, *Le conclusioni dell'udienza preliminare ed il sistema del doppio fascicolo*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, a cura di M. Chiavario e E. Marzaduri, Torino, 1999, 547 ss.; O. Dominioni, *L'udienza preliminare nel nuovo processo penale*, in "Cass. pen.", 1989, 2174 ss.; Id., *Giudice e parti nell'udienza preliminare*, in Aa.Vv., *L'udienza preliminare*, Milano, 1992, 78 ss.; M. Ferraioli, *Il ruolo di « garante » del giudice per le indagini preliminari*, Padova, 1993; G. Garuti, *La nuova fisionomia dell'udienza preliminare,* in *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico,* a cura di F.Peroni, Padova, 2000, 353 ss.; G. Garuti, *La verifica dell'accusa nell'udienza preliminare,* Milano, 1996; D. Grosso, *L'udienza preliminare*, Milano, 1991; G. Lozzi, *L'udienza preliminare nel sistema del nuovo processo penale*, in "Riv. dir. proc. pen.", 1991, 1077; V. Maffeo, *L'udienza preliminare. Tra diritto giurisprudenziale e prospettive di riforma,* Padova, 2004; A. Nappi, voce *Udienza preliminare*, in "Enc. dir.", vol. XLV, Milano, 1992, 520 ss.; G. Riccio, *Cos'è l'udienza preliminare? Guai a trasformarla da filtro in giudizio*, in "Dir. giust.", 2994, n. 19, 8 ss. ; F. Ruggeri, *La giurisdizione di garanzia nelle indagini preliminari*, Milano, 1996; O. Scaglione, voce *Udienza preliminare*, in "Enc. giur.", vol. XXXII, Milano, 1994, 2 ss. ; A. Scalfati, *L'udienza preliminare (profili di una disciplina in trasformazione)*, Padova, 1999, G. Spangher, *Il processo penale dopo la legge Carotti*, di *Diritto e processo penale,* 2000, 186 ss.

- modifica legislativa ad opera della legge n. del 1999 (introduzione dell'art. 421 bis c.p.p. e modifica degli artt. 422 e 425 c.p.p.) fondata sulla rivisitazione della regola di giudizio e sull'ampliamento dei poteri probatori del giudice dell'udienza preliminare : la riforma ha posto pressante l'interrogativo sulla nuova natura dell'udienza preliminare, controllo di merito o ancora meramente procedurale?

- quasi contestualmente, si è avuta la mutazione strutturale dei riti speciali: la modifica del giudizio abbreviato, caratterizzata dalla enunciazione del rito come vero e proprio diritto dell'imputato (la logica dell'accordo è stata sostituita dalla volontà di uno dei protagonisti) e dalla radicale modifica del profilo attinente alla piattaforma probatorio: si è passati da un rito a prova bloccata ad un rito a prova semplificata; l'ampliamento significativo del patteggiamento del 2003, attraverso l'introduzione del c.d. patteggiamento allargato.

Contemporaneamente, il dibattito è stato focalizzato sulla utilità e sulla funzionalità dell'udienza preliminare. Tre le opzioni possibili: eliminazione del meccanismo procedurale ; sostituzione con una struttura debole ; introduzione di una struttura procedurale forte, oggettivamente più impegnativa sul versante dei tempi processuali.

La scelta legislativa conclusiva è stata quella di costruire un'udienza filtro dalle maglie più strette, caratterizzata da poteri probatori significativi e, per certi versi, eccentrici (esempio: 421 bis c.p.p.).

I due progetti di riforma del codice di rito (progetto Dalia e bozza Riccio) hanno, invece, e probabilmente non a caso, completamente rivoluzionano lo schema scelto dal legislatore a dimostrazione che parte della cultura processualpenalistica italiana nutre qualche dubbio sulla coerenza e sull'utilità reale dell'istituto.

La *ratio* che sorregge la varie scelte, al fondo è sempre quella di consentire una effettiva deflazione, rendendosi utile al progetto di ridurre l'accesso al dibattimento e favorire la definizione alternativa della vicenda (finalità ineludibili in un'ottica di efficienza dell'intera sistema processo): anche se concordo con chi ritiene che le logiche efficientistiche non debbono prevalere sul rispetto delle garanzie, quando, però, le garanzie sono espressione di valori reali.

L'udienza preliminare rappresenta un modulo procedurale che impone di utilizzare, o "di perdere", un tempo particolarmente significativo: da questo punto di vista è un costo reale speso sul terreno della durata del processo ; se non è effettivamente utile diventa un problema serio sul piano dell'efficienza, anche se conserva un valore su quello delle garanzie. E nonostante abbia subito mutamenti, anche radicali, nel corso degli anni il problema dei tempi processuali resta drammatico: segno,

forse, che la maggiore o minore deflazione dovuta allo spessore delle maglie del filtro del controllo predibattimentale incide pochissimo.

Gli interrogativi che un discorso in prospettiva deve porsi sono molteplici (il gioco vale la candela? è realmente utile? il tempo speso è in equilibrio con le garanzie ottenute? la sua struttura pesante è realmente indispensabile? non finisce per assomigliare ad un pregiudizio condizionante il successivo giudizio - e più si stringono le maglie del filtro, più si amplificano i poteri probatori e più aumenta proporzionalmente il rischio - ? è corretto che venga utilizzata solo in parte delle vicende se è realmente utile?) e la soluzione necessariamente presuppone di affrontare il delicato problema della rilevanza, soprattutto costituzionale, del controllo sul legale esercizio dell'azione ovvero sulla domanda di giudizio e, forse, ancor prima di stabilire il significato reale dell'azione penale.

Quest'ultimo tema è talmente vasto da scoraggiare, in questa sede, ogni tentativo di affrontare compiutamente i complessi profili – di teoria generale - che lo caratterizzano: non a caso, Calamandrei sottolineava che le teorie sull'azione sono tante quante le notti della famosa leggenda, mille e una, e tutte affascinanti.

Mi limito a proporre qualche piccola osservazione, utile nella prospettiva specifica della legittimità del controllo preliminare. Per esercizio dell'azione penale intendo sia la domanda di giudizio (di cui il momento investigativo costituisce la necessaria premessa) sia l'attivazione delle indagini dirette all'accertamento: a prescindere, infatti, da ogni possibile definizione formale, entrambi questi profili entrano nel fuoco dell'art. 112 Cost. e del principio di obbligatorietà, che pur senza essere mitizzato rappresenta una essenziale modalità di attuazione del principio di uguaglianza. Questa convinzione ha valore naturalmente pragmatico e si proietta su un versante procedurale dinamico, prescindendo completamente da dispute teoriche nella consapevolezza della complessità della materia e dello spessore degli ambiti di teoria generale che essa evoca.

I due ambiti sono a mio giudizio coessenziali per comprendere la natura e la latitudine dell'attività dell'accusa, nella prospettiva ovviamente del "suo controllo".

La prospettiva suggerisce anche una riflessione circa il momento nel quale inserire l'esercizio dell'azione : la scelta per l'azione in senso concreto (posizionata all'esito della fase investigativa) è una possibile opzione che non esclude la legittimità di altra opzione – l'azione in senso astratto - che la pone, invece, all'esito di una prima veloce verifica sulla manifesta infondatezza della notizia. Quest'ultima soluzione consentirebbe, peraltro, di mutare completamente la struttura procedurale e di rivedere alcune scansioni temporali assai problematiche (non ultima

l'udienza preliminare). La prospettiva andrebbe, in verità, approfondita almeno per la sua vocazione a riconoscere all'udienza filtra una struttura ed una funzione assai differente da quella odierna.

Una sola puntualizzazione: l'obbligo per il pubblico ministero è quello di accertare i fatti e, solo se dovuto (espressione del principio di legalità), proporre la domanda di giudizio. La conseguenzialità dei due momenti è essenziale per comprendere l'essenza del "dovere" del pubblico ministero: che in quanto "dovere" dell'organo dell'accusa risolve gran parte delle dispute teoriche sulla natura dell'azione penale.

In questo senso, il controllo sull'adempimento dell'obbligo (nulla deve essere sottratto al controllo di legalità operato dal giudice: Corte cost. 88 del 1991) che consente di ritenere rispettato il principio di obbligatorietà dell'azione penale sancito dall'art. 112 Cost., sembra estraneo a logiche di verifica positiva, ma piuttosto sensibile a logiche di verifica negativa: si controlla, cioè, la non attivazione (la richiesta di archiviazione) piuttosto che l'adempimento del dovere, la cui giustezza è verificabile, in una prospettiva reale, al momento del giudizio ; in una prospettiva di legalità, di rispetto di talune garanzie e di efficienza del sistema si giustifica, però, anche una delibazione preliminare sulla consistenza dell'accusa.

Il secondo problema è, allora, quello di individuare le coordinate costituzionali del controllo giurisdizionale sulla domanda di giudizio. La Carta Costituzionale richiede sicuramente un controllo sulle scelte del pubblico ministero relative all'azione nel senso che l'organo dell'accusa non può sottrarsi all'obbligo, ma le dinamiche del controllo sono essenzialmente proiettate sull'inazione: è richiesta come indefettibile anche una forma di controllo positiva sulla domanda di giudizio? esiste, in sintesi, un diritto al "non processo" oppure siamo nell'ambito di una mera opportunità magari collegata solo ad una logica di efficienza del sistema?

Secondo parte della dottrina, un embrione dell'idea di controllo sulla azione è rintracciabile, già sotto la vigenza del c.p.p. Rocco, in talune pronunzie della Corte costituzionale (Corte cost. n. 117 del 1968 ; ma anche n. 32 del 1964, 11 e 52 del 1965, 151 del 1967)[25]: in particolare, in occasione dello scrutinio di costituzionalità dell'art. 389 comma 3 c.p.p. la Corte ritenne che la insindacabilità della scelta discrezionale del pubblico ministero di non formalizzare l'istruzione (peraltro, in questa attivazione risiedeva, secondo alcuni, il momento di esercizio dell'azione penale in quel sistema) violasse la regola dell'inderogabilità del giudice naturale sancita dall'art. 25 comma 1 Cost. Più che il richiamo alla speci-

[25] V. MAFFEO, *L'udienza preliminare, cit.,* 21 ss.

fica norma costituzionale violata (oggettivamente estranea al nostro ambito) è interessante osservare come il ragionamento della Corte in qualche modo collegava, utilmente ai nostri fini, esigenza di legalità e controllo sulle scelte del pubblico ministero, filone teorico nel quale si inserisce il problema del controllo sulla domanda di giudizio.

Nella stessa sostanziale direzione, altra parte della dottrina[26] ritiene esistere una indiscutibile connessione tra il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale e il doveroso controllo successivo al suo esercizio: se il dovere di agire "mira pure ad assicurare l'eguaglianza tra i cittadini in ordine all'attuazione del principio di legalità"[27], una violazione di questo principio sarebbe rintracciabile non solo nel caso di non esercizio, ma anche nell'ipotesi di esercizio non sorretto dagli elementi richiesti onde esporre il cittadino alle conseguenze negative di una azione infondata. Insomma, l'obbligatorietà dell'azione imporrebbe che essa "cammini verso il processo in compagnia dei supporti probatori idonei a corroborarla"[28].

Anche se la mancanza di elementi utili a sorreggere l'azione potrebbe essere letta come elemento che libera il pubblico ministero dall'obbligo, ma non impone un controllo sull'esercizio: in questa prospettiva, l'obbligatorietà imporrebbe al pubblico ministero solo di sottoporre ogni fattispecie di reato ad un giudice, lasciando al confronto dialettico il compito di dimostrare la sua fondatezza[29]; il vaglio preliminare sull'accusa seguirebbe, quindi, logiche di opportunità connesse a ragioni di economia processuale e non di necessità costituzionale[30].

Resta, però, il richiamo all'esigenza di legalità che, richiedendo anche il rigoroso rispetto norme e delle ragioni che la sostengono, apre al diritto al non processo come necessità che il processo venga azionato solo nelle (rigide) condizioni previste dalla legge. Le ripercussioni negative sulla onorabilità, sulla carriera, sulla famiglia, sulla libertà che il processo in sé produce determinano, infatti, il riconoscimento dell'esistenza di

[26] Cfr., pur se con accenti differenti, F. Caprioli, *Insufficienza o contraddittorietà della prova e sentenza di non luogo a procedere*, in "Riv. It. dir. e proc. pen.", 1997, 303; F. Cordero, *Procedura penale,* Milano, 2003, 907; G. Lozzi, *Lezioni di procedura penale, cit.,* 112 ss.

[27] In tal senso, G. Lozzi, *Riflessioni sul processo penale,* Torino, 1992, 155

[28] C. Valentini , *Le forme di controllo sull'esercizio dell'azione penale*, Padova, 1995, 259.

[29] In tal senso, cfr. L. Caraceni, *Poteri di ufficio in materia probatoria e imparzialità del giudice penale,* Milano, 2007, 279; P. Ferrua, *Il ruolo del giudice nel controllo delle indagini e nell'udienza preliminare*, *in Studi sul processo penale*, Torino, 1990, 55 ss.

[30] In tal senso cfr. F. Ruggeri, *La giurisdizione di garanzia nelle indagini preliminari, cit.*, 8 ss.

una diritto fondamentale a non essere sottoposto al processo penale senza la concretizzazione delle condizioni minime (art. 2 Cost. quale clausola aperta).

Il diritto al non processo è stato anche letto quale espressione della teoria classica del diritto penale secondo cui esisterebbe per i cittadini "una sfera intangibile di libertà, assicurata dal fatto che essendo punibile solo ciò che è proibito dalla legge, tutto ciò che la legge non proibisce non è punibile, ma libero e permesso"[31].

Il diritto al non processo appartiene alla coscienza civile di ognuno di noi e costituisce una necessità democratica di cui ogni legislatore deve farsi carico.

Rientrano, peraltro, nell'architettura costituzionale utilizzabile a sostegno del diritto, l'art. 24 comma 1 Cost. il cui significato, insieme al diritto di acceso al giudice, contempla anche il diritto ad un processo equo[32], naturalmente fondato su una azione non azzardata; il diritto di difesa, che suggerisce di consentire ad ogni cittadino di difendersi in ogni momento nel quale si instaura un percorso lesivo dei suoi diritti e delle sue libertà; infine, la presunzione di non colpevolezza nel senso che sbarrare le porte ad accuse azzardate rende attuale la tutela della presunzione costituzionalmente sancita dall'art. 27 comma 2 Cost [33].

Peraltro, potendo la domanda di giudizio recare in sé anche la scelta di un rito speciale (tra quelli azionabili *motu proprio* dal pubblico ministero), il controllo del giudice (almeno in questa ipotesi) diventa essenziale per la sua capacità di influire sul reale rispetto di molteplici garanzie[34].

Se il controllo ha, dunque, un valore riconoscibile in modo chiaro, esso deve svilupparsi nell'orbita segnata dall'art. 111 Cost. secondo lo stile dialettico e avanti al giudice terzo[35].

[31] T. Bene, *La sentenza di non luogo a procedere,* in *Le recenti modifiche al codice di procedura penale*, v. I, 440 e 441, , nota 3

[32] G. Ubertis, *Sistema di procedura penale*. I, Principi generali, *cit.*, 102, mette in risalto come il diritto alla giurisdizione concerne insieme il diritto ad un processo celebrato in modo equo e il diritto di accesso al giudice.

[33] G. Garuti, *La verifica dell'accusa nell'udienza preliminare, cit.*, 141; A. Scaglione, *voce "udienza preliminare, cit.,* 1 ss.

[34] Sul controllo nei riti speciali cfr. A. De Caro, *Controlli sulla ricorrenza dei presupposti*, in Aa.Vv., *La giustizia penale differenziata*, Tomo 1, coordinato da F. Giunchedi, Torino, 2010, 225 ss.

[35] L. Caraceni, *Poteri di ufficio in materia probatoria e imparzialità del giudice,* Milano, 2007, 279 ss.; V. Maffeo, *L'udienza preliminare, cit*., 205 ss.

Condivido, invece, la riflessione di chi non ritiene[36] il controllo sull'azione una peculiare caratteristica della filosofia accusatoria. Il richiamo al profilo, però, non mi entusiasma perché la distinzione accusatorio/inquisitorio è molto ideologica – anche per le moltissime possibili traduzioni normative - e ad essa preferisco le riflessioni al giusto processo emergente dalla Carta costituzionale e dalle Carte internazionali dei diritti.

Naturalmente ritenere costituzionalmente previsto il controllo sulla domanda di giudizio non risolve il problema del modello procedurale da utilizzare.

Resta ancora un problema di fondo: quando l'azione penale è legalmente esercitata o, meglio, quando una domanda di giudizio risponde al principio di legalità? quando non è azzardata o manifestamente infondata o anche quando è semplicemente infondata perché gli elementi raccolti non sono sufficienti o sono contraddittori?

Il diritto al non processo, infatti, si manifesta solo rispetto alle azioni azzardate, ma non anche per quelle solo infondate perché, magari, la prova è meramente contraddittoria o insufficiente o perché non è giusto coltivarla per mancanza dei caratteri idonei a sostenere in giudizio un'accusa ed una condanna che possano giustificare il processo: la differenza non vuole essere solo un esercizio teorico, ma vuole fare chiarezza su ciò che è costituzionalmente garantito e ciò che è, invece, solo opportuno.

Un indiretto riconoscimento del diritto al non processo è ricavabile anche dall'art. 129 c.p.p. che, peraltro, rappresenta un meccanismo (sicuramente minimo) volto, in fondo, alla sua concreta attuazione.

Mi rendo perfettamente conto che la linea di camminamento può essere considerata solo una (debole) traccia di sentiero, ma chi pratica la montagna sa bene che spesso queste piccole tracce sono le uniche capaci di condurre alla meta più difficile e schiudere le porte a scenari meravigliosi.

Il discrimine, in ogni caso, è tra copertura costituzionale del controllo sulla domanda di giudizio e valutazione della sua sicura compatibilità con la Carte fondamentali e della altrettanto sicura opportunità nell'ottica di efficienza del sistema. E' indiscutibile che l'udienza preliminare costituisce almeno "una barriera contro gli eccessi"[37] che la rende oggettivamente opportuna sul piano delle garanzie (e in questo senso andrebbe probabilmente estesa a tutti i moduli; riconoscere, invece, la co-

[36] F. Cassibba, *Udienza preliminare, cit.*, 11 ss.

[37] P. Ferrua, *Il ruolo del giudice nel controllo delle indagini e nell'udienza preliminare*, *in Studi sul processo penale*, *cit.*, 64

stituzionalità del controllo sulla domanda di giudizio impone di ritenere illegittimi tutti i moduli che non lo prevedono).

Se si ritiene sufficiente un controllo solo sulle accusa azzardate, lo stesso si potrebbe ritenere soddisfatto anche da un meccanismo simile all'art. 129 c.p.p. sufficiente, nei casi di minimo impatto (giudice di pace e decreto di citazione diretta), ad assicurare, eventualmente (se richiesto), il controllo (contatto col giudice che conosce gli atti).

Negli altri casi, invece, potrebbe essere sufficiente una meccanismo di controllo, simile a quello previsto per il giudizio immediato, aggiungendo, però, la partecipazione dialettica della difesa per assicurare il rispetto dell'art. 111 c.p.p., dunque molto più snello di quello attuale, più che sufficiente a sbarrare la strada alle accuse azzardate (che, peraltro, in genere non sono moltissime).

Se, invece, si riconosce essenziale ridurre l'accesso al dibattimento per tentare di farlo funzionare seriamente (nella prospettiva di esaltazione e non di delegittimazione del dibattimento) diventa indispensabile riconoscere all'udienza preliminare una funzione più marcata, da affidare a meccanismi procedurali più "pesanti" e naturalmente più dispendiosi dal punto di vista dei tempi.

Quest'ultima prospettiva propone due possibili soluzioni: affidarsi ad un'udienza preliminare con una funzione solo deflattiva o riconoscergliene anche una selettiva.

Il legislatore ha inteso stringere, man mano, le maglie del filtro, riconoscendo all'udienza preliminare una capacità sempre maggiore di sbarrare la strada ad azioni penali infondate, aumentando i poteri probatori del giudice (artt. 421 bis e 422 c.p.p.) e rivisitando la regola di giudizio (art. 425 c.p.p.). La lenta trasformazione ha però inciso poco sul piano dell'efficienza. Ha contribuito a mutare la funzione dell'udienza, rafforzando la sua capacità deflattiva e, per certi versi, deformando la sua natura procedurale, senza, però, incidere sulla naturale vocazione selettiva che un tale meccanismo, per giustificarsi, deve avere[38].

La mutazione della regola di giudizio (art. 425 c.p.p.) ha, peraltro, determinato una stretta indiscutibile alle maglie del filtro che non deve preoccupare. Concordo con chi ritiene che la diversità di regole probatorie tra udienza preliminare e dibattimento consente di affermare con

[38] Per una diversa impostazione (secondo la quale la riforma del 1999 avrebbe rinvigorito fortemente la vocazione selettiva dell'udienza preliminare) cfr. F. CASSIBBA, *Udienza preliminare, cit.*, 3 e R.E. KOSTORIS, *Udienza preliminare e giudizio abbreviato, snodi problematici della riforma*, in *Nuovi scenari del processo penale alla luce del giudice unico*, a cura di S. Nosengo, Milano, 2002, 39.

tranquillità che l'innalzamento della soglia probatoria necessaria per disporre il rinvio a giudizio non influisce né condiziona l'esito del dibattimento[39]: il pericolo è, semmai, nascosto nella (solo parzialmente diffusa) patologia di motivare il decreto che dispone il giudizio e nella tentazione di ritenere l'udienza di controllo come una piena valutazione di merito. Non bisogna snaturare la valutazione conclusiva dell'udienza preliminare, che resta meramente procedurale, distinta nettamente dalla tipica valutazione di merito resa all'esito del dibattimento (regola del ragionevole dubbio)[40].

Il rischio di una degenerazione esiste: la stessa Corte costituzionale ha assunto orientamenti ondivaghi e cambi di indirizzo repentini[41] già a ridosso del varo della legge Carotti, amplificatosi successivamente (per una chiara natura processuale Corte cost. 39 del 2002 ; per una natura più connessa al merito Corte cost. 335 del 2002 fino all'opzione più estrema in Corte cost. n. 90 del 2004). Ugualmente parte della giurisprudenza ritiene che l'evoluzione legislativa abbia legittimato una sorta di progressiva equiparazione con il dibattimento.

Ma, al di là delle indiscutibili problematiche connesse al significato della nuova regola di giudizio di cui all'art. 425 c.p.p., resta la necessità di non deformare la natura procedurale dell'udienza preliminare che non potrà mai contenere una valutazione sulla responsabilità penale dell'imputato simile a quella tipica del dibattimento: si trasformerebbe in una sorta di giudizio di primo grado anticipato, senza contraddittorio per la prova e con regole probatorie eccentriche rispetto a quelle tipiche; ci troveremo di fronte ad una grave distorsione che, peraltro, finirebbe per proiettare le sue metastasi sul giudizio di appello-controllo di merito (che diventerebbe, a quel punto, un lusso, amplificando le critiche dei suoi ricorrenti detrattori).

L'ottica deflattiva dell'udienza preliminare punta sempre a sbarrare la strada a ciò che palesemente non dovrebbe giungere al dibattimento, mentre si affida ai riti speciali per ridurre il carico di vicende da sottoporre al giudizio penale dibattimentale. Riti speciali che risentono ovviamente della regola di giudizio dell'udienza preliminare: più è stringente, meno ci si affiderà ad essi e soprattutto al giudizio abbreviato, confidando di poter lucrare una sentenza di non luogo a procedere. Riti de-

[39] F. Cassibba, *Udienza preliminare, cit.*, 7.

[40] G. Riccio, *Ma cos'è l'udienza preliminare? Guai a trasformarla da filtro in giudizio, cit.*, 8.

[41] G. Spangher, *Le ricostruzioni – molto diverse – della Corte costituzionale sul ruolo dell'udienza preliminare*, in "Giur. Cost.", 2001, 1964.

flattivi – giudizio abbreviato soprattutto – il cui aumento non dipende tanto dalla completezza delle indagini, ma, piuttosto, dall'aumento della spendibilità dibattimentale delle acquisizioni investigative (aumentando la quale aumenta il ricorso al rito abbreviato) e dalla riduzione del rischio di prescrizione.

La prima, non mi sembra una prospettiva allettante, né ad essa mi affiderei per evitare il rischio di destrutturare ancor di più il nostro processo, erodendo ulteriori spazi al contraddittorio. Il secondo profilo è, invece, un ambito nel quale bisogna necessariamente intervenire.

In ogni caso, anche nell'ottica deflattiva, il contributo dell'udienza è minimo[42] e l'interrogativo sulla utilità di un modulo procedurale così complesso diventa pressante, anche perché non possiamo continuare a celebrare il dibattimento dopo anni dal fatto (spesi anche a rincorrere garanzie non essenziali), rendendolo mera scena, spettacolo indecoroso (dove i testi non ricordano nulla), lento scorrere verso la prescrizione o la condanna inattuale se non addirittura ingiusta anche se la responsabilità penale viene accertata.

Bisogna, allora, necessariamente riflettere su una funzione selettiva[43] da affidare all'udienza preliminare. Quest'ultima prospettiva mi sembra degna di forte attenzione e priva di pericoli.

Selezionare le vicende degne di approdare al dibattimento significa rimanere in un ambito procedurale, utilizzando, però, in modo legale (e giurisdizionale : affidato al giudice ed alla dialettica delle parti) criteri di opportunità. Tale concetto ha, però, una intrinseca delicatezza, ed è forse più ampio rispetto all'irrilevanza, alla tenue offensività ecc. anche se li comprende tutti.

L'opportunità di procedere è sempre stato un ambito di selezione problematico, in competizione con l'obbligo di esercitare l'azione pena-

[42] Conclusione non sempre condivisa. Ma chi esercita la professione forense conosce bene la profonda delusione che ciclicamente opprime il difensore, il quale, dopo aver speso argomenti e aver anticipato parte della propria strategia, si deve confrontare col decreto che dispone il giudizio in vicende che poi si concluderanno (ed era chiaro già in quella fase) con l'assoluzione (se non giunge prima la prescrizione). E', peraltro, ricorrente il giudizio forense sull'inutilità dell'udienza preliminare.

[43] Riconoscendo al termine un significato nettamente diverso dalla deflazione con la quale ci si riferisce alla mera differenziazione, molto approssimativa, delle regiudicande degne di giungere al dibattimento e quelle (accuse azzardate o infondate in modo proceduralmente chiaro) che devono essere fermate. La funzione selettiva, invece, deve avere la pretesa di selezionare quelle vicende che non devono approdare al dibattimento perché inoffensive, poco lesive o anche perché è inopportuno (risarcimento, tenuità, sanzione amministrativa ecc. ecc.) l'accertamento dibattimentale.

le e quindi incidente sui doveri del pubblico ministero.

Si dovrebbe spostare l'asse sulla giurisdizione, predefinendo i criteri di selezione e elaborando nuove categorie capaci di bloccare il processo (perché inopportuno): inoffensività o tenue lesività, risarcimento del danno o comunque elisione del danno; assunzione di un concreto impegno sociale o semplice valutazione del tempo trascorso, solo per citarne alcuni.

Penso, poi, ancora come esempio, alla possibilità di consentire al giudice, sulla non opposizione delle parti, nei casi oggettivamente non gravi anche socialmente (senza alcun giudizio sulla responsabilità), di applicare subito una sanzione amministrativa immediatamente esecutiva o addirittura all'invenzione di altri criteri di opportunità normativamente definita e controllabile.

Insomma, si impone una rivisitazione complessiva dell'udienza preliminare secondo un'ottica che riconosca la plurifunzionalità della stessa, la molteplici vocazioni che la caratterizzano, ma soprattutto quella selettività orientata ad una autentica (cioè reale e significativa) "selezione" delle regiudicande degne di approdare al dibattimento.

Sotto questo profilo, in verità, i tentativi di rivisitazione complessiva del codice di procedura penale posti in essere nelle precedenti legislature sono di estremo interesse e offrono spunti di riflessione:

1. utile appare innanzitutto il progetto Dalia (che scandisce un doppio momento di controllo predente al dibattimento: l'udienza di comparizione e l'udienza preliminare al dibattimento); vi è, poi, un significativo tentativo di operare una selezione delle regiudicande : art. 467 comma 4 c.p.p. per l'udienza di comparizione e art. 515 comma 2 per il proscioglimento anticipato prima dell'udienza preliminare all'istruzione dibattimentale: anche se queste formule di proscioglimento mi sembra che non vengano reiterate nell'ambito della regola di giudizio conclusiva del dibattimento (art. 577 c.p.p.) ; l'ottica è quella dell'utilità del dibattimento[44];

2. sotto il profilo strutturale, invece, l'idea della bozza di legge delega Riccio è quella dell'udienza di conclusione delle indagini preliminari, posta a valle della fase investigativa, irrobustita ulteriormente nella parte selettiva dal riferimento alla tenuità del fatto; trattasi di udienza con una pluralità di funzioni, ove assume una particolare importanza il rinvigorimento dei poteri del giudice dell'udienza di conclusione

[44] E. Marzaduri, *Funzioni ed epiloghi dell'udienza di comparizione e dell'udienza preliminare all'istruzione dibattimentale*, in *Verso un nuovo processo penale*, a cura di A. Pennisi, Milano, 2008, 49 ss.

delle indagini[45] e l'istituto della condanna su richiesta.

Non mi sembra, invece, utile continuare ad insistere su una udienza preliminare ultra pesante rispetto alla sua vocazione garantista ed alle esigenze reali del controllo sull'azione, poco utile sul piano dell'efficienza, aperta a prassi patologiche molto pericolose (nella valutazione della regola di giudizio/ nella motivazione del rinvio a giudizio / nelle dinamiche di controllo dell'imputazione/ nell'attivazione dei poteri probatori del giudice) che divora un tempo enorme, partecipando in modo sensibile alla irragionevole durata del processo.

Il tempo è tiranno e mi impone di avviarmi rapidamente alla conclusione con l'auspicio di una ristrutturazione complessiva del sistema processuale, forgiando gli istituti in modo che un processo giusto sia finalmente "anche" un processo con tempi ragionevoli.

Bisogna, però, evitare che la corsa all'accelerazione dei tempi influisca sulle garanzie effettivamente importanti: sarebbe una deriva inaccettabile. Sotto questo profilo, infatti, sono ricorrenti le tentazioni di ridimensionare le garanzie effettive (su tutte il contraddittorio) per guadagnare tempo (ritenendo la ragionevole durata un criterio interpretabile anche contro l'imputato) e puntare all'efficienza.

In questa ottica, vorrei concludere con una riflessione franca, apparentemente contraddittoria e forse provocatoria: se un processo giusto deve essere ragionevolmente celere, un processo ingiusto (azzardato, superficiale, troppo sbilanciato sul sospetto: come certe volte è il nostro rito penale) è bene che duri molto. Il tempo, in questo caso, è galantuomo e svolge una funzione di barriera d'urto contro l'abuso dello strumento penale (a mio giudizio è abuso anche l'uso discriminatorio o non fondato sulla effettiva uguaglianza).

[45] Pr una messa a punto della prospettiva di riforma cfr. V. MAFFEO, *L'udienza preliminare, cit.*, 205 ss.

Corinna De Caro

Revocazione della confisca *ex* art. 28 Codice delle leggi antimafia: regime intertemporale ed applicabilità alle confische disposte prima dell'entrata in vigore del testo unico

SOMMARIO: 1. Storia e linee di trasformazione. - 2. La revoca della confisca. - 3. La revocazione della confisca. - 4. Critiche e proposte di cambiamento

1. *Storia e linee di trasformazione*

Il nostro ordinamento giuridico, a partire dal secondo dopoguerra, ha visto il susseguirsi di una serie di provvedimenti legislativi volti a contrastare il fenomeno della criminalità organizzata.

L'analisi, quindi, non può che partire dalla legge 31 maggio 1965, n. 575, recante *Disposizioni contro la mafia*, la quale, in ragione della pericolosità sociale dei soggetti indiziati di appartenere ad associazioni mafiose, estende l'applicabilità delle misure di prevenzione personali, previste nella legge n. 1423 del 1956.

In particolare, il legislatore del 1965 ha previsto che per i soggetti indiziati di appartenere ad associazioni mafiose possano essere applicate le misure della sorveglianza speciale e del soggiorno obbligato.

Durante l'attività di contrasto alle organizzazioni mafiose emersero, però, importanti limiti della legislazione antimafia allora vigente.

La svolta legislativa è rappresentata dalla legge 13 settembre 1982, n. 646, recante *Disposizioni in materia di misure di prevenzione di carattere patrimoniale*, nota anche come "legge Rognoni - La Torre", finalizzata a ripristinare la supremazia delle istituzioni statali che era stata intaccata a seguito di alcuni omicidi "eccellenti".

In seguito all'emanazione di tale legge, viene introdotto nel codice penale l'art. 416 *bis*, che, per la prima volta nell'esperienza giuridica nazionale, sanzionava l'associazione di tipo mafioso cui riconosceva autonoma rilevanza penale, individuandone sia i metodi operativi, rappresentati dalla forza d'intimidazione del vincolo associativo e dalla condizione di assoggettamento e omertà che ne deriva, sia i fini specifici, cioè la commissione di delitti, la gestione o il controllo, in modo diretto o indiretto, di attività economiche, concessioni, autorizzazioni, appalti e servizi pubblici, la realizzazione di profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri.

L'altra grande novità prevista dalla legge è l'introduzione, accanto alle misure di prevenzione personali, di quelle a carattere patrimoniale[1]. Si prevede infatti il sequestro e la confisca dei beni dei quali non sia stata dimostrata la legittima provenienza, rinvenuti nella disponibilità diretta o indiretta dell'indiziato di appartenere ad una associazione di tipo mafioso. Scopo di tali misure di prevenzione è l'impoverimento delle organizzazioni criminali e delle persone che sono comunque implicate in fatti delinquenziali.

Nel 1992, con il D.L. n. 306 (convertito con la legge 356/1992), recante *Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa*, il legislatore introduce, all'art. 12 *sexies*, una nuova tipologia di confisca che affianca quella penale e quella di prevenzione[2].

Ulteriori tappe di questo *iter* legislativo sono l'approvazione dei cosiddetti pacchetti sicurezza del 2008 e del 2009. Il D.L. 92/2008 (convertito con la legge n. 125/2008), recante *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, prevede l'applicabilità delle misure di prevenzione patrimoniale anche ai soggetti *ex* art. 51 comma 3 *bis* c.p.p., ed abroga l'art. 14 della legge 55/90.

La linea di politica criminale seguita si può riassumere nello slogan "*per combattere le mafie bisogna combattere il patrimonio dei mafiosi*"; uno slogan declinato dal legislatore dei pacchetti sicurezza, profondamente incidente sull'equilibrio – faticoso - raggiunto in materia dalla giurisprudenza.

L'intervento effettuato con la legge 15 luglio 2009 n. 94, recante *Disposizioni in materia di sicurezza pubblica*, ha tentato di migliorare il funzionamento delle misure preventive patrimoniali, ed ha provato a risolvere alcune asimmetrie derivanti dalla legge n. 125 del 2008. In particolare, si è cercato di superare alcuni dubbi interpretativi che gli operatori avevano lamentato circa la possibilità di applicare le misure patrimoniali disgiuntamente da quelle personali. Inoltre, si è cercato di risolvere il groviglio di inefficienze e ritardi che affliggono la gestione e l'assegnazione dei patrimoni confiscati alle organizzazioni mafiose, provando ad innescare una procedura più celere e snella.

Da ultimo, è stato introdotto il c.d. Codice delle leggi antimafia, che

[1] Sull'argomento, vd. A. Balsamo V. Controfattp G. Nicastro, *Le misure patrimoniali contro la criminalità organizzata*, Torino, 2010, p. 282 ss.

[2] L. Filippi, *Il procedimento di prevenzione patrimoniale. Le misure «antimafia» tra sicurezza pubblica e garanzie individuali*, Padova, 2002; A. Mangione, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, Padova, 2001; A.M. Maugeri, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001.

aggiorna la normativa in materia, con l'obiettivo immediato di ottenere un punto di riferimento normativo completo e di semplificare l'attività dell'interprete, migliorando l'efficienza delle procedure di gestione, di destinazione ed assegnazione dei beni confiscati. Il testo raccoglie tutta la normativa vigente in tema di misure di prevenzione, aggiornata secondo le prescrizioni della legge delega, in particolare con l'introduzione della facoltà di richiedere che il procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione sia celebrato in udienza pubblica; la previsione di un limite di durata anche per il procedimento di secondo grado, con la perdita di efficacia del sequestro ove non venga disposta la confisca nel termine di un anno e sei mesi dalla immissione in possesso da parte dell'amministratore giudiziario, nonché, in caso di impugnazione della decisione, entro un anno e sei mesi dal deposito del ricorso.

E', altresì, prevista l'introduzione della revocazione della confisca definitiva di prevenzione, volta a consentire agli enti assegnatari dei beni confiscati di gestirli senza timore di doverli restituire. A seguito del definitivo decreto di confisca, la revoca sarà possibile solo in casi eccezionali (difetto originario dei presupposti, falsità delle prove). In tal caso, salvo che per i beni di particolare pregio storico-artistico, verrà restituita solo una somma di denaro equivalente al valore del bene.

2. ***La revoca della confisca***

La mancanza di coordinamento tra la legge 27 dicembre 1956, n. 1423, che regola le misure di prevenzione personali, e la successiva introduzione nell'ordinamento, con la l. 31 maggio 1965, n. 575, delle misure di prevenzione patrimoniali aveva dato luogo ad una numerosa produzione normativa, che ha più volte modificato ed innovato le leggi originarie e che si è formata in modo confuso "per accumulazione successiva e sulla spinta di esigenze contingenti"[3].

La l. n. 1423 del 1956 prevede all'art. 7, comma 2, la revoca o la modifica, da parte dell'organo dal quale fu emanato e su istanza dell'interessato, del provvedimento con il quale è stato applicata una misura di prevenzione personale "quando sia cessata o mutata la causa che lo ha determinato".

[3] A. Maruccia, *Relazione annuale 2008 sulle attività del Commissario straordinario del Governo*, Roma, 2008, pp. 157 ss e P.V. Molinari, *La riparazione dell'errore giudiziario in tema di confisca antimafia: un annoso contrasto giurisprudenziale finalmente risolto*, in *"Cass. pen."*, 2007, n. 4, pp. 1435 ss.

In base ad una interpretazione strettamente letterale, è stato ritenuto che anche la revoca, in base alla citata disposizione, possa essere disposta soltanto nel caso in cui venga meno, successivamente all'emanazione del provvedimento, la causa che lo ha determinato, sicché nell'ipotesi che si accerti l'inesistenza originaria di tale causa, debba farsi ricorso, in via analogica, al diverso istituto della revisione, trattandosi di una ingiustizia originaria[4].

Altro orientamento ha ritenuto inammissibile la revisione, anche con riferimento alla tassatività delle impugnazioni, ed applicabile il particolare rimedio della revoca previsto dall'art. 7, comma 2, l. n. 1423 del 1956[5].

Il contrasto è stato risolto dalle Sezioni unite con la sentenza Pisco[6], la quale ha ritenuto che, nella specie, l'istituto della revisione non è applicabile in quanto l'interesse al riconoscimento dell'inesistenza originaria delle condizioni che legittimano l'adozione della misura di prevenzione è tutelato dalla revoca in discorso, la quale comprende anche tale ipotesi con conseguente effetto *ex tunc*. La soluzione della questione ha originato un contrasto giurisprudenziale nel quale si sono manifestati tre orientamenti.

Un primo orientamento ammetteva l'applicazione ai provvedimenti di confisca antimafia della revoca di cui all'art. 7, comma 2, l. n. 1423 del 1956. In particolare tale orientamento riteneva ammissibile *tout court* il ricorso proposto per conseguire la sola caducazione del decreto di confisca ogniqualvolta la parte istante avesse dedotto l'insussistenza *ab origine* dei presupposti per l'ablazione patrimoniale[7].

Un altro ammetteva tale revoca anche per la confisca, ma esclusivamente nel caso in cui mancassero fin dall'origine le condizioni per l'applicazione della misura di prevenzione personale, mentre nel caso in cui restava ferma la pericolosità dell'indiziato di mafia, definitivamente accertata, poteva essere esperito soltanto l'incidente di esecuzione *ex* art. 676 c.p.p. esclusivamente dal terzo che non avesse partecipato al giudizio di prevenzione[8].

[4] Cfr., *ex plurimis*, Cass., sez. I, 18.07.1994, Cavallaro, in *"Cass. pen."*, 1996, p. 928.

[5] Cfr., Cass., sez. I, 10.06.1997, Greco, in *"Cass. pen."*, 1998, p. 2123.

[6] Cfr., Cass., sez. un., 10.12.1997, Pisco, in *"Cass. pen."*, 1998, p. 1932, con nota di Molinari, *La revisione ed i provvedimenti in tema di misure di prevenzione.*

[7] Cass., sez. II, 6.12.2005, Bocellari, in *"Giur. it."*, 2006, c. 2379, con nota critica di Furfaro, *Due questioni in tema di misure di prevenzione patrimoniali: la pubblicità dell'udienza e i rimedi contro la confisca definitiv*a; Cass., sez. VI, 18.10.2005 (dep. 7.12.2005), n. 44985; Cass., sez. I, 20.04.2005, in *"Cass. pen."*, 2006, p. 1405; Cass., sez. V, 22 gennaio 2003, in *"Cass. pen."*, 2004, p. 3771, con nota di Molinari, *Confisca antimafia definitiva: quale rimedio qualora il bene risulti, in base a nuove prove, lecitamente acquistato?*

[8] Cass., sez. VI, 18.09.2002, in *"Dir. pen. e proc."*, 2003, p. 1107, con nota di Cortesi, *Misure di prevenzione patrimoniali antimafia: tutela processuale e potere d'intervento dei terzi.*

Infine, un terzo orientamento riteneva irrevocabile la confisca antimafia definitiva ed escludeva sia la revisione, sia la revoca e sia l'incidente di esecuzione.

Questo perché letteralmente, l'art. 2 *ter*, comma 4, della legge 575/1965 regola la sola ipotesi della revoca del sequestro non operando alcuna menzione della confisca e, l'articolo 3 *ter* della legge n. 575 del 1965, che attiene sempre alle misure di prevenzione patrimoniale, pur richiamando altre disposizioni della legge n. 1423 del 1956 in tema di impugnazioni, non richiama il suddetto art. 7, con la conseguenza che la revoca delle misure di prevenzione patrimoniali non è consentita dalla legge. Inoltre l'estensione analogica della norma non è consentita data la diversità dei beni implicati dalle misure personali e da quelle patrimoniali, per cui difetta l'e*adem ratio* che giustificherebbe il ricorso all'analogia. Sul piano sistematico (e del principio di ragionevolezza), poi, l'intangibilità della confisca non può esser considerata irragionevole, in considerazione del fatto che, nel momento del passaggio in giudicato della sentenza che la dispone, alla confisca consegue un istantaneo trasferimento a titolo originario in favore del patrimonio dello Stato del bene che ne costituisce l'oggetto e che, conseguentemente, è impossibile riconoscere un diritto patrimoniale che non esiste più, in quanto la cosa confiscata ormai appartiene ad altri[9]. Anche in dottrina si sono manifestate opinioni contrastanti.

Alcuni[10] hanno sostenuto che soltanto la revisione è lo strumento idoneo ai fini della riconsiderazione, in seguito alla sopravvenienza del *novum*, delle condizioni che legittimano la confisca.

In estrema sintesi, si riteneva che apparisse arbitrario estendere l'istituto della revoca delle misure personali, che incidono temporaneamente sulla libertà di movimento, alla situazione del tutto diversa della confisca disposta con un provvedimento che, qualora non più impugnabile, diventa assolutamente e definitivamente ablatorio, sicché "l'eventuale esistenza di nuove prove ovvero di prove in precedenza non considerate concernenti l'acquisizione legittima del bene stesso non determinerebbero né *cessazione* né *mutamento* delle ragioni della confisca ma *ingiustizia originaria* della stessa"; che resta il problema della rimozione di siffatta ingiustizia, rimozione imposta dall'art. 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo; che il rimedio che assicura le maggiori garan-

[9] Cass., sez. I, 27.06.2006 (dep. 4.10.2006), n. 33056; sez. VI, 3.10.2005 (dep. 19.01.2006), n. 465.

[10] Vd., per tutti, S. Furfaro, Voce *Misure di prevenzione patrimoniali*, in *"Enc. giur."*, 2004, p. 876, p. 914-916.

zie di indipendenza del giudice è la revisione, la cui istanza va rivolta ad un organo diverso da quello che ha emesso la decisione divenuta inoppugnabile[11].

L'altra tesi, che riteneva applicabile la revoca *ex* art. 7, comma 2, l. n. 1423 del 1956, è stata sostenuta da altra parte di dottrina che affermava come *a)* fosse privo di fondamento l'assunto che la revoca *ex* art. 7, comma 2, l. n. 1423 del 1956 poteva essere disposta soltanto nel caso in cui non sia cessata la misura di prevenzione, assunto superato dalla citata sentenza Pisco delle Sezioni unite; *b)* come pure fosse «infondato il trasferimento alla confisca misura di prevenzione del principio, affermato da Sez. un., 28 maggio 1998, sul carattere di irreversibilità della confisca misura di sicurezza, perché il giudicato in tema di misure di prevenzione è sottoposto alla condizione *rebus sic stantibus* e la revoca concerne il provvedimento che dispone la confisca, sicché anche l'eventuale impossibilità di restituire il bene confiscato non fa venire meno l'interesse alla revoca del provvedimento sia per ottenere poi, nella sede competente, la restituzione di una somma equivalente al valore del bene e sia per superare gli altri effetti negativi connessi alla applicazione della misura; *c)* la pretesa esaustività del richiamo operato dall'art. 3 *ter* l. n. 575 del 1965 ai commi 8 e 10 (ora 9 ed 11) dell'art. 4 l. n. 1423 del 1956, al fine di escludere ogni possibile richiamo alla revoca, è frutto di una forzatura interpretativa sia perché il richiamo resta soltanto nei limiti delle impugnazioni, e la revoca non è tale, sia perché non resta coperto esaurientemente neanche il regime delle impugnazioni, tanto che rimangono scoperte diverse modalità per la proposizione e la decisione delle impugnazioni, quali l'organo che deve fissare l'udienza e disporre che ne sia dato avviso alle parti ed il termine minimo dilatorio (dieci giorni) tra la notifica dell'avviso e l'udienza, ricavabili dal comma 3 dell'art. 666 c.p.p.»[12].

La Suprema Corte, a Sezioni unite, con sentenza n. 57 dell'8.1.2007[13], chiamata a risolvere il perdurante contrasto in merito alla questione se la misura della confisca di cui all'art. 2 *ter*, terzo comma, della legge 31 maggio 1965, n. 575, fosse revocabile alla stregua del procedimento previsto dall'art. 7, secondo comma, della legge 27.12.1956 n. 1423 (ed al pari

[11] A. Cairo, *Art. 7, L. 27 dicembre 1956, n. 1423*, in Aa.Vv., *Codice delle confische e dei sequestri. Illeciti penali e amministrativi*, a cura di R. Tartaglia, Roma, 2012, p. 1210.

[12] Così, P.V. Molinari, *La riparazione dell'errore giudiziario in tema di confisca antimafia: un annoso contrasto giurisprudenziale finalmente risolto*, in *"Cass. pen."*, 2007, n. 4, p. 1435.

[13] In *"Guida dir."*, 2007, n.7, p. 71.

[14] L. Filippi, *Il procedimento di prevenzione patrimoniale*, cit., p. 589.

delle misure personali di prevenzione), ne ha definitivamente sancito l'applicabilità, connotando l'istituto, al pari del rimedio della revisione, con finalità riparatoria rispetto ad un errore giudiziario.

Con la citata sentenza, la Cassazione ha chiarito che l'istituto della revoca di cui all'art. 7, secondo comma, della legge n. 1423/56, si rivela strutturalmente incompatibile con la confisca, quale revoca *ex nunc* (essendo la revoca *ex nunc* ipotizzabile soltanto per le misure di prevenzione di cui è costante l'esecuzione al momento in cui viene avanzata la relativa richiesta), e, viceversa, pienamente compatibile con la predetta misura, quale rimedio da adottarsi in termini di revisione e, quindi, con effetti *ex tunc,* in contemplazione di una invalidità genetica del provvedimento.

"*La misura di prevenzione della confisca è soggetta soltanto alla revoca ex tunc su iniziativa di quanti abbiano partecipato al procedimento di prevenzione o siano stati messi in condizione di prendervi parte, per il caso in cui si accerti sulla base di elementi nuovi e sopravvenuti, l'invalidità genetica del provvedimento per difetto di uno o più presupposti di legge, dati dalla pericolosità del soggetto sottoposto a procedimento di prevenzione, dalla disponibilità diretta o indiretta del bene da parte di questi, dalla sproporzione del valore del bene rispetto al reddito dichiarato o all'attività economica svolta, dall'essere il bene frutto di attività illecite o del reimpiego di profitti illeciti*". … *In ordine ai limiti soggettivi di proponibilità la revoca non può essere richiesta da chi, pur dovendo intervenire perché formalmente titolare dei beni sequestrati, non sia stato chiamato a partecipare al procedimento e, comunque, non vi abbia partecipato. In tal caso, l'esistenza delle condizioni per la dichiarazione dell'inefficacia del provvedimento può e deve farsi valere mediante il ricorso a incidente di esecuzione*".

La Suprema Corte ha, quindi, sancito limiti soggettivi ed oggettivi molto precisi per tale revoca in funzione di revisione, finalizzata a "porre rimedio ad un errore giudiziario" ai sensi dell'art. 24 Cost., esperibile solo da chi abbia partecipato al procedimento di prevenzione o sia stato messo in grado di parteciparvi, purché vengano prospettate prove nuove sopravvenute alla conclusione del procedimento, sono tali anche quelle non valutate neanche implicitamente (o, sulla falsa riga della revisione, di inconciliabilità di provvedimenti giudiziari o di procedimento di prevenzione fondato su atti falsi o su un altro reato) che dimostrino l'insussistenza dei presupposti del provvedimento reale (pericolosità del soggetto sottoposto a procedimento di prevenzione, disponibilità diretta o indiretta del bene, sproporzione con il reddito dichiarato, reimpiego di attività illecite).

Tali principi vengono stabiliti, *in primis*, sulla base del fatto che il decreto che irroga la misura esercita una preclusione *rebus sic stantibus* la quale, proprio perché allo stato degli atti, non impedisce una rivaluta-

zione dei presupposti sulla base di nuove acquisizioni probatorie[14] . Secondariamente, non può esservi dubbio circa la necessità di assicurare rimedi straordinari nel caso in cui abbiano ad acquisirsi elementi che attestino l'esaurimento o il mutamento del quadro indiziario dedotto a base del provvedimento di prevenzione ("*quando sia cessata o mutata la causa che lo ha determinato*"). Soprattutto ove si consideri il valore polisemantico della locuzione "*sia cessata la causa che lo ha determinato*", riferibile sia ai fatti sopravvenuti quanto a una nuova e più attenta "valutazione retrospettiva" della situazione iniziale sulla base dei *noviter producta*[15].

La Corte di legittimità, dunque, nel naturale bilanciamento tra le esigenze di certezza giuridica derivante dalla pretesa irreversibilità della ablazione e la funzione di revisione del provvedimento sanzionatorio viziato fin dall'inizio, ha salvaguardato il preminente principio dell'obbligo riparatore prefigurato dall'art. 24 della Costituzione e circoscritto l'efficacia delle norme previste in materia di rivedibilità di giudicato *ex* artt. 630 e s.s. del codice di procedura penale al campo delle prove, condizionando la possibilità di promuovere l'istanza di revoca della confisca ai casi di: a) prove nuove sopravvenute (e tali sono anche quelle non valutate nemmeno implicitamente); b) inconciliabilità di provvedimenti giudiziari; c) di procedimento di prevenzione fondato su atti falsi o su un altro reato.

Nella decisione si precisa che con la revoca in questione è precluso all'istante di rimettere in discussione atti o elementi già considerati nel procedimento di prevenzione o in esso deducibili. Le Sezioni unite hanno chiarito che la richiesta di rimozione del provvedimento deve muoversi nello stesso ambito di rivedibilità del giudicato, *ex* art. 630 c.p.p., con postulazione di prove nuove sopravvenute alla conclusione del procedimento e che tali sarebbero anche quelle non valutate nemmeno implicitamente.

La Corte ha affermato, inoltre, che il rimedio esperibile verso il provvedimento definitivo di confisca deliberato ai sensi dell'art. 2 *ter* l. 31 maggio 1965, n. 575, è la revoca a norma dell'art. 7, comma 2, l. 27 dicembre 1956, n. 1423, "*allorché sia affetto da invalidità genetica e debba, conseguentemente, essere rimosso per rendere effettivo il diritto, costituzionalmente garantito, alla riparazione dell'errore giudiziario, non ostando al relativo riconoscimento l'irreversibilità dell'ablazione determinatasi, che non esclude la restituzione del bene confiscato all'avente diritto o forme comunque riparatorie della*

[15] A. Cisterna, *Una retrocessione di beni incamerati che aveva suscitato molte polemiche*, in *"Guida dir."*, n. 7, 2007, pp. 76 ss.

perdita patrimoniale da lui subita".

Per quanto, poi, riguarda i soggetti legittimati ad richiedere la revoca del provvedimento ablatorio, le Sezioni unite hanno affermato la limitazione a proporre la relativa istanza unicamente ai soggetti partecipanti al giudizio di prevenzione o che siano stati messi in condizioni di parteciparvi[16], mentre, per coloro che sono rimasti estranei al giudizio resta esperibile l'incidente di esecuzione.

Tale orientamento ha sollevato qualche dubbio nella dottrina. Si è obiettato che il terzo, rimasto senza colpa estraneo al procedimento nel corso del quale è stata disposta la confisca, si trova così ad usufruire di un solo grado di cognizione di merito, anziché dei due ordinariamente accordati a chi, per maggior diligenza altrui o per solerzia propria, sia stato parte del giudizio principale a carico del soggetto sottoposto a procedimento di prevenzione[17]. L'art. 666 c.p.p., infatti, ammette quale rimedio avverso l'ordinanza che decide dell'incidente d'esecuzione il solo ricorso per Cassazione.

In conclusione, come rilevato anche dalla passata Commissione parlamentare antimafia[18], occorre un intervento del legislatore volto a garantire che "*l'eventuale revoca della confisca definitiva non dia luogo alla restituzione del bene, bensì solo al riconoscimento del risarcimento a favore dell'avente diritto*". Questo per evitare il rischio che sui beni confiscati si inneschi un meccanismo di impossibilità di programmare investimenti pubblici o comunitari e la conseguente dilatazione sui tempi di destinazione dei beni, in quanto l'Agenzia del demanio, non sarà in grado di emettere il provvedimento di destinazione, in attesa della decisione sull'istanza di revoca.

Nella giurisprudenza di merito si è affermata la necessità di dover delimitare i termini della proponibilità dell'istanza di revoca, chiarendo che giammai potrebbe intendersi come "elemento nuovo sopravvenuto",

[16] P.V. Molinari, *La riparazione dell'errore giudiziario in tema di confisca antimafia: un annoso contrasto giurisprudenziale finalmente risolto,* cit. Secondo l'autore, "anche dopo la pronuncia delle Sezioni Unite (09/1999) il terzo che chieda la revoca della confisca definitiva, deducendo nuove prove non entrate nel procedimento di prevenzione, sembrerebbe soggetto ai limiti previsti dall'art. 395 c.p.c. ed all'onere della prova in ordine ad una delle cause indicate ed alla dimostrazione che la mancata allegazione non sia dipesa da colpa; tale soluzione, oltre che essere aderente ai principi della Cassazione, consentirebbe di raggiungere un punto di equilibrio tra la esigenza di certezza giuridica dei rapporti patrimoniali e la legittima richiesta del terzo incolpevole di presentare tutte le prove a suo favore".

[17] P.V. Molinari, *Tutela del terzo creditore di un diritto reale di garanzia nel procedimento di prevenzione con riferimento al sequestro ed alla confisca antimafia*, in *"Cass. pen."*, 2000, p. 2771.

[18] Nella *Relazione sullo stato di attuazione della normativa e delle prassi applicative in materia di sequestro, confisca e destinazione dei beni della criminalità organizzata*, Roma, p. 24.

un dato materiale che la parte o il terzo già conosceva o avrebbe potuto conoscere con l'impiego della normale diligenza. Da ciò deriva che prove nuove sarebbero non quelle non valutate nemmeno implicitamente nel giudizio originario, ma quelle che non siano state valutate, perché oggettivamente non allegabili al giudizio (Trib. Santa Maria Capua Vetere, decreto emesso nel proc. n. 56/97).

Il tema assume rilevanza anche in considerazione della circostanza che la decisione di confisca nel procedimento ex art. 2 *ter* l. n. 575/65, ha effetto preclusivo su un eventuale procedimento avente ad oggetto gli stessi beni e in danno della stessa persona[19].

La Corte di Cassazione ha recentemente evidenziato che in tema di revoca della confisca di prevenzione ci si muove nello stesso ambito della revisione del giudicato penale e non costituisce prova nuova una diversa valutazione tecnico scientifica dei dati già valutati che si tradurrebbe in un apprezzamento critico di emergenze oggettive già conosciute e delibate nel procedimento[20].

La competenza a decidere sull'istanza di revoca della misura di prevenzione patrimoniale della confisca, disposta con provvedimento divenuto definitivo, spetta al giudice di primo grado che ha emesso il decreto applicativo della misura, ancorché tale ultimo provvedimento sia stato ampliato, con l'inserimento di beni ulteriori, dal giudice di appello[21].

Taluno ha dubitato della costituzionalità della previsione.

La Corte di Cassazione, investita in via d'eccezione del tema, lo ha ritenuto infondato "*è manifestamente infondata, con riferimento agli art. 3 e 111 cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 7 legge n. 1423 del 1956 nella parte in cui attribuisce la competenza per la revoca della misura di prevenzione patrimoniale della confisca allo stesso organo giudicante che la ha applicata, anziché alla corte di appello individuata ai sensi degli art. 11 e 633 c.p.p.*" [22].

La giurisprudenza di legittimità, infine, è pacifica riguardo i rimedi di impugnazione. Avverso il provvedimento del tribunale che decide, ai sensi dell'art. 7 l. 27 dicembre 1956 n. 1423, in ordine all'istanza di re-

[19] Cfr., Cass., sez. V, sent. 28.04.10, n. 22626.

[20] Cfr., Cass., sez. II, sent. 14.05.2009, n. 25577.

[21] Cfr., Cass., sez. I, sent. 10.01.2011, n. 3140, in "*CED Cass. pen.*", 2011; vd. anche, Cass., sent. n. 18742 del 2010; Cass., sent. n. 9858 del 2009; Cass., sent. n. 21374 del 2008. In senso conforme: Cass., sez. I, 20 aprile 2005, sent. n. 17084.

[22] Cass., sez. I, sent. 29.04.2011, n. 20159, in *CED Cass. pen*. 2011; Cass., sez. un., sent. n. 57 del 2007 ed in senso conforme, anche Cass., sez. I, sent. 20.04.2005, n. 17084; in dottrina F. Fiorentin *Codice antimafia. Sulla revoca della confisca decide la Corte d'appello*, in "*Guida dir.*", 2011, fasc. 42, pp. 30 – 33.

voca della misura di prevenzione della confisca è ammissibile l'appello e non il ricorso per cassazione, dovendo trovare applicazione la disciplina prevista dall'art. 4 della medesima legge, in tema di impugnazioni del provvedimento impositivo della misura di prevenzione[23].

3. *La revocazione della confisca*

Il nuovo Codice Antimafia d.lgs. 159/2011 è un testo unico che ben può definirsi *moderno,* con valenza mista, perché caratterizzata dalla presenza di norme, al contempo, ricognitive ed innovative – giurisprudenziali.

Innovazioni giurisprudenziali attente alla normativa CEDU e soprattutto ai "*casi linea*" prodotti dalla stessa Corte in merito alla compatibilità del procedimento di prevenzione personale e/o patrimoniale con gli artt. 6 e 7 della normativa "*interposta*".

Appartengono alla parte innovativa e giurisprudenziale gli istituti della revoca e della revocazione della confisca.

L'art. 28 codifica, per la prima volta in modo esplicito, quella che la giurisprudenza a sezioni unite della Corte di Cassazione ha definito, propriamente, la "revoca-revisione" della confisca definitiva, qualificandola correttamente come "mezzo straordinario di impugnazione", in modo affatto simile alla revisione della sentenza di cui all'art. 630 c.p.p. (e correttamente si è scelto un termine differente, stante la differenza del provvedimento impugnato: decreto anziché sentenza)[24].

Il quadro normativo preesistente non contemplava una specifica disciplina, e ciò aveva chiamato la giurisprudenza, di merito e di legittimità, ad un ruolo di supplenza.

Si era consolidato, infatti, il principio secondo cui la revoca di cui all'art. 7 l. 1423/56 svolgesse una funzione analoga a quella cui, nel giudizio penale, è deputata la revisione.

Siffatta tutela, però, era stata riservata soltanto ai soggetti partecipanti al procedimento di prevenzione. Le pretese dei terzi estranei, quindi, erano state affidate all'incidente di esecuzione.

In tale contesto, evidentemente, si è inserita la necessità di dettare una specifica disciplina, con l'obiettivo di assicurare agli interessati, per

[23] Cass., sez. VI, sent. 25.01.2011, n. 4445, in "*Guida dir.*", 2011, n. 11, p. 80.

[24] A. Galanti, *La revocazione della confisca ed i rapporti del procedimento di prevenzione con il procedimento penale*, in G. Capoccia – A. Galanti – F. Lucarelli – M.E. Malagnino – M.A. Rizzi – L. Venditto, *Il codice antimafia. Commento al d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159*, a cura di M.E. Malagnino, Torino, 2011, p. 84.

un verso, le necessarie garanzie e, per altro verso, di mantenere in favore della confisca, divenuta definitiva, il carattere dell'irreversibilità. Si fissa, quindi, il principio del c.d. divieto di retrocessione del bene attinto dall'ablazione.

La giurisprudenza della Suprema Corte, dopo iniziali tentennamenti[25], riteneva, ormai pacificamente, perseguibile un simile rimedio straordinario anche prima del D. L.vo n. 159 del 2011, che – all' art. 28 ha dettato la disciplina della "revocazione"[26].

La competenza a decidere sulla richiesta, *ex* art. 7 l. n. 1423 del 1956 spettava "*all'organo dal quale fu emanato il provvedimento del quale si chiede la revoca*".

Il D. L.vo n. 159 del 2011 con l' art. 28 ha, però, dettato una disciplina specifica:

"1. La revocazione della decisione definitiva sulla confisca di prevenzione può essere richiesta, nelle forme previste dall'articolo 630 del codice di procedura penale:

a) in caso di scoperta di prove nuove decisive, sopravvenute alla conclusione del procedimento;

b) quando i fatti accertati con sentenze penali definitive, sopravvenute o conosciute in epoca successiva alla conclusione del procedimento di prevenzione, escludano in modo assoluto l'esistenza dei presupposti di applicazione della confisca;

c) quando la decisione sulla confisca sia stata motivata, unicamente o in modo determinante, sulla base di atti riconosciuti falsi, di falsità nel giudizio ovvero di un fatto previsto dalla legge come reato.

2. In ogni caso, la revocazione può essere richiesta solo al fine di dimostrare il difetto originario dei presupposti per l'applicazione della misura" .

Il comma 4 dell'art. 28 conferma che – conformemente al modello previsto dagli artt. 630 e ss. c.p.p. – la competenza a decidere appartiene alla Corte di Appello.

[25] In senso contrario, cfr., Cass., sez. V, sent. n. 5738 del 15/01/2004.

[26] Cfr. per tutte, Cass. Sez. Un. sent. n. 57 del 19/12/2006, che risulta così massimata: "*il provvedimento di confisca deliberato ai sensi dell'art. 2 ter, comma terzo, L. 31 maggio 1975 n. 575 (disposizioni contro la mafia) è suscettibile di revoca ex tunc a norma dell'art. 7, comma secondo, l. 27 dicembre 1956 n. 1423 (misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità), allorché sia affetto da invalidità genetica e debba, conseguentemente, essere rimosso per rendere effettivo il diritto, costituzionalmente garantito, alla riparazione dell'errore giudiziario, non ostando al relativo riconoscimento l'irreversibilità dell'ablazione determinatasi, che non esclude la possibilità della restituzione del bene confiscato all'avente diritto o forme comunque riparatorie della perdita patrimoniale da lui ingiustificatamente subita*".

Il codice, sulla scia di numerosi disegni di legge che lo hanno preceduto, si pone nel solco indicato dalla Suprema Corte, disciplinando di fatto la revocazione della confisca nei termini di una revisione di sentenza di condanna, prevedendo la sua applicabilità solo in casi di anomalie genetiche del provvedimento e ponendo dei paletti di ordine temporale per l'esercizio del diritto.

L'obiettivo è quello di assicurare agli interessati, per un verso, le necessarie garanzie e, per altro verso, di mantenere in favore della confisca divenuta definitiva, il carattere della "irreversibilità".

Se è vero, infatti, che le Sezioni Unite hanno chiarito che l'irreversibile risultato ablatorio, conseguente alla definitività del provvedimento, rende anche la confisca insensibile a successivi mutamenti della situazione che abbiano recato modificazioni alla pericolosità del soggetto inciso o che ne abbiano addirittura fatto cessare la pericolosità, è vero pure come non ne deriva che l'irreversibilità dell'ablazione impedisca di accertare, oggi per allora, e nello spazio non precluso dalla definitività del provvedimento, l'originaria insussistenza dei presupposti che hanno condotto alla sua emanazione, dal momento che la dimostrazione dell'insussistenza non è tanto diretta a far cessare gli effetti di una confisca legittimamente imposta, quanto a farne palese un vizio d'origine, talché una volta riconosciuta l'invalidità del titolo, la ritenuta irreversibilità dell'ablazione non esclude la possibilità di una restituzione, per determinazione discrezionale della Pubblica Amministrazione, e, quanto meno provoca l'insorgenza di un obbligo riparatorio della perdita patrimoniale, priva di giustificazione sin dal momento in cui si è verificata.

Le Sezioni Unite ammettono, dunque, una revoca in funzione di revisione, attraverso la quale si pone rimedio ad un errore giudiziario.

I principi di diritto elaborati nella pronuncia del più alto consesso della Suprema Corte rappresentano un *trait d'union* con la disciplina contenuta oggi nell'art. 28 T.U. antimafia, che ha introdotto la revocazione della confisca.

Tale strumento consente di far venir meno l'efficacia del provvedimento ablatorio definitivo solo allorquando si dimostri il difetto originario dei presupposti per l'applicazione della misura e costituisce un mezzo proponibile non solo dal prevenuto, ma anche dal terzo estraneo al procedimento, che, in precedenza poteva utilizzare solo lo strumento dell'incidente di esecuzione.

Le regole previste dalla disposizione di cui all'art. 28 Codice delle leggi antimafia, hanno lo scopo di ovviare le difficoltà manifestate nel corso degli anni da parte dei soggetti destinatari dei beni confiscati, i quali si sono trovati spesso nell'impossibilità di investire i compendi patri-

moniali oggetto della misura ablatoria, in ragione della continua presentazione di istanze di revoca, che avevano l'effetto di rendere instabile il giudicato di prevenzione[27].

La revocazione, quindi, può essere richiesta con le forme previste dall'art. 630 c.p.p. per la revisione, in caso di scoperta di nuove prove decisive, sopravvenute alla conclusione del procedimento; quando i fatti accertati con sentenze penali definitive, sopravvenute o conosciute in epoca successiva alla conclusione del procedimento di prevenzione, escludano in modo assoluto l'esistenza dei presupposti di applicazione della confisca; quando la decisione sulla confisca sia motivata, unicamente o in modo determinante, sulla base di atti riconosciuti falsi, di falsità nel giudizio, ovvero di un fatto previsto dalla legge come reato.

Si tratta, dunque, di ipotesi tassative, i cui confini parrebbero essere circoscritti in maniera abbastanza definita dall'enunciato legislativo.

La loro formulazione riflette, inoltre, l'attuale assetto del sistema di prevenzione, in cui gli istituti di ablazione reale possono essere disposti anche disgiuntamente da quelli di matrice personale, con la conseguenza che l'eventuale assenza *ab origine* del requisito della pericolosità sociale non rileverà ai fini dell'accoglimento della richiesta di revocazione del provvedimento di confisca.

L'istanza deve pervenire alla Corte d'appello competente, ai sensi dell'art. 630 c.p.p., a pena di inammissibilità entro sei mesi dalla data in cui si verifica uno dei casi elencati all'art. 28, comma 1, del codice delle leggi antimafia.

Quando accoglie la richiesta di revocazione, la Corte di appello trasmette gli atti al Tribunale che ha emesso il decreto di confisca, affinché, ove sia necessario, provveda, ai sensi dell'art. 46 codice delle leggi antimafia alla restituzione per equivalente. In altre parole, la restituzione dei beni confiscati – tranne che si tratti dei beni culturali di cui all'art. 10, comma 3, d.lgs. 22.01.2004, n. 42 e degli immobili e delle aree dichiarati di notevole interesse ai sensi dell'art. 136 e ss. d.lgs. n. 42/2004 – può avvenire anche per equivalente quando i beni medesimi sono stati assegnati per finalità istituzionali e la restituzione possa pregiudicare l'interesse pubblico.

In tal caso, perciò, il soggetto nei cui confronti venga dichiarato il diritto alla restituzione del bene, ha diritto ad ottenere una somma equivalente al valore del bene confiscato quale risulta dal rendiconto di gestione, al netto delle migliorie e rivalutato sulla base del tasso di infla-

[27] L. Filippi – M.F. Cortesi, *Il codice delle misure di prevenzione*, Torino, 2011, p. 216.

zione annua. Se, invece, si tratta di beni immobili, si tiene conto dell'eventuale rivalutazione delle rendite catastali. Il Tribunale, poi, dopo aver determinato il valore del bene, ordina il pagamento della somma ponendola a carico del Fondo Unico Giustizia se il bene è stato venduto, ovvero all'amministrazione assegnataria in tutti gli altri casi (art. 46 Codice delle leggi antimafia).

Lo speciale rimedio della revocazione della decisione definitiva sulla confisca di prevenzione antimafia, previsto dall'art. 28 del D.L.vo n. 159 del 2011 (c.d. T.U. antimafia), in quanto norma processuale ed in assenza di specifica disciplina transitoria, trova immediata applicazione anche con riferimento alle pronunce di confisca adottate prima del 13.10.2011, data di entrata in vigore del T.U. medesimo.

Il problema di diritto intertemporale che si è posto la giurisprudenza di merito (Trib. Trapani, Sez. misure di prevenzione, ord. 18 giugno 2012, Pres. ed est. Grillo) riguarda la disciplina applicabile alla richiesta.

Stabilisce l'art. 117 del T.U. che "le disposizioni contenute nel libro I (che comprende l'art. 28) non si applicano ai procedimenti nei quali, alla data di entrata in vigore del presente decreto, sia già stata formulata proposta di applicazione della misura di prevenzione. In tali casi, continuano ad applicarsi le norme previgenti."

Sono possibili, dunque, due opzioni interpretative: ritenere che la nuova disciplina si applichi solo per le procedure iniziate su proposta antecedente al 13.10.2011 (data di entrata in vigore del T.U.); oppure ritenere che la nuova disciplina, oltre a questi casi, sia applicabile anche ai procedimenti che alla data del 13.10.2011 erano definiti.

Nella scelta fra le due opzioni interpretative, non può non tenersi conto dell'insegnamento più recente della Suprema Corte che, a Sezioni Unite[28] ha affermato che "*in tema di successione di leggi processuali nel tempo, il principio secondo il quale, se la legge penale in vigore al momento della perpetrazione del reato e le leggi penali posteriori adottate prima della pronunzia di una sentenza definitiva sono diverse, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato, non costituisce un principio dell'ordinamento processuale, nemmeno nell'ambito delle misure cautelari, poiché non esistono principi di diritto intertemporale propri della legalità penale che possano essere pedissequamente trasferiti nell'ordinamento processuale*".

Le norme processuali non possono non soggiacere alla regola del *tempus regit actum* che vige nella materia processuale in applicazione, del resto, del principio generale dell'irretroattività della legge fissato dall'art.

[28] Cfr., Cass. Sez. Un., sent. n. 27919 del 31/03/2011.

11, comma primo, delle preleggi, rispetto al quale si pone come norma derogatoria, ispirata al principio del *favor rei*, la disciplina dettata dall'art. 2, comma terzo, c.p. in materia di successione di leggi penali nel tempo.

Se così è, la regola ordinaria è costituita dall'applicazione immediata ed indiscriminata della nuova legge processuale, salvo che la legge disponga una espressa deroga.

Deve allora verificarsi se la norma di cui all'art. 117 del Codice delle leggi antimafia contenga una espressa deroga a tale principio.

Certamente nell'esegesi non soccorre alcuna notazione del legislatore, che sul punto non ha speso alcun commento nella relazione alla legge. Chi conosce le vicende della predisposizione del testo del decreto legislativo n. 159 del 2011, sa bene che la bozza di decreto delegato trasmessa al Parlamento non conteneva una disciplina transitoria; la regola di diritto intertemporale fu, poi, il frutto di specifici rilievi che riguardavano tutt'altre questioni (ossia l'efficacia del sequestro e l'introduzione del termine di durata massima).

Si può ritenere, quindi, che la locuzione "procedimenti nei quali, alla data di entrata in vigore del presente decreto, sia già stata formulata proposta di applicazione della misura di prevenzione" presupponga la pendenza di un procedimento, non ancora definito.

Invero, passata in giudicato la decisione, il procedimento viene definito e non ha più senso adoperare la locuzione "procedimenti nei quali sia già stata formulata…".

Tutti gli incidenti successivi alla definitività determinano l'insorgere di altri procedimenti, che non hanno origine dalla proposta.

Ad essi, in base all'art. 11 delle preleggi, va applicata la nuova regola processuale.

Non può costituire argomento contrario il disposto dell'art. 28, comma 3, del T.U., che prevede la proponibilità entro sei mesi dalla causa in cui si verifica uno dei casi che consentono la proposizione del ricorso.

Invero, quella posta dall'art. 117, comma 1, del T.U. è una regola generale, che riguarda numerose questioni di natura "esecutiva" (vedi artt. 11 e ss. T.U.) e, quindi, deve trovare una interpretazione che prescinda dal regime del singolo istituto.

Trovata la regola generale, il problema del termine si risolverà – nei casi in cui il ricorrente sia venuto a conoscenza dei fatti in data antecedente al 13.10.2011 – individuando il *dies a quo* in quello dell'entrata in vigore della legge.

L'opzione interpretativa è conforme al *decisum* della Suprema Corte su altre questioni di diritto intertemporale.

Infine, deve rilevarsi che – una volta accertata la applicabilità del-

la nuova disciplina prevista dall'art. 28 del T.U., - le norme che individuano il modulo procedimentale adottabile sono quelle di cui agli artt. 629 e ss. c.p.p.

In particolare, l'art. 634 c.p.p. prevede una preventiva valutazione dell'ammissibilità della richiesta, che riguarda anche l'osservanza della disciplina concernente la competenza (vedi il riferimento all'art. 633 secondo cui l'istanza di revisione va depositata "nella cancelleria della corte di appello individuata secondo i criteri di cui all'art. 11", che qui va considerata solamente per l'individuazione dell'ampiezza del criterio di delibazione, posto che l'autorità giudiziaria competente a decidere sulla revocazione è individuata autonomamente dall'art. 28 del T.U.)

La pronuncia adottata ai sensi dell' art. 634 c.p.p. non prevede l'acquisizione di parere del P.M. (cfr. in tal senso, Cass., sez. un., sent. n. 15189 del 19.01.2012), e solo nel caso di erronea acquisizione di siffatto parere si rende necessario attivare il contraddittorio.

Ed ancora, va rilevato che, a norma dell'art. 568, comma 5, c.p.p., il rimedio proposto non va dichiarato inammissibile, dovendo, il giudice, nel rilevare l'incompetenza, trasmettere gli atti al giudice competente, in ossequio al principio generale di conversione.

4. *Critiche e proposte di cambiamento*

L'Osservatorio nazionale su confisca, amministrazione e destinazione dei beni e delle aziende[29] ha avviato una prima fase di riflessione e dibattito, tra studiosi e operatori della giustizia, sui problemi applicativi derivanti dalle innovazioni normative introdotte nel Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione.

Dal confronto delle prime esperienze giudiziarie in diversi contesti territoriali, e da una rilettura delle nuove norme alla luce di tali esperienze, tendono invero a prender corpo alcuni profili di criticità che meritano di essere attentamente vagliati, e di essere fatti oggetto di analisi via via più approfondite parallelamente al progredire delle verifiche applicative[30].

Sin da questa prima fase, dunque, si è in grado di individuare alcuni aspetti della nuova normativa che potrebbero incidere negativamen-

[29] In "*Diritto penale contem.*"

[30] A. Balsamo, *Il "Codice Antimafia" e la proposta di direttiva europea sulla confisca: quali prospettive per le misure patrimoniali nel contesto europeo?* In *Diritto penale contemporaneo*, su *www.dirittopenalecontemporaneo.it.*

te sull'efficacia dell'azione di contrasto alla criminalità[31], sull'efficienza delle procedure e, al contempo, sull'effettività delle garanzie da assicurare alle parti e ai terzi, così ostacolando il conseguimento degli obiettivi di fondo perseguiti con la legge-delega 13 agosto 2010, n. 136. Sicché, i componenti dell'Osservatorio avvertono l'esigenza di effettuare alcuni interventi – per dir così - di "manutenzione" urgente al Codice antimafia, rinviando a fasi successive di studio, elaborazione ed approfondimento l'eventuale prospettazione di proposte di riforma di più ampio respiro e di maggiore incisività.

In questa prima prospettiva di semplici interventi a carattere manutentivo, l'Osservatorio del resto tiene conto del fatto che proprio la legge-delega n. 136/2010 ha previsto (precisamente, all'art. 1, comma 5) che «entro tre anni dall'entrata in vigore del decreto legislativo, il governo può adottare disposizioni integrative e correttive del decreto medesimo».

Ciò premesso, i componenti dell'Osservatorio reputano opportuno suggerire alcune proposte "correttive e integrative" del testo del decreto.

Si tratta di proposte di modifica che, in un quadro di piena compatibilità con la legge-delega, tendono ora a razionalizzare e rendere più coerente il tessuto normativo del Codice antimafia, ora a potenziare la funzionalità e l'efficacia di alcuni importanti istituti ed organismi istituzionali, ora a rafforzare le garanzie degli stessi prevenuti o la tutela dei terzi, ora a semplificare le procedure e a evitare inutili appesantimenti. Mentre alcune proposte presentano maggiore rilievo anche sotto il profilo della loro incidenza pratica (ad esempio quelle relative alla disciplina dei tempi del sequestro e alla definizione dei compiti dell'agenzia nazionale dei beni confiscati), non poche altre assumono una valenza correttiva sul piano della chiarezza e coerenza dell'impianto normativo o ai fini di una integrazione della disciplina in termini di maggiore dettaglio.

Il testo vigente, all'art. 28 comma 4, prevede che "*Quando accoglie la richiesta di revocazione, la corte di appello trasmette gli atti al tribunale che ha disposto la confisca affinché provveda, ove del caso, ai sensi dell'articolo 46*". La proposta di modifica prevede che siano soppresse le parole «trasmette gli atti al tribunale che ha disposto la confisca affinché» e la parola «provveda» sia sostituita con la parola «provvede».

La disciplina dell'istituto della revocazione della confisca, seppur controverso, è stato fortemente voluto dal legislatore delegante e prevede uno sdoppiamento che incide sulla dilatazione dei tempi e non ha ragioni giu-

[31] Cfr. le osservazioni prospettate dal Presidente di Avviso Pubblico, Andrea Campinoti, nell incontro organizzato il 12 giugno 2012 dal Centro Pio La Torre, in *www.piolatorre.it*

stificative di ordine pratico. Se difatti la richiesta di revocazione viene accolta dalla Corte di appello, gli atti dovrebbero essere restituiti al Tribunale che ha disposto la confisca perché proceda alla restituzione.

Poiché la revocazione può intervenire anche a lunga distanza di tempo da quando la confisca è stata disposta dal Tribunale e poiché comunque la Corte di appello è giudice di merito al pari del Tribunale, non si vede ragione per questa trasmissione degli atti ad altro organo giurisdizionale che già si è spogliato, magari da epoca lontana, del procedimento, quando invece la restituzione anche per equivalente è un provvedimento che può essere contestuale o comunque consequenziale a quello della revocazione.

Anche il dibattito pubblico sta evidenziando i gravi inconvenienti connessi alla disciplina introdotta dal combinato disposto degli artt. 28 e 46 del Codice antimafia, che pongono a carico dell'amministrazione assegnataria l'onere del pagamento della somma equivalente al valore del bene nel caso di revocazione della confisca.

È chiaro, infatti, che ciò rappresenta un forte disincentivo per gli enti locali rispetto all'assegnazione di beni confiscati, che comporta sempre il rischio di dovere sborsare elevati importi di denaro in dipendenza di eventi futuri e incerti.

La problematica è resa ancora più attuale dalla circostanza che la giurisprudenza di merito si è, nelle prime decisioni, orientata nel senso che «lo speciale rimedio della revocazione della decisione definitiva sulla confisca di prevenzione antimafia, previsto dall'art. 28 del D.L.vo n. 159 del 2011 (c.d. T.U. antimafia), in quanto norma processuale ed in assenza di specifica disciplina transitoria, trova immediata applicazione anche con riferimento alle pronunce di confisca adottate prima del 13 10 2011, data di entrata in vigore del T.U. medesimo».

Per risolvere la questione, occorrerebbe riformulare il disposto dell'art. 46 comma 3 del Codice, stabilendo che sia il Tribunale a determinare il valore del bene e ordinare il pagamento della somma, ponendola a carico del Fondo Unico Giustizia.

Francesco Raffaello De Martino

Buona *governance* locale e Costituzione italiana*

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. L'eclissi dei Consigli comunali. - 3. Prospettive di rilancio dei Consigli comunali. - 4. Il metodo della politica locale nella Dichiarazione di Valencia. - 5. Conclusioni.

1. *Premessa*

Anzitutto vorrei ringraziare gli organizzatori del Convegno per avermi invitato a discutere di un tema di così grande interesse: *La strategia europea per la buona* governance *territoriale*.

Le relazioni sin qui svolte si sono soffermate sulla natura dei principi che formano oggetto della *Dichiarazione di Valencia*[1]. Si tratta di un documento dotato di un orizzonte molto ampio, che presenta una prospettiva di larghissimo respiro. Nei suoi elementi di fondo mostra un impianto imponente riguardo a temi cruciali dell'organizzazione politica statale, rispetto ai quali è utile evidenziare qualche profilo muovendo da una prospettiva interna.

Può essere perciò di qualche interesse tentare di cogliere l'impatto che questo documento è capace di determinare sulle Autonomie locali sul sistema politico locale[2], e, più in particolare, sulla sua capacità di attivare meccanismi virtuosi in grado di incoraggiare la partecipazione popolare al processo politico locale anche al fine di rilanciare il ruolo del Consiglio comunale[3].

* Intervento svolto al Convegno di Studi organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi del Molise sul tema: *Una strategia europea per la buona* governance *territoriale,* Campobasso 27 aprile 2009.

[1] Il documento è stato approvato dalla *Conferenza dei Ministri europei* responsabili degli enti locali e regionali, il 15-16 ottobre 2007 a Valencia, esso reca "*La buona* governance *locale e regionale – La sfida europea*".

[2] Da ultimo S. Staiano, *Le autonomie locali in tempi di recessione: emergenza e lacerazione del sistema,* in www.federalismi.it, 11/09/2012.

[3] In tema U. Allegretti (a cura di), *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa,* Firenze, 2010; Id., *L'amministrazione dall'attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa,* Milano, 2009.

2. *L'eclissi dei Consigli comunali*

La scelta di tale prospettiva sembra giustificata dal fatto che l'elezione diretta del Sindaco nei Comuni italiani[4], come noto introdotta con la legge n. 81 del 1993, ha indotto una torsione monocratica della forma di governo locale[5], producendo taluni risultati non sempre soddisfacenti: ponendo in buona sostanza il problema, in termini di sistema, di uno squilibrio di posizione nelle relazioni tra il Consiglio e il Sindaco[6].

Peraltro una conseguenza ulteriore del riferito assetto dei poteri locali è stato quello di evidenziare un elemento abbastanza netto: ovvero la c.d. stabilità dell'esecutivo[7]. Tanto è vero che la sua sperimentazione a livello locale ha poi favorito, in qualche modo, l'introduzione dell'elezione diretta del vertice dell'esecutivo anche nelle Regioni ad autonomia ordinaria, realizzata con la legge costituzionale n. 1 del 1999[8]. Ipotesi peraltro transitoria, confermata poi dai nuovi Statuti regionali[9].

Tuttavia se il risultato della stabilità dell'esecutivo è stato conseguito, non senza un certo irrigidimento dei poteri e delle relazioni tra i supremi organi politici locali e regionali, è altrettanto vero che il suo conseguente rafforzamento ha oscurato in modo assai rilevante il ruolo e le competenze sia del Consiglio regionale, ma anche e soprattutto del Consiglio comunale[10].

[4] Con riferimento all'esperienza dell'elezione diretta F. Pinto, S. Staiano, *Il nuovo sindaco. Riflessioni dopo la riforma,* Torino, 1998; e L. Vandelli, *Sindaci e miti,* Bologna, 1997.

[5] In questi termini S. Staiano, *Dai Sindaci ai Governatori,* in www.federalismi.it, 10/10/2012.

[6] In ordine al ruolo attuale del Consiglio nel contesto dell'evoluzione della forma di governo locale, A. Brasca, M. Morisi, (a cura di), *Democrazia e governo locale. Il ruolo delle assemblee elettive,* Bologna, 2003.

[7] Si interroga sul "mito" della stabilità politica, alla quale si associa spesso una funzione taumaturgica dei mali istituzionali locali, regionali ma anche nazionali, S. Staiano, op.ult.cit., p.1-2, che osserva "l'investitura tendenzialmente plebiscitaria non è affatto, in sé, più confacente al principio democratico di quanto sia l'investitura mediata da organi collegiali a loro volta eletti; che dovrebbe essere dimostrato il vantaggio – in termini di stabilità politica, di efficacia dell'azione amministrativa e di efficienza dei pubblici uffici – derivante dall'affermarsi della democrazia di investitura a discapito della democrazia di operazione; che, per apprezzare le virtù del sistema, dovrebbe essere altresì rilevata un'accresciuta propensione delle comunità locali alla partecipazione politica, in ragione del convincimento, in esse maturato, di una maggiore trasparenza nei meccanismi della rappresentanza".

[8] Ivi, p. 3-4.

[9] In tema A. D'Atena (a cura di), *I nuovi Statuti delle Regioni ad autonomia ordinaria,* Milano, 2008.

[10] L. Elia, *Aspetti problematici del referendum e crisi della rappresentanza politica,* in N. Zanon, F. Biondi, *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica,* Milano, 2001, p. 108

Peraltro, quanto al Consiglio regionale, gli statuti di recente approvazione hanno sperimentato l'introduzione di soluzioni dirette a rilanciare la sua posizione tra gli organi di direzione politica regionale mediante l'individuazione di taluni strumenti che ora certo attendono la riprova dei fatti. Spetterà pertanto ai Consigli regionali avvalersi dei meccanismi di riequilibrio che i nuovi Statuti hanno elaborato[11].

Viceversa i Consigli comunali versano in una condizione di maggiore debolezza; come Elia sottolineava è diventata difficile finanche la composizione delle liste dei candidati alle elezioni dei Consigli[12]. Anche perché è convinzione assai diffusa che essi assumono una connotazione più di tipo burocratico (per essere una sede di ratifica di decisioni già adottate dal Sindaco) che il luogo in cui si esprime la rappresentanza politica locale: a sua volta capace di contribuire a determinare le linee fondamentali dell'azione dell'Ente. Si tratta dunque di una vera e propria crisi che, su altro piano e con accenti differenziati, investe anche altri luoghi della rappresentanza politica nel senso che "c'è un dato comune di difficoltà: i Consigli e il Parlamento erano Parlamento e Consigli di partiti, o di proiezioni di partiti, come i gruppi parlamentari. Alla crisi dei partiti e dei gruppi corrisponde anche la crisi delle Camere e dei Consigli"[13].

A questa situazione si aggiunga anche la circostanza per cui è sempre più evidente un sentimento c.d. di antipolitica, tanto che secondo cifre diffuse su alcuni quotidiani "circa il 70% degli italiani non si sente rappresentato nelle istituzioni; addirittura l'82 % degli italiani non ha fiducia nel ceto politico e ritiene che esso operi per interesse proprio e non per il bene pubblico"[14]. E' di tutta evidenza pertanto una fase di seria difficoltà della politica e dei partiti, non solo a livello locale, ma anche nazionale, che si riflette sulle Istituzioni rappresentative e la loro capacità di tradurre in opzioni politiche consolidate le istanze del corpo sociale. Tale circostanza poi evidenzia un altro aspetto su cui vale la pena di riflettere: il rischio che la polemica contro la politica e i partiti possa ingenerare sempre maggiore confusione nell'elettorato, a sua

[11] Esiste al riguardo una recente bibliografia, S. Catalano, *La «presunzione di consonanza». Esecutivo e Consiglio nelle Regioni a statuto ordinario,* Milano, 2010; N. Viceconte, *La forma di governo nelle Regioni ad autonomia ordinaria. Il parlamentarismo iper-razionalizzato e l'autonomia statutaria,* Napoli, 2010; A. Buratti, *Rappresentanza e responsabilità politica nella forma di governo regionale,* Napoli, 2010.

[12] L. Elia, op.cit, p. 108.

[13] Ibidem.

[14] I. Diamanti, su *La Repubblica,* come richiamato da G. Azzariti, *I rischi dell'"antipolitica" tra legge elettorale e referendum,* in www.costituzionalismo.it, 05/09/2007.

volta in grado di produrre una generale riduzione della partecipazione politica nonché astensione dal voto, con conseguenze molto gravi sulla qualità del democrazia.

3. *Prospettive di rilancio dei Consigli comunali*

Non di meno sembra di poter cogliere alcune tendenze istituzionali che, almeno a partire dalla riforma del Titolo V della Costituzione, hanno favorito l'emersione di taluni elementi di novità di sicuro interesse.

Difatti nel sistema autonomistico, come rinnovato dall'articolo 118 della Costituzione, vi è una preferenza per così dire verso il Comune nelle attribuzioni delle funzioni amministrative[15], il che equivale a dire che buona parte delle politiche legislative regionali presentano una ricaduta assai concreta sull'attività svolta dall'Ente locale[16]. Il Comune infatti appare il destinatario di rilevanti responsabilità in ordine alla determinazione di soluzioni normative idonee a fornire risposte compiute ai bisogni primari della collettività locale. Non solo con riferimento all'esercizio di competenze relative a settori che attingano esclusivamente il livello di interesse meramente locale[17], ma anche riguardo ad ambiti di più ampia portata. Difatti atteso che la comunità locale esprime, necessariamente, una frazione di quella nazionale, bisogna riconoscere come la natura delle attività svolte a livello comunale[18], in quanto rivolte al soddisfacimento di interessi della collettività locale qualitativamente non dissimile da quella nazionale, denotino un ruolo decisivo avuto riguardo alla corretta attuazione di politiche che coprono estese aree di intervento[19].

[15] M. Picchi, *L'autonomia amministrativa delle Regioni,* Milano, 2005, p. 467 ss., ove si evidenzia significativamente la circostanza che "la coesistenza nel nuovo modello costituzionale di due distinte clausole generali - la potestà legislativa residuale regionale e il *favor* per i Comuni nell'attribuzione delle funzioni amministrative - rafforza la necessità di una stretta cooperazione nell'area amministrativa infrastatale costituendo, quest'ultima, l'ambito amministrativo unitario che dovrà superare il frazionamento delle capacità degli enti territoriali che ha contraddistinto in passato le loro strutture amministrative consentendo ampi spazi di intervento statale".

[16] S. Staiano (a cura di), *Le funzioni amministrative nel sistema delle autonomie locali,* Napoli, 2006.

[17] L. Cesarini, *Il servizio pubblico locale: evoluzione e prospettive tra principio di sussidiarietà e regime di concorrenza,* in www.diritto.it .

[18] Un esame dei problemi relativi alle funzioni locali dopo la riforma introdotta dal c.d. federalismo fiscale è in G. C. De Martin, *Le funzioni amministrative delle regioni e degli enti locali dopo la legge 42/90,* in *Amministrare,* n. 3, 2010, p.485 ss.

[19] In tema più in generale G. Meloni, *L'amministrazione locale come amministrazione generale,* Roma, 2005.

Si può anche aggiungere che questa tendenza istituzionale, trova una significativa conferma nella previsione del Consiglio delle Autonomie locali: Organo di nuova istituzione che evidenzia un metodo inedito (normativamente scandito) della partecipazione degli Enti locali al processo decisionale regionale[20]. Si realizza cioè un luogo dove si afferma la compartecipazione degli Enti locali alle politiche legislative regionali: che a loro volta presentano una ricaduta concreta sia sulle stesse competenze dell'Ente locale, sia sulle modalità di azione dei poteri politici all'interno dell'organizzazione regionale. Sembra cioè di essere dinanzi all'introduzione, nel sistema regionale, di una forma embrionale di negoziazione legislativa istituzionalizzata: perché si rappresentano, per il tramite del nuovo Organo, gli interessi di cui sono portatori gli esponenti degli Enti locali che siedono nel Consiglio delle Autonomie locali. Pertanto l'oggetto della sua attività sarà quella di ridurre ad unità le differenziate rivendicazioni del corpo politico locale secondo un meccanismo di partecipazione democratica: sia pure mediata dai rappresentanti locali. Anche attraverso la presenza al suo interno dei rappresentanti delle Assemblee locali che mediante questa attività, insieme a quelle introdotte dal nuovo articolo 118 della Costituzione, potrebbero contribuire ad un recupero di ruolo del Consiglio comunale.

L'istituzione del Consiglio delle Autonomie locali pertanto sembra rivelare un significato assai più aderente ad un modello di relazioni tra i diversi livelli di rappresentanza (regionale e locale) che asseconda momenti di governo propriamente integrato[21]: e cioè la partecipazione condivisa alle determinazioni politiche regionali[22].

4. *Il metodo della politica locale nella Dichiarazione di Valencia*

Come appare evidente il tema della partecipazione politica è spesso richiamato in queste note. E non a caso. Esso infatti emerge significativamente tra gli *Obiettivi* della *Dichiarazione di Valencia* dove appunto si dichiara che "lo scopo della Strategia è quello di mobilitare e stimolare l'azione degli attori nazionali e locali affinché i cittadini di tutti i Pae-

[20] L. Violini, *Il Consiglio delle autonomie, organo di rappresentanza permanente degli enti locali presso la Regione*, in Le Regioni, n. 5, 2002, p. 989; G.U. Rescigno, *Consiglio delle autonomie locali e Costituzione,* in *Politica del diritto,* n.2, 2003, p. 231 ss.

[21] In tema G. Marchetti, *Il sistema di governo regionale integrato,* Milano, 2012, p.174 ss.

[22] G.U. Rescigno, op.cit., p. 248, evidenzia come si tratti dell'unico organo previsto in Costituzione che garantisce un raccordo tra Regioni ed Enti locali.

si europei possano beneficiare di un buon governo a livello locale mediante il continuo miglioramento dei servizi pubblici locali, il coinvolgimento della popolazione e politiche che rispondano alle loro legittime attese"[23]. Appare dunque indicato sia un metodo corretto di azione valido per gli attori del processo politico locale, sia gli obiettivi da conseguire da parte delle amministrazioni locali in vista di un risultato che, significativamente richiamando l'opera di Lorenzetti, è qualificato appunto come *Buon governo* locale.

In ordine ai riferiti profili sembra peraltro evidenziarsi una certa convergenza tra le disposizioni costituzionali più sopra richiamate e la *Dichiarazione:* nel senso di uno scenario istituzionale certo complesso e differenziato, la *Dichiarazione* infatti è diretta ad indicare regole avuto riguardo ad esperienze di governo locale diversificate, ma probabilmente complementare quanto a finalità e meccanismi di azione. Anche perché il disegno costituzionale italiano sulle Autonomie locali disciplina taluni principi come quello di sussidiarietà in senso verticale e orizzontale, differenziazione, adeguatezza[24] che nel loro insieme sembrano trovare una conferma appunto nel Documento approvato a *Valencia*.

Infatti secondo la *Dichiarazione* i "Principi del Buon Governo Democratico al livello locale sono: elezioni regolari, equa rappresentanza e partecipazione, al fine di garantire una reale possibilità a tutti i cittadini di esprimersi sulla gestione degli affari pubblici locali"[25]. Ancora, il Documento sottoscritto a Valencia evoca tra i principi più significativi per una corretta azione dei governi locali il principio di efficacia ed efficienza, apertura e trasparenza, stato di diritto, sostenibilità e progettualità a lungo termine, diritti dell'uomo, diversità culturale e coesione sociale, responsabilità.

Tali principi, dunque, rivelano una prospettiva comune con il dettato costituzionale, e potrebbero altresì favorire il rilancio della politica locale ed un recupero di ruolo delle Assemblee rappresentative locali.

Tuttavia dove i piani si diversificano è nell'efficacia, per così dire, degli atti, o, più precisamente, avuto riguardo alla natura degli enunciati linguistici. Difatti come è noto le disposizioni costituzionali presentano una caratteristica precisa: sono cioè norme giuridiche, esprimono una prescrizione, un comando, in grado di imporsi agli attori del sistema po-

[23] Cfr. l'art. 2 del *Progetto di strategia sull'innovazione e il buon governo a livello locale.*

[24] La letteratura sul tema è ampia, per una sintesi dei problemi G. Falcon, *Funzioni amministrative ed enti locali nei nuovi artt. 118 e 117 della Costituzione,* in *Le Regioni,* n. 2-3, 2002, p.383; Più recente G. Pastori, *Principio di sussidiarietà e riparto delle funzioni amministrative,* in www.issirfa.cnr.it, 04/2006.

[25] Cfr. parte III.I della *Dichiarazione*.

litico, anche perché assistite da talune garanzie che ne rendono concreta l'applicazione. Esse sono dunque vincolanti. Viceversa la *Dichiarazione di Valencia* presenta la natura di un documento politico che richiede un'adesione spontanea dei soggetti cui è diretta[26].

Ciò nonostante la loro diversa natura non esclude che, come detto, taluni dei dodici principi del *buon governo,* sanciti in quel documento, non siano già presenti nella Costituzione italiana. La differenza sostanziale sarà nella loro declinazione giuridica: quest'ultima potrà avvenire nel contesto nazionale secondo un significato che è ovviamente interno. Nel senso che, trattandosi di diritti fondamentali, essi riceveranno applicazione sulla base dell'interpretazione quale risulta nel sistema costituzionale italiano. Il loro significato pertanto non potrà che essere quello fatto proprio da una lettura, sia pure aperta, ad opera del giudice costituzionale: profilo che a sua volta evidenzia ulteriori e significativi aspetti problematici sui quali, in questa sede, non è possibile soffermarsi.

5. *Conclusioni*

Conviene aggiungere ancora come la *Dichiarazione di Valencia* sembra ispirarsi ad una filosofia di fondo secondo la quale l'integrazione e la partecipazione politica costituiscono strumenti idonei a garantire la corretta applicazione del principio democratico che, rispetto ad altri principi fondamentali consacrati nel testo costituzionale come quello personalista, lavorista e pluralista, secondo la classica lettura di Mortati, è "il più comprensivo perché li riassume, in quanto racchiude in sé, in germe, gli altri i quali pertanto ne sono, in certo modo esplicazione e svolgimento"[27].

[26] In tal senso F. Merloni, *Strategia della bonne gouvernance in Europa. Alcune cose da fare in Italia per la sua attuazione. Appunti per il seminario Anci del 29 febbraio 2008*, in www.astridonline . Al riguardo conviene richiamare l'ordine del giorno del 4 febbraio 2010 con il quale il Consiglio regionale della Puglia invita la Giunta a: "predisporre il recepimento dei dodici principi della buona governance previsti dalla Strategia di Valencia facendoli divenire linee d'indirizzo per l'azione amministrativa e di governo del territorio; proporre in sede di Conferenza unificata a Roma una discussione sull'eventualità di implementare la Strategy per ottenere risultati omogenei su tutto il territorio nazionale; impegnarsi in un'attività mirata alla promozione e diffusione dei principi della Strategia di Valencia sia all'interno dell'amministrazione, nelle sue diverse articolazioni organizzative, sia sul territorio regionale in particolare verso le amministrazioni locali e i soggetti protagonisti del partneriato locale; convocare la prima Conferenza regionale degli enti territoriali per la Buona Governance alla quale parteciperanno gli enti territoriali che avranno promosso l'adozione dei dodici principi da parte dei rispettivi Consigli".

[27] C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico,* Padova, 1975, I, p. 149 .

Sicchè anche in tal caso, si evidenzia una convergenza con il dettato costituzionale che per la verità su questi punti appare difficilmente superabile: avuto riguardo sia al piano sostanziale sia al piano formale.

Nondimeno secondo la fondamentale ricostruzione di Friedrich, per quanto riferita al sistema statunitense, un modo per rendere più democratiche le istituzioni rappresentative è quello di agire come luoghi dell'inclusione sociale e politica trasformando dunque "i semplici gruppi di pressione nel loro rapporto con il governo e il pubblico in generale, in gruppi che prendono parte attiva ed una certa misura di responsabilità nella condotta dell'amministrazione moderna" [28]. Pertanto anche a non voler considerare il problema dell'efficacia immediata della *Dichiarazione di Valencia*, sembra che i richiamati profili siano presenti ed emergano assai significativamente nel *Progetto di Strategia sull'innovazione e il buon governo a livello locale.*

E' appena il caso di aggiungere che la correttezza del metodo di azione delle Istituzioni politiche va misurato, per così dire, avuto riguardo alle procedure con le quali si adottano le decisioni, utili a garantire in via permanente l'apertura del processo politico: nel senso che "la democrazia viene meno non già quando vengano assunte decisioni contenutisticamente ingiuste, ma *anche* quando tale fondamento procedurale venga messo in discussione o minato alla radice"[29]. Cosicché le modalità di apertura del processo politico costituiscono ad un tempo applicazione e garanzia del processo democratico.

Spetta dunque a quanti intenderanno aderire alla *Dichiarazione di Valencia* attuare in concreto i principi in essa richiamati, non senza ricordare che, i piani più difficili da ribaltare sono anche quelli di natura culturale.

[28] C. Friedrich, *Governo costituzionale e democrazia*, Vicenza s.d. ma 1960, (edizione originale Boston 1950), p. 685.

[29] E. W. Böckenförde, *Stato, costituzione, democrazia*, a cura di M. Nicoletti, O. Brino, Milano, 2006, p. 427, corsivo non testuale.

MICHELE DELLA MORTE

Partecipazione politica e iniziativa popolare nell'esperienza costituzionale spagnola

In epoca odierna, diverse ragioni consigliano di approfondire il tema della partecipazione politica e quello, strettamente connesso, degli strumenti che le diverse carte costituzionali contemplano al fine di garantire la sua effettività. La principale, tra queste, deriva dal riscontro delle difficoltà in cui versa la tradizionale concezione della rappresentanza, individuata, da molti, come *forma* inattuale, o, comunque, come espressione caratterizzante un modello (l'ordinamento rappresentativo) valutato inadatto a dare conto delle tensioni emergenti e dei nuovi bisogni manifestati dai cittadini[1].

Questo tema, vasto e complesso, percorre diverse realtà politiche. E' per questo motivo, per comprendere le tendenze in atto, che si ritiene conveniente verificare le soluzioni che caratterizzano ordinamenti giuridici diversi dal nostro, ma che, tuttavia, presentano affinità storicamente riconosciute.

L'ordinamento giuridico spagnolo, come conformatosi a seguito dell'approvazione della Costituzione democratica del 1978, presenta, al riguardo, alcuni elementi di indubbio interesse in merito alla strutturazione (anche territoriale) dei diritti di partecipazione politica, tra i quali come ha ritenuto lo stesso *Tribunal constitucional*, nella sentenza n 119 del 1995, espressamente figura l'iniziativa legislativa popolare che, per quanto detto, rappresenta istituto da osservare con rinnovato interesse[2].

[1] In tal senso, per tutti, G. ZAGREBELSKY, *La difficile democrazia*, Firenze, 2010 . Sull'inattualità della rappresentanza cfr. L. ORNAGHI, *Atrofie di un'idea. Brevi note sull'«inattualità» odierna della rappresentanza politica*, in *Riv. Dir. Cost.*, 1, 1998, 3 ss.

[2] L'esigenza di ripensare l'iniziativa dei cittadini era già presente nella riflessione di cfr. E. BETTINELLI, *Note sull'iniziativa legislativa popolare*, in *Il Politico*, 1970, 607 ss. In realtà, già la Costituzione della seconda Repubblica, nel 1931, dedicava spazio a tale istituto, prevedendo, all'art. 66 (disposizione disciplinante anche l'iniziativa popolare in senso proprio), che il popolo avrebbe potuto esercitare il diritto di iniziativa presentando dinanzi alle *Cortes* una proposta di legge (*proposición de ley*), firmata da una quota pari ad almeno il quindici per cento degli elettori, senza individuare alcun limite di materia (limiti che, al contrario erano stabiliti per l'ipotesi di *popular initiative* ed individuati nella Costituzione, nelle sue leggi attuative, in quelle di ratifica dei Trattati internazionali di cui alla Società delle Nazioni, negli Statuti regionali e, infine, nelle leggi tributarie. In argomento cfr. M. Á.

L'art. 87, terzo comma, della Costituzione del 1978, nel disciplinarne gli aspetti procedimentali, adotta una prospettiva radicalmente differente rispetto a quella caratterizzante la scelta compiuta dal Costituente spagnolo nel 1931, all'epoca della II Repubblica, prevedendo che il compito di regolare le concrete modalità di esercizio e di individuare i requisiti necessari o utili alla presentazione di proposte di legge di iniziativa popolare sia affidato ad un'apposita legge organica[3].

La disposizione costituzionale richiamata prevede, in ogni caso, che la richiesta sia corredata da almeno 500.000 firme valide e che l'iniziativa non possa avere luogo qualora abbia ad oggetto materie riservate dalla Costituzione alla legislazione organica statale (ovvero quella tributaria o internazionale) e, infine, che non possa riguardare la concessione della grazia, prerogativa, quest'ultima spettante al Re in forza di quanto disposto dall'art. 62 Cost.[4].

Fernández Ferrero, *La iniciativa legislativa popular*, Madrid, 2001, 33 ss.; sul punto cfr. anche P. Biglino Campos, *La iniciativa legislativa popular en el ordenamiento jurídico español*, in *Revista española de derecho constitucional*, 19, 1987; nonchè R. Punset, *Iniciativa popular y fase introductoria del procedimento legislativo*, in *Revista de Estudios politicos*, 22, 1981. La definizione dell'iniziativa popolare delle leggi quale strumento di democrazia *semi–diretta* si deve a J. Perez Royo, *Curso de Derecho constitucional*, Barcelona. 1998, 396. Sul valore della partecipazione politica nell'ordinamento costituzionale spagnolo (anche in riferimento alla dimensione comunitaria) cfr. da ultimo B. Esparza – Martínez, *Participación política como valor y principio democratico en la Constitución de la Unión europea y en la Constitución de Espana*, in M. Carrillo – H. Lopez Bofill, *La Constitucion europea. Actas del III Congreso de la Asociacion de constitucionalistas de Espana*, Valencia, 2006, 325 ss., nonché M. Ramirez, *La participación poíitica*, Madrid, 1985. Si ricorda che ai sensi dell'art. 23, primo comma, della Costituzione spagnola del 1978, i cittadini hanno il diritto di partecipare alla gestione pubblica direttamente e per mezzo di rappresentanti, liberamente eletti in elezioni periodiche a suffragio universale, disposizione considerata dalla dottrina come architrave dell'ordinamento democratico dello Stato e, dal *Trbunal constitucional*, nella sentenza n. 119 del 1995, come riconoscimento costituzionale del diritto di partecipazione politica diretta, dizione inclusiva del diritto di iniziativa legislativa popolare, cfr. J.A. Santamaría Pastor, *Art. 23*, in F. Garrido Falla (a cura di), *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 2001, 510 ss.

[2] Cfr J.A. Santamaría Pastor, *Art. 87*, in F. Garrido Falla (a cura di), *Comentarios a la Constitución…cit.*, 1390 ss.

[3] Cfr. M. J. Larios Paterna, *La participación ciudadana en la elaboración de la ley…cit.*, 208; V. Cuesta López, *Participación directa e iniciativa legislativa del ciudadano en democracia constitucional*, Cizur Menor (Navarra), 2008, spec. 65 ss..

[4] A fini di chiarezza si ritiene opportuno riportare la disposizione di cui all'art. 87, co. 3 della Costituzione spagnola del 1978: "Una ley orgánica regulará las formas de ejercicio y requisitos de la iniziativa popular para la presentación de proposiciones de ley. En todo caso se exigirán no menos de 500.000 firmas acreditadas. No procederá dicha iniziativa en materias propias de ley orgánica, tributarias o de carácter internacional, ni en lo relativo a la prerrogativa de gracia". La disposizione costituzionale ha trovato un concreto riscontro nei regolamenti del *Congreso* (artt– 108–109; 126–127) e del *Senado* (art. 104). Sulla differenza tra ini-

Come agevolmente rilevabile, dunque, il Costituente, pur non intendendo privare i cittadini della possibilità di presentare formalmente proposte di legge alle Camere, ha inteso disciplinare l'istituto in senso fortemente limitativo (come conferma l'alto numero di sottoscrizioni richieste ai fini della presentabilità).

La scelta conferma la consueta diffidenza del legislatore e la conseguente ambivalenza delle scelte normative preordinate al suo utilizzo; condizione che, come si è detto, ne ha caratterizzato la sorte in tutti i Paesi che hanno scelto di recepire lo strumento a livello costituzionale e che consegue, tra le altre cose, al più volte segnalato utilizzo improprio della nozione di democrazia diretta[5].

Merita rilevare, inoltre, che delegare ad una legge organica la concreta disciplina delle modalità dei requisiti necessari alla presentazione di formali proposte di legge d'iniziativa popolare, avrebbe potuto significare, in teoria, un ulteriore depotenziamento dell'istituto, la cui effettiva operatività veniva a dipendere da una scelta discrezionale del legislatore statale sia nell'*an* che nel *quantum*.

La decisione di adottare la legge organica n. 3 del 26 marzo 1984 ha in parte smentito tale timore, ed effettivamente la possibilità riconosciuta dall'art.87, terzo comma, della Costituzione, è divenuta concreta[6].

L'unico limite materiale nei confronti del legislatore organico era costituito dalla necessità di rispettare il requisito relativo alle 500.000 firme, indispensabili ai fini dell'ammissibilità della richiesta. Questa condizione è stata, in effetti, rispettata dal legislatore che, sul punto, si è limitato a precisare la corrispondenza tra firme ed elettori, intesi come soggetti in grado di esercitare effettivamente il diritto di elettorato attivo.

I maggiori profili problematici, tuttavia, riguardavano gli aspetti formali e procedurali di una eventuale iniziativa, che sono stati chiaramen-

ziativa, progetto e proposta di legge nell'ordinamento costituzionale spagnolo cfr. A. RUIZ – HUERTA CARBONELL, *Iniciativa legislativa no gubernamental en España*, Madrid, 1998, secondo il quale la differenza tra i diversi termini è da ricercarsi nella loro attitudine a produrre effetti di vincolo in capo alle Camere "[…] mientras que los proyectos vinculan a la Cámara por el mero hecho de ser presentados, las proposiciones necesitan pasar por un debate de vinculación, sin el cual no pueden obligar a la Cámara, ni abrir el procedimento legislativo".

[5] Cfr. M. J. LARIOS PATERNA, *op. cit.,* 208, secondo la quale la scelta di escludere determinate materie lascerebbe ipotizzare che il Costituente abbia pensato all'iniziativa popolare delle leggi come ad uno strumento di democrazia diretta, laddove, al contrario, la completa assenza di effetti giuridici vincolanti riconducibili alla presentazione di un'iniziativa determinerebbe una sua più corretta inserzione nel novero degli strumenti di democrazia partecipativa.

[6] Di "relativa celeridad" a proposito dell'adozione della L.O. n. 3 del 1984 parla M. J. LARIOS PATERNA, *op. cit.,* 211.

te incisi dalla legge organica, la quale, peraltro, va collocata tra gli strumenti idonei a garantire il rispetto di quanto disposto all'art. 9, secondo comma, della Costituzione spagnola. Questa disposizione, infatti, per un verso impegna *tutti* i pubblici poteri a promuovere le condizioni in grado di rendere effettiva la partecipazione politica dei cittadini e dei gruppi nei quali si integrano e si riconoscono, e, per altro, riconosce e garantisce agli stessi il diritto di partecipare direttamente alla vita politica, economica sociale e culturale del Paese.

Per quanto importante, questo risvolto funzionale non pare, tuttavia, essere stato adeguatamente valorizzato dal legislatore, che, nel dare attuazione al dettato costituzionale ha individuato una serie di limiti connessi all'operatività dell'iniziativa affidata al popolo. Essi complessivamente considerati, inducono a ritenere che tale facoltà sia stata intesa più come una sorta di minaccia (ai partiti politici) che come una effettiva risorsa per garantire la la democratizzazione dell'ordinamento[7].

Per ciò che concerne la fase della formulazione dell'iniziativa, la legge organica ha previsto una formale presentazione, presso la Segreteria generale del *Congreso*, di un testo articolato e dotato di *unidad sostantiva*, preceduto da una esposizione delle motivazioni retrostanti la proposta e accompagnato altresì da un documento idoneo a rendere esplicite le ragioni per le quali, a giudizio dei promotori, si renderebbe auspicabile una sua formale traduzione in legge.

In merito al delicato profilo concernente l'ammissibilità delle diverse proposte, la legge organica, poi, affida alla Presidenza del *Congreso* il compito – politicamente poco agevole – di adottare una decisione puntuale circa l'effettivo adempimento dei requisiti formali anteriormente descritti, prevedendo, al riguardo, determinate esplicite cause di inammissibilità, riferibili a diversi parametri.

In tal senso la proposta di legge di iniziativa popolare deve considerarsi inammissibile: *a)* qualora abbia ad oggetto materie escluse ai sensi di quanto disposto dall'articolo 2 della medesima legge organica; *b)* qualora non siano stati rispettati i requisiti previsti dall'articolo 3 della medesima normativa, riferiti cioè alla presentazione della richiesta[8]; *c)* qua-

[7] Nel preambolo della L.O. n. 3/1984 può leggersi, appunto, che l'esercizio dell'iniziativa legislativa popolare sarebbe stato disciplinato in modo da rendere l'istituto compatibile con la funzione attribuita dalla Costituzione ai partiti politici, considerati organi di espressione della volontà popolare e strumenti fondamentali della partecipazione politica.

[8] Al riguardo la disposizione prevede che qualora la *Mesa* del *Congreso* dovesse rilevare un difetto sanabile, si dispone che la relativa comunicazione sia inviata al comitato promotore affinché, nel termine di un mese, possa procedere a sanare il vizio rilevato

lora il progetto riguardi materie tra loro prive del requisito dell'omogeneità; *d)* qualora sia riscontrabile la previa esistenza presso il *Congreso* o presso il Senato di un progetto di legge vertente sul medesimo ambito materiale oggetto della proposta di iniziativa popolare, che versi in uno stato di avanzata discussione parlamentare; *e*) qualora la proposta costituisca riproduzione di altra iniziativa popolare di contenuto identico o sostanzialmente equivalente già presentata durante la legislatura; *f*) qualora si riscontri la previa esistenza di una proposta priva di valore legislativo approvata da una delle due camere vertente su di una materia oggetto dell'iniziativa popolare.

Come osservato dalla dottrina, l'elenco (nutrito) delle cause di inammissibilità risulta di difficile comprensione.

Per alcuni versi, infatti, le disposizioni immesse dalla legge organica paiono superflue, limitandosi a ripetere quanto già affermato dalla medesima normativa in ordine ai requisiti formali di ammissibilità. Per altri, al contrario, esse rivelano significative ambiguità, che si accentuano se si considera il disposto di altre norme costituzionali con esse chiaramente incompatibili[9].

La *ratio* connessa alla scelta, evidentemente, trova una diversa spiegazione.

La tipologia dei limiti formali e materiali pare, infatti, giustificarsi essenzialmente considerando le condizioni politiche che hanno assistito lo sviluppo democratico dell'ordinamento costituzionale spagnolo: il pericolo di involuzioni autoritarie o, ancora populistiche, emerge come principale motivo retrostante la decisione di escludere materie particolarmente delicate dal campo dell'iniziativa popolare, la quale è ammessa *purché* non frustri eccessivamente le prerogative dei partiti politici considerati, dalla Costituzione (art.6) e dalla stessa legge organica, "órganos de manifestación de la voluntad popular e instrumentos fundamentales de la participación política"[10].

Sembra quasi, allora, che il denotato della nozione di partecipazio-

[9] Cfr J.A. Santamaría Pastor, *op. cit*., 1392

[10] I dati statistici riportati dalla dottrina segnalano peraltro, alla stregua di quanto avvenuto nel nostro Paese, una scarsissima fortuna dell'istituto a livello nazionale. Delle venticinque proposte di iniziativa popolare presentate a partire dall'entrata in vigore della Legge organica n. 3/84, solo una è infatti diventata legge, cfr. M. A. Fernandez Ferrero, *op. cit*., 102. L'art. 6 della Costituzione spagnola del 1978 dispone che "Los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la Ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos."

ne sia identificato come una sorta di *vulnus* all'azione dei partiti, che, in verità, sembrano in tal senso rappresentati non solo come organi fondamentali della partecipazione, ma come soggetti *esclusivamente* o comunque *prevalentemente* delegati ad assicurarla nel contesto della forma di governo rappresentativa tipizzante l'ordinamento democratico.

Il valore specificamente politico delle limitazioni connesse all'utilizzo dell'istituto in esame è evidente anche considerando le materie individuate (tributaria, di carattere internazionale,concessione della grazia). L'identificazione formale di limiti, peraltro, qualifica decisamente l'ordinamento spagnolo rispetto a quello italiano, che – come è noto – non contempla alcun limite relativamente all'oggetto dell'iniziativa (salve le consuete ipotesi di iniziativa riservata).

Ulteriori limiti materiali, non formalmente contemplati dall'art.87, terzo comma della Costituzione, sono poi riconducibili al divieto di utilizzo dello strumento in relazione alle legge di bilancio, riservata in via esclusiva all'iniziativa governativa. La stessa legge organica, peraltro, richiama, operando una corretta interpretazione dell'articolo 131 della Costituzione, il limite relativo ai progetti di legge di pianificazione economica, la cui elaborazione è espressamente riferita al Governo[11].

Una specificazione, particolarmente utile in chiave comparata, concerne il divieto di utilizzo dell'istituto in materia di revisione costituzionale.

Al riguardo, infatti, l'art.166 Cost., che ne disciplina in dettaglio il procedimento, sancisce, in relazione alla specifica *fase* dell'iniziativa, che il procedimento sia attivabile ai sensi dell'art. 81, commi 1 e 2, con ciò non lasciando alcuno spazio legittimo per qualsivoglia proposta del popolo (al contrario, è appena il caso di ricordare, di quanto accade nel nostro Paese)[12].

[11] Cfr J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *op. cit*., 1393

[12] Al riguardo, fa rilevare la dottrina, nessuna conseguenza può discendere dal fatto che la legge organica regolativa dell'istituto non menzioni la revisione costituzionale dagli ambiti materiali esclusi dall'oggetto dell'iniziativa, valendo, infatti, pienamente la prescrizione di cui al menzionato articolo 166 che, dunque, rappresenta la base giuridica per consentire di escludere al popolo di fare utilizzo della propria facoltà di proposta in materia di riforma costituzionale, cfr J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *op. cit*., 1391 Questa condizione, tra le altre cose, differenzia ulteriormente il caso spagnolo rispetto a quello italiano che, come può desumersi dalla stessa legge 352/70, non prevede alcun limite rispetto alla possibilità che l'iniziativa legislativa popolare ex art. 71, secondo comma, Cost. si eserciti in materia costituzionale. Negli ultimi anni, peraltro, non sono mancate proposte di modifica della Costituzione di derivazione popolare cfr. ad es.XIV legislatura – Cam. 14 – Proposta di legge costituzionale d'iniziativa popolare recante "Referendum costituente per l'istituzione del Parlamento della Padania" presentata alla Camera nella XIII legislatura l'8 marzo 2000 (annunziata il 14 marzo 2000) mantenuta all'ordine del giorno ai sensi dell'articolo 107,comma 4,del regolamento ma mai oggetto di discussione.

Si considera opportuno rammentare che i limiti previsti dall'articolo 87, terzo comma Cost. hanno costituito oggetto di ulteriore sviulppo da parte della giurisprudenza costituzionale. Il *Tribunal constitucional*, infatti, si è espresso in due distinte ipotesi riguardanti, rispettivamente, il controllo di ammissibilità della *Mesa* del *Congreso* sui progetti di legge di iniziativa popolare e, appunto, l'impossibilità di farvi ricorso per mettere in moto procedimenti di revisione costituzionale.

Nel primo caso, i giudici costituzionali hanno chiarito che il controllo di competenza di un organo parlamentare come la *Mesa* del Congreso – finalizzato a garantire la legittimità e la stessa legalità delle proposte e che si riverbera nel giudizio di ammissibilità o inammissibilità delle stesse – è pienamente compatibile con la Costituzione, trattandosi di un giudizio di carattere pienamente normativo non ascrivibile al *genus* delle valutazioni politiche o dettate da ragioni di opportunità.

Nel secondo caso, il *Tribunal constitucional* ha espressamente ricordato che la scelta compiuta dal Costituente di riservare la materia della revisione all'iniziativa della Camera, del Senato e degli organi elettivi operanti nelle diverse Comunità Autonome, dipende dalla volontà del Costituente di privilegiare "los mecanismos de democrazia representativa sobre la participación directa"[13].

Ciò nonostante, si registrano alcuni, timidi, segnali di apertura.

In tal senso, infatti, la riforma operata dalla legge organica n. 4 del 2006, sembra caratterizzata dalla volontà di ridurre i principali ostacoli connessi all'utilizzo dello strumento e di introdurre, al contempo, migliorie utili a consentirne una più agevole canalizzazione.

I correttivi, in ogni caso, non sono tali – come espressamente desumibile dalla nuova redazione del preambolo – da inficiare la posizione costituzionale dei partiti politici, ancora e sempre ritenuti strumenti privilegiati della partecipazione politica. Le innovazioni – che non concernono il novero dei limiti di materia – riguardano più che altro alcuni aspetti procedimentali, che vengono adattati al particolare contesto politico–territoriale caratterizzante la nazione spagnola.

La riforma, in particolare, prevede che l'avvio del procedimento di presentazione di una iniziativa legislativa popolare sia di competenza di un comitato promotor, deputato, ai senso della legge, a sottoporre all'Ufficio di presidenza del *Congreso* una proposta articolata preceduta da una esposizione dei motivi.

[13] Cfr. STC n. 76 del 1994.

La *Mesa* è quindi obbligata a procedere ad un previo esame di ammissibilità inerente l'omogeneità del testo presentato (è impedita la presentazione di proposte su materie manifestamente distinte e carenti di omogeneità tra loro; L.O 4/2006, secondo comma, art. *c*.) e la non–sovrapposizione con altre proposte in corso di esame parlamentare o comunque presentate al Parlamento durante la legislatura.

Alcune, rilevanti, innovazioni, concernono il metodo di raccolta delle firme (che può avviarsi solo a seguito di un esperimento positivo del vaglio di ammissibilità).

Allo scopo di rendere aggiornare lo strumento dell'iniziativa popolare delle leggi la riforma prevede, infatti, che le sottoscrizioni possano essere raccolte anche per via elettronica conformemente a quanto stabilito dalla legislazione vigente in materia.

Tale possibilità, come agevolmente percepibile, apre nuovi orizzonti per l'istituto.

Consentire la raccolta informatica delle sottoscrizioni significa, infatti, manifestare la volontà di superare radicalmente tradizionali ostacoli, nonchè incentivare, in via complementare, l'utilizzo di uno strumento per molti anni relegato ai margini dell'attività politica statale, in Spagna, come in Italia[14].

Ulteriore innovazione riguarda la possibilità di adoperare, nella fase della raccolta delle firme nelle diverse Comunità Autonome, lingue diverse dal castigliano: disposizione che si spiega considerando il valore costituzionale del pluralismo linguistico che caratterizza l'ordinamento giuridico spagnolo, oggetto dii tradizionale interesse della dottrina ed in più occasioni ribadito dallo stesso *Tribunal Constitucional*[15]. Il termine ul-

[14] Questa possibilità caratterizza anche l'iniziativa dei cittadini in sede comunitaria, secondo quanto prescrive il Trattato di Lisbona, che, com'è noto, prevede, o meglio conferma, l'introduzione del diritto di iniziativa popolare dei cittadini dell'Unione. Essi, in numero di almeno un milione, qualora abbiano la cittadinanza di un numero significativo di Stati membri, possono ora invitare la Commissione europea, nell'ambito delle sue attribuzioni, a presentare una proposta *appropriata* su materie in merito alle quali ritengono necessario un atto giuridico dell'Unione ai fini dell'attuazione di quanto previsto dai Trattati (art. 8 B Trattato di Lisbona; art. 11, quarto comma – Trattato sul funzionamento dell'Unione europea nella nuova numerazione e denominazione). In merito cfr., specificamente, quanto dispone in ordine alla raccolta online delle sottoscrizioni il Regolamento (UE) n. 211/2011, del Parlamento europeo e del Consiglio, concernente l'iniziativa dei cittadini.

[15] Cfr. M. Alcaraz Ramos, *El pluralismo linguistico en la Constitución española*, Madrid, 1999; J. Vernet i Llobet, *Cultura, derecho linguistico y derecho constitucional*, in F. Balaguer Callejón (a cura di), *Derecho constitucional y cultura: estudios en homenaje a Peter Häberle*, Madrid, 2004, 217 ss..

timo per la raccolta, è inoltre, esteso a nove mesi, prorogabile per ulteriori tre, qualora necessario per motivi di forza maggiore esposti dal Comitato.

Una volta ultimata la fase di raccolta, le firme sono inviate al Comitato elettorale centrale incaricato, ai sensi della legge, del controllo circa l'effettiva iscrizione dei firmatari nei corrispondenti registri elettorali.

È consentita, in questa fase, a garanzia dell'effettività del contraddittorio, la partecipazione di esponenti del comitato promotore, individuato quale interlocutore dell'ufficio elettorale centrale al fine di fornire chiarimenti o giustificazioni in merito alle firme raccolte e presentate.

La volontà di valorizzare lo strumento si desume, poi, ancor più chiaramente, analizzando le innovazioni concernenti il seguito delle iniziative.

La legge organica del 2006 prevede infatti che – una volta conclusosi il procedimento dinanzi all'ufficio elettorale centrale – la *Mesa* del *Congreso* ordini la pubblicazione della proposta, che dovrà essere iscritta all'ordine del giorno dei lavori parlamentari entro il termine (massimo) di sei mesi, affinché in quella sede, ed in conformità a quanto disposto al riguardo dai regolamenti parlamentari, possa procedersi alla sua presa in considerazione[16].

A conferma del plusvalore assiologico connesso alla proposta legislativa derivante dal popolo si segnala che anche in questa fase, a garanzia di un utile (e forse indispensabile) contradditorio, è consentita la partecipazione di un soggetto designato dal Comitato promotore.

Quale segnale di ulteriore, seppr debole, *favor*, anche in Spagna, così come in Italia, la cessazione dei lavori parlamentari causata dallo scioglimento anticipato della Camera o, diversamente, per fine legislatura, non costituisce causa di estinzione dell'iniziativa. Ulteriore disposizione, condizionante la loro effettività, è infine quella riguardante la nuova regolazione del contributo statale alle spese sostenute dal comitato promotore: compartecipazione che, tuttavia, è vincolata alla regolare raccolta delle firme.

[16] Sull' applicabilità dell'istituto della "toma en consideración" alle iniziative provenienti dal popolo, cfr., in senso critico, M. J. LARIOS PATERNA, *op. cit.,* 233 ss. , che segnala come proprio durante questa fase il comitato promotore non possa intervenire a difesa degli interessi retrostanti la proposta. Condizione che riflette "una concepción sumamente restrictiva de la participación ciudadana en los asuntos publicos". E' opportuno segnalare, peraltro, che nel settembre del 2011 il *Congreso* ha per la prima volta preso in considerazione, aprendo la strada alla successiva valutazione parlamentare un'iniziativa popolare, in tema di televisione senza frontiere.

E' appena il caso di ricordare, da ultimo, che tutte le Comunità autonome (a livello statutario e/o legislativo), prevedono e regolano l'esercizio del diritto di iniziativa popolare[17].

Anche a livello sub–statale, peraltro, alla stregua di quanto osservato in relazione al contesto nazionale, l'istituto sconta numerosi limiti formali e materiali, dato che conferma come – nonostante il diritto/potere di iniziativa sia stato utilizzato dai cittadini delle diverse entità regionali in un discreto numero di occasioni – anche a livello decentrato esso sia rappresentato come un rischio da contenere, perché potenzialmente foriero di problemi per l'azione delle forze politiche organizzate e per la stessa stabilità del sistema politico ed istituzionale[18].

[17] Cfr. M. J. Larios Paterna, *op. cit.*, 233 ss;

[18] Cfr. A. rallo Lombarte, *Iniciativa popular, Estado autonomico, y reforma constituzìcional*, in *Revista vasca de administración pública*, 1998, 222; M. A. Fernandez Ferrero, *op. cit.*, 102 che, al riguardo, segnala la richiamata decisione del TC n. 76 del 1994; M. J. Larios Paterna, *op. cit.*, 243 ss.; Sul sistema territoriale spagnolo in ottica comparata cfr. da ultimo, per tutti, E. Griglio, *Principio unitario e policentrismo. Le esperienze italiana e spagnola a confronto*, Padova, 2008.

ALFREDO DURANTE MANGONI*

Giappone: la *"Yakuza"* un anno dopo l'*executive order* di blocco dei beni da parte americana

SINTESI: Vicende e caratteristiche della criminalità organizzata giapponese nota come "Yakuza", oggetto di un Executive Order presidenziale che ne stabilisce il blocco dei beni sotto giurisdizione americana. Conosciuta anche col nome "Boryokudan", la Yakuza ha saputo allargare i suoi orizzonti infiltrandosi nel settore immobiliare, finanziario e in quello delle valute. Atteggiamento dell'opinione pubblica e delle forze dell'ordine. Possibili ragioni per il listing della Yakuza da parte americana. Confronto fra l'Executive Order e le ordinanze delle Autorità giapponesi, in vista di un maggior coinvolgimento del Giappone nella lotta al crimine organizzato transnazionale. Primi casi di applicazione dell'Executive Order. Modesti i riflessi della malavita nipponica sull'attività economica italiana in Giappone e limitatezza dello scambio di informazioni bilaterale. La NPA comunque riconosce l'opportunità di scambiare buone pratiche. Apprezzamento per l'esperienza italiana in tema di sequestro e confisca dei beni.

Ad oltre un anno dall'emanazione dell'Executive Order firmato il 24 luglio 2011 dal Presidente Obama, che include la Yakuza giapponese tra le organizzazioni criminali transnazionali che costituiscono una minaccia per la sicurezza nazionale degli Stati Uniti disponendone il blocco dei beni, si sviluppano di seguito elementi di analisi e valutazione sul fenomeno - poco conosciuto e spesso trascurato - della malavita organizzata nipponica.

1. Col termine 'Yakuza' si intende l'insieme delle organizzazioni criminali presenti sul territorio nazionale e in particolare nella regione di Tokyo e nelle aree occidentali del Paese, che la legge giapponese definisce 'Boryokudan' (gruppi violenti). Il termine peraltro non indica uno specifico sodalizio criminale bensì il fenomeno dell'associazione criminosa in generale, con le implicazioni di cui si dirà più avanti in termini di de-

* *Alfredo DURANTE MANGONI, funzionario diplomatico, ha prestato servizio a Tokyo dall'agosto 2008 al settembre 2012 come ministro consigliere e vice capo missione.* *I contenuti del presente articolo sono frutto di ricerca personale e non impegnano l'Amministrazione di appartenenza.*

signazione e di perseguibilità.

Di antica origine - sin dal periodo di Edo la Yakuza garantiva che la criminalità comune fosse bandita dalle strade - cresciute soprattutto nell'immediato dopoguerra, quando controllavano e gestivano il mercato nero nelle grandi città, le organizzazioni criminali hanno acquisito un peso e un ruolo rilevanti nell'economia giapponese. All'inizio degli anni Sessanta potevano contare su circa 185mila affiliati, sia cittadini giapponesi sia coreani e cinesi di Taiwan residenti in Giappone (nonostante la retorica ufficiale dei Boryokudan che tende a presentarli come difensori della tradizione nazionale).

Dal 1964, anno delle Olimpiadi di Tokyo, il numero degli affiliati si è andato tuttavia progressivamente riducendo in concomitanza con la rapida crescita economica, che ha ridotto la disoccupazione e offerto nuovi e migliori sbocchi occupazionali. Da quel momento si è inoltre sviluppata una più incisiva azione di controllo e repressione da parte delle Autorità di polizia che, incalzate dall'opinione pubblica e dalla stampa, hanno gradualmente abbandonato la politica di 'benign neglect' adottata per pragmatismo e quieto vivere ('collaborazione' nel mantenimento dell'ordine pubblico, nel dopoguerra e poi a fronte dei movimenti di protesta della Sinistra alla fine degli anni Sessanta; 'tolleranza' verso un certo grado di malaffare ritenuto endemico ancora oggi) o per opportunismo politico (i vertici delle organizzazioni criminali potevano vantare stretti rapporti con esponenti della classe politica, documentati anche dalla stampa) in linea con i connotati tipici delle relazioni intrattenute dall'establishment nipponico che danno vita a una struttura multilivelli di amicizie e di interessi personali.

Secondo i dati della National Police Agency sull'appartenenza alle diverse organizzazioni, a fine dicembre 2011 operavano in Giappone 21 gruppi criminali ai quali afferivano 78.600 membri (36.000 membri regolari e 42.600 affiliati). Il gruppo principale è lo Yamaguchi-gumi (gruppo Yamaguchi) che ha la propria base nella prefettura di Hyogo (Kobe) e conta circa 15mila membri a pieno titolo e 17mila affiliati, ripartiti in unità e sezioni semiautonome. Fra queste anche la Kodokai, attiva nelle regioni di Nagoya e Tokyo e ritenuta particolarmente violenta. Altre organizzazioni importanti sono la Sumiyoshi-kai (6.100 membri) e lo Inagawa-kai (4.700), entrambe basate nella Capitale.

Sono dati che confermano la tendenza stabile - seppur modesta - nel calo di influenza di queste organizzazioni, calo che viene ricollegato anche agli effetti positivi delle Ordinanze metropolitane e prefetturali (di cui si dirà meglio più avanti) che avrebbero efficacemente indotto i cittadini a farsi parte attiva nella "resistenza" al crimine organizzato. Ad

un anno dall'entrata in vigore di quella promulgata dal Governo Metropolitano di Tokyo, lo Yomiuri Shinbun nota infatti un sensibile calo della presenza della malavita nei grandi "Matsuri" (festival di cultura e religiosità popolare con ascendenze scintoiste) della Capitale, luoghi dove tradizionalmente è stata pacificamente tollerata dai cittadini.

Le principali attività gestite da tali organizzazioni comprendono sia condotte palesemente illecite (commercio di meta-amfetamine, sfruttamento della prostituzione, gioco d'azzardo, traffico di organi, estorsione, riciclaggio) sia attività che rientrano in una zona grigia al limite della legalità, quali azioni di disturbo nelle assemblee societarie (Kabunushisokai) unitamente a richieste di contributi a sostegno di costose iniziative motivate pretestuosamente e gestite dalla Yakuza (ad es. pubblicazioni) o alla riscossione di crediti al consumo. Alle organizzazioni malavitose si possono ricondurre molte società di copertura (front company) e aziende regolarmente costituite o acquisite che operano in diversi settori, anche perfettamente legali, dell'economia: da quello delle costruzioni a quello dei trasporti, dal turismo al mondo dello 'showbiz' e dello spettacolo, dal settore immobiliare ai servizi finanziari. Alcune di queste società sono quotate nelle sezioni secondarie delle Borse di Tokyo e Osaka.

Mentre il numero dei fatti di sangue (o, in generale, degli episodi di violenza) è rimasto relativamente elevato fino al 1970 - quando l'economia giapponese era in rapida espansione - per poi costantemente diminuire, nella seconda metà degli anni Ottanta, ovvero ai tempi della bolla finanziaria e immobiliare che ha seguito gli accordi del Plaza, le organizzazioni hanno realizzato consistenti guadagni, profittando dell'ingente liquidità del sistema. Utilizzando vari strumenti di pressione psicologica e fisica, hanno condotto operazioni altamente speculative in ambito immobiliare e finanziario. E risale a quegli anni la penetrazione delle organizzazioni criminali giapponesi all'estero e negli Stati Uniti, in particolare.

Dal 1992, dopo l'approvazione della legge per la prevenzione delle attività dei Boryokudan, le Autorità di polizia e la FSA (Autorità per i Servizi Finanziari, ente di vigilanza preposto al controllo e alla regolamentazione dei mercati) hanno intensificato la pressione sulla Yakuza. Per tre volte, nel 2004 nel 2009 e alla fine del 2011, la FSA ha comminato sanzioni alla filiale giapponese di Citibank per aver favorito attività di riciclaggio da parte di gruppi criminali. Sequestri di fondi di proprietà di dirigenti della Yakuza sono stati effettuati anche dalle Autorità statunitensi che in questo modo hanno dato la prima applicazione concreta alle disposizioni dell'Executive Order, come si dirà meglio più avanti.

A fronte dell'offensiva dei tutori dell'ordine, le organizzazioni malavitose hanno risposto diversificando le attività criminali in settori nuo-

vi: dallo smaltimento dei rifiuti industriali alla gestione dell'offerta di lavoro interinale; dalle attività virtuali (gioco d'azzardo) alla intermediazione di titoli azionari e all'insider trading, dalla gestione di fondi d'investimento sino all'offerta di servizi per la sicurezza e la protezione delle persone. Nel 2003 la Yakuza ha profittato della forte espansione del credito al consumo, trasferendo i relativi guadagni in conti correnti presso banche svizzere e americane (nel primo caso, 3 miliardi di Yen sono stati sequestrati e restituiti alle Autorita' nipponiche; nel secondo l'Amministrazione americana ha sequestrato 600mila dollari).

Da ultimo, la Yakuza si è prontamente inserita nel variegato scenario delle esigenze aperte dalla triplice catastrofe dell'11 marzo 2011, assicurando una fetta consistente dei generi di prima necessità per le popolazioni sfollate del Tohoku e inserendosi nel business dello smaltimento delle macerie provocate dallo tsunami.

In generale, però, la deflazione degli ultimi anni sta creando seri problemi ai gruppi criminali. La stampa e i ricercatori che si occupano di Yakuza - tra questi il saggista Atsushi Mizoguchi, che ha subito ripetuti attacchi per i suoi libri di denuncia e che abbiamo ascoltato in una conferenza al Foreign Correspondents' Club di Tokyo - riferiscono delle difficoltà che incontrano molti giovani affiliati nel procurarsi il reddito necessario a coprire la quota associativa (kaihi) che sono tenuti a versare all'organizzazione. Si tratta di importi considerevoli, stimati in 800mila yen (8mila euro) al mese per un semplice affiliato e in 1.100mila yen (11mila euro) nel caso di un livello intermedio. Questo peculiare sistema di finanziamento, al quale si deve aggiungere una serie di acquisti coatti e di corvées obbligatorie, porta ad una sempre più accentuata polarizzazione interna con, da un lato, i vertici dei Boryokudan che dispongono di ingenti risorse e, dall'altro, la manovalanza che stenta a reperire la liquidità necessaria per rimanere nell'organizzazione.

Sotto un diverso profilo, Mizoguchi ha offerto uno spunto di riflessione collegato all'iniziativa americana di promuovere un'area di libero scambio in Asia Pacifico (Trans Pacific Partnership) osservando che la Yakuza rappresenta un ostacolo allo sviluppo degli affari nei settori di maggiore interesse americano (ha citato l'edilizia, l'immobiliare, i servizi finanziari, lo spettacolo e l'entertainment in generale). E in effetti risulta del tutto plausibile ricondurre alla Yakuza fenomeni di infiltrazione in primarie società giapponesi o di insider trading, alla luce di consolidati canoni di comportamento che talvolta vedono i quadri delle grandi securities cedere alle pressioni degli Yakuza tese ad acquisire informazioni confidenziali prima del collocamento azionario. La frequenza dei casi di insider trading registrati nei mesi scorsi è davvero indicativa (No-

mura, Nikko Securities, AIJ) e svela un vasto quadro di vicende societarie nel settore dell'intermediazione finanziaria dai contorni poco chiari; per non parlare delle ombre che caratterizzano lo scandalo Olympus, il gruppo manifatturiero di attrezzature ospedaliere e apparecchiature fotografiche che ha perso centinaia di miliardi di yen in transazioni finanziarie internazionali ancora oscure.

Quanto al settore dello spettacolo, è emblematico il caso emerso nell'agosto 2011 del noto comico e presentatore televisivo, Shinsuke Shimada il quale, accusato di collusioni con la Yakuza - oggetto di personale ammissione - ha dovuto improvvisamente interrompere la sua attività televisiva in seguito al sequestro di 4 miliardi di Yen sui propri conti presso Citibank, che le Autorità statunitensi ritengono frutto di riciclaggio di denaro sporco.

2. A conferma di un generale atteggiamento verso la Yakuza che sta lentamente mutando presso la classe politica, la burocrazia e l'opinione pubblica, vanno registrati un paio di sviluppi normativi di rilievo.

Il primo riguarda l'adozione nel 2009 di un'ordinanza prefetturale nella regione di Saga (Kyushu) che ha decretato l'espulsione dal territorio della Prefettura di affiliati all'organizzazione malavitosa. L'ordinanza colpisce anche i soci e le stesse frequentazioni del malavitoso. Da allora sono state emanate analoghe ordinanze in tutte le 47 Prefetture giapponesi (corrispondenti alle nostre Regioni) allo scopo di isolare i membri della Yakuza attraverso divieti alle società di intrattenere relazioni commerciali con essi, anche se non si ricade in fattispecie illecite. L'ordinanza adottata nella primavera 2011 dal Governo Metropolitano di Tokyo prevede anche misure volte a scoraggiare l'affiliazione dei giovani. Le ordinanze inoltre richiedono che i contratti di diritto civile riportino una clausola sostanzialmente corrispondente alla dichiarazione antimafia del nostro ordinamento; tuttavia l'inadempienza dell'obbligo di inserirla nei contratti non è sanzionata. La polizia giapponese si limita ad inviare raccomandazioni alle società, incluse le societa finanziarie e le aziende quotate, affinchè rompano i legami con i Boryokudan a pena di riflessi pubblici di tali legami e pregiudizio per la loro reputazione.

In secondo luogo, va menzionata l'ordinanza metropolitana (Tokyo) dell'ottobre 2011 che stabilisce l'illiceità della condivisione dei profitti con la Yakuza e del versamento del 'pizzo'. Ogni società, giapponese o straniera, che versa somme alle organizzazioni criminali rischia di essere sottoposta a un procedimento che parte dalla censura per giungere all'incriminazione. Analoghe ordinanze prefetturali, uniformi nelle finalità, si differenziano in qualche modo nei contenuti per adeguarsi alle moltepli-

ci situazioni locali. Si tratta di uno sviluppo rilevante anche per il fluido e spesso opaco mondo delle società giapponesi.

Questi sviluppi possono leggersi, secondo Mizoguchi, come il passaggio da una prima fase di confronto diretto fra polizia e Boryokudan ad un'altra in cui le forze dell'ordine coinvolgono l'opinione pubblica ed i soggetti economici nella lotta contro la malavita organizzata nel tentativo di creare attorno ad essa un cordone sanitario che la isoli dal contesto sociale e la privi del terreno su cui prosperare. Nella consapevolezza che il privato cittadino non sempre si sente in grado - anche laddove lo desideri - di fronteggiare la malavita organizzata temendone le ritorsioni, nel febbraio 2012 il Governo ha approvato un emendamento alla legge del 1992 che introduce la possibilità, oggi inesistente, che i centri pubblici di lotta alla malavita organizzata, debitamente riconosciuti dalle Autorità prefetturali, ricorrano al giudice, in luogo del cittadino stesso, per impedire che un'organizzazione criminale insedi i propri uffici in locali attigui alle abitazioni o ai luoghi di lavoro dei cittadini. L'emendamento, (ddl N. 46) approvato in via definitiva il 20 giugno 2012 durante la sessione ordinaria della Dieta (con approvazione al Senato conclusiva dell'iter parlamentare) e promulgato il primo agosto successivo, oltre a prevedere pene maggiori, permetterà alla polizia di designare più facilmente come organizzazione malavitosa il gruppo criminale che comporti pericoli per i cittadini, agevolandone il compito di intervenire più efficacemente nella repressione.

Resta in capo ai privati e alle imprese, ha osservato Mizoguchi, l'onere di provare di non essere membri della Yakuza o conniventi con essa.

A parere di altri osservatori, sarebbe questo il momento migliore per assestare un colpo decisivo alle organizzazioni criminali. Servirebbe però una legge sulla designazione dei Boryokudan che ne proibisca la costituzione e permetta la confisca dei beni dei suoi vertici, favorendo nel contempo il reinserimento nella società dei membri del sodalizio. Ma per ora la legge giapponese si limita a sanzionare le attività illegali di gruppi malavitosi ritenuti ancor oggi un male tutto sommato necessario, senza disconoscerne il diritto all'esistenza. Secondo Jake Adelstein, giornalista investigativo americano che ha vissuto sotto copertura infiltrato in un gruppo Yakuza ed autore del volume 'Tokyo Vice' (non ancora tradotto in giapponese, reperibile in Italia per i tipi di Einaudi) la tradizionale tolleranza del corpo sociale giapponese (forze dell'ordine incluse) verso le organizzazioni criminali e la Yakuza in particolare va messa in relazione con la forte aderenza al principio della libertà di associazione e del rispetto della privacy, profondamente rispettati in Giappone.

3. Abbiamo cercato di approfondire, con alterno successo, i motivi che possono aver indotto il Dipartimento del Tesoro USA ad includere la Yakuza nella lista delle organizzazioni criminose soggette al blocco dei beni. Mentre l'Ambasciata americana a Tokyo non ha potuto fornirci elementi apprezzabili, l'ufficio del Boryokudan Taisaku-ka (divisione per le contromisure verso B.) del Dipartimento di Polizia criminale ha declinato due volte la richiesta di incontro. Alla nostra richiesta di dati e informazioni sulle attività dei Boryokudan all'estero, segnatamente in territorio americano, ci è stato risposto che non si disponeva di documenti specifici al riguardo.

E' stato in ogni caso possibile acquisire informazioni da varie fonti, in particolare da ambienti forensi e dalla stampa specializzata, in occasione sia di incontri bilaterali che di dichiarazioni rese in pubblico.

Secondo le informazioni raccolte, la Yakuza si è infiltrata alle Hawaii, a Saipan e sulla costa californiana negli anni Settanta e Ottanta, controllando il 90% del traffico di droga sull'arcipelago hawaiano ma anche numerose attivita' economiche lecite. In seguito la sua presenza si sarebbe nettamente ridimensionata, laddove uno degli aspetti che riveste attualmente maggiore preoccupazione da parte americana sarebbe la consistente presenza della Yakuza sul mercato delle valute. Adelstein ha stimato che il 20% di tutte le operazioni in cui sono scambiati Yen sarebbero gestite da tali organizzazioni. Basti pensare al volume degli scambi in valuta per la terza economia mondiale e al ruolo dello Yen nelle transazioni finanziarie per avere un'idea della massa di denaro movimentata dai sodalizi criminali riconducibili alla Yakuza.

Procedendo per deduzione, possiamo affermare che dato un certo sostrato di interessi della Yakuza fuori dal Giappone (negli USA soprattutto e in qualche misura nel Sud-Est asiatico) i relativi trasferimenti monetari non possono prescindere dall'utilizzo di canali bancari necessariamente riconducibili ad istituti creditizi americani o in generale anglosassoni.

La First Bar Association of Japan da noi incontrata - che ha creato un gruppo di lavoro che collabora con l'American Bar Association, l'Ambasciata e la Camera di Commercio americana in Giappone, la Federazione bancaria giapponese e la polizia locale - ci ha fornito indicazioni sull'impatto dell'Executive Order in Giappone. Il provvedimento dell'Amministrazione americana è intervenuto su un terreno dove prevale un approccio formalistico e dove scarso è il coordinamento fra le Amministrazioni giapponesi. Esso avrebbe inizialmente causato grande confusione e frustrazione fra le Autorità competenti, che si interrogavano sui motivi di tanta attenzione dall'estero verso un fenomeno di natura prettamente domestica. Nei mesi successivi all'adozione dell'Executive Order, anche gli Stati Uniti hanno compreso che occorreva la collaborazione del-

la polizia giapponese, dal momento che un approccio unilaterale e formalistico sarebbe risultato anche sterile. E' stato pertanto istituito un gruppo di lavoro del Dipartimento del Tesoro che ha visitato il Giappone più volte per avviare la collaborazione con le istituzioni locali (e per procedere ad alcune audizioni fra cui quelle dei responsabili di Citibank).

La First Bar Association ha quindi cercato di comprendere la diversa efficacia dell'Executive Order presidenziale e dell'ordinanza metropolitana di Tokyo contro la malavita organizzata, nel tentativo - tutt'altro che agevole - di formulare una serie di indicazioni operative per le società giapponesi in termini di compliance e due diligence.

Ne emerge una significativa differenza fra i due dispositivi, alla luce di sanzioni civili e penali ben più severe dell'Executive Order e di obblighi ben più gravosi che esso impone alle aziende, tenute a congelare o sequestrare i beni della (sospetta) malavita, mentre l'ordinanza richiede essenzialmente di astenersi dal concludere transazioni commerciali e finanziarie. Inoltre, l'effetto retroattivo dell'Executive Order impone obblighi anche nei confronti di controparti con cui le aziende hanno già siglato un contratto al quale dovrebbero ottemperare. Secondo l'avv. Daisuke Takahashi, coordinatore del gruppo di lavoro della First Bar Association, l'Executive Order può assumere una portata teoricamente assai vasta - ancorché indistinta nella pratica - dal momento che designa la malavita organizzata giapponese con nomi comuni generici (Yakuza, Boryokudan, Gokudo) il che sarebbe privo di rilievo pratico al fine dell'identificazione effettiva degli individui i cui beni andrebbero sequestrati. Anche alcuni nomi propri di notorie organizzazioni malavitose (Yamaguchi e Inagawa, peraltro assenti dalla lista originaria contenuta nell'Executive Order) sono talmente diffusi da non costituire un indicatore efficace, senza contare le difficoltà aggiuntive derivanti dalla traslitterazione dei nomi dall'ideogramma originale (kanji) ai caratteri latini (romaji).

La ricerca compiuta dal predetto gruppo di lavoro ha condotto alla pubblicazione di un compendio indirizzato alle persone giuridiche giapponesi, di cui si sintetizzano gli aspetti principali, a partire dalla considerazione che l'iniziativa americana comporta un notevole onere amministrativo in capo alle società e alle istituzioni finanziarie.

Tutte le aziende giapponesi che intrattengono rapporti d'affari con persone fisiche e giuridiche statunitensi e con le loro filiali all'estero o detengono patrimoni negli USA sono coinvolte dall'Executive Order: nella nozione 'patrimonio detenuto negli Stati Uniti' rientrano anche i trasferimenti di denaro che passino direttamente o indirettamente attraverso istituti finanziari statunitensi anche quando abbiano origine e siano destinati a Paesi diversi dagli USA. Il nostro interlocutore considera plausibile che,

in ragione delle verifiche che così si impongono, i bonifici bancari incorrano in ritardi di 1-2 settimane o vengano interrotti del tutto laddove non sia prestata collaborazione nell'effettuare gli accertamenti contemplati. Egli pertanto ritiene che per una società giapponese sussista il rischio diffuso del mancato rispetto dei termini di pagamento contro la propria volontà.

I legali giapponesi quindi incoraggiano vivamente le società ad attenersi scrupolosamente al principio della due diligence, in concreto di verificare attentamente con le controparti che queste non siano inserite nella lista prevista dall'Executive Order e di porsi in grado di comprovare il corretto assolvimento di tale compito. Nel caso insorgano dubbi sull'identità di una controparte, le aziende sono invitate ad accertarla con le banche sulla base della normativa per combattere il riciclaggio del denaro sporco e i finanziamenti al terrorismo.

In alternativa, viene suggerito di rivolgersi alla polizia giapponese per ottenere informazioni sulla controparte. La polizia però opera sulla base delle ordinanze metropolitane e i dati a sua disposizione potrebbero rivelarsi insufficienti dal punto di vista degli obblighi contemplati dall'Executive Order.

Nel ribadire l'ampia portata teorica dell'Executive Order, i nostri interlocutori hanno sottolineato l'opportunità che il tema della due diligence venga studiato più a fondo e che USA e Giappone negozino per definire più concretamente gli standard di compliance, intensifichino la condivisione di dati ed informazioni sugli Yakuza e sviluppino il dialogo senza circoscriverlo ai Governi ma coinvolgendo anche il settore privato.

In tale contesto, ci è stato fatto notare, le ordinanze prefetturali o metropolitane, laddove ingiungono di astenersi dal concludere transazioni con le organizzazioni malavitose, in un certo senso contrastano con la finalità dell'Executive Order che è quella di sequestrarne i beni. L'approccio di base dei due dispositivi è infatti diverso: le ordinanze hanno come obiettivo di isolare la criminalità organizzata dal contesto sociale, quasi a voler propiziarne una progressiva estinzione naturale, mentre l'Executive Order sanziona severamente comportamenti qualificati come illegali dall'ordinamento statunitense.

Sotto il profilo giuridico le prime vengono essenzialmente considerate norme preventive (ex-ante regulations) il secondo una sanzione a posteriori (ex-post sanction) ma gli esperti vi intravedono nondimeno effetti sinergici sulla base dell'obiettivo finale di giungere al prosciugamento delle risorse finanziarie della malavita organizzata e si augurano una maggiore cooperazione fra i due Governi per la ottimale attuazione dei due regimi. Tali effetti sinergici si manifestano meglio laddove le società si premuniscono degli strumenti per ottemperare alle ordinanze metropolita-

ne che si riveleranno utili anche per far parzialmente fronte agli adempimenti imposti dall'Executive Order, specie per quanto concerne gli accertamenti da farsi sulle controparti nelle transazioni commerciali.

In un contesto di maggiore sinergia e cooperazione pratica fra le Autorità dei due Paesi, è maturato nel febbraio 2012 il primo caso concreto di applicazione dell'Executive Order che ha comportato il sequestro dei beni posseduti negli Stati Uniti da Ken-ichi Shinoda e da Kiyoshi Takayama, numero uno e numero due della cosca Yamaguchi. In questo modo l'Executive Order mostra di poter superare gli ostacoli formali e definitori per dispiegare incisività nell'azione di contrasto. I prossimi passi nell'applicazione del provvedimento potranno confermarlo.

Per concludere sull'impatto di questo strumento sul sistema giapponese e sul rapporto fra l'Executive Order e le normative locali, si può osservare che il fenomeno della Yakuza mette a nudo le difficoltà - e qualche reticenza - nell'affrontare e gestire la criminalità organizzata da parte del sistema istituzionale, economico e sociale giapponese. Si possono spiegare così anche gli ampi margini di miglioramento del Giappone nell'assicurare trasparenza nelle transazioni finanziarie, nell'approntare garanzie e sanzioni più robuste per i comportamenti aziendali illeciti e nel lottare contro la corruzione, nel favorire lo sviluppo di una corporate governance che risulta ancora troppo spesso opaca, secondo le raccomandazioni contenute nei rapporti Paese del GAFI (quello relativo al 2011 riporta il giudizio aggiornato sul Giappone nell'ambito della Mutual Evaluation, secondo cui Tokyo è in parte o del tutto inadempiente con riferimento a 25 raccomandazioni). In questo quadro l'iniziativa americana del luglio 2011 può rappresentare l'avvio di un engagement verso il Giappone in grado di stimolarne un impegno maggiormente convinto, sia a livello internazionale che interno, nella lotta al crimine organizzato transnazionale.

4. Ai redattori di 'Shukan Jitsuwa', settimanale noto per i servizi di stampo investigativo, abbiamo chiesto una valutazione sull'esistenza di rischi di infiltrazioni malavitose per le principali attività economiche italiane in Giappone, tipicamente la ristorazione e la moda, ed il loro indotto. Solo il primo comparto teoricamente costituisce un terreno di penetrazione relativamente agevole per le organizzazioni criminali (anche perchè i soci d'affari italiani sono imprenditori individuali più facilmente ricattabili), un fenomeno che viene invece escluso nel caso della moda. I membri della Yakuza amerebbero peraltro vestire capi delle griffes di maggior lusso, caratterizzandosi piuttosto come clienti della moda italiana in Giappone.

Non ha dato adito a preoccupazioni specifiche in questo senso neppure un riferimento più generico alla collaborazione fra la polizia giapponese e quella italiana che abbiamo raccolto dal direttore generale per la Cooperazione internazionale di polizia Shirakawa: questi ha osservato che lo scambio di informazioni è molto limitato, tale da non richiedere - a suo avviso - una maggiore strutturazione dei rapporti bilaterali in questo ambito. Diverso è il caso, ha aggiunto Shirakawa, della lotta al terrorismo che costituisce una comune preoccupazione. Egli ha peraltro manifestato interesse per l'esperienza italiana in tema di sequestro e confisca dei beni appartenenti al crimine organizzato, un settore nel quale da parte italiana si potrebbero presentare interessanti best practices (analogo interesse ci è stato espresso dagli ambienti forensi). Il nostro interlocutore ha espresso inoltre un giudizio positivo sull'accordo di assistenza e cooperazione giudiziaria fra l'UE e il Giappone, recentemente entrato in vigore, che presenta notevoli potenzialità e sta funzionando ottimamente, anche se con l'Italia non risultano casi d'applicazione di qualche rilievo.

5. A conclusione di questa indagine, si possono fare un paio di commenti.

Osservando, da un lato, il regime giuridico giapponese per il contrasto alla criminalità nota come Yakuza/Boryokudan, sembrerebbe preferibile avere una legge nazionale di applicazione generale piuttosto che fonti di rango secondario come le ordinanze prefetturali. Dall'altro, resta il dubbio se il progressivo irrigidimento della normativa anticrimine sia piuttosto l'effetto di una spinta o pressione dall'esterno ('gaiatsu') anzichè una scelta consapevole della società giapponese. Le radici della Yakuza appaiono troppo profonde nel corpo sociale per pensare che l'organizzazione possa essere liquidata completamente in un orizzonte temporale ravvicinato.

Infine va notato che a differenza di numerose organizzazioni criminali operanti in altri Paesi, i gruppi della Yakuza non sono mai stati in conflitto aperto con lo Stato giapponese. Mettendo raramente in pericolo la vita dei cittadini, essi restano ancora tollerati nel corpo sociale, anche se meno di decenni orsono. Regnano su una zona grigia della società contribuendo, attraverso arbitraggi nei corridoi, al funzionamento globale del sistema politico-affaristico. La prosperità del Giappone e l'enorme liquidità in circolazione, associata all'amoralità di una nuova generazione di cacciatori d'affari pressati dalla concorrenza, hanno favorito questo ruolo di mediatore sociale della malavita.

MASSIMO FABIANI

La questione "fattibilità" del concordato preventivo tra lemmi isolati e novità legislative

SOMMARIO: 1. Il termine "fattibilità". - 2. Il sorgere della questione e l'attestazione. - 3. Il potere del giudice secondo il diritto positivo in fase di ammissione. - 4. La tesi che rivaluta il ruolo del tribunale. - 5. Fattibilità e revoca del concordato. - 6. La prognosi di fattibilità nel giudizio di omologazione. - 7. Il nuovo assetto normativo e le ricadute sistematiche.

1. *Il termine "fattibilità"*

Nella vigente legge fallimentare la parola "fattibilità" compare, per quanto qui interessa[1], una sola volta e cioè nell'art. 161 l.fall. a proposito del fatto che un professionista deve attestare, in una relazione, che il piano è fattibile.

I cultori delle banche-dati, incrociando i lemmi giusti, con assoluta semplicità possono avvertire che sino al 2005 la parola "fattibilità" non compariva nelle migliaia e migliaia di massime estratte dalla Voce di uno dei più diffusi Repertori di giurisprudenza. Per quanto consta il primo provvedimento nella cui massima compare il termine è un decreto del Tribunale di Sulmona[2]. Possiamo allora già trarre una prima conclusione e cioè che sino alla riforma del concordato introdotta col d.l. 35/2005 una questione di fattibilità del concordato preventivo non si poneva proprio[3]. Ad analoghe conclusioni si giunge guardando allo stato della letteratura.

Se, invece, la curiosità si spinge a ritroso ecco che il termine (omogeneo) "inattuabilità" compare nell'art. 6 del d.d.l. di iniziativa parlamentare a firma Fassino e altri presentato nel corso della XIV legislatura. In quel caso si precisava che il tribunale avrebbe dovuto dichiarare inammissibile la domanda ove "manifestamente inattuabile".

Nello stesso periodo il Governo aveva insediato una Commissione ministeriale col compito di redigere uno schema di disegno di legge

[1] Il termine è utilizzato anche nell'art. 67, 3° co., lett. d) l.fall., a proposito del piano attestato di risanamento dopo la l. 134/2012.

[2] Trib. Sulmona, 6 giugno 2005, in "Fallimento", 2005, p. 93.

[3] V. in luogo di altri, G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 2011, p. 162.

delega; orbene, all'art. 4 di quel disegno, si diceva che il commissario giudiziale era tenuto a presentare entro breve termine una relazione sulla fattibilità del piano. Nella stessa disposizione si prevedeva che in ogni momento il tribunale potesse far cessare la procedura ove il piano risultasse non attuabile.

Nel disegno di legge redatto da una Seconda Commissione ministeriale (questa volta un d.d.l. di legge ordinaria) all'art. 23 si stabiliva potesse cessare la procedura quando il tribunale avesse rilevato che il piano non poteva essere attuato; mentre all'art. 28 si prevedeva che in sede di giudizio di omologazione la questione dell'attuabilità del piano potesse essere dedotta in presenza di opposizioni di creditori almeno pari al dieci per cento o di relazione sfavorevole del commissario giudiziale[4].

Orbene, balza, subito, all'evidenza che negli artt. 160-186 (ora 186 *bis*) l.fall., tutto ciò non è affatto preso in considerazione dal legislatore che si limita a stabilire che la fattibilità del piano è "certificata" dal professionista attestatore secondo quanto disposto nell'art. 161 l.fall.

Questo a me pare un primo tassello per smontare la critica di chi assume che l'esclusione del giudizio di fattibilità sarebbe frutto di mero ideologismo.

2. *Il sorgere della questione e l'attestazione*

V'è da chiedersi, allora, da dove nasca la problematica.

In uno dei primi contributi[5] si assumeva che l'attestazione ‹‹ si risolve allora in una formulazione di motivata idoneità del piano al raggiungimento dei risultati esposti dal debitore. Così, condivisibilmente, si è optato perché sotto il profilo della ricostruibilità dell'iter logico dell'argomentazione che sorregge l'attestazione di fattibilità [...] il ricorso deve essere dichiarato inammissibile quando la relazione non soddisfa questo requisito, cioè un piano fattibile››.

In questa frase, se si vuole, è contenuto il virus che ha condotto al proliferare di decisioni sul tema. Si è, cioè, spostato l'asse dalla relazione del professionista (sulla fattibilità) al giudizio del tribunale (sulla fattibilità).

I due piani, per quanto confinanti, non possono essere resi omogenei. Infatti, un conto è affermare che il vizio risiede nella relazione ed al-

[4] Di tutti questi atti vi è traccia nel volume A.JORIO-S.FORTUNATO, *La riforma delle procedure concorsuali*, Milano, 2004.

[5] M. FERRO, *Stato di crisi, relazione di fattibilità del piano e sindacato del giudice nel concordato preventivo*, in "Foro it.", 2006, I, p. 919.

tro conto è affermare che il vizio si trova nel ricorso che contiene la proposta e il piano.

Per apprezzare questa distinzione occorre ricordare che la relazione attestativa del professionista ha per oggetto la valutazione di fattibilità del *piano* e non della proposta[6]. La proposta in quanto contiene un'obbligazione può essere, o no, adempiuta (la proposta di concordato, come una qualunque altra proposta negoziale non è fattibile o infattibile; è una proposta che deve trovare il consenso di un'altra parte); il piano e cioè il mezzo di attuazione della proposta deve invece essere fattibile (una conferma postuma la si trova nella nuova formulazione dell'art. 161 l.fall.). Ma la valutazione sulla fattibilità operata dal professionista è fatta in funzione dei creditori e cioè allo scopo di informarli sulle probabilità di adempimento della proposta; la fattibilità del piano che regge la proposta va vagliata da chi quella proposta è chiamato ad accettare e l'accettazione compete ai creditori[7]. L'argomento "fattibilità" pertiene, molto da vicino, al tema del consenso informato necessario per valutare la proposta. In una dinamica negoziale il contraente sulla base della conoscenza di una certa realtà accetta o rifiuta una proposta contrattuale; se poi si scopre che la realtà era diversa, e tale diversità deriva da errore, dolo o violenza, il consenso non è stato genuino e il contratto può essere annullato.

Ad una falsa attestazione corrisponde una rappresentazione distorta della realtà ma questo nulla ha a che vedere con la fattibilità, perché un piano può essere fattibile anche se l'attestazione è falsa o gravemente insufficiente.

Intanto consideriamo che dall'interpretazione lessicale dell'art. 162 l.fall., si evince che la declaratoria di inammissibilità è dovuta all'assenza dei presupposti, ma a ben vedere – visto il richiamo che l'art. 162 fa all'art. 161 - il presupposto è chiaramente l'attestazione, non il suo contenuto. Se confrontiamo il nuovo art. 162 l.fall. con la versione precedente notiamo questa differenza. Ma questo argomento non è, obiettivamente, decisivo; decisivo è ragionare sulla funzione della fattibilità che altro non è che una prognosi di adempimento dell'obbligazio-

[6] M.Fabiani, *Per la chiarezza delle idee su proposta, piano e domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità*, in "Fallimento", 2011, p. 172; S. Pacchi, *La valutazione del piano del concordato preventivo: i poteri del tribunale e la relazione del commissario giudiziale*, in "Dir.fall.", 2011, I, p. 97. Oggi la distinzione fra piano e proposta è recepita espressamente dall'art. 161 l.fall.

[7] Perspicue al riguardo appaiono le conclusioni di A. Patti, *La fattibilità del piano nel concordato preventivo tra attestazione dell'esperto e sindacato del tribunale*, in *Fallimento*, 2012, p. 46, ad avviso del quale la fattibilità è un giudizio prognostico sulla realizzabilità del piano in funzione della soddisfazione dei creditori.

ne contenuta nella proposta. E qui è evidente che la *prognosi di adempimento* spetti solo ai creditori, come è dimostrato, qui sì decisivamente, dal fatto che la risoluzione non può più essere disposta d'ufficio[8]. Se fosse vero che il tribunale in ogni momento della procedura può sindacare la fattibilità, dovrebbe poter anche pronunciare la risoluzione quando rilevi che la proposta non può più essere adempiuta: e ciò può fare, invece, solo su richiesta dei creditori perché solo i creditori sono interessati all'adempimento. Se dunque la fattibilità entra nell'area del piano e se il piano attiene alla sfera dell'adempimento, il tribunale non può "aggredire" direttamente la fattibilità, dovendo, invece (e verosimilmente con maggiore incisività di quanto è sinora avvenuto) spostare l'attenzione sul versante dell'attestazione per verificare se l'attestazione sia davvero tale e sia lo strumento adeguato perché i creditori possano essere informati e di poi essere in grado di esprimere un voto consapevole.

Certo, bisogna avere consapevolezza del fatto che non è agevole collocare sistematicamente la relazione attestativa nell'ambito degli istituti del processo, ciò che occorre fare perché l'attestazione è la prova fondante il giudizio di ammissione che spetta al tribunale.

Talora è stato speso l'argomento secondo il quale se persino in una controversia civile (dove si agitano interessi meramente privatistici) il giudice può sovrapporre la propria valutazione rispetto a quella esposta da un consulente tecnico d'ufficio, non si vede come il tribunale debba sentirsi vincolato all'attestazione quando questa è una prova *sui generis* che sebbene provenga da un soggetto, oggi, sufficientemente indipendente è pur sempre un soggetto legato dal cordone ombelicale col debitore rappresentato dal fatto che la designazione è monopolio dell'imprenditore. Ma a tale riflessione va replicato che la funzione dell'attestazione non è quella di sostituire un'attività del giudice (come accade per la c.t.u.)[9], sì che inutile si rivela il confronto col broccardo " *iudex peritus peritorum* ".

Si tratta di un argomento dalla valenza indubbiamente suggestiva e tuttavia postulato sulla base di una pre-condizione che non pare accettabile, perché l'attestazione non è né un mezzo di prova né un mezzo istruttorio.

[8] G.B. Nardecchia, *La risoluzione del concordato preventivo*, in "Fallimento", 2012, p. 253.

[9] Così, invece, G. Bozza, *Il sindacato del tribunale sulla fattibilità nel concordato preventivo*, in "Fallimento", 2011, p. 183; G.B. Nardecchia, *Nuova proposta di concordato, istanza di fallimento e poteri del tribunale in sede di ammissione*, in "Fallimento", 2011, p. 1455.

3. *Il potere del giudice secondo il diritto positivo in fase di ammissione*

Il punto da cui partire è esattamente rovesciato. Infatti, occorre, prima, chiedersi quali poteri sono attribuiti al giudice; se fra questi poteri vi fosse, anche, quello di valutare la fattibilità, allora certamente il giudizio del tribunale non potrebbe essere vincolato a quello dell'esperto, neanche il giudizio dell'esperto avesse un'efficacia probatoria pari a quella del giuramento decisorio. Ma la questione sta, proprio, nel fatto che in alcuna norma della legge fallimentare si prevede un controllo del giudice sulla prognosi di adempimento. È giunto il momento di squarciare il velo del mito della ideologicizzazione contrattuale del concordato[10]; infatti, al contrario di quanto spesso enunciato[11], il tema della fattibilità se lo si guarda, solo, dal cono visivo dell'interpretazione letterale porta ad escludere che le norme attribuiscano al giudice il controllo sulla fattibilità. Né diversamente, l'argomento che vuole privato di tutela il ceto creditorio ove si volesse attribuire al giudice un controllo meramente notarile[12], è fondato ove si osservi che non si tratta di discutere di regolarità formale/sostanziale (nozione del tutto sfuggente) ma di intensità del controllo quanto al tipo. Ed il tipo, se si guarda alla norma, non sembra proprio indirizzato nel senso della verifica di fattibilità diretta.

La relazione attestativa è un documento dotato di efficacia persuasiva rispetto ai creditori; non è un documento dotato di efficacia probatoria se non *quoad effectum* sul versante della tutela penale. Il grado di capacità persuasiva dell'attestazione dovrebbe dipendere sia dallo *standing* del professionista che dal rischio reputazionale; tuttavia il legislatore, consapevole che ciò non è sufficiente ha preferito corroborare l'autorevolezza dell'attestazione incuneando una sanzione penale (art. 236 *bis* l.fall.) al modo di un deterrente[13].

In questa cornice, quindi, non è in discussione il fatto che il tribunale possa ribaltare il giudizio dell'esperto, quanto invece il fatto che tale giudizio non è sindacabile dal giudice.

Al giudice è rimesso un compito di diversa natura e cioè quello di

[10] Piuttosto v'è da segnalare quanto volte i giudici di merito, dopo il settembre 2011, abbiano nelle motivazioni evocato Cass. 15 settembre 2011, n. 18864, in "Foro it.", 2012, I, c. 170 e ostinatamente ignorato le quattro decisioni contrarie. Mi chiedo se non sia questo un atteggiamento ideologico.

[11] L. Salvato, *Puntualizzazioni della Corte di Cassazione sul potere di controllo del tribunale nel concordato*, in "Corr.giur.", 2012, p. 43.

[12] L. Salvato, *Puntualizzazioni della Corte di Cassazione*, cit., p. 45.

[13] In precedenza, però, non era mancato qualche tentativo di dare "copertura" penale alle false attestazioni, v., Trib. Rovereto, 12 gennaio 2012, in "Fallimento", 2012, p. 834.

verificare, *ex ante*, che l'attestazione sia effettivamente funzionale allo scopo e cioè che sia redatta con modalità tali da apparire un documento facilmente intellegibile dal quale trarre il convincimento che la prognosi dell'esperto è, oppure no, attendibile[14].

In fase di ammissione l'eterotutela si esercita attraverso un controllo di qualità non già sul "prodotto concordato" ma sulle regole con le quali quel prodotto viene posto in circolazione (ovverosia offerto al voto dei creditori).

Una diversa conclusione rischierebbe di condurre ad un risultato inefficiente. Infatti, se si condivide il postulato per il quale il debitore può confezionare una proposta concordataria estremamente flessibile (con i soli vincoli da graduazione e sui crediti privilegiati; vincoli entrambi fragili rispetto all'immissione di risorse esterne e rispetto alla falcidia per l'incapienza dei beni)[15], in questi margini non avrebbe alcuna difficoltà a predisporre una domanda ampiamente fattibile perché, magari, ampiamente "sottostimata". Se il rischio è quello che il tribunale possa intervenire per dichiarare, immediatamente, inammissibile la domanda per non fattibilità del piano, è logico attendersi la presentazione di domande al ribasso che contengano un piano minimo e assai poco ambizioso. Così facendo, però, si pregiudica, proprio, la trasparenza.

In questa cornice non si tratta, quindi, di predicare una scelta ideologica – più orientata verso le dinamiche del contratto o più orientata sulla collettività dell'interesse – ma di prendere atto che le norme non affidano al giudice il compito di giudicare della fattibilità del piano.

Al contrario, nel momento in cui si eleva l'attestazione a pre-requisito del piano, ecco che il controllo del giudice dovrebbe dipanarsi sull'attestazione per sindacarne l'idoneità ad essere rappresentativa della situazione dell'impresa e l'idoneità a consentire ai creditori di esercitare un voto informato e consapevole. In questo preciso contesto, se intendiamo il controllo del giudice come controllo sulla [congruità della] relazione, la fattibilità non è un presupposto del concordato, ma lo è, invece, la circostanza che la proposta sia accompagnata da una relazione attendibile[16].

L'attestazione non è uno strumento di garanzia[17] (e neppure, si è det-

[14] A. Patti, *La fattibilità del piano*, cit., p. 46.

[15] G. Lo Cascio, *Concordato preventivo, incerti profili interpretativi*, in "Fallimento", 2012, p. 6; G. Canale, *Il concordato preventivo a cinque anni dalla riforma*, in "Giur.comm.", 2011, I, p. 358.

[16] Cass., 25 ottobre 2010, n. 21860, in "Fallimento", 2011, p. 167; A. Patti, *La fattibilità del piano*, cit., p. 50; G. Canale, *Il concordato preventivo a cinque anni dalla riforma*, cit., p.378; R. Bellè, *Convenienza e legittimità delle soluzioni concordatarie*, cit., p. 513.

[17] Così, invece, G. Bozza, *Il sindacato del tribunale*, cit., p. 183.

to, una prova) ma un mezzo di informazione di una prognosi che può essere disattesa dal tribunale solo quando l'attestazione formalmente positiva, in concreto contenga le motivazioni di un giudizio sfavorevole[18].

Non a caso la decisione del Supremo Collegio nella quale questo argomento è più sviluppato è quella in cui si è discusso della fattibilità nel contesto di un procedimento di revoca *ex* art. 173 l.fall.[19]; in quell'occa-

[18] Una indagine di questo tenore è quella compiuta da Trib. Udine, 10 febbraio 2011, in "Dir.fall.", 2012, II, p. 261, là dove si è dichiarata inammissibile la domanda con riferimento ad un'attestazione condizionata; in termini simili, App. Torino, 20 luglio 2009, in "Fallimento", 2010, p. 961, con nota di F. MICHELOTTI, *La relazione del professionista e i limiti del controllo giurisdizionale del tribunale in sede di ammissione al concordato preventivo*.

[19] Cass., 23 giugno 2011, n. 13817, in *Foro it*., 2011, I, c. 2308 ad avviso della quale ‹‹ Sul punto è già intervenuta la Corte che, con Sentenza n. 21860 del 25/10/2010, ha affermato il principio secondo cui "In tema di concordato preventivo, nel regime conseguente all'entrata in vigore del D.Lgs. n. 169 dei 2007, che è caratterizzato da una prevalente natura contrattuale, e dal decisivo rilievo della volontà dei creditori e del loro consenso informato, il controllo del tribunale nella fase di ammissibilità della proposta, ai sensi della L. Fall., artt. 162 e 163, ha per oggetto solo la completezza e la regolarità della documentazione allegata alla domanda, senza che possa essere svolta una valutazione relativa all'adeguatezza sotto il profilo del merito; ne consegue che, quanto all'attestazione del professionista circa la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano, il giudice si deve limitare al riscontro di quegli elementi necessari a far sì che detta relazione - inquadrabile nel tipo effettivo richiesto dai legislatore, dunque aggiornata e con la motivazione delle verìfiche effettuate, della metodologia e dei criteri seguiti - possa corrispondere alla funzione, che le è propria, di fornire elementi di valutazione per i creditori, dovendo il giudice astenersi da un'indagine di merito, in quanto riservata, da un lato, alla fase successiva ed ai compiti del commissario giudiziale e, dall'altro, ai poteri di cui è investito lo stesso tribunale, nella fase dell'omologazione, in presenza di un'opposizione, alle condizioni di cui alla L. Fall., art. 180, (Principio affermato dalla S.C. in sede di cassazione, con rinvio, del decreto con cui il tribunale aveva "rigettato" la domanda di ammissione alla procedura di concordato, in realtà pronunciandone l'inammissibilità, con valutazioni sul merito della fattibilità del piano concordatario e con modalità decisorie, dalle quali è conseguita l'ammissibilità del ricorso ex art. 111 Cost.)".

Tale principio, che il Collegio pienamente condivide, è applicabile non solo alla fase di valutazione dell'ammissibilità del concordato ma anche in sede di riesame della proposta L. Fall., ex art. 173. E' vero che, a differenza di quanto avviene in occasione dell'esame di ammissibilità della proposta, il tribunale avrebbe il conforto dell'apporto conoscitivo e valutativo de commissario giudiziale, ma questo in realtà non è destinato al giudice ma alla platea dei creditori che possono così comparare la proposta e le valutazione dell'esperto attestatore con la relazione redatta da un organo investito di una pubblica funzione; resta sempre, infatti, insuperabile il rilievo secondo cui il tribunale è privo del potere di valutare d'ufficio il merito della proposta, in quanto tale potere appartiene solo ai creditori così che solo in caso di dissidio tra i medesimi in ordine alla fattibilità, denunciabile attraverso l'opposizione all'omologazione, il tribunale, preposto per sua natura alla soluzione dei conflitti, può intervenire risolvendo il contrasto con una valutazione di merito in esito ad un giudizio, quale è quello di omologazione, in cui le parti contrapposte possono esercitare appieno il loro diritto di difesa del tutto inattuabile, invece e almeno per quanto concerne i creditori, nella fase in esame ››.

sione il giudice di legittimità ha precisato che l'attestazione è rivolta alla platea dei creditori.

Ed allora, se la fattibilità è questione che riguarda il voto, è evidente che la valutazione spetta solo ai creditori; il tribunale non deve sovrapporre la sua valutazione a quella dei creditori, ma *deve* fare in modo che la valutazione dei creditori sia pienamente consapevole. Deve, quindi, vigilare sulla completezza dell'informazione e controllare che la relazione del professionista sia congrua e perfettamente in grado di offrire ai creditori il metro per esprimere il voto. Al tribunale spetta il compito di effettuare un sindacato penetrante sulla relazione, non anche il compito di operare una propria valutazione di "non fattibilità". *La condizione di ammissibilità del concordato non è, allora, la verifica della fattibilità, ma il riscontro dell'adeguatezza della relazione:* ne consegue che la fattibilità non è un fatto costitutivo che deve essere dimostrato dal proponente[20].

Il giudice, nella fase dell'ammissione, deve farsi carico dell'effettività dell'attestazione che costituisce il primo veicolo informativo per l'espressione del consenso; il tribunale deve porsi dal prisma visuale del creditore e valutare se in base alla proposta, al piano e all'attestazione è possibile esprimere un voto informato e consapevole[21]. Di poi, una volta che la valutazione passa ai creditori se davvero si vuole evitare che il giudizio sulla fattibilità sia a loro demandato in via esclusiva per il timore che la decisione della maggioranza sia presa in conflitto di interessi, la reazione non è quella di far esaminare la fattibilità dal giudice, ma quella di esercitare un *penetrante sindacato sul voto* per giungere ad una eventuale invalidazione del volere dei creditori. È qui che si gioca la partita decisiva, dove il giudice esercita un potere forte e al contempo tecnico, disgiunto da valutazioni di merito economico che spettano solo ai creditori.

Ed allora, la fattibilità non è un giudizio che compete al tribunale[22],

[20] Cass., 25 ottobre 2010, n. 21860, cit.

[21] App. Genova, 23 dicembre 2011, in "Fallimento", 2012, p. 437.

[22] Nel senso, invece, della non sindacabilità diretta della fattibilità se non attraverso la relazione, v., Trib. Crotone, 26 ottobre 2011, in "Dir.fall.", 2012, II, p. 408; Trib. Udine, 16 maggio 2011, cit.; App. Torino, 20 luglio 2009, cit.; Trib. Roma, 20 aprile 2010, in "Dir.fall.", 2011, II; p. 297; App. Roma, 18 aprile 2009, in "Dir.fall.", 2010, II, p. 188; App. Milano, 4 ottobre 2007, *Foro it*., Rep. 2008, voce cit., n. 132; App. Torino, 19 giugno 2007, *id*., Rep. 2007, voce cit., n. 65; Trib. Milano, 9 febbraio 2007, *ibid*., n. 66. In dottrina, G.Lo Cascio, *Concordato preventivo*, cit., p. 9; V. Calandra Buonaura, *Disomogeneità di interessi dei creditori concordatari e valutazione di convenienza del concordato*, in "Giur.comm.", 2012, I, p. 16; A. Jorio, *Il concordato preventivo: struttura e fase introduttiva*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*, Commentario diretto da A.Jorio e M. Fabiani, Bologna, 2010, p. 994; G.Schiano di Pepe, *Alcune considerazioni sui poteri dell'autorità giudiziaria con*

salvo che appunto non incida sulla stessa riconoscibilità della relazione, talché è poi coerente assumere che non va valutata dal tribunale né ai fini della revoca (art. 173 l.fall.), né ai fini dell'omologazione (art. 180 l.fall.). La fattibilità esce dal cono visivo del giudice ma entra prepotentemente in quello del commissario giudiziale[23]; infatti il commissario ha il compito di offrire ai creditori una lettura indipendente della prospettiva di adempimento, e ciò al fine di consentire ai creditori di ponderare le conseguenze del voto.

Come si è già ricordato, i poteri del giudice nel corso del procedimento debbono essere valutati in base a criteri funzionali al nuovo assetto complessivo. Pertanto se dal nuovo assetto rileviamo che le scelte sulla preferibilità del concordato preventivo (rispetto al fallimento) sono rimesse ai creditori, i poteri del giudice non devono sovrapporsi a questa valutazione, ma debbono esplicarsi in modo da rendere tollerabile il sacrificio del singolo creditore, perché la posizione del singolo viene valutata da una collettività di soggetti che hanno partecipato al voto nell'ambito di un ordinato sistema di omogeneizzazione delle posizioni[24].

Tutte queste considerazioni traggono fondamento dal diritto positivo (non dall'ideologia che ne può rappresentare solo un supporto) e ap-

riguardo al concordato preventivo, in "Dir.fall.", 2010, II, p. 304; G. Lagonigro, *Problematiche in merito alla fase di ammissione al concordato preventivo*, *ibid*., 95; A.Patti, *Il sindacato del tribunale nella fase di ammissione al concordato preventivo*, in *La crisi d'impresa*, a cura di F. Di Marzio, Padova, 2010, p. 332; S.Pacchi, L.D'Orazio e A.Coppola, *Il concordato preventivo*, in *Le riforme della legge fallimentare*, a cura di A.Didone, Torino, 2009, p. 1858; A.Nigro, D.Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2009, p. 347; G.Jachia, *Il concordato preventivo e la sua proposta*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, Trattato diretto da G.Fauceglia e L.Panzani, Torino, 2009, p. 1616; S.Ambrosini, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Trattato Cottino*, XI, Padova, 2008, p. 71; L.Mandrioli, *Il concordato preventivo e la transazione fiscale*, in *La riforma organica delle procedure concorsuali*, a cura di S.Bonfatti e L.Panzani, Milano, 2008, p. 702; P.Pajardi, A.Paluchowski, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, p. 843; G.Fauceglia, *Ancora sui poteri del Tribunale per l'ammissibilità del concordato preventivo: errare è umano, perseverare diabolico*, in "Dir.fall.", 2008, II, p. 573; M.M.Gaeta, *Fabbisogno concordatario e poteri di accertamento del tribunale*, *ibid*., p. 320; P. Bosticco, *La ‹‹ resurrezione giurisprudenziale ›› dell'art. 173 l.fall. e la difficile distinzione fra atti in frode e sopravvenienze inattese*, in "Fallimento", 2007, p. 1443; M.Vacchiano, *I poteri di controllo del tribunale in sede di ammissione del debitore al concordato preventivo*, *ibid*., p. 1321; G.Bozza, *Il vecchio, l'attuale e il (forse) prossimo art. 173, ult.parte, della legge fallimentare*, *ibid*., p. 694; A. Patti, *Il sindacato dell'autorità giudiziaria nella fase di ammissione*, in "Fallimento", 2006, 1024; F.Allegritti, *Il concordato preventivo rivisitato*, in "Dir.fall.", 2006, I, p. 886; V.Zanichelli, *I concordati giudiziali*, Torino, 2010, p. 185 (da cui è tratto letteralmente il brano della motivazione in cui si compara il rapporto fra giudizio di omologazione e giudizio di ammissibilità).

[23] S.Pacchi, *La valutazione del piano del concordato preventivo*, cit., p. 100.

[24] Il tema, in controluce, è quello del conflitto di interessi, su cui, in luogo di altri, v., di recente G. D'Attorre, *Il voto nei concordati ed il conflitto d'interessi fra creditori*, in "Fallimento", 2012, p. 757.

paiono decisivamente rafforzate dall'art. 33 d.l. 83/2012 (convertito con modificazioni nella l. 134/2012).

Tanto è vero che proprio dal diritto positivo si ricava che in sede di risoluzione i creditori possono lamentare la sopravvenuta non fattibilità del piano per dimostrare l'inadempimento alla proposta di concordato.

4. *La tesi che rivaluta il ruolo del tribunale*

Prima di esaminare le novità e le possibili ricadute sistematiche sulla fase di ammissione, pur muovendo dal fatto che a me pare che l'assetto marcatamente negoziale (ma non, esasperatamente negoziale) sia largamente più giustificabile sul piano della legge, è opportuno confrontarsi con le preoccupate obiezioni di chi teme che una svalutazione del profilo della fattibilità in relazione ai poteri del giudice possa determinare una deriva liberista, priva di adeguati contrappesi.

Ecco, allora, che un interprete del diritto positivo e delle sue ricadute non solo di sistema ma anche di concreata applicazione del diritto, non può rifugiarsi nell'ideologia ma deve confrontarsi con le "avverse" tesi[25] e con gli pseudo argomenti di diritto positivo, fra i quali non mi pare possa annoverarsi con sufficiente rilievo il fatto che il giudice (art. 162 l.fall.) possa chiedere integrazioni del piano. Si tratta, piuttosto, di una disposizione che appartiene al *genus* delle norme che stabiliscono il principio della leale collaborazione fra parti e giudice[26], dove il giudice

[25] Nella giurisprudenza di merito, a favore dell'opposta soluzione si segnalano: App. Roma, 18 settembre 20120, in "Dir.fall.", 2011, II, p. 18; App. Bologna, 15 giugno 2009, *id*., Rep. 2009, voce cit., n. 104; Trib. Roma, 24 aprile 2008, *ibid*., n. 105; Trib. Bari, 25 febbraio 2008, *id*., Rep. 2008, voce cit., n. 91; Trib. Firenze, 31 gennaio 2007, *id*., Rep. 2007, voce cit., n. 67; Trib. Roma, 8 marzo 2006, *id*., Rep. 2006, voce cit., n. 121; Trib. Firenze, 23 novembre 2005, *ibid*., n. 123; Trib. Pescara, 21 ottobre 2005, *id*., 2006, I, 912; Trib. Sulmona, 6 giugno 2005, *id*., Rep. 2005, voce cit., n. 31; Trib. Salerno, 3 giugno 2005, *ibid*., n. 33; in dottrina, R. Amatore, *Il giudizio di fattibilità del piano nel concordato preventivo*, in "Dir.fall.", 2012, I, p. 109; G. Racugno, *Gli obiettivi del concordato preventivo, lo stato di crisi e la fattibilità del piano*, in "Giur.comm.", 2009, I, p. 893; S.Bonfatti, P.F.Censoni, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2009, p. 504 (pur con qualche cautela); N.Nisivoccia, *Le procedure diverse dal fallimento nel decreto correttivo*, in "Giur.comm.", 2009, I, p. 120; L.Piccinini, *I poteri del tribunale nella fase di ammissione alla procedura di concordato preventivo dopo il ‹‹ decreto correttivo ››*, in "Dir.fall.", 2008, II, p. 551; S.Scarafoni, *Il giudizio d'ammissione al concordato preventivo: riflessioni sul decreto legislativo correttivo della legge fallimentare*, in "Dir.fall.", 2007, I, p. 915; L.Abete, *Il ruolo del giudice ed il principio maggioritario nel novello concordato preventivo: brevi note*, in "Fallimento", 2008, p. 255; G.Rago, *I poteri del tribunale sul controllo della fattibilità del piano nel concordato preventivo dopo il decreto correttivo*, *ibid*., p. 264.

[26] A. Patti, *La fattibilità del piano*, cit., p. 47; Pacchi, *La valutazione del piano del concordato preventivo*, cit., p. 108; ; P. Tarantino, *I confini del controllo giudiziale in sede di ammissi-*

confrontando l'attestazione ed il piano può rilevare un'asincronia che dipende dal sindacato sull'attestazione e non dalle censura sulla non fattibilità del piano[27]. Anche l'eliminazione dell'inciso "completezza e regolarità della documentazione" (che compariva nell'art. 163 l.fall.) non mi pare decisivo, posto che espunta quella frase, non vi è una espressa attribuzione di poteri valutativi di merito[28].

La crisi di un'impresa è sempre un evento traumatico che interessa una rete di rapporti che non sono per forza riconducibili alla (sola) diarchia debitore-creditori. Dalla crisi di un'impresa vengono a modificarsi tanti rapporti giuridici, basti pensare alla cinghia di trasmissione dei distretti industriali e dell'indotto, per non parlare dei profili sociali correlati alla perdita dei livelli occupazionali. Ciò significa che la crisi d'impresa è fenomeno che interessa una collettività di soggetti e non può ridursi al conflitto fra debitore e creditori.

Quando questo conflitto viene mediato con lo strumento del concordato preventivo non si può, allora, predicare una piatta applicazione delle sole regole del contratto, posto che queste, per definizione (art. 1372 c.c.) vincolano solo i contraenti.

Le regole del diritto dei contratti sono sicuramente applicabili e, forse, in misura preponderante ma debbono fare i conti col bisogno di un controllo eteronomo a garanzia di tutti; non a caso, poiché il concordato ha effetto nei confronti di tutti i creditori (art. 184 l.fall.), è previsto che l'accordo sia soggetto ad omologa per esplicare effetto verso l'intero ceto creditorio.

In verità, a ben vedere, l'accordo omologato è efficace nei confronti di tutti i creditori, non già nei confronti di tutti coloro che dal concordato potrebbero subire un pregiudizio giuridico (si pensi al contraente *in bonis*) o di mero fatto (si pensi all'impresa concorrente).

L'art. 184 l.fall. al fondo segna una sorta di contenimento degli effetti della decisione, al modo di un cerchio concentrico forse più stretto dei limiti soggettivi della cosa giudicata (art. 2909 c.c.). Forse, allora, va revocato in dubbio che il concordato preventivo debba essere guardato con circospezione perché da esso conseguono effetti potenzialmente pre-

bilità della proposta di concordato preventivo, in "Dir.fall.", 2012, II; p. 426. S. Ambrosini, *Il sindacato in itinere sulla fattibilità del piano concordatario nel dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, in *Fallimento*, 2011, p. 943, parla di "virtuosa interlocuzione tra tribunale e debitore".

[27] Cass., 14 febbraio 2011, n. 3586, in "Fallimento", 2011, p. 805, ha espressamente precisato che la concessione del termine non rileva ai fini dell'interpretazione sul giudizio di fattibilità.

[28] In senso opposto, fra gli altri, R. Amatore, *Il giudizio di fattibilità del piano nel concordato preventivo*, cit., p. 113.

giudizievoli per i terzi, posto che questi terzi non sembrano, in verità, subire gli effetti della decisione.

Ecco, dunque, che quando si parla di interessi di rango pubblicistico si possono evocare quelli di interesse del mercato alla corretta regolazione della crisi dell'impresa, ma sempre ci si muove attorno a concetti sfuggenti, anche se non per questo evanescenti; la stessa presenza del pubblico ministero (art. 161 l.fall.) va riguardata con ponderatezza perché è stato accuratamente osservato che la partecipazione eventuale del pubblico ministero nel procedimento di concordato, al modo di un intervento (processuale) facoltativo, è frutto non tanto della selezione degli interessi quanto dei profili che attengono alla tutela penale[29].

Sulla base di questa considerazione, poiché dal decreto di ammissione sortiscono, soltanto, effetti provvisori non avrebbe alcun senso privare i creditori del diritto di esprimersi sulla proposta; quanto alla tutela, preventiva, di coloro che creditori non sono, non mi pare che l'apertura del procedimento *ex* art. 163 l.fall. li possa pregiudicare perché i terzi non sono vincolati dal concordato neppure quando questo è omologato.

Prima della votazione non vi sono creditori di maggioranza o creditori di minoranza[30] da tutelare perché tutti si trovano agli stessi blocchi di partenza, a condizione che tutti siano effettivamente informati. Un decreto di inammissibilità fondato sulla presunta non fattibilità del piano per tutelare gli interessi del mercato appare una distorsione, perché allora si affermerebbe che l'interesse pubblico (?) del mercato prevarrebbe su quello dei creditori; una visione statalista tipica di economie socialiste quale non mi pare sia quella domestica (e ciò, si badi, senza che questo assuma un significato di valore, positivo o negativo). Se si predica, saggiamente, che occorre la ricerca di un equilibrio fra più interessi[31], questo equilibrio deve consentire che tutti i creditori coinvolti siano muniti, potenzialmente, delle stesse armi e che pertanto solo in presenza di una pari condizione ai "nastri" di partenza, si possa poi dipanare, regolarmente, la procedura di concordato. Questo può accadere se il livello in-

[29] G. Bozza, *Il pubblico ministero nel concordato preventivo*, in "Fallimento", 2010, p. 881.

[30] R. Sacchi, *Dai soci di minoranza ai creditori di minoranza*, in "Fallimento", 2009, p. 1063; M. Fabiani, *La ricerca di una tutela per i creditori di minoranza nel concordato fallimentare e preventivo*, in "Giur.comm.", 2012, II, p. 298; perciò non sembra da condividere l'assunto di chi (v. fra i tanti, S. Ronco, *Domanda di concordato e poteri del tribunale*, in "Dir.fall.", 2011, II, p. 307) valuta come il potere di sindacato del giudice sulla fattibilità del piano in occasione dell'ammissione sia espressione di tutela dei creditori deboli.

[31] E. Bertacchini, *I creditori sono gli unici «giudici» della fattibilità della proposta... con il limite dell'abuso dello strumento concordatario in violazione del principio di buona fede*, in "Dir.fall.", 2011, II, p. 638.

formativo è assicurato a favore di tutti.

Quindi si spiega l'importanza dell'attestazione quale nodo nevralgico dell'informazione e del voto.

Il timore che in fase di apertura della procedura si possano creare delle rendite di posizione poi non più disinnescabili appare privo di autentica consistenza e, in ogni caso, oggi largamente superato dalle misure protettive che assistono il patrimonio dell'imprenditore concordatario anche nell'interesse dei creditori, come accade per l'art. 69 *bis*, 2° comma, l.fall. che stabilisce che il termine a ritroso del periodo sospetto dell'azione revocatoria abbia a computarsi dalla pubblicazione della domanda di concordato preventivo.

La ragione della presenza del giudice nella disciplina della crisi d'impresa[32] non è solo quella di dirimere i conflitti come talora si assume (cioè un giudice che interviene *ex post* quando già si è aperto un conflitto), ma è anche quella, preventiva, di verificare che ad un certo procedimento si applichino, correttamente, determinate regole di diritto sostanziale (cioè un giudice che *ex ante* consente che un procedimento si apra, prosegua e si definisca nel rispetto di regole del gioco). Una funzione di vera e propria eterotutela, ma preventiva, perché certi effetti di un negozio possano prodursi[33]. Un fenomeno ben noto nel diritto civile, quando si pensi all'omologazione degli accordi di separazione tra coniugi; il decreto di omologazione è giustificato dalla necessità di vigilare in una materia delicata e a protezione delle parti deboli, ma sia chiaro che l'omologazione non snatura il negozio privatistico concluso dai coniugi[34].

Nel concordato preventivo il giudice assume un ruolo nelle varie fasi del procedimento per controllare, prima *ex ante* e poi *ex post*, che siano state rispettate tutte le regole cui è subordinata l'efficacia dell'accordo.

Sul piano della tutela degli interessi, quindi, non pare che l'inter-

[32] A. Patti, *Il giudice nella crisi di impresa: le ragioni di una presenza*, in "Fallimento", 2011, p. 261.

[33] S. Ambrosini, *Il sindacato in itinere*, cit., p. 943.

[34] Cass., 20 marzo 2008, n. 7450, in "Foro it.", Rep. 2008, voce *Separazione di coniugi* , n. 127; infatti, per Cass., 4 settembre 2004, n. 17902, in "Guida al dir.", 2004, fasc. 38, p. 42, ‹‹ è ammissibile l'azione di annullamento disciplinata dagli art. 1427 seg. c.c. nell'ipotesi di vizi del consenso dei coniugi nella separazione consensuale omologata; tale principio trova fondamento nella natura della separazione consensuale omologata caratterizzata essenzialmente dal ruolo primario della volontà concorde dei coniugi di separarsi ovvero di definire i vari aspetti della vita coniugale e familiare, laddove il successivo provvedimento di omologazione assume la semplice valenza di condizione sospensiva di efficacia delle pattuizioni contenute nell'accordo coniugale ››.

vento del giudice in merito alla fattibilità sia necessario[35]; ma, ancor meno è giustificabile sul versante dell'applicazione dei principi del diritto civile. Come già accennato, è alquanto singolare che proprio là dove si predica il rifiuto per le tesi cc.dd. negoziali si finisca coll'esprimersi in termini di nullità dell'oggetto del contratto[36]. Un piano non fattibile altro non sarebbe che un oggetto impossibile e l'impossibilità dell'oggetto è causa di nullità del contratto (art. 1325 e art. 1346 c.c.)[37]. Poiché la nullità è una causa di invalidazione del contratto rilevabile d'ufficio (art. 1418 c.c.), ecco che per coerenza il tribunale dovrebbe rilevarla e per l'effetto non ammettere il concordato, ovvero revocarlo, ovvero negarne l'omologazione[38].

Questa tesi cela un grosso equivoco: il concordato è un accordo che ha come oggetto una proposta formulata dal debitore e accettata dai creditori. La proposta è il soddisfacimento offerto ai creditori, non il percorso attuativo. Quando si enfatizza la libertà di contenuto della proposta, non per questo si deve tracimare nella negazione del fatto che la proposta di concordato è diretta ai creditori, non fosse altro perché sono loro (e solo loro) che sono chiamati ad approvarla. Ed allora se la proposta è diretta ai creditori, dovremmo necessariamente ritenere che la proposta *debba* avere ad oggetto la regolazione della crisi e questa regolazione non può non tradursi anche nella stessa regolazione dei crediti (si usa, qui, volutamente questo termine per evitare il riferimento ai pagamenti e ad

[35] Non a caso P.F. Censoni, *Sull'ammissibilità di un concordato preventivo non conveniente*, in "Fallimento", 2010, p. 988, ha condivisibilmente osservato che si può dare ingresso ad un concordato che appaia, sin dall'inizio non conveniente per i creditori. È ben vero che la fattibilità non ha nulla a che vedere con la convenienza, potendo al più rappresentarne una sorta di "pre-condizione" (così G.B. Nardecchia, *Nuova proposta di concordato, istanza di fallimento e poteri del tribunale in sede di ammissione*, cit., p. 1455; G. Bozza, *Il sindacato sulla fattibilità*, cit., p. 195), ma sono ambedue valutazioni di merito rispetto alle quali il giudice non è certo più attrezzato dei creditori nel valutarle.

[36] Così, R. Bellè, *Convenienza e legittimità delle soluzioni concordatarie*, in "Fallimento", 2012, p. 512; Cass., 15 settembre 2011, n. 18864, cit.; sulla discutibilità di una siffatta assimilazione, v., S. Ambrosini, *Il sindacato in itinere,* cit., p. 946.

[37] Non è qui decisivo prendere posizione sulla nozione di oggetto del contratto; una nozione assai poco condivisa fra chi reputa che l'oggetto vada identificato con la prestazione (v. in luogo di altri, V. Roppo, *Il contratto*, in *Trattato Iudica-Zatti*, Milano, 2001, p. 336) e chi, invece, assume che oggetto sia il bene dedotto nel negozio (G.B. Ferri, *Il negozio giuridico*, Padova, 2004, p. 152). Infatti, in ambedue le ipotesi non è oggetto del concordato il piano ma o il pagamento, o la soddisfazione del credito o, più in generale, la regolazione concorsuale della crisi.

[38] M.Ferro, *Il concordato preventivo: l'omologazione e le fasi successive*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma* , Commentario diretto da A.Jorio e M. Fabiani, Bologna, 2010, p. 1047.

altre forme di soddisfacimento dei crediti). Pertanto la proposta non può essere il risanamento dell'impresa o la cessione dei beni; il risanamento è solo un modo per proporre qualcosa ai creditori e dunque il risanamento è oggetto del piano. *La proposta sarà sempre una soltanto: come regolare i crediti.* Il ricorso al concordato preventivo presuppone necessariamente la crisi dell'impresa e la volontà del debitore di affrontarla facendo sponda sulla ristrutturazione del debito; se manca questo, giungeremmo ad un uso strumentale del concordato preventivo. Ecco, allora, che quando la proposta ha per oggetto la cessione dei beni non quale strumento di conseguimento delle risorse da destinare ai creditori ma quale oggetto diretto della proposta che altro non è che la volontà di trasferire ai creditori la proprietà dei beni, si avverte che sarà impossibile l'oggetto del contratto se viene promesso un bene incommerciabile[39]. In questo caso, sì, può essere sollevata dal giudice la nullità dell'accordo per il semplice fatto che il bene è oggetto della proposta. Ma, in ogni altro caso, non si potrà discutere di impossibilità dell'oggetto (causa genetica di malfunzionamento del negozio) ma, se mai, di inadempimento (causa funzionale di malfunzionamento del negozio). In tal senso le opinioni ora disattese si pongono in netto contrasto con i principi in materia di oggetto del contratto, là dove si afferma categoricamente che ‹‹ l'impossibilità dell'oggetto cui, ai sensi degli art. 1346 e 1418 c.c., consegue la nullità del contratto, ricorre solo quando la prestazione sia insuscettibile di essere effettuata per la sussistenza di impedimenti originari di carattere materiale o giuridico che ostacolino in modo assoluto il risultato cui essa era diretta, e non anche quando insorgano ostacoli più o meno gravi nella esecuzione della stessa›› [40]

5. *Fattibilità e revoca del concordato*

L'aver concluso che in fase di ammissione l'indagine sulla fattibilità non deve occupare il giudice rende abbastanza agevole proiettare que-

[39] Cass., 16 febbraio 2012, n. 2248, in "Foro it.", Mass., 2012. Non già se viene promesso un bene dal valore inferiore a quanto previsto; giova qui ricordare che la giurisprudenza è assai rigorosa nel pretendere che l'impossibilità sia assoluta, v., Cass. 1° settembre 2011, n. 18002, in "Foro it.", Rep. 2011, voce *Contratti pubblici*, n. 407; Cass., 30 settembre 2008, n. 24313, in "Foro it.", Rep., 2008, voce *Contratto in genere*, n. 440.

[40] Cass., 21 maggio 2001, n. 6927, in "Foro it.", Rep. 2001, voce *Contratto in genere* , n. 447; Cass., 20 aprile 1998, n. 4013, in "Foro it.", Rep. 1998, voce *Contratto in genere*, n. 462; Cass., 20 luglio 1987, n. 6362, in "Foro it.", Rep. 1987, voce *Contratto in genere* , n. 292; in dottrina, E. Gabrielli, *Il contenuto e l'oggetto*, in *Trattato Rescigno-Gabrielli*, Torino, 2006, p.738.

sta conclusione sulla fase eventuale della revoca[41].

Una volta che il tribunale dispone l'apertura del procedimento concorsuale, l'incarico di vigilare sulla fattibilità del piano è affidato al commissario giudiziale il quale nella relazione *ex* art. 172 l.fall. (oppure precedentemente, o successivamente in fase di omologazione) deve prendere espressamente posizione sulla fattibilità del piano, in modo da fornire ai creditori ulteriori elementi di valutazione. Se il commissario verifica che non sussistono le condizioni di fattibilità deve segnalarlo ai creditori e così pure se queste, pur inizialmente presenti, vengono meno in corso di procedura[42].

Secondo una lettura molto diffusa la sopravvenienza di fattori che impediscono la fattibilità del piano si risolverebbe nel dovere per il commissario di sollecitare la revoca ai sensi del'art. 173 l.fall.[43] Ma se così fosse si sfalserebbe il piano fra il requisito di ammissione (l'esame dell'adeguatezza della relazione) e il sopraggiunto verificarsi di una causa di inammissibilità (la valutazione della non fattibilità). Ciò che non era requisito di ammissibilità non può trasformarsi in causa di inammissibilità[44].

Il giudizio negativo sulla prognosi di fattibilità è oggetto della relazione *ex* art. 172, non della segnalazione *ex* art. 173 l.fall.

Di fronte al verificarsi di fatti sopravvenuti ovvero di valutazioni non consonanti del commissario, il proponente può valutare se formulare una nuova proposta o semplicemente modificare il piano (con conseguente redazione di una nuova relazione del commissario) ma con la presentazio-

[41] Sul tema della revoca del concordato per sopravvenuta non fattibilità, v., l'itinerario di giurisprudenza curato da A. Penta, *La revoca del concordato preventivo*, in "Fallimento", 2011, p. 735.

[42] Cass., 14 febbraio 2011, n. 3586, cit.

[43] Per ciò che attiene alla possibilità che il tribunale revochi il concordato ai sensi dell'art. 173 l.fall. sulla scorta dell'accertata non fattibilità del piano, v. Trib. Tivoli, 15 luglio 2009, in "Fallimento", 2010, p. 857; Trib. Piacenza, 1° luglio 2008, in "Giur.merito", 2009, I, p. 149; Trib. Roma, 20 febbraio 2008,"Foro it.", Rep. 2009, voce cit., n. 93; Trib. Milano, 31 ottobre 2007, *id*., Rep. 2008, voce cit., n. 88; Trib. Milano, 7 novembre 2005, *id*., 2006, I, p. 911; Trib. Monza, 16 ottobre 2005, *id*., Rep. 2005, voce cit., n. 37. In dottrina, A.Penta, *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo: rilevanza della percentuale offerta e della fattibilità del piano*, in "Fallimento", 2010, p. 860; A.Tedoldi, *Appunti in tema di omologazione del concordato preventivo*, in *Riv.dir.proc*., 2009, 657; G.Jachia, *Il concordato preventivo e la sua proposta*, cit., p. 1619; A.Jorio, *Il concordato preventivo: struttura e fase introduttiva*, cit., p. 994; G.Rago, *I poteri del tribunale sul controllo della fattibilità del piano nel concordato preventivo dopo il decreto correttivo*, cit., p. 269.

[44] In senso opposto, G.Fauceglia, *Revoca dell'ammissione al concordato e dichiarazione di fallimento in corso di procedura*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, Trattato diretto da G.Fauceglia e L.Panzani, Torino, 2009, p. 1695; V.Zanichelli, *I concordati giudiziali*, cit., p. 233; M.M.Gaeta, *Fabbisogno concordatario e poteri di accertamento del tribunale*, cit., p. 321

ne di una nuova attestazione. Se lo scenario rimane immutato, sono i creditori che debbono esprimersi salvo la procedura possa essere revocata qualora si rilevi che è venuto meno il requisito di *adeguatezza della relazione*. In questo modo rimane simmetrica la valutazione del giudice al momento dell'ammissione e al momento della richiesta di revoca.

La votazione è, dunque, il momento in cui, davvero, si deve discutere di fattibilità del piano.

È ben vero che sulla scorta di un chiaro richiamo al senso pratico e al principio di economia processuale si è enunciato che il concordato andrebbe sempre revocato quando risulti la macroscopica non fattibilità del piano[45], ma se la prognosi sulla fattibilità è pur sempre una congettura, non vedo per quale ragione debba essere sottratto ai creditori il potere di esprimersi sulla congettura dell'attestatore confrontata con quella del commissario giudiziale.

6. *La prognosi di fattibilità nel giudizio di omologazione*

Lo scenario si complicava quando le condizioni di fattibilità fossero venute meno nella fase compresa fra la votazione e il giudizio di omologazione. In tal caso tre apparivano le soluzioni possibili: α) il commissario giudiziale promuove il procedimento di revoca ai sensi dell'art.173, comma 3° l.fall.. ; β) la questione viene discussa in sede di omologazione β1) d'ufficio o β2)[46] su iniziativa di un opponente; γ) la questione viene valu-

[45] S. Ambrosini, *Il sindacato in itinere*, cit., p. 945.

[46] Per quanto concerne, invece, la facoltà del tribunale di sindacare la fattibilità in occasione del giudizio di omologazione, v. Trib. Tivoli, 15 luglio 2009, in "Fallimento", 2009, p. 857; App. Bologna, 15 giugno 2009, cit.; Trib. Pescara, 16 ottobre 2008, "Foro it.", Rep. 2009, voce cit., n. 112; Trib. Milano, 30 ottobre 2007, *ibid*., n. 115; Trib. Palermo, 18 maggio 2007, *id*., Rep. 2008, voce cit., n. 108; Trib. Milano, 24 aprile 2007, *id*., Rep. 2007, voce cit., n. 93; Trib. Pescara, 28 dicembre 2006, *ibid*., n. 83; Trib. Torino, 12 dicembre 2006, *ibid*., n. 85; Trib. Milano, 2 ottobre 2006, *ibid*., n. 86; Trib. Milano, 8 giugno 2006, *id*., Rep. 2006, voce cit., n. 144; Trib. Roma, 1° febbraio 2006, *id*., Rep. 2007, voce cit., n. 89; Trib. Milano, 12 dicembre 2005, *id*., Rep. 2006, voce cit., n. 138; Trib. Prato, 5 dicembre 2005, *ibid*., n. 139; Trib. Bologna, 17 novembre 2005, *ibid*., n.124; Trib. Bari, 11 novembre 2005, *ibid*., n. 141; Trib. Pescara, 13 ottobre 2005, *ibid*., n. 142; Trib. Pesaro, 11 ottobre 2005, id., Rep. 2007, voce cit., n. 77; Trib. Roma, 30 luglio 2005, *id*., Rep. 2006, voce cit., n. 143. In letteratura, M.Ferro, *Il concordato preventivo: l'omologazione e le fasi successive*, cit., p. 1047; I.Pagni, *Contratto e processo nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti: analogie e differenze*, in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da V.Buonocore e A.Bassi, I, Padova, 2010, p. 586; P.Genoviva, *Questioni controverse in tema di concordato preventivo*, in "Fallimento", 2009, p. 1220; D.Galletti, *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo*, in "Giur.comm.", 2009, I, p. 744: Id, *Il nuovo concordato preventivo: contenuto del piano e sindacato del Giudice*, in "Giur.comm.", 2006, II, p. 911; S.Pacchi, L.D'Orazio e A.Coppola, *Il concordato preventivo*, cit., p. 1880; A.Ni-

tata dopo l'omologazione se qualche creditore chiede la risoluzione.

Dopo l'approvazione dei creditori, fra le parti si è concluso un contratto (ma non efficace verso tutti sino all'omologazione), contratto che si è sostituito alla proposta ed al piano ed il tribunale è chiamato a dare efficacia alla proposta accettata con il decreto di omologazione. L'omologazione assolve alla funzione di dare efficacia all'accordo concluso, ma nulla aggiunge. Proprio perché nel concordato preventivo, l'efficacia è sempre condizionata all'omologazione, il profilo di fattibilità dell'accordo non può neppure porsi, perché *la fattibilità attiene non alla fase genetica ma a quella funzionale del rapporto negoziale*. Una volta che la proposta è approvata, e si è dunque formato l'accordo, la verifica della tenuta dell'accordo appartiene alla fase dell'esecuzione del concordato[47]. Occorreva, però, essere consapevoli che questa soluzione risultava paradossale quando nel corso del giudizio di omologazione fosse apparso ormai evidente che il concordato non avrebbe potuto essere eseguito. Il paradosso stava nell'aver dato rilievo ad una volontà manifestata su un presupposto di fatto nel frattempo venuto meno.

Ove il piano fosse divenuto non fattibile per *l'impossibilità giuridica oggettiva di adempiere alla proposta*, il profilo negoziale dell'approvazione sarebbe receduto al cospetto di una causa di nullità e poiché nei processi di omologazione quando il giudice rileva una nullità non omologa, ecco che già in sede di omologazione si poteva risolvere la questione. Tutto ciò, legittimamente, in presenza di una proposta divenuta giuridicamente irrealizzabile (il caso, già visto, della cessione dei beni con effetto traslativo).

Diversa la conclusione qualora la non fattibilità del piano avesse reso più difficile o improbabile l'adempimento della proposta. Si era provato ad immaginare che il problema della fattibilità (che come si è visto incide sulle motivazioni di voto), assumesse rilevanza nel corso del procedimento e dopo l'approvazione in merito all'effettività del consenso. Il mutamento delle condizioni di fattibilità avrebbe, dunque, dimostrato che il consenso si era formato in modo imperfetto. La fattibilità diveniva una sorta di *presupposizione* per i contraenti e per i creditori. Ed allora se la fattibilità assumeva per entrambe le parti, o anche per una sola di esse - ma con riconoscimento da parte dell'altra - valore determinan-

GRO, D.VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, cit., p. 370; A.JORIO, *Il concordato preventivo: struttura e fase introduttiva*, cit., p. 994; L.MANDRIOLI, *Il concordato preventivo e la transazione fiscale*, cit., p. 725; A.TEDOLDI, *Appunti in tema di omologazione del concordato preventivo*, cit., p. 658.

[47] A. PATTI, *La fattibilità del piano*, cit., 48.

te ai fini del «mantenimento» del vincolo contrattuale, la sua mancanza *legittimava l'esercizio del recesso dal vincolo negoziale*, ciò che nel caso del procedimento di concordato si sarebbe dovuto tradurre nella possibilità di *revocare il voto favorevole* mediante proposizione di opposizione all'omologazione. In questo modo, senza snaturare il ruolo del tribunale che non si giustappone sulla volontà dei creditori, la questione fattibilità veniva, indirettamente, trattata nel giudizio di omologazione nell'ambito di un sindacato sulla regolarità del procedimento che ovviamente abbraccia, anche, la regolarità e il conteggio dei voti[48].

Non nascondo che quella tesi proposta in costanza di un articolato normativo che non prevedeva la revoca del voto fosse assai eterodossa[49].

7. *Il nuovo assetto normativo e le ricadute sistematiche*

Occorre, però, ora guardare ad un dato di diritto positivo che sembra premiare, proprio, quella soluzione.

Infatti, a norma dell'attuale art. 179 l.fall. fatti sopravvenuti (favorevoli o sfavorevoli) idonei ad influenzare il diritto di voto, debbono essere segnalati dal commissario giudiziale ai creditori; i creditori ove ritengano che, in presenza di uno stato di fatto diverso, non avrebbero dato il voto favorevole (oggi espresso, anche, col metodo del silenzio-assenso), possono intervenire nel giudizio di omologazione e revocare il loro voto favorevole, col risultato che se la maggioranza dei creditori cambia idea, viene meno l'approvazione dei creditori e il concordato non può essere omologato.

La nuova disposizione assume, peraltro, un contenuto ancor più rilevante perché non sembra soltanto escludere che la fattibilità possa essere giudicata dal giudice anche senza sollecitazione di parte, ma sembra dire che anche il singolo creditore non può lamentare la non fattibi-

[48] Per G.Lo Cascio, *Concordato preventivo*, cit., p. 11, la soluzione poteva essere quella della rinnovazione della votazione.

[49] È ben vero che si tende ad escludere, proprio in virtù del principio consensualistico, che il voto favorevole sia revocabile (v., Trib. Monza, 29 gennaio 2010, "Foro it.", Rep. 2010, voce *Concordato preventivo*, n. 150, e in *Fallimento*, 2010, 1160), ma occorre anche considerare che la revoca dovrebbe essere consentita quale strumento di reazione rispetto alla modifica delle condizioni sulla cui base il consenso di è formato e per questa tesi v., E.Norelli-C.Ceschel, *Il giudizio di omologazione del concordato preventivo: aspetti processuali*, in *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, diretto da Apice, III, Torino, 2011, 508. Ma si osservi che la revoca della manifestazione di voto è invece ammessa (v., di recente App. Lecce, 8 giugno 2009, in "Fallimento", 2010, p. 1158) per sostituire all'iniziale voto contrario un voto favorevole.

lità del concordato perché lo strumento è quello esclusivo della revoca del voto[50]. A me pare una soluzione decisamente accettabile specie muovendo dall'opzione che negava il sindacato sulla fattibilità anche ad iniziativa del singolo opponente[51].

Né l'obiezione per la quale il prevedere l'art. 180 l.fall. poteri istruttori officiosi non potrebbe che voler dire che il giudice può sindacare autonomamente la fattibilità[52] sembra irresistibile volta che i poteri officiosi sul piano delle prove non sono altro che una semplice conseguenza dell'essere stato adottato il modello dei procedimenti in camera di consiglio. Ed ancora non bisogna farsi ingannare da questa previsione in relazione allo spettro contenutistico delle opposizioni. Come ho cercato di dimostrare[53] il processo di omologazione non vede modificato il suo oggetto a seconda che siano, oppure no, presentate opposizioni

Nella consapevolezza che questa modifica sul giudizio di omologazione non può essere adottata alle vecchie procedure, tuttavia fa propendere per la tesi espressa che vuole non sindacabile la fattibilità sin dalla fase di ammissione. Al fondo nessuna delle due tesi può trovare sponda nel dato letterale proprio perché l'art. 180 l.fall. non parla di fattibilità ed il non parlarne consente di legittimare sia la tesi per cui non sarebbe vietato il controllo di fattibilità, sia la tesi per cui il controllo non sarebbe ammesso in quanto non previsto[54].

Non si tratta di adottare un'opzione ideologica ma di trovare spunti, normativi, altrove e oggi il dato offerto dall'art. 179 mi pare decisivo.

Il risultato è accettabile anche per le preoccupazioni dei più attenti difensori dell'interesse pubblico ove si attribuiscano al tribunale altri poteri in un contesto di equilibrio fra parti e giudici.

E d'altra parte si faticherebbe assai ad immaginare la coerenza di

[50] S. Ambrosini, *Contenuti e fattibilità del piano di concordato preventivo alla luce della riforma del 2012*, in "www.ilcaso.it".

[51] C.Ferri, *Classi di creditori e poteri del giudice nel giudizio di omologazione del "nuovo " concordato preventivo*, in "Giur.comm.", 2006, I, p. 571; S.Ambrosini, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 126.

[52] Così R. Amatore, *Il giudizio di fattibilità del piano nel concordato preventivo*, cit., p. 118; M.Ferro, *Il concordato preventivo: l'omologazione e le fasi successive*, cit., p. 1046.

[53] M. Fabiani, *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, Bologna, 2011, p. 659; ma v. anche G.B. Nardecchia, *Nuova proposta di concordato, istanza di fallimento e poteri del tribunale in sede di ammissione*, cit., p. 1455; I.Pagni, *Contratto e processo nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti: analogie e differenze*, cit., p. 580.

[54] Correttamente M.Ferro, *Il concordato preventivo: l'omologazione e le fasi successive*, cit., p. 1046, rileva che la questione non è quella di discutere sulla ripetibilità delle valutazioni che spettano al tribunale ai sensi dell'art. 162 e 173 l.fall., ripetibilità in sede di omologazione che darei per sicura, ma di stabilire cosa il giudice può fare nelle fasi precedenti.

una tesi che assegna al giudice il compito di valutare anche d'ufficio la fattibilità del piano, in presenza di un'approvazione totalitaria della proposta, situazione oggi tutt'altro che inverosimile al lume della modifica del sistema di voto che vede i creditori apatici trasformati in creditori favorevoli. In questo caso verrebbe da chiedersi quali creditori fruirebbero dell'eterotutela del giudice, una volta appurato che i terzi non sono pregiudicati dall'omologazione.

Quando venne resa nota Cass. 21860/2010 che sembrava porre un deciso baluardo all'ingresso del giudizio di fattibilità da parte del tribunale, osservai[55] che se corretta era la decisione, il percorso argomentativo lasciava ampi margini di perplessità tant'è che i più attenti commentatori non avevano mancato di censurare la motivazione[56]. Ma quella decisione aveva, comunque, trovato linfa in sentenze più recenti e una migliore sistemazione teorica, si che pur fra moltissime perplessità delle corti di merito e non rare doglianze della letteratura, sembrava che la Cassazione si fosse assestata sulla versione più negoziale (ma non - e giustamente - completamente appiattita sul diritto dei contratti) del concordato, assegnando ai creditori e solo a loro il compito di valutare la fattibilità. E, in verità, a questa linea di pensiero si richiama, ancora, Cass. 18897/2011, mentre in Cass. 18864/2011 si declama il ripudio per le opzioni ideologiche di fondo (quelle cc.dd. negoziali) che avrebbero inquinato il dibattito sul concordato, ma poi le espressioni adoperate mostrano, proprio, una controlettura ancor più ideologica[57]. Ma ciò che più appare singolare, una volta superato lo sconcerto per due decisioni[58], è il fatto che là dove si svilisce l'approccio negoziale del concordato, poi il ricorso venga deciso facendo richiamo proprio alle norme sui contratti e in particolare a quelle sull'illiceità e sull'impossibilità dell'oggetto del contratto.

[55] M.Fabiani, *Per la chiarezza delle idee su proposta, piano e domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità*, cit., p. 172.

[56] G. Bozza, *Il sindacato del tribunale sulla fattibilità del concordato preventivo,* in "Fallimento", 2011, p. 172.

[57] Sulle varie ideologie v. il recente contributo monografico di F.Di Marzio, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, Milano, 2011, *passim*. Anche A.Di Majo, *La fattibilità del concordato preventivo: legittimità o merito*, in "Corr. Giur.", 2012, p. 230, dubita fortemente dell'assetto negoziale del concordato ed anzi cerca di fornire un supporto ideale alla soluzione della Corte, per poi, però, rifugiarsi nella nozione di regolarità sostanziale che è una formula astratta.

[58] Si rivela così intempestivo il plauso che L.Bottai, *Il processo di disintermediazione giudiziaria continua*, in "Fallimento", 2011, p. 810, aveva appena rivolto al giudice di legittimità lodandone, appunto, l'uniformità interpretativa.

Ed allora l'auspicio è che la Suprema Corte non abbia tanto a preoccuparsi di comporre il conflitto fra Cass. 25 ottobre 2010, n. 21860, Cass., 14 febbraio 2011, n. 3586, Cass., 23 giugno 2011, n. 13817, Cass. 16 settembre 2011, n. 18897 da un lato e Cass. 15 settembre 2011, n. 18864 dall'altro, quanto invece di offrire qualche certezza in più in termini di armonia di sistema[59].

[59] G.Lo Cascio, *Concordato preventivo*, cit., p. 14.

ELENA A. FERIOLI

Un dominio un pò meno riservato. L'impatto della tutela sovranazionale dei diritti umani sulla competenza statale in materia di accesso alla cittadinanza

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Il diritto umano ad una cittadinanza nella giurisprudenza della Corte Interamericana dei diritti umani. - 3. Il diritto al rispetto della vita privata e familiare nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo e le sue "interferenze" con la cittadinanza statale. - 4. Conclusioni.

1. *Introduzione*

La competenza a definire chi siano i cittadini di un ordinamento giuridico statale è sempre stata considerata, tradizionalmente, dominio riservato degli Stati, ai quali soli si riteneva spettasse di stabilire le condizioni per l'identificazione del proprio elemento personale, il popolo dei cittadini, ed il relativo statuto giuridico. Il consolidamento dell'impostazione dualista, che vede nell'ordinamento giuridico internazionale una plurisoggettività composta esclusivamente da Stati, portava infatti ad escludere che le norme internazionali potessero inserirsi nel rapporto tra l'autorità statale ed i suoi cittadini senza l'intermediazione delle regole statali, e men che meno imporre allo Stato limiti nella disciplina, e relativa applicazione giudiziaria, dei modi di acquisto e perdita della cittadinanza statale[1].

[1] L'idea che lo Stato fosse l'unica autorità abilitata a stabilire le condizioni di accesso alla cittadinanza è un vero postulato della dottrina giuridica degli inizi del ventesimo secolo. Scriveva O. SECHI nella voce *Cittadinanza – Diritto italiano e legislazione comparata,* in "Dig. It.", Torino, UTET 1897-1902, p. 223: «Le condizioni dalle quali dipende lo stato di cittadinanza sono determinate in diversa guisa dalle legislazioni dei diversi popoli; giacché ciascuno Stato è indipendente dagli altri, e, quindi, in forza del potere legislativo inerente alla sua sovranità, è libero di regolare, come meglio crede, siffatte condizioni». Analogamente si esprimeva E. BORCHARD, in *Protection diplomatique des nationaux à l'étranger, in Annuaire de l'Institut de droit international,* 1931, vol. 36, p. 227. Sul punto anche H. KELSEN, *Théorie général de droit International public. Problèmes choisis,* in RCADI, 1932, IV, p. 244 per il quale «le droit interne peut établir des règles quelconques sur les conditions dans lesquelles on devient ou l'on cesse d'être ressortissant de l'État considéré » ; J. MAURY, *Nationalité (Théorie générale et droit français),* in *Répertoire de droit international,* Paris, 1931, tomo IX, p. 258. Più recentemente F. DURANTE, *L'accertamento della nazionalità della domanda da parte*

Nel corso del XX secolo, tuttavia, il diritto internazionale ha cominciato a mostrare un crescente interesse per le regole con cui gli ordinamenti statali attribuiscono o negano la propria cittadinanza. Se da principio le fonti internazionali si interessavano della materia solo in relazione a quei profili che venivano ad avere un'incidenza diretta nei rapporti tra gli Stati, come per esempio nei casi di doppia cittadinanza[2], il riconoscimento internazionale dei diritti umani e delle organizzazioni impegnate nella loro tutela ha determinato, a partire dal secondo dopoguerra, un progressivo ampliamento degli ambiti di interesse delle fonti internazionali nella materia, con la finalità di tutelare, attraverso l'individuazione di regole condivise sull'acquisto e la perdita della cittadinanza, i diritti fondamentali degli individui. In questa prospettiva, si possono richiamare - oltre ad alcune disposizioni della Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo e del Patto internazionale sui diritti civili e politici di cui si dirà più avanti - alcune convenzioni internazionali multilaterali riguardanti aspetti specifici della materia, con riguardo per esempio alla cittadinanza delle donne coniugate (Conv. ONU di New York, 1957), alla condizione dei rifugiati (Conv. ONU di New York, 1951), alla condizione delle persone apolidi (Conv. ONU di New York, 1954), alla riduzione dei casi di cittadinanza multipla (Strasburgo, 1963), alla riduzione dei casi di apolidia (Berna, 1973). In ambito europeo, inoltre, l'azione del Consiglio d'Europa è stata finalizzata al tentativo di raggiungere un'armonizzazione delle legislazioni statali in materia di cittadinanza, attraverso l'adozione della Convenzione europea sulla nazionalità (Strasburgo, 1997) e, più di recente, di quella sulla lotta contro l'apolidia in caso di successione tra Stati (Strasburgo, 2006).

Così, la regolamentazione della cittadinanza statale non è più oggi uno "spazio" normativo pieno solo di regole statali, ma è occupato anche da un discreto numero di fonti giuridiche internazionali, con le quali la legislazione domestica è chiamata a confrontarsi. Benché, infatti, nelle convenzioni internazionali in materia di cittadinanza si ribadisca spesso che spetta a ciascuno Stato stabilire con la propria

del giudice internazionale nella protezione diplomatica, in ADI, 1953, p. 65; I. Brownlie, *The Relations of Nationality in Public International Law,* in *BYIL,* 1963, p. 286: per il quale « It is not for International Law, but for the Internal Law of each State to determine who is, and who is not, to be considered its National».

[2] Vd. la Convenzione dell'Aja del 1930, importante trattato multilaterale con cui si mirava a risolvere alcuni problemi legati allo *status* ed alla protezione diplomatica delle persone che possiedono più di una cittadinanza.

legislazione chi siano i suoi cittadini, contemporaneamente si richiama anche il fatto che nella materia la legislazione interna deve rispettare le fonti del diritto internazionale[3], avvalorando l'idea che la competenza statale in questione non possa più ritenersi esclusiva e discrezionale come un tempo, ma sia oggi chiamata a confrontarsi con una serie di limiti imposti allo Stato da fonti ed autorità giudiziarie ultrastatali[4].

Naturalmente, gli Stati restano liberi di aderire o meno ai trattati bilaterali o multilaterali che riguardano la disciplina della propria cittadinanza, potendo decidere discrezionalmente se accettare o meno di adeguare la propria legislazione alle fonti internazionali convenzionali che trattano della materia, e per la verità si nota ancora oggi una certa riluttanza di molti ordinamenti giuridici statali ad acconsentire alla ratifica di alcuni dei trattati multilaterali più importanti del settore[5].

Tuttavia, le limitazioni alla competenza esclusiva statale nella disciplina della cittadinanza non sono solo quelle imposte in modo, per così dire, diretto dalle convenzioni internazionali espressamente dedicate alla materia ed a cui lo Stato si è volontariamente conformato, ma possono anche derivare, spesso inaspettatamente, da regole e norme "eteronome" che penetrano nell'ordinamento statale per altre vie, come per esempio attraverso l'adesione a carte internazionali di tutela dei diritti umani o ad ordinamenti di carattere sovranazionale, in certi casi limitando la capacità del potere statale di differenziare lo *status* dei cittadini da quello degli stranieri e dispiegando una certa influenza anche sulle normative in tema di acquisto e perdita della cittadinanza nazionale.

In ambito europeo, questo processo è stato studiato soprattutto in riferimento all'ordinamento dell'Unione, in cui la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, grazie ad un'interpretazione ampia della cittadinanza europea ed al principio di non discriminazione, ha da un lato esteso progressivamente l'insieme delle prestazioni pubbliche per le quali gli Stati membri non possono introdurre limitazioni basate sulla naziona-

[3] Vd. per es., Convenzione Aja, art. 1; Convenzione europea sulla Nazionalità, art. 3, c. 1.

[4] Sulla ricostruzione dei limiti internazionali alla competenza statale in materia di cittadinanza si veda L. PANELLA, *La cittadinanza e le cittadinanze nel diritto internazionale,* Napoli, Editoriale Scientifica, 2008.

[5] Rimanendo solo in ambito europeo, può essere utile ricordare che la Convenzione europea sulla nazionalità del 1997 non è stata ratificata da Francia, Italia, Regno Unito, Spagna.

lità[6], mentre dall'altro ha affermato l'esistenza di limiti europei alla disciplina interna della cittadinanza statale[7].

Meno attenzione ha ricevuto, invece, l'analisi dell'impatto della tutela sovrastatale dei diritti umani sulle norme e prassi applicative interne in materia di cittadinanza, ambito che ci pare invece meritare un ap-

[6] Il riferimento è alla ben nota giurisprudenza inaugurata con CG, sentenza del 12.5. 1998, *Martinez Sala,* C-85/96 e di seguito con la sentenza del 20.9.2001, *Grzelczyk,* C-184/99; sentenza del 17.9.2002, *Baumbast e R.,* C-413/99; sentenza del 2.10.2003, *Carlos García Avello,* C-148/02; sentenza del 15.3.2005, *Bidar,* C-209/03. Su questa giurisprudenza la letteratura sia in lingua italiana, che straniera è veramente ricchissima, riguardando alcuni degli istituti più controversi e complessi cui ha dato vita l'ordinamento europeo. Limitandoci ai contributi più recenti si veda per un commento complessivo S. Amedeo, *Il principio di eguaglianza e la cittadinanza dell'Unione: il trattamento del cittadino europeo "inattivo",* in "Il Diritto dell'Unione europea", 1, 2011, p. 59 ss.; C. Favilli, *La non discriminazione nell'Unione europea,* Bologna, Il Mulino, 2008, p. 41 ss.; E. Spaventa, *Seeing the wood despite the trees? On the scope of Union Citizenship and its constitutional effects,*in "Common Market Law Rev.", 2008, p. 13 ss.; E. Ferrari, *L'uguale libertà del cittadino europeo: linee di frattura della corrispondente concezione nazionale di uguale libertà,* in "Riv. Trim. Dir. Pubbl.", 2007, p. 936; M. Dougan, *The constitutional dimension of the case law on Union citizenship,* in "European Law Rev.", 2006, p. 613 ss.; K. Hailbronner, *Union Citizenship and access to social benefits,* in "Common Market Law Rev.", 2005, p. 1245 ss.; R. C. A. White, *Free movement, equal treatment, and citizenship of the Union,* in "International and Comparative Law Quarterly", 2005, p. 35 ss. L'ordinamento UE è andato estendendo anche ad alcune categorie di cittadini di Stati terzi tutta una serie di prestazioni pubbliche. Sul punto si veda C. Corsi, *Cittadinanza e prestazioni assistenziali,* in "Diritto, Immigrazione, cittadinanza", *XI,* 2, 2009, p. 30 ss., in particolare p. 36; A. Caligiuri, *L'accesso ai benefici di natura assistenziale dei cittadini extracomunitari soggiornanti in Italia*, in "Diritto, Immigrazione, cittadinanza", XI, 1, 2009, p. 53 ss.

[7] Si veda CG, sentenza del 7.7.1992, *Micheletti,* C-369/90; sentenza del 19.10.2004, *Zhu,* C-200/02. Su questa giurisprudenza si rinvia a AA.VV, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone,* a cura di M. Condinanzi, A. Lang, B. Nascimbene, II ed., Milano, Giuffrè, 2006, p. 13 ss. Vedi inoltre la recente sentenza del 2.3.2010, *Rottmann* C-135/09 sulla quale si rinvia ai primi commenti: F. Fabbrini, *La Corte di giustizia europea e la cittadinanza dell'Unione*, in "Giornale di diritto amministrativo", 2010, p. 702 ss.; M. E. Bartoloni, *Competenza degli Stati in materia di cittadinanza e limiti posti dal diritto dell'Unione europea : il caso Rottmann*, in "Diritti umani e diritto internazionale", 2010, p. 423 ss.; T. Burri; B. Pirker, *La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance. Chronique des arrêts. Arrêt «Rottmann c. Freistaat Bayern »*, in "Revue du droit de l'Union européenne", 2010, 3, p. 651ss.; E. Adobati, *E' possibile che un soggetto diventi apolide e perda lo status di cittadino dell'Unione nel rispetto del principio di proporzionalità*, in "Diritto comunitario e degli scambi internazionali", 2010, p. 291 ss.; D. Kochenov, *Case C-135/08, Janko Rottmann v. Freistaat Bayern, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 2 March 2010,* in "Common Market Law Review", 2010, p. 1831 ss.; A. Seling, *Towards a direct "droit de regard"?*, in "Maastricht Journal of European and Comparative Law", 2010, Vol. 17, 4, p. 470 ss.; H. U. Jessurun d'Oliveira, *Decoupling Nationality and Union Citizenship?,* in "European Constitutional Law Review" , 2011, Vol. 7, 1, p. 138 ss.; G. R. De Groot; A. Seling, *The Consequences of the Rottman Judgment on Member State Autonomy - The European Court of Justice's Avant-Gardism in Nationality Matters*, in "European Constitutional Law Review", 2011, Vol. 7, 1, p. 150 ss.

profondimento perché, come è noto, i diritti umani codificati nelle fonti internazionali hanno nel tempo rivelato una straordinaria capacità di penetrazione negli ordinamenti statali interni, influendo sia sul piano dell'elaborazione del diritto positivo, che sulle decisioni giurisprudenziali. E' questo uno degli effetti più importanti dell'universalizzazione dei diritti nata con la costituzione dell'ONU ed il ruolo sempre più rilevante acquisito da Corti e giurisprudenze sovranazionali, le quali agiscono non in nome di uno Stato, ma in nome di carte sovranazionali sui diritti fondamentali[8]. Su questo profilo si concentrerà pertanto lo studio condotto in queste pagine, nel tentativo di capire se dagli ordinamenti giuridici originati dalle diverse carte regionali sui diritti umani (con particolare riferimento a quella interamericana ed a quella europea) possano derivare regole e norme capaci di condizionare l'asserita tradizionale autonomia degli Stati nella definizione dei criteri di accesso alla propria cittadinanza, offrendo nuovi elementi per una riflessione sulla portata ed il significato attuale dell'istituto negli ordinamenti statali odierni.

2. *Il diritto umano ad una cittadinanza nella giurisprudenza della Corte Interamericana dei diritti umani*

Nelle carte internazionali sulla protezione dei diritti umani della seconda metà del ventesimo secolo è spesso codificato il diritto ad una cittadinanza. Il riconoscimento di questo diritto umano desta, nello studioso del diritto interno, un certo interesse perché pare sancire un cambiamento di prospettiva notevole rispetto alla tradizionale visione statocentrica della cittadinanza consolidatasi sull'ordine *westfaliano*. La previsione del diritto umano ad una cittadinanza sembrerebbe, infatti, evocare l'intrinseca potenzialità del rovesciamento del consueto rapporto tra Stato ed individuo disegnato dalle fonti normative statali nella materia, rafforzando il profilo della pretesa e delle rivendicazioni dell'individuo nei confronti dello Stato[9].

Il diritto ad una cittadinanza è previsto nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948[10], ulteriormente specificato dal diritto a cambiare la propria cittadinanza e dal divieto di privazione arbitra-

[8] Sul punto si veda V. ONIDA, *La Costituzione ieri e oggi: la "internazionalizzazione" del diritto costituzionale,* Relazione al Convegno dell'Accademia Nazionale dei Lincei, Roma 9-10 gennaio 2008.

[9] L. PANELLA, *La cittadinanza …,* cit., p. 52 ss.

[10] Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, art. 15, c. 1.

ria della stessa. Dai lavori preparatori si evince che tale diritto fu inserito per ultimo nella disposizione, avendo riguardo soprattutto alla necessità di ridurre il fenomeno dell'apolidia. Benché, come è noto, la natura giuridica della Dichiarazione Universale sia ancora oggi molto discussa[11], essa pare comunque aver ispirato alcune successive convenzioni internazionali. Una disposizione analoga all'art. 15 si ritrova, infatti, nel Patto Internazionale sui diritti civili e politici, nella Convenzione sui diritti dell'Infanzia e in quella sulla protezione dei migranti, trattati che prevedono il diritto ad una nazionalità[12] o cittadinanza[13] nell'ambito dei diritti dei fanciulli, senza ulteriori specificazioni. Si tratta però sempre di norme piuttosto generiche perché non individuano né il soggetto obbligato a garantire questo diritto, né le circostanze che fanno sorgere la situazione soggettiva. Manca insomma l'indicazione delle condizioni in base alle quali si ha diritto ad una determinata cittadinanza[14], e ciò rivela una grande prudenza a codificare una qualche forma di ingerenza delle fonti internazionali nella materia, tradizionalmente ascritta a dominio riservato degli Stati nazionali. In pratica con queste disposizioni si scelse di riconoscere un diritto il cui esercizio effettivo rimane comunque dipendente dalla valutazione discrezionale da parte degli Stati sulle modalità con cui accordare e regolare l'acquisto della propria cittadinanza[15].

Una regola più specifica è contenuta nella Convenzione Interame-

[11] Sulle diverse posizioni della dottrina rispetto alla natura giuridica della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo: M. Decleva, *Le dichiarazioni di principi delle Nazioni Unite,* in "ADI", 1965, p. 63 ss.; F. Capotorti, *Le Nazioni Unite per il progresso dei diritti dell'uomo,* in "Comm. Int.", 1967, p. 11 ss.; G. Arangio Ruiz, *The Normative Role of the General Assembly of the United Nations,* in "RCADI", 1972, 3, p. 431 ss.; M. Kdhir, *Quelques réflexions sur la nature juridique de la Déclaration Universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948,* in "RDIDC", 1999, p. 334 ss. Nella giurisprudenza italiana, si veda Cass., SU, 29.5.1993 in "Giur. It.", 1994, I, 1, p. 914 (con nota di Santoro Passarelli), in cui si afferma che la Dichiarazione è sprovvista di valore giuridico.

[12] Patto Internazionale sui diritti civili e politici, art. 24, c. 3; Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti dei lavoratori migranti e le loro famiglie, art. 29.

[13] Convenzione sui diritti dell'infanzia, art. 7, c. 1.

[14] G. R. De Groot, *Conditions d'acquisition et de perde de la nationalité ex lege ou par declaration d'option,* in AA.VV., *Defis au droit nationale et international sur la nationalité à l'aube du nouveau millenarie,* Atti della II Conferenza europea sulla cittadinanza, Strasburgo, 2001, p. 69; A. Walmsley, *Acquisition de la nationalité par naturalisation: évaluation de la legislation européenne,* in AA.VV., *Defis au droit nationale…,* cit., p. 98.

[15] C. A. Batchelor, *Progrès en droit international: la reduction des cas de apatridie grace à l'application positive du droit à une nationalité,* in AA.VV., *Tendences et développement en droit interne et international sur la nationalité,* Atti della I conferenza europea sulla cittadinanza, Strarburgo 2000, p. 51.

ricana sui Diritti dell'Uomo del 1969 (cd. Patto di San José) che, ispirandosi direttamente alla Dichiarazione Universale, riconosce all'art. 20 il diritto ad una cittadinanza ed il divieto della privazione arbitraria della stessa, ma aggiunge anche una regola più specifica e cioè il diritto alla cittadinanza dello Stato in cui si è nati, se privi del diritto ad un'altra nazionalità. Si tratta in questo caso di una generalizzazione del criterio dello *ius soli* in via residuale, con la *ratio* evidente di evitare casi di apolidia, come dimostra anche il fatto che una regola analoga era già contenuta nella Convenzione di New York per la riduzione dei casi di apolidia del 1961[16].

Gli effetti di questa disposizione all'interno degli ordinamenti giuridici statali che hanno ratificato la Convenzione Interamericana sembrano essere duplici. Innanzitutto, attraverso la via della tutela dei diritti umani, anche gli Stati americani che non hanno ratificato la Convenzione di New York (e cioè ben diciannove sui venticinque Stati aderenti al Patto di San José), sono tenuti a conformarsi ad un principio basilare della lotta all'apolidia perseguita dalla suddetta convenzione, ovvero quello di privilegiare il legame territoriale tra l'individuo e lo Stato, adeguandosi al criterio dello *ius soli*, quando non vi sia la possibilità per l'interessato di acquisire un'altra cittadinanza. Si ottiene così un effetto analogo a quello perseguito dalla Convenzione di New York, ed anzi se ne rafforza l'obbligatorietà. Se infatti nella maggior parte dei paesi dell'America latina i trattati internazionali sui diritti umani hanno un rango normativo inferiore alla Costituzione, non mancano casi in cui per espressa previsione costituzionale tali fonti sono collocate ad un livello superiore alla Costituzione (Guatemala)[17], o assurgono a parametro di costituzionalità (Costa Rica)[18], o im-

[16] Una regola analoga era infatti già contenuta nella Convenzione di New York per la riduzione dei casi di apolidia del 1961, art. 1, c. 1. Pur contenendo una serie di regole minuziose volte a conformare le legislazioni degli Stati aderenti all'obiettivo di evitare l'apolidia soprattutto di nascita, questa convenzione non codifica esplicitamente il diritto ad una cittadinanza. La medesima prudenza si ritrova anche nella convenzione di New York del 1954 sullo stato degli apolidi, che fa solo riferimento all'impegno degli Stati a promuovere e facilitare la naturalizzazione degli apolidi (art. 32).

[17] Cost. Guatemala, art. 46.

[18] Nell'ordinamento costaricense, infatti, «gli strumenti ed i trattati sui diritti umani fanno parte del parametro di costituzionalità in materia di *amparo* e la giurisprudenza costituzionale ha stabilito che in caso di conflitto tra la norma di un trattato ed una disposizione costituzionale, si debba applicare la norma più favorevole al ricorrente» R. Hernandez Valle, *L'utilizzazione della giurisprudenza della Corte americana dei diritti dell'uomo da parte dei Tribunali supremi e dei Tribunali costituzionali dell'America latina,* in AA.VV., *Il sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali e i rapporti tra le giurisdizioni,* a cura di G. Rolla, Milano, Giuffré, 2010, pp. 73-90, in particolare p. 74.

pongono un'interpretazione conforme dei diritti costituzionali (Perù)[19].

In secondo luogo, l'art. 20 della Convenzione Interamericana ha mostrato con chiarezza la capacità di inserirsi nel rapporto tra lo Stato ed il suo cittadino (o aspirante tale), potendo rafforzare considerevolmente la tutela riconosciuta alla persona nell'ambito delle norme e dei procedimenti interni in materia di accesso alla cittadinanza nazionale. La Corte Interamericana sui diritti umani (CIDH), organo della Convenzione chiamato ad applicare ed interpretare le relative norme[20], nella sua giurisprudenza ha infatti individuato due profili del diritto in questione: con riguardo ai rapporti tra Stati, esso fornisce all'individuo un minimo di tutela giuridica all'interno delle relazioni internazionali, stabilendo attraverso la cittadinanza un legame tra la persona ed uno Stato tenuto a tutelarla. All'interno dei confini statali, invece, esso proteggerebbe l'individuo dalla privazione arbitraria della cittadinanza da parte delle autorità domestiche e dal conseguente mancato godimento dei diritti politici e di quelli civili connessi con la stessa[21]. Con l'espressione "privazione arbitraria" la Corte Interamericana pare riferirsi, nella sua giurisprudenza, non solo ai casi di revoca di una cittadinanza precedentemente acquisita, ma anche a quelli in cui la cittadinanza viene negata in modo arbitrario o discriminatorio[22]. Ne deriva che il diritto umano ad una cittadinanza, nel sistema interamericano di tutela dei diritti umani, non esaurisce i suoi effetti protettivi nell'ambito dei rapporti interstatali, ma può produrre delle conseguenze giuridiche anche all'interno degli ordinamenti statali, tutelando l'individuo rispetto a norme o provvedimenti statali che ne determinino una violazione.

[19] Cost. Perù, quarta disposizione finale e transitoria.

[20] La Convenzione Interamericana è stata ratificata ad oggi da 25 Stati centro e sudamericani (tra cui Argentina, Brasile, Messico). Il rispetto dei diritti sanciti nella convenzione è assicurato da un organo, la Convenzione, che quando riceve una comunicazione o petizione sulla violazione dei diritti umani è tenuta ad avviare una procedura di controllo che può sfociare in un ricorso alla Corte Interamericana dei diritti umani, collegio giudiziario autonomo ed indipendente che oltre a giudicare per via giudiziale sulle violazioni dei diritti umani riconosciuti nella convenzione, può anche rilasciare pareri sulla compatibilità delle norme statali con quelle della Convenzione o di altri trattati sui diritti umani.

[21] CIDH, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, OC-4/84 del 19 gennaio 1984, par. 34-35; *Castillo Petruzzi y otros c. Perù*, sentenza del 30.5.1999, (ser. C), n.52, par. 100; , *Yean y Bosico c. Republica Dominicana*, sentenza del 8.9.2005, n. 139, reperibili sul sito internet www.corteidh.or.cr.

[22] Vd. CIDH, *Yean y Bosico c. Republica Dominicana,* sentenza del 8.9.2005, n. 174 dove il diniego di concessione della cittadinanza viene praticamente equiparato alla privazione arbitraria della stessa.

In particolare, nella giurisprudenza della CIDH il diritto ad una cittadinanza è costruito ed interpretato come una posizione soggettiva autonoma che può dare origine alla violazione del Patto di San José sia da solo, che in combinato disposto con altre norme, ed in particolare con l'art. 24 sul divieto di discriminazione. Quest'ultimo è previsto nel Patto di San José nella forma del principio di uguaglianza davanti alla legge e nel divieto di discriminazioni nella protezione che la legge riconosce agli individui e costituisce un parametro autonomo di giudizio, nel senso che la sua violazione non viene valutata in esclusivo riferimento ai diritti riconosciuti espressamente nella Convenzione Interamericana, ma si estende anche al diritto interno degli Stati contraenti[23]. La CIDH ha applicato questo principio anche nell'ambito di una controversia sull'acquisto della cittadinanza, fornendo una lettura ampia delle conseguenze che derivano dalla necessità di rispettare il principio di uguaglianza e non discriminazione, precisando che gli Stati, nel regolare i meccanismi di accesso alla propria cittadinanza, sono tenuti ad astenersi dall'adottare norme discriminatorie o che producano effetti discriminatori rispetto a gruppi di popolazione, e debbono combattere le prassi discriminatorie a tutti i livelli, in particolare presso gli organi pubblici, ed adottare tutte le misure positive necessarie per assicurare una effettiva uguaglianza davanti alla legge di ogni individuo[24]. In questa prospettiva il principio di non discriminazione interviene a rafforzare la tutela derivante dalla previsione del diritto ad una cittadinanza, anche se questa connessione non è ritenuta una condizione necessaria per dichiarare la violazione dell'art. 20, la quale è possibile anche a prescindere dall'esistenza di una situazione discriminatoria[25].

Attraverso questa ricostruzione, la CIDH ha sviluppato una giurisprudenza originale ed innovativa che, sebbene parta da una ricostruzione classica della cittadinanza come prerogativa del potere statale, attraverso la tutela sovranazionale dei diritti umani viene ad inserire nel rapporto tra il cittadino (o l'aspirante cittadino) e lo Stato alcune regole che vanno nella direzione di rafforzare sensibilmente la tutela del primo rispetto alle prerogative sovrane del secondo, sottoponendo i procedimenti interni in materia alla lente del suo giudizio.

[23] Vd. CIDH, OC-4/84 cit., par. 54 ; OC-18/03 del 17 settembre 2003, par. 82 ss.

[24] CIDH, *Yean y Bosico c. Republica Dominicana,* cit., par. 141.

[25] Sul punto vd. A. Úbeda de Torres, *The Right to a nationality,* in AA.VV., *The Inter-American Court of Human Rights. Case Law and Commentary,* a cura di L. Burgorgue-Larsen, A. Úbeda de Torres, Oxford University Press, 2011, pp. 568-587.

Così, per esempio, la Corte ha giudicato contraria all'art. 20 la revoca della cittadinanza peruviana ad un cittadino naturalizzato di origine israeliana, essendo intervenuta oltre il termine di legge previsto dalla normativa interna e da parte di un'autorità giudicata incompetente a tal fine[26]. Il caso si presentava particolarmente delicato perché la revoca della cittadinanza pareva sostanzialmente motivata da ragioni di ordine politico, in quando il ricorrente era proprietario di un canale televisivo di opposizione rispetto al governo Fujimori ed in base alle leggi peruviane solo i cittadini possono possedere frequenze televisive. Così, la revoca della cittadinanza ben tredici anni dopo la naturalizzazione (motivata dal fatto che non risultava acquisita la rinuncia della precedente nazionalità), faceva sorgere più di un sospetto che tale provvedimento nascondesse, dietro le motivazioni giuridiche, l'intento politico di mettere a tacere l'informazione dissidente. La Corte, dopo aver richiamato le norme convenzionali e quelle interne che a livello costituzionale riconoscono il diritto alla cittadinanza, il divieto della privazione arbitraria e la perdita solo per rinuncia espressa, conclude per l'arbitrarietà della revoca della cittadinanza peruviana nel caso di specie, in quanto adottata in violazione delle medesime fonti normative interne. Il suo giudizio viene quindi a concentrarsi prevalentemente sul profilo della mancata osservanza della normativa interna, risolvendosi in un giudizio di legalità di ultima istanza.

Rispetto all'acquisto della cittadinanza, invece, la Corte ha riscontrato la violazione dell'art. 20, questa volta congiuntamente all'art. 24 sul divieto di discriminazione, in uno dei casi più controversi affrontati sino ad oggi in materia di cittadinanza, ovvero quello riguardante l'acquisto della cittadinanza dominicana da parte dei figli dei lavoratori immigrati di origine haitiana presenti sul territorio di Santo Domingo ed impiegati nelle piantagioni di canna da zucchero in una situazione di tollerata clandestinità. Nel 2005, infatti, la CIDH, su ricorso presentato a nome di due bambine di origine haitiana a cui era stata negata la cittadinanza, ha condannato la Repubblica Dominicana, censurando l'interpretazione data dalle pubbliche autorità dominicane all'art. 11 della Costituzione interna e giudicando come discriminatorie le procedure seguite nel paese per concedere l'acquisto della cittadinanza in base allo *ius soli* ai bambini di origine haitiana. L'art. 11 della Costituzione dominicana prevedeva infatti l'acquisto della cittadinanza in base allo *ius soli*, con esclu-

[26] CIDH, *Ivcher Bronstein c. Perù*, sentenza del 6 febbraio 2001, (ser. C), n. 74,par. 94-94.

sione dei figli di diplomatici stranieri e di coloro che si trovassero in transito sul territorio dominicano. La condizione di "transito" veniva però interpretata in modo ampio, ricomprendendovi anche gli stranieri irregolari, con il risultato di escludere dall'acquisto della cittadinanza dominicana i figli, nati e cresciuti a Santo Domingo, di migliaia di immigrati haitiani irregolari presenti spesso da decenni sul territorio statale. La CIDH ha nettamente censurato questa interpretazione, sostenendo che la condizione di "persona in transito" non può essere estesa anche ai migranti presenti in modo stabile sul territorio statale e che lo *status* migratorio di un individuo non può essere trasmesso ai relativi figli privandoli del diritto di acquisire la cittadinanza: in base all'art. 20 della Convenzione Interamericana ed alle fonti internazionali in materia di lotta all'apolidia, infatti, la nascita nel territorio statale è l'unica condizione richiesta per l'acquisto della cittadinanza da parte di coloro che diversamente risulterebbero apolidi[27], non venendo in considerazione ulteriori elementi o criteri di selezione basati sulla condizione giuridica dei genitori. Considerando inoltre che spesso altri ostacoli all'acquisto della cittadinanza derivavano dalla mancata o tardiva dichiarazione di nascita dei bambini di origine haitiana nelle anagrafi locali (registrazione che spesso veniva anche rifiutata od ostacolata con finalità discriminatoria), la CIDH ha anche statuito che la Repubblica dominicana fosse obbligata ad adottare tutte le misure necessarie, sia di tipo legislativo, amministrativo o di altro genere, per regolare il procedimento di acquisizione della nazionalità dominicana in caso di dichiarazione tardiva di nascita.

L'impatto di questa decisione sull'ordinamento interno era quindi straordinario perché si arrivava a correggere l'interpretazione della fonte costituzionale e ad imporre l'adozione di norme positive o prassi amministrative e giudiziarie conformi alle fonti internazionali. Il riconoscimento del diritto ad una cittadinanza consentiva ad un giudice sovranazionale di censurare le prassi statali, inserendosi nel rapporto tra lo Stato e l'individuo a tutela degli interessi di quest'ultimo.

La straordinaria ampiezza delle conseguenze giuridiche della suddetta sentenza nell'ordinamento domestico è stata tuttavia ridimensionata in concreto da un solo parziale adeguamento della Repubblica Dominicana alla decisione, come lamentano i quattro rapporti sull'esecuzione della sentenza emessi dalla CIDH nel 2007, 2009, 2010 e 2011. La nuova Costituzione dominicana approvata nel 2010, inoltre, tenta di ag-

[27] CIDH, *Yean y Bosico c. Republica Dominicana,* cit., par. 156.

girare gli effetti della sentenza con una nuova disposizione costituzionale (art. 18) che esclude dalla cittadinanza i figli di coloro che risiedono illegalmente nel territorio dominicano, avendo con tutta evidenza di mira proprio la popolazione degli immigrati di origine haitiana[28]. Il caso è stato di nuovo portato all'attenzione della Convenzione nel 2010[29], e non è escluso che le pressioni internazionali sulla Repubblica Dominicana sortiscano qualche effetto. Esso è certamente indicativo della debolezza del sistema Interamericano di protezione dei diritti umani, una debolezza dovuta in gran parte al fatto che la strutturale scissone tra riconoscimento internazionale dei diritti umani e garanzia statale degli stessi non è accompagnata da un sistema di sanzioni efficaci verso gli Stati inadempienti agli obblighi assunti in materia sul piano internazionale. D'altro canto però questa vicenda evidenzia anche l'esistenza di una rete di limiti internazionali agli abusi interni in materia di cittadinanza con cui, in determinate circostanze, gli Stati sono oggi chiamati a confrontarsi, in una situazione ben lontana dall'idea tradizionale che vedeva nella materia un settore tutto coperto e protetto dal dominio riservato statale.

3. *Il diritto umano al rispetto della vita privata e familiare nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e le sue "interferenze" con la cittadinanza statale*

A differenza della Convenzione Interamericana, la Convenzione Europea sui Diritti dell'Uomo e le Libertà Fondamentali (CEDU) non contiene una disposizione dedicata alla tutela del diritto ad una cittadinanza. Nel 1988 il comitato di esperti per lo sviluppo dei diritti umani in seno al Consiglio d'Europa approfondì la questione e valutò la possibilità di inserire la previsione di un tale diritto nella Convenzione attraverso un protocollo addizionale[30], ma la proposta fu ostacolata dalla ritrosia di molti Stati. La discussione fu quindi indirizzata verso l'elaborazione di una fonte internazionale autonoma che sfuggisse dal parametro di controllo del sistema CEDU ed arrivò a compimento attraverso l'adozione del-

[28] Sulla questione si veda J. Bolivar Diaz, *Genocidio civil inaceptable: se despoja de la nacionalidad a dominicohaitianos*, reperibile su www.acendo.com.do.

[29] Si veda il rapporto presentato alla CIDH dall'Open Society Institute nell'ottobre 2010 reperibile sul sito http://www.soros.org/initiatives/justice/articles_publications/publications/dominicans-haitian-descent-20101028/Dominican-Republic-Nationality-Report-ESP-20110805.pdf

[30] Vd. J. M.M. Chan, *The right to a Nationality as a Human Right: THE Current Trend Towards Recognition,* in "Human Rights Law Journal", 1991, Vol. 12, p. 7.

la Convenzione europea sulla nazionalità del 1997.

La ritrosia verso la codificazione esplicita del diritto umano ad una cittadinanza rispecchia del resto la tendenza predominante in Europa, in cui le Costituzioni statali praticamente mai tutelano espressamente il diritto alla cittadinanza (ad eccezione dell'art. 26, c. 1 della Costituzione portoghese), mentre in genere considerano quest'ultima nella prospettiva tradizionale di *status* giuridico presupposto per l'esercizio di alcuni dei diritti fondamentali. L'apertura degli ordinamenti statali europei alle fonti internazionali in materia si manifesta, semmai, attraverso l'adeguamento ad altri principi codificati nel diritto internazionale convenzionale che, in alcuni casi, vengono anche inseriti nelle Carte costituzionali, come per esempio il divieto di privazione della cittadinanza per coloro che ne rimarrebbero apolidi[31].

L'assenza di una disposizione sul diritto ad una cittadinanza nella CEDU è stata a lungo interpretata come equivalente ad una mancanza di competenza del sistema europeo di protezione dei diritti umani ad intervenire nelle controversie in materia di acquisto e perdita della cittadinanza statale[32]. Le normative e la giurisprudenza degli Stati europei in

[31] Vd. la Costituzione della Germania, art. 16; Finlandia, art. 5; Islanda, art. 66; Bosnia Erzegovina, art. 7, lett. B. L'assetto normativo più diffuso nei paesi che aderiscono al Consiglio d'Europa è quello di prevedere nella Costituzione una riserva di legge, disponendo cioè che la disciplina dettagliata sulla cittadinanza sia definita con legge (Costituzione del Belgio, art. 8; Bulgaria, art. 25; Repubblica Ceca, art. 12; Croazia, art. 9; Estonia, art. 8; Finlandia, art. 5; Francia, art. 34; Irlanda, art. 9; Islanda, art. 66; Lussemburgo, art. 9; Germania, art. 16; Grecia, art. 4; Olanda, art. 2; Portogallo, art. 4 e art. 26; Spagna, art. 11; Lituania, art. 12; Lussemburgo, art. 9; Olanda, art. 2; Polonia, art. 34; Romania, art. 5; Slovenia, art. 12; Slovacchia, art. 5; Ungheria, art. G; Turchia, art. 66). Più raramente, nella Costituzione è definita l'opzione a favore di uno dei tradizionali modi di acquisto della cittadinanza - *ius soli* o *ius sanguinis*[32]- (Costituzione dell'Estonia, art. 8; Finlandia, art. 5; Lituania, art. 12; Polonia, art. 34; Ungheria, art. G; Turchia, art. 66) o sono stabilite idonee garanzie rispetto alla perdita della stessa (Costituzione della Bosnia Erzegovina, art. 7; Bulgaria, art. 25; Croazia, art. 9; Estonia, art. 8; Islanda, art. 66; Italia, art. 22; Portogallo, art. 26; Spagna, art. 11; Finlandia, art. 5; Polonia, art. 34; Romania, art. 5). In quest'ultimo caso, in particolare, l'oggetto della tutela costituzionale è certamente la cittadinanza, ma nel momento in cui essa è già acquisita: in altre parole, quando le Costituzioni europee vietano la privazione della cittadinanza per motivi politici, o a coloro che l'hanno acquisita per nascita o ne escludono la perdita contro la volontà dell'interessato oppure nei casi in cui quest'ultimo diverrebbe apolide, sembrano riconoscere un diritto fondamentale che riguarda però il solo *mantenimento* della cittadinanza, non anche il suo a*cquisto*.

[32] Vd. Commissione EDU, *Famiglia K e W. v. Olanda,* app. n. 11278/84, 1.7.1985. La pronuncia fu originata da un ricorso nel quale si sosteneva che la legge sulla cittadinanza olandese contenesse una discriminazione basata sul sesso perché disciplinava in modo differente l'acquisto della cittadinanza da parte delle mogli straniere di cittadini, rispetto al caso contrario di acquisto della stessa da parte di mariti stranieri di cittadine olandesi. La Commis-

materia si mantenevano quindi del tutto impermeabili alle fonti ed alle decisioni europee sulla tutela dei diritti umani.

Negli ultimi anni, tuttavia, pare emergere una maggiore apertura della Corte di Strasburgo nel definire un proprio spazio di giudizio nella materia[33], in particolare attraverso il sindacato sul diritto al rispetto della vita familiare e privata di cui all'art. 8 CEDU.

In una serie ormai abbastanza nutrita di sentenze, infatti, la Corte EDU ha giudicato ammissibili diverse controversie in materia di acquisto, ma anche di diniego alla rinuncia della cittadinanza statale, sostenendo che : «*Bien que le droit d'acquérir une nationalité ne soit garanti, comme tel, ni par la Convention ni par ses Protocoles (…), la Cour n'exclut pas qu'un refus arbitraire de nationalité puisse, dans certaines conditions, poser un problème sous l'angle de l'article 8 de la Convention en raison de l'impact d'un tel refus sur la vie privée de l'intéressé*»[34]. Si afferma così un principio di carattere generale, "erigendo" formalmente una porta di accesso alla giurisdizione europea sui diritti dell'uomo anche per le controversie in materia di cittadinanza statale, le quali fino a poco tempo prima sembravano invece esorbitare dai suoi poteri.

L'esame svolto in questa giurisprudenza si articola in genere in due fasi: innanzitutto la Corte esamina le decisioni statali al fine di valutare la loro possibile arbitrarietà; in secondo luogo considera le ripercussioni del diniego della cittadinanza sulla vita del ricorrente per valutare se esse siano suscettibili di sollevare un problema di compatibilità con l'art. 8. Il giudizio sull'arbitrarietà condotto nelle pronunce si attesta in genere sul profilo dell'applicazione ed interpretazione[35] delle legislazioni interne in materia di acquisto della cittadinanza. Rispetto a queste ultime

sione Europea sui Diritti Umani respinse tuttavia il ricorso giudicandolo incompatibile *ratione materiae* con la CEDU, ricordando l'assenza nella CEDU del diritto ad una cittadinanza.

[33] M. Autem, *La convention européenne sur la nationalité. Un code européen de la nationalité est-il possibile?,* in *Tendences et dévéloppement en droit interne et International sur la nationalité*, I Conférence européenne sur la nationalité, Strasburgo18-19 ottobre 1999, p. 24 ss.

[34] Corte EDU, *Karassev v. Finlandia* (dec.), app. n. 31414/96, 12.1.1999. Analogamente si veda anche *Slivenko e altri v. Lettonia* (dec.), cit., § 77; *Kolosovskiy v. Lettonia* (dec.), app. n. 50183/99, 29.1.2004; *Reiner v. Bulgaria,* app. n. 46343/99, 23.5.2006; *Kuduzovi v. Slovenia* (dec.), app. n. 60723/00, 17.3.2005; *Kuri e altri v. Slovenia,* app. n 26828/06, 13.7.2010, § 353,; *Genovese v. Malta,* app. n. 53124/09, 11.10.2011, § 30.

[35] Di norma la giurisprudenza di Strasburgo assume le fonti di diritto interno nel significato loro attribuito dalla giurisprudenza nazionale (Corte EDU, *Amann v. Svizzera (GC)* app. n. 27798/95, 16.2.2000, § 52), salvo che, appunto, l'interpretazione data da esse appaia manifestamente arbitraria, perché per esempio contraria alla lettera della norma o alla precedente giurisprudenza (Corte Edu, *Driha v. Romania,* app. n. , 29556/02, 21.2.2008, *§§ 29-33*).

il giudice di Strasburgo si astiene dal giudicare i criteri con cui i legislatori nazionali selezionano il proprio popolo, con la finalità di rispettare il dominio riservato del legislatore statale nella materia e tenendo conto dell'assenza nelle fonti CEDU di una disposizione sul riconoscimento del diritto umano alla cittadinanza. Ne deriva che affinché la Corte EDU possa svolgere un giudizio sull'arbitrarietà del diniego di cittadinanza, è necessario che il ricorrente sia nelle condizioni di vantare una pretesa giustiziabile alla cittadinanza di uno Stato sulla base del diritto interno, per cui se non vi sono elementi per ritenere che questi potesse legalmente aspirare all'acquisto della cittadinanza secondo le leggi dello Stato, e che questa gli sia stata negata arbitrariamente, le allegazioni in merito sono considerate destituite di fondamento[36].

Tuttavia, sebbene ristretta dentro il solco tracciato dalle legislazioni interne sull'accesso alla cittadinanza, la Corte di Strasburgo riesce comunque a ricavarsi uno spazio di giudizio verificando l'applicazione ed interpretazione della normativa statale sull'acquisto della cittadinanza nei procedimenti interni, giudizio che va ad aggiungersi a quello relativo alle conseguenze del diniego sulla vita privata e familiare del ricorrente.

Così, aggirando i suoi limiti di competenza e pur mantenendosi rispettosa del dominio riservato del legislatore statale nella definizione dei modi di accesso alla cittadinanza, la Corte europea riesce a sottrarre alle autorità statali la competenza esclusiva a giudicare sulle controversie in materia di cittadinanza, le quali acquistano un'ulteriore sede di garanzia e giudizio a livello sovrastatale[37].

A ben vedere, la Corte europea si ritaglia uno spazio di intervento e di giudizio non molto più ristretto di quello che possiede la Corte In-

[36] Corte EDU, *Kolosovskiy v. Lettonia* (dec.), app, n. 50183/99, 29.1.2004; *Fedorova e altri v. Lettonia*, app. n. 69405/01, 9.10.2003.

[37] In seguito, la Corte EDU ha ulteriormente allargato i confini teorici della sua competenza in materia, sostenendo, nel caso *Reiner v. Bulgaria,* cit., che non solo il diniego di acquisto della cittadinanza, ma anche il rifiuto della rinuncia ad una cittadinanza può, se arbitrario, sollevare problemi rispetto all'art. 8. In questa circostanza, però, la Corte non articola le sue argomentazioni in due tempi, procedendo prima al giudizio sull'arbitrarietà del diniego della rinuncia alla cittadinanza e successivamente valutandone le sue conseguenze sotto il profilo dell'art. 8, come nel caso *Karassev,* ma passa direttamente a dimostrare che il diritto ex art. 8 non è violato da tale diniego, negando cioè che esista un rapporto di collegamento tra l'impedita rinuncia alla cittadinanza bulgara e la vita privata della ricorrente, la quale possedeva anche la cittadinanza austriaca sulla quale tale rifiuto non produceva appunto alcun impatto. Si ha quindi l'impressione che il giudizio sull'arbitrarietà del diniego risulti assorbito dalla constatazione che dal diniego in questione «*did not entail any legal or pratical consequences adversely affecting the applicant's rights or her private life*».

teramericana sui Diritti dell'Uomo in virtù del diritto ad una cittadinanza riconosciuto nel Patto di San José. Infatti, come già illustrato, anche la Corte Interamericana, nella sua giurisprudenza ha giudicato illegittimo il diniego della cittadinanza in relazione all'interpretazione ed applicazione delle fonti interne statali che disciplinavano l'accesso alla cittadinanza, correggendo alla luce dell'art. 20 CIDH l'interpretazione data ad una disposizione costituzionale interna. Da questo punto di vista, l'esame svolto dai due giudici internazionali dei diritti umani segue un percorso analogo, trasformandosi in un giudizio di garanzia e tutela che si aggiunge ai rimedi domestici. In questa prospettiva, l'art. 8 CEDU può costituire un valido parametro di controllo, capace di sorreggere in modo autonomo e senza l'obbligatorio coordinamento con il principio di non discriminazione, decisioni di censura dell'operato delle autorità interne in materia di accesso alla cittadinanza.

L'assenza nelle fonti CEDU di una disposizione sul riconoscimento del diritto ad una cittadinanza analoga all'art. 20 del Patto di San José viene invece ad avere un peso determinante nei casi in cui la controversia sull'accesso alla cittadinanza investa, contestandoli direttamente, i criteri definiti dal legislatore statale per la selezione dei propri cittadini. Infatti, l'impossibilità per la Corte di Strasburgo di far valere una regola minima e residuale comune a tutti gli Stati del Consiglio d'Europa in materia di acquisto della cittadinanza, analoga a quella prevista dall'ultimo comma dell'art. 20 del Patto di San José, priva la Corte di Strasburgo di ogni potere e competenza di intervento. E' quanto sino ad oggi avvenuto nel controverso caso della minoranza russofona presente in Lettonia. La vicenda riguarda ex-cittadini sovietici residenti o nati in Lettonia che dopo l'indipendenza del paese non hanno potuto accedere automaticamente alla cittadinanza lettone perché arrivati o nati in questo paese dopo il 12 aprile 1940, data in cui la Lettonia divenne una Repubblica dell'ex-Unione sovietica e che la legge sulla cittadinanza adottata dopo l'indipendenza prende a riferimento per l'attribuzione della nazionalità lettone. Considerando infatti di aver subito un'occupazione cinquantennale da parte dei russi, l'attuale ordinamento lettone ritiene di non poter essere considerato il successore della vecchia Repubblica Socialista Sovietica Lettone, e quindi ha scelto di riconoscere *ipso jure* la cittadinanza lettone solo a coloro che la possedevano prima del 1940 ed ai loro discendenti. Così i russi (e loro discendenti) trasferitisi in Lettonia durante il periodo della guerra fredda sono divenuti apolidi dopo la caduta dell'U.R.S.S. ed hanno acquisito uno *status* specifico, cioè quello di "non-cittadini residenti" (*nepilsoņi)*, dotati di passaporto lettone (e quindi della relativa protezione di-

plomatica, oltre che del diritto di rientrare in Lettonia dopo un viaggio all'estero), e tuttavia privi dei diritti politici e della cittadinanza europea, nonché sottoposti ad una serie di restrizioni rispetto alla libertà di circolazione (dovendo possedere il permesso di lavoro ed un apposito visto per spostarsi all'interno del territorio lettone). Se a ciò si aggiunge che le norme lettoni sulla naturalizzazione non riconoscono alcuna corsia preferenziale per l'attribuzione della cittadinanza a queste persone, né alcuna possibilità di retroattività della stessa, ben si comprende come il particolare *status* di non-cittadini residenti possa avere pesanti conseguenze sulla vita professionale e privata di queste persone. Vi è poi anche un contenzioso relativo all'uso della lingua russa da parte dei *nepilsoņi,* che solleva ulteriori problematiche sotto il profilo della tutela delle minoranze linguistiche[38].

Sulla questione, l'Unione europea ha tuttavia riconosciuto la propria incompetenza: ad alcune petizioni per la tutela dei diritti della minoranza russofona della Lettonia presentate al Parlamento europeo, la commissione petizioni ha risposto ricordando che: «*il diritto comunitario prevede attualmente che le condizioni previste per la concessione della cittadinanza siano di competenza degli Stati membri … Il fatto che le persone nate nel territorio della Lettonia non ottengano necessariamente la cittadinanza lettone non è di per sé contrario al diritto comunitario*», e concludendo che : «*Nel caso in cui una persona ritenga che i suoi diritti fondamentali siano stati violati, può adire la Corte europea dei diritti dell'uomo dopo aver esperito tutte le vie di ricorso interne*»[39].

La Corte di Strasburgo sino ad oggi non si è pronunciata sul caso, arrestandosi di fronte al dominio riservato statale sui modi di acquisto della cittadinanza ed all'assenza nelle fonti CEDU del diritto umano ad una cittadinanza. Ai ricorrenti che denunciavano di essere stati illegittimamente esclusi dalla cittadinanza lettone, pur in alcuni casi essendo nati e vissuti per tutta la vita in quel territorio, la Corte ha infatti risposto ricordando che il giudizio sull'arbitrarietà del diniego della cittadinanza implica il fatto che l'interessato possa aspirare alla cittadinanza secondo le leggi dello Stato di riferimento ed ha quindi respinto diversi ricorsi[40].

[38] Sulla vicende si rinvia a F. Forni, *Cittadinanza dell'Unione europea e condizione delle minoranze negli Stati membri,* in "Il Diritto dell'Unione europea", 4, 2010, p. 850 ss.

[39] Parlamento europeo, Commissione per le petizioni, Petizione 342/2005, presentata da "cittadini di madrelingua russa in Irlanda", apolidi, corredata di 46 firme, sulla minoranza di lingua russa in Lettonia, risposta del 3.3.2006. Vd. anche le petizioni L-11/2004, 1000/2004, 21/2005.

[40] Corte EDU (I), *Fedorova v. Lettonia,* app. n. 69405/01, 9.10.2003*; Kolosovskiy v. Lettonia,* app. n. 50183/99, 29.1.2004; (GC) *Slivenko v. Lettonia,* app. n. 48321/99, 23.1.2002

L'ordinamento CEDU non sembra quindi per il momento in grado di offrire una tutela diretta ai casi di esclusione di gruppi di minoranze dalla cittadinanza in base alle scelte discrezionali degli Stati sui criteri di accesso e selezione del proprio popolo.

Di recente, tuttavia, una sentenza del 2011 pare dimostrare come anche in quest'ambito la giurisprudenza di Strasburgo riveli la tendenza ad una progressiva espansione della sua competenza, abbandonando il tradizionale *self-restraint* del passato. Nel caso *Genovese contro Malta*[41], infatti, la Corte Edu ha di fatto censurato i criteri di acquisto della cittadinanza maltese, ritenendo che la differenza di trattamento nell'accesso alla cittadinanza tra figli legittimi e figli illegittimi ivi prevista fosse priva di un ragionevole ed obiettivo fondamento. Il ricorrente lamentava di non aver potuto acquisire la cittadinanza maltese perché figlio illegittimo di un maltese e di una cittadina britannica in quanto la legge maltese sulla cittadinanza, mentre consente la trasmissione della cittadinanza al figlio di genitori sposati di cui anche solo uno sia maltese, nel caso di figli illegittimi riserva tale possibilità solo a coloro che hanno per madre una cittadina di Malta. La Corte, escludendo la ricostruzione, pure suggerita dal ricorrente, che si fosse in presenza di una discriminazione basata sul sesso dei genitori (ricostruzione che implicava di assumere come *tertium in comparationis* la situazione dei figli illegittimi nati da madre maltese), risolve il caso sostenendo che il ricorrente si trova in una situazione analoga a quella dei figli legittimi di padre maltese con madre straniera e che l'unico fattore di differenza che gli impedisce di acquisire la cittadinanza è il suo *status* di figlio illegittimo, una differenza di trattamento giudicata discriminatoria. Conclude quindi per la violazione dell'art. 14 in combinato disposto con l'art. 8, ritenendo che il diniego della cittadinanza fosse lesivo della vita privata del ricorrente sotto il profilo della sua identità sociale. Per la prima volta, quindi, con questa sentenza si afferma che l'accesso alla cittadinanza ricade nell'ambito applicativo della CEDU come parte dell'identità sociale dell'individuo tutelata dal diritto al rispetto della vita privata delle persone[42] e di fatto si censurano le fonti interne sui criteri di acquisto della cittadinanza alla stregua del principio di non discriminazione.

[41] Corte EDU, *Genovese v. Malta,* ap. N. 53124/09, 11/10/2011.

[42] G. R. de Groot, O. Vonk, *Non-discriminatory access to the nationality of the father protected by the ECHR. A comment on Genovese v. Malta (European Court of Human Rights, 11 October 2011),* in www.eudo-citizenship.eu.

Non è possibile oggi valutare l'influenza che questa sentenza potrà avere sulla futura giurisprudenza CEDU: essa potrebbe infatti rimanere un caso isolato, non riuscendo ad aprire una breccia nel dominio riservato statale sulla cittadinanza attraverso il principio di non discriminazione. Anche se rimanesse tale, tuttavia, essa rivela un impatto interessante sulle legislazioni interne in materia di accesso alla cittadinanza degli Stati del Consiglio d'Europa. Alcuni primi commentatori[43], infatti, fanno notare che, a seguito di questa pronuncia, Malta dovrà emendare la sua normativa interna, ma la questione si porrà anche in altri Stati che prevedono nelle proprie legislazioni interne trattamenti differenziati rispetto all'acquisto della cittadinanza in relazione alla condizione di figlio legittimo o non, come per esempio la normativa austriaca, danese, finlandese e svedese. Il caso austriaco è di particolare interesse: la legislazione interna, infatti, prevede che i figli illegittimi di padre austriaco e madre straniera non acquistino la cittadinanza nemmeno se nati sul territorio dello Stato, a meno che non siano successivamente riconosciuti. Per questa ragione l'Austria ha ratificato la Convenzione Europea sulla Cittadinanza del 1997 apponendo una riserva all'art. 6 (che prevede l'acquisto *ex lege* della cittadinanza per i figli di almeno un genitore cittadino al momento della nascita), precisando che il termine genitore non include il padre di un bambino illegittimo. Ne deriva che la norma che l'Austria ha spinto fuori dalla porta del suo ordinamento utilizzando uno strumento (la riserva) tipico del diritto internazionale, sembra destinata a rientrare nel suo ordinamento attraverso la finestra aperta dal sistema europeo di tutela dei diritti umani.

4. *Conclusioni*

I casi esaminati ci pare illustrino bene come vi sia oggi la tendenza a portare le controversie in materia di cittadinanza al di fuori dei confini statali e come parallelamente i giudici sovranazionali preposti alla tutela dei diritti umani tendano ad abbandonare tradizionali posizioni di *self-restraint* per ritagliarsi in questo campo nuovi spazi di intervento, sia pure con tutte le difficoltà ed i limiti sopra evidenziati. In Europa, in particolare, l'ingresso della cittadinanza statale nella tutela sovrastatale dei diritti umani è certamente un fenomeno re-

[43] G. R. de Groot, O. Vonk, *Non-discriminatory …*, cit., p. 2.

cente e dagli incerti sviluppi: esso potrebbe attestarsi su generali rivendicazioni di competenza della Corte EDU in materia, senza tuttavia dar vita a decisioni capaci di imporre agli Stati limiti significativi nella disciplina ed applicazione dei criteri di accesso alla propria cittadinanza, oppure spingere il giudice di Strasburgo a decisioni capaci di "interferire" in modo significativo sul dominio riservato statale nella materia.

In ogni caso può essere interessante notare come dal giudice sovrastatale dei diritti umani venga proposto un rovesciamento del consueto rapporto tra cittadinanza e diritti fondamentali, come consolidatosi negli ordinamenti interni: se tradizionalmente, infatti, dentro i confini statali la titolarità di alcuni dei diritti fondamentali e di ulteriori diritti legislativi "passa" attraverso il possesso della cittadinanza, nel sistema delle fonti CEDU, invece, il rapporto è perfettamente rovesciato in quanto è piuttosto l'accesso alla cittadinanza statale (o la sua privazione) che passa attraverso la tutela dei diritti fondamentali: la cittadinanza non è il "contenitore" dei diritti umani, ma diviene semmai un "contenuto" protetto, al quale si arriva indirettamente tramite la tutela dei diritti umani. Così ciò che a livello interno appariva come una condizione necessaria per la titolarità (di alcuni) diritti fondamentali, diviene a livello ultrastatale l'oggetto tutelato indirettamente attraverso il riconoscimento e la garanzia dei diritti fondamentali.

E' inoltre interessante osservare che la giurisprudenza EDU qui esaminata ha già avuto qualche, sia pur episodica, ricaduta a livello statale. Nel 2008, infatti, la Corte costituzionale belga ha interpretato l'art. 22 della Costituzione interna sul rispetto della vita privata e familiare alla luce dell'art. 8 CEDU e della relativa giurisprudenza della Corte di Strasburgo, sostenendo che tale norma impedisce che una persona sia privata arbitrariamente della cittadinanza belga quando ciò possa appunto comprimere il diritto in questione[44]. Benché una norma in questo senso non sia espressamente presente nell'ordinamento belga, l'interpretazione dei diritti costituzionali interni alla luce della giurisprudenza CEDU ha determinato l'ingresso del principio giurisprudenziale affermato dalla Corte di Strasburgo nell'ordinamento statale, venendo così a dotare l'accesso alla cittadinanza, normalmente consegnato alla disciplina di rango sub-costituzionale e raramente configurato in termini di diritto, di una garanzia indiretta a livello costituzionale.

[44] Corte costituzionale belga, sent. 73/2008 del 24.4.2008, § B.8.2.

Dalla rivendicazione di una competenza dei sistemi sovranazionali di tutela dei diritti umani nelle controversie in materia di accesso alla cittadinanza, pertanto, non deriverebbe solo un ridimensionamento del dominio riservato statale nei procedimenti interni relativi, che potrebbero cadere sotto la "lente" del giudice sovranazionale, ma anche la possibilità della circolazione tra gli ordinamenti statali di un principio interpretativo capace di innovare profondamente il rapporto tra accesso alla cittadinanza e diritti fondamentali all'interno dei confini statali, potenziandone i profili di garanzia e tutela.

ANTONIO FICI

Profili civilistici dell'attività erogativa delle fondazioni*

SOMMARIO: 1. Introduzione. Note preliminari sul rapporto tra fondazioni, attività erogativa e impresa. - 2. Fondazioni di erogazione e fondazioni di comunità in un'indagine empirica. - 3. *(Segue)*. Forme e modelli di attività erogativa. - 3.1. La raccolta di risorse. Le diverse tipologie di "sostenitori"; il sostenitore ente *non profit*; il sostenitore "*una tantum*" e il sostenitore "interessato"; i fondi specifici. - 3.2. Erogazioni "a sportello" e su bando. - 3.3. La fase dell'impiego: la decisione sull'*an* e il *quomodo* dell'uso delle risorse; le modalità di selezione dei progetti. Il rapporto con il beneficiario. Il monitoraggio. - 4. La natura giuridica dell'attività erogativa. - 4.1. L'erogazione come donazione. - 4.1.1. L'incapacità di donare degli enti e delle persone giuridiche. - 4.1.2. L'assenza di *animus donandi*: l'erogazione come atto dovuto. - 4.1.3. L'assenza di arricchimento e di impoverimento. - 5. Conclusioni parziali e premesse per gli approfondimenti successivi. - 6. L'erogazione "complessa" come prestazione in adempimento di un contratto a prestazioni corrispettive. - 6.1. *(Segue)*. L'erogazione "complessa" come contratto a favore di terzo. - 6.2. *(Segue)*. L'erogazione "complessa" come liberalità indiretta. - 7. Spunti in tema di qualificazione e modelli giuridici del sostegno alle fondazioni. Il "sostegno-dotazione" e il "sostegno-donazione". - 7.1. Il vincolo di destinazione e la sua tutela giuridica. Fondazioni fiduciarie e trascrizione dell'atto di destinazione. - 8. Conclusioni.

1. *Introduzione. Note preliminari sul rapporto tra fondazioni, attività erogativa e impresa*

Il settore *non profit* (o "terzo settore", come oggi lo chiama anche il legislatore[1]) è costituito da un articolato e variegato insieme di organizzazioni, sostanzialmente riconducibili a due tipologie generali: *a*) quella degli enti imprenditoriali e *b*) quella degli enti non imprenditoriali, (perciò) detti anche "erogativi".

* Lo scritto trae spunto da un rapporto di ricerca redatto per conto di Assifero – Associazione italiana delle fondazioni e degli enti di erogazione. L'Autore desidera rivolgere un sentito ringraziamento all'avv. Felice Scalvini, Presidente di Assifero, per avere in tal modo promosso la riflessione su temi di grande rilevanza, non solo scientifica. Grazie anche al notaio Mario Muschio per un confronto su alcuni aspetti di cui questo studio si occupa.

[1] V. art. 5, l. 8 novembre 2000, n. 328, *Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali*; art. 14, d.l. 14 marzo 2005, n. 35, *Decreto competitività*; v. anche art. 1, d.p.c.m. 26 gennaio 2011, n. 51, che aveva modificato in "Agenzia per il terzo settore" la denominazione dell'Agenzia per le organizzazioni non lucrative di utilità sociale, istituita con d.p.c.m. 26 settembre 2000, e poi soppressa a norma dell'art. 8, comma 23, d.l. 2 marzo 2012, n. 16.

La prima dimensione del *non profit* ha trovato generale riconoscimento nel d.lgs. 24 marzo 2006, n. 155, sull'impresa sociale. Questo decreto individua le "imprese sociali" per il fatto di svolgere attività d'impresa in determinati settori di utilità sociale oppure inserendo al lavoro particolari categorie di lavoratori svantaggiati o disabili. L'attività svolta dalle imprese sociali deve dunque in ogni caso presentare tutti i connotati che l'art. 2082, c.c., richiede perché un'attività sia qualificabile come "impresa": essere produttiva, stabile, organizzata mediante l'impiego di fattori della produzione, e condotta con metodo economico[2].

La seconda dimensione del *non profit* non costituisce invece materia di un provvedimento legislativo organico. A quest'ultimo riguardo, la fonte più importante rimane il codice civile, là dove disciplina gli enti non societari, ovverosia le associazioni, le fondazioni e i comitati.

Vi sono poi alcune leggi speciali su singoli enti o categorie di enti, quali la l. n. 266/1991 sulle organizzazioni di volontariato; la l. n. 383/2000 sulle associazioni di promozione sociale; il d.lgs. n. 153/1999 sulle cc.dd. fondazioni bancarie; il d.lgs. n. 460/1997 sulle ONLUS (quest'ultimo di natura fiscale).

Nella prassi si è soliti distinguere l'attività di erogazione svolta dagli enti *non profit* in due tipologie: *a*) l'attività *grant making*, corrispondente all'erogazione di somme di denaro per fini di utilità sociale, e *b*) l'attività *operating*, consistente nella fornitura diretta di beni o servizi di utilità sociale.

Su questa base si distinguono le *grant making foundations*, oggetto di questo studio, dalle *operating foundations*[3].

In termini strettamente giuridici, nella misura in cui tutte e due le

[2] I settori di utilità sociale sono quelli tassativamente indicati dall'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 155/2006. Non è necessario che l'attività in questi settori sia esclusiva, ma è sufficiente che essa sia prevalente rispetto ad eventuali altre attività, nel senso che i ricavi da essa generati siano pari almeno al 70% dei ricavi complessivi, secondo quanto più analiticamente prescritto nel d.m. 24 gennaio 2008, attuativo sul punto del d.lgs. n. 155/2006. Sul tema cfr. in generale Fici, *Impresa sociale*, in *Digesto civ.*, agg. III, t. 2, Torino, 2007, 663 ss.; Fici e Galletti (a cura di), *Commentario al decreto sull'impresa sociale*, Torino, 2007, *passim*; De Giorgi (a cura di), *La nuova disciplina dell'impresa sociale*, Padova, 2007, *passim*; Fici, *Imprese cooperative e sociali. Evoluzione normativa, profili sistematici e questioni applicative*, Torino, 2012, *passim*.

[3] La dottrina tedesca distingue tra *Hauptgeldstiftung* e *Anstaltstiftung*: le prime sono le fondazioni che si limitano ad erogare le rendite di un patrimonio; le seconde le fondazioni che danno vita ad una istituzione (anche un'impresa) mediante la quale perseguono le proprie finalità: cfr. P. Rescigno, *Fondazione*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, 809.

attività si contrappongono a quella di impresa, ambedue dovrebbero considerarsi attività erogative ovvero non imprenditoriali[4]. Qualora le si consideri entrambe in antitesi alle imprese sociali, non si potrebbe infatti stabilire una distinzione convincente, ad esempio, tra una fondazione che fornisca un servizio di assistenza gratuito o a prezzo simbolico e una fondazione che eroghi una somma di denaro finalizzata all'acquisto di un servizio di assistenza. L'attività erogativa, come detto, si individua in primo luogo per contrasto con quella imprenditoriale: è un'attività che difetta di uno o più dei requisiti di cui all'art. 2082, c.c., tra cui appunto l'economicità, cioè l'autosufficienza economica[5].

Ciò precisato, non soltanto la distinzione tra *grant making* ed *operating* rimane ben salda nella prassi, dove l'appellativo di "fondazioni di

[4] Cfr. però, per quanto riguarda il diritto europeo della concorrenza, Corte di Giustizia CE, 10 gennaio 2006, n. 222, che in un giudizio relativo ad una decisione resa dalla Commissione europea, la n. 146/2003, ha affermato: «il ruolo che il legislatore nazionale affida alle fondazioni bancarie nei settori di interesse pubblico e utilità sociale, deve essere distinto tra il semplice versamento di contributi ad enti "no profit" e l'attività svolta direttamente in tali settori. Ed invero, la qualificazione delle fondazioni bancarie come imprese sarebbe esclusa rispetto ad un'attività limitata all'erogazione di sovvenzioni ad enti senza scopo di lucro. Tale attività, infatti, ha natura esclusivamente sociale e non è svolta su un mercato in concorrenza con altri operatori, sicché la fondazione bancaria si comporta come un ente di beneficenza. Viceversa, quando una fondazione bancaria, agendo direttamente negli ambiti di interesse pubblico o sociale, effettua operazioni commerciali per realizzare gli scopi di utilità sociale, essa può offrire beni o servizi sul mercato in concorrenza con altri operatori, ad esempio in settori come la ricerca scientifica, l'educazione, l'arte o la sanità. In tale ipotesi, nonostante l'offerta di beni o servizi sia fatta senza scopo di profitto, la fondazione bancaria deve essere considerata come un'impresa, in quanto svolge un'attività economica che è in concorrenza con quella di soggetti che perseguono uno scopo di lucro; è pertanto soggetta alle norme sulla concorrenza e sugli aiuti di Stato». Non è chiaro se questa decisione faccia esclusivo riferimento alle imprese sociali senza scopo di lucro oppure se sia tale da poter comprendere anche gli enti erogativi di beni o servizi di utilità sociale che – come si vedrà nel testo – dalle prime si distinguono poiché tecnicamente non producono ma erogano. Se fosse vera la seconda alternativa, allora si restringerebbe notevolmente (ed erroneamente) l'ambito degli enti erogativi (che sarebbe limitato ai soli enti che erogano denaro ovvero che fanno beneficenza, come dice la Corte di Giustizia), laddove basterebbe l'operatività diretta in un settore di utilità sociale, anche se a titolo gratuito e dunque non in forma imprenditoriale, per acquisire la qualifica di impresa (per lo meno, secondo il diritto comunitario e per quanto riguarda il profilo degli aiuti di stato, di cui la decisione citata si occupa specificamente).

[5] Cfr. Rescigno, *op. cit.*, 810, dove richiama la distinzione di tipo economico-aziendale tra aziende di produzione ed aziende di erogazione, il cui oggetto non è la produzione o lo scambio di beni o servizi ma la distribuzione della ricchezza che pervenga da diverse fonti; per la posizione del problema e una soluzione nei medesimi termini del testo, cfr. G.F. Campobasso, *Diritto commerciale. 1. Diritto dell'impresa*, 6ª ed., a cura di M. Campobasso, Torino, 2008, 32, 34 ss.

erogazione" è riservato alle *grant making foundations* (e d'ora in poi, anche in questo studio, quando si parlerà di fondazioni di erogazione lo si farà con esclusivo riferimento a quest'ultima tipologia di enti), ma effettivamente l'attività *grant making* e quella *operating* – avendo come oggetto la prima un "dare" e la seconda un "fare" – pongono problemi giuridici differenti, soprattutto sotto il profilo dei rapporti tra fondazione e beneficiari e tra fondazione e "sostenitori".

Di più incerta collocazione è la fattispecie della fondazione che svolga attività d'impresa al fine di erogarne gli utili[6]. Qui c'è sì un'impresa di fondazione, e dunque un'attività "operativa", ma la fondazione non perde la sua qualifica generale di ente erogativo, dal momento che l'esercizio dell'impresa è strumentale al perseguimento della finalità istituzionale che si realizza mediante la (successiva) devoluzione degli utili. L'unica differenza tra questa fattispecie e quella della fondazione che amministra un patrimonio per erogarne le rendite risiede nella modalità di amministrazione del patrimonio (e dunque di produzione del risultato economico da distribuire): dinamica nel primo caso; statica nel secondo[7]. Anche nel caso della fondazione che eserciti un'impresa strumentale è presente infatti una fase istituzionale di devoluzione degli utili e dunque di attribuzione del *grant* (con le relative questioni giuridiche), cosicché anche questa tipologia fondazionale è da ascriversi (quanto meno per i problemi giuridici che pone) al genere delle fondazioni *grant making*[8].

[6] Fattispecie, quest'ultima, che in passato ha posto problemi di ammissibilità, ma che oggi è pacificamente considerata legittima in ragione della mancanza di espressi divieti legislativi allo svolgimento di attività d'impresa da parte di enti non societari: cfr. per tutti Rescigno, *op. cit.*, 811 ss.; Costi, *Fondazione e impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, 17 ss.; Galgano, *Persone giuridiche*, 2ª ed., in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 2006, 234 s.; G.F. Campobasso, *op. cit.*, 37, 79 ss.; De Giorgi, *Associazioni, fondazioni e comitati*, in *Dizionari del diritto privato*, promossi da Irti, *Diritto civile*, a cura di Martuccelli e Pescatore, Milano, 2011, 110 s., 115 s.; Ponzanelli, *Enti non lucrativi*, *ivi*, 709; il problema vero rimane piuttosto quello della disciplina applicabile agli enti non societari che esercitino un'impresa: sul punto cfr. in breve G.F. Campobasso, *op. cit.*, 80 ss., e più ampiamente Cetra, *L'impresa collettiva non societaria*, Torino, 2003, *passim*.

[7] Cfr. Zoppini, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995, 165: «l'amministrazione statica del patrimonio, se confrontata alla varietà dei tipi empirici, individua la forma più elementare e sostanzialmente marginale della gamma organizzativa e produttiva che conosce, invece, un ricorso sempre più frequente all'impresa».

[8] Cfr. chiaramente in questo senso Galgano, *op. cit.*, 278 s., nota 1, il quale, a proposito dell'art. 16, afferma: «si parla qui di "rendite" per essersi avuto riguardo all'ipotesi, normale, della fondazione che non esercita un'attività d'impresa (…); ma s'intende che la prescrizione in esame va applicata agli "utili" della fondazione nell'ipotesi, meno frequente, in cui questa si procuri i mezzi patrimoniali necessari per la realizzazione dei propri scopi mediante l'esercizio di un'impresa»; diversamente Rescigno, *op. cit.*, 810, il quale sem-

È importante comunque precisare che la fondazione che svolga attività d'impresa al fine di erogarne gli utili non potrebbe qualificarsi impresa sociale ai sensi del citato d.lgs. n. 155/2006, anche nel caso in cui l'impresa strumentale avesse ad oggetto i beni o servizi di utilità sociale di cui all'art. 2, comma 1, del citato decreto (o fosse destinata all'inserimento lavorativo di lavoratori svantaggiati o disabili).

L'impresa sociale, infatti, è tenuta a destinare gli utili e avanzi di gestione allo svolgimento dell'attività d'impresa o ad incremento del proprio patrimonio (cfr. art. 3, d.lgs. n. 155/2006), cosicché un ente che esercitasse un'impresa (ancorché, come detto, nei settori utilità sociale o inserendo i lavoratori svantaggiati o disabili di cui al citato decreto) e poi devolvesse gli utili prodotti non potrebbe acquisire (e/o conservare) la qualifica di impresa sociale[9].

Quanto da ultimo affermato non esclude naturalmente l'ipotesi della fondazione "impresa sociale": l'impresa sociale può infatti, secondo il d.lgs. n. 155/2006, assumere una qualsivoglia forma giuridica, compresa quella della fondazione[10].

Sia la fondazione "impresa sociale" sia la fondazione che eserciti un'impresa (eventualmente anche di utilità sociale, ma) per finalità di erogazione esercitano attività d'impresa. Ma mentre nella prima l'esercizio dell'impresa costituisce ed esaurisce lo scopo istituzionale, nella seconda l'esercizio dell'impresa è solo strumentale alla successiva fase di devoluzione degli utili, cioè all'erogazione[11].

In conclusione, il quadro dei rapporti tra fondazione, impresa ed erogazione può sintetizzarsi nel modo seguente:

i) le fondazioni di erogazione possono distinguersi in fondazioni *grant making* e fondazioni *operating*: le prime erogano somme di denaro provenienti *a*) da amministrazione del patrimonio (rendite) oppure *b*) da eser-

bra circoscrivere la figura delle fondazioni di erogazione alle fondazioni erogatrici di rendite (e non di utili in senso tecnico). La conclusione di cui al testo vale anche per la fondazione *holding*, quella cioè che si limiti a detenere partecipazioni in imprese al fine di erogare poi i dividendi percepiti.

[9] A meno di non ritenere compatibile con l'art. 3 la devoluzione degli utili ai medesimi destinatari dell'impresa (come se si trattasse di un ristorno di parte del prezzo originariamente pagato): sul punto, cfr. FICI, sub *art. 3*, in FICI e GALLETTI (a cura di), *Commentario*, cit., 42 s., 55 s.

[10] Sul punto cfr. FICI, *Impresa sociale*, cit., 665.

[11] In generale, sul rapporto tra fondazione e impresa, cfr. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 164 ss., il quale ben distingue l'impresa esercitata dalla fondazione per finalità di erogazione (e dunque strumentale), dall'impresa che soddisfa immediatamente l'interesse programmato nello scopo statutario.

cizio dell'impresa (utili); laddove le seconde erogano beni o servizi gratuitamente o ad un prezzo comunque insufficiente a compensare i costi dell'attività;

ii) contrapposte alle fondazioni di erogazione sono le fondazioni imprenditoriali, che possono assumere la qualifica di "imprese sociali" se osservano il d.lgs. n. 155/2006.

2. *Fondazioni di erogazione e fondazioni di comunità in un'indagine empirica*

Questo studio si giova dei risultati di un'indagine empirica sull'attività delle fondazioni appartenenti ad Assifero, un ente di promozione e rappresentanza di fondazioni ed enti di erogazione, che attualmente associa più di ottanta enti di questo tipo[12].

La ricognizione delle modalità operative degli enti in oggetto è stata soprattutto rivolta a verificare quali fossero gli aspetti di questa attività di più spiccato interesse civilistico. Le questioni fondamentali che sono emerse riguardano le erogazioni e la loro natura giuridica, il rapporto tra fondazione e beneficiari, nonché quello tra la fondazione e coloro che a vario titolo le conferiscono risorse per il perseguimento degli scopi istituzionali.

La realtà degli enti di erogazione che hanno costituito oggetto di indagine empirica è infatti costituita sia da fondazioni dotate di un patrimonio più o meno ingente, che amministrano al fine di erogare le rendite ai beneficiari; sia da fondazioni "di comunità" (o "delle comunità locali") che traggono le risorse da destinare a fini sociali da "liberalità" di privati o altri soggetti interessati allo sviluppo economico-sociale di un certo territorio (che, per comodità, chiameremo d'ora in poi "sostenitori").

Le prime sono soprattutto fondazioni che trovano origine nella responsabilità sociale di singole imprese e istituzioni o nella filantropia di individui o di famiglie, e corrispondono sostanzialmente al modello di fondazione ipotizzato dal legislatore del codice civile (cfr. art. 14, comma 2, c.c., sulla costituzione della fondazione anche per testamento; 16, comma 1, c.c., là dove prevede che l'atto costitutivo o la statuto della fondazione debbano indicare i criteri e le modalità di erogazione delle rendite).

Le seconde rappresentano invece un fenomeno nuovo e per certi versi più complesso, che perciò occupa, nel novero degli enti erogativi, una

[12] Cfr. www.assifero.org.

posizione del tutto peculiare.

La tipologia delle cosiddette fondazioni di comunità ha origine e sviluppo negli Stati Uniti sin dai primi decenni del secolo scorso, rispondendo all'idea di una fondazione benefica che, a seguito di un iniziale apporto patrimoniale da parte del fondatore, veda successivamente accrescere le proprie disponibilità economiche grazie alla partecipazione attiva e solidale dei membri della comunità di riferimento. Tratto distintivo della fondazione della comunità locale è dunque il forte radicamento in uno specifico ambito territoriale nonché la capacità di rispondere ai suoi bisogni, grazie anche alla flessibilità delle procedure organizzative ed alla conoscenza delle esigenze della comunità di riferimento. Il modello ipotizzato dovrebbe incontrare la partecipazione e l'adesione della società civile ai progetti di volta in volta portati avanti, incrementando così la cultura del dono e della filantropia nei cittadini.

In Italia, il modello della fondazione di comunità nasce sul finire degli anni '90 per impulso della Fondazione Cariplo (fondazione c.d. bancaria, ai sensi del d.lgs. n. 153/1999), della quale può dirsi che la fondazione di comunità costituisca il braccio periferico in materia di attività erogativa, operante nell'ambito di una base territoriale ristretta quale la provincia. Il progetto delle fondazioni delle comunità locali viene lanciato per il fine dichiarato di perseguire in modo più efficace sul territorio le finalità statutarie della Fondazione Cariplo. Il modello è stato peraltro adottato da altre fondazioni di origine bancaria, nonché, in alcune zone del Nord Italia, da altri enti pubblici e privati.

Prescindendo in questa sede da un'analisi del concetto eminentemente sociologico di "comunità", può dirsi che ciò che caratterizza e costituisce il presupposto del successo di un ente operante in ambito di filantropia comunitaria è il "senso di appartenenza" dei sostenitori. La fondazione mira infatti ad incentivare la naturale propensione dell'uomo al dono e alla filantropia, creando i presupposti affinché i singoli possano sentirsi effettivamente corresponsabili del benessere della comunità di appartenenza e protagonisti delle attività dirette a tale scopo. In questo contesto, la fondazione di comunità si pone come "intermediario" fra i membri della società civile disposti al sostegno di attività di interesse pubblico e gli enti del terzo settore che tali interventi si propongono di realizzare. Essa, dunque, basando tutta la sua attività sulla fiducia e sulla legittimazione sociale, si propone di rimuovere gli ostacoli che si frappongono alla libera esplicazione della naturale tensione dei cittadini alla solidarietà.

La fondazione della comunità locale si propone inoltre come luogo ideale di confronto e di dibattito; ente promotore di una visione di lungo periodo delle esigenze della comunità. Essa costituisce, dunque, nel-

le intenzioni dei fondatori, strumento di coinvolgimento dell'intera comunità in progetti socialmente utili, fungendo da catalizzatore delle aspirazioni altruistiche e della "cultura del dono" dei membri della società civile e infine collettore di risorse economiche da impiegare in maniera efficiente, neutrale e svincolata da ingerenze di poteri esterni. La fondazione di comunità favorisce così la creazione di un'infrastruttura sociale che si propone come scopo quella che sinteticamente viene definita filantropia comunitaria: vera attuazione, territorialmente e socialmente localizzata, del principio di sussidiarietà costituzionalmente inteso[13].

3. (Segue). *Forme e modelli di attività erogativa*

L'esigenza di uno studio sull'attività delle fondazioni di erogazione si manifesta anche a seguito dell'evoluzione che il tipo fondazionale "codicistico" ha compiuto negli anni. Alla trasformazione del tipo ed alla sua frantumazione in svariate tipologie o sottotipi si è accompagnato l'evolversi di prassi operative e attività negoziali prima sconosciute che si sono affiancate ai tradizionali "metodi" di erogazione delle rendite. È necessario, quindi, al fine di qualificare giuridicamente le attività negoziali da queste poste in essere, procedere preliminarmente ad una ricognizione delle procedure operative ed organizzative che le fondazioni di erogazione hanno realizzato.

3.1. La raccolta di risorse. Le diverse tipologie di "sostenitori"; il sostenitore ente non profit*; il sostenitore* "una tantum" *e il sostenitore "interessato"; i fondi specifici*

Le risorse destinate all'erogazione sono, in primo luogo, le rendite derivanti dall'amministrazione del patrimonio mobiliare e immobiliare dell'ente.

A tal proposito, può notarsi come molte fondazioni distinguano, già a livello statutario, il patrimonio propriamente detto dal "fondo di gestione", destinato alla realizzazione concreta della finalità erogativa.

[13] Il modello è ora tanto sinteticamente quanto efficacemente descritto nelle sue origini, struttura essenziale, funzione e principali modalità operative in Casadei, *Fondazioni di comunità: novità e problematiche*, in *Non profit: le sfide dell'oggi e il ruolo del Notariato*, Atti del Convegno di Milano, 5 novembre 2010, attualmente disponibile in http://www.assifero.org/oggetti/3415_1.pdf; cfr. più ampiamente Ferrucci, *Capitale sociale e partnership tra pubblico, privato e terzo settore. II. Il caso delle fondazioni di comunità*, Milano, 2010, *passim*.

Ciò premesso, nell'odierno atteggiarsi della realtà operativa dell'ente erogativo, grande rilevanza assume la figura del "sostenitore". È di tutta evidenza, infatti, come la naturale tendenza umana alla filantropia e al "dono" possa trovare concreta ed efficace realizzazione mediante il sostegno (attuato attraverso liberalità o lasciti testamentari) a favore di enti benefici, dei quali si condividano gli ideali e i progetti. Se la figura del sostenitore assume già rilevanza giuridica ed economica nell'ottica della fondazione tradizionale di tipo personale o familiare, ancor di più essa assurge ad anello portante del "ciclo dell'erogazione" delle fondazioni di comunità, le quali si offrono manifestamente come servitrici di coloro che vogliono "fare il bene" e come collettori delle loro risorse. L'attività di raccolta fondi, dunque, che già nelle fondazioni erogative di tipo tradizionale assume un importante valore come fonte aggiuntiva di risorse per la realizzazione di progetti socialmente, nella fondazione di comunità assurge, per dirla in termini aziendalistici, a *core business*, qualificandosi come attività caratteristica e imprescindibile.

Non va dimenticato, peraltro, che contributi alla fondazione possono giungere, oltre che da privati cittadini o da altre organizzazioni *non profit*, anche da parte di enti pubblici per il generale perseguimento dei propri obiettivi istituzionali o perché interessati ad uno specifico progetto di utilità sociale, oppure da parte di imprenditori e società, per ragioni di responsabilità sociale.

Si deve dunque porre in evidenza come sovente la fondazione erogativa rappresenti soltanto l'anello di una catena che, partendo da uno o più donatori a monte (organizzazioni *non profit*, enti pubblici, imprese o privati cittadini), attraverso uno o più passaggi intermedi in cui ciascun ente è beneficiario da un lato e sostenitore-erogatore dall'altro, giunge all'ente a valle (un ente normalmente operativo o quantomeno non esclusivamente *grant making*) che realizzerà materialmente il progetto finanziato in favore dei beneficiari finali: gli individui e/o la collettività.

Il sostegno alla fondazione, in ogni caso, più che essere destinato all'immediato impiego da parte dell'ente, può anche essere realizzato mediante diretto incremento del suo patrimonio, confluendo così nella massa patrimoniale non direttamente destinata all'erogazione, ma produttiva delle rendite necessarie al compimento dell'attività istituzionale.

È altresì importante sottolineare come la figura del sostenitore possa variamente atteggiarsi in relazione all'interesse che costui mira a perseguire con il suo contributo. Dal sostenitore che potremmo definire "*una tantum*", interessato semplicemente a compiere una liberalità nei confronti dell'ente, fornendo genericamente il suo contributo economico al patrimonio o al fondo di gestione della fondazione, va distinto il sosteni-

tore "interessato" al destino dell'utilità economica elargita, portatore di un legittimo interesse verso un suo determinato impiego e al rispetto da parte della fondazione del vincolo di destinazione così impresso.

A tal riguardo, importante caratteristica della fondazione erogativa è la frequente istituzione di "fondi specifici", anche alimentati da singoli sostenitori, e dedicati a particolari settori d'intervento o determinate aree geografiche. In termini meramente descrittivi (e riservando alla successiva analisi l'inquadramento giuridico della fattispecie), può già anticiparsi che questi fondi costituiscono una sorta di patrimonio separato nella disponibilità dell'ente. Il sostegno all'ente può dunque attuarsi anche mediante la costituzione di un fondo specifico presso la fondazione o essere destinato ad incremento di un fondo specifico già esistente.

I fondi specifici costituiscono lo strumento più agile per contribuire, tramite una donazione o un lascito, alle attività istituzionali della fondazione, imprimendo alle risorse patrimoniali costituite in fondo una determinata destinazione ovvero una disciplina specifica, potendo anche il costituente riservarsi la facoltà di influire volta per volta sulle scelte di erogazione e sull'impiego delle risorse oggetto della liberalità.

In termini volutamente descrittivi, può dirsi che ciascun fondo funziona come un piccolo ente a sé stante, con il suo scopo ed i suoi settori d'intervento. Le fondazioni stesse tendono a classificarli in varie tipologie sulla base di criteri eterogenei[14].

È importante sottolineare che le erogazioni, anche quelle provenienti da fondi specifici, sono prevalentemente concesse dalle fondazioni sulla base di "progetti" presentati dalle organizzazioni aspiranti al contributo, e mediante logiche procedurali idonee a garantire efficacia, efficienza e trasparenza dell'attività erogativa.

3.2. Erogazioni "a sportello" e su bando

Non è inusuale la predisposizione di appositi "regolamenti interni", variamente denominati dalle singole organizzazioni, destinati a di-

[14] Tra questi, ad esempio, i "fondi comunità", destinati genericamente a progetti di utilità sociale da realizzarsi nell'ambito territoriale della comunità in cui la fondazione opera; i "fondi con diritto di indirizzo", nei quali il costituente si riserva la facoltà di imprimere, con scelte più o meno vincolanti a seconda dei casi, un indirizzo nella scelta dei beneficiari e dei progetti da finanziare; i "fondi di categoria", costituiti ad esempio dagli ordini professionali provinciali o da associazioni operanti sul territorio; i "fondi memoriali", istituiti da persone fisiche a memoria del loro nome (finalità corrispondente spesso alla costituzione di una nuova fondazione personale, ma perseguibile più semplicemente e meno onerosamente con la costituzione di un fondo presso una fondazione già esistente).

sciplinare lo svolgimento dell'attività di erogazione e in particolare le procedure organizzative e valutative a ciò preposte.

È appena il caso di sottolineare la rilevanza di questi atti organizzativi interni, sia sul piano della rispondenza dell'attività di erogazione alle finalità statutarie (lo statuto, com'è evidente, non può scendere nel dettaglio delle procedure organizzative, e normalmente si limita ad enunciare le finalità ideali dell'organizzazione e i settori d'intervento), sia sul piano della trasparenza e serietà delle scelte effettuate dagli organi amministrativi e della terzietà e indipendenza del loro operato.

Sovente i regolamenti impongono all'organo amministrativo la programmazione annuale delle attività. Entro la fine di ogni anno, quindi, il consiglio d'amministrazione procede alla redazione di un piano previsionale per l'esercizio successivo, programmando così le linee d'intervento ed i mezzi per il raggiungimento degli obiettivi prefissati, e determinando contestualmente l'ammontare delle risorse destinate alle erogazioni. La programmazione dell'attività, tuttavia, così ufficialmente imposta, non sembra poter esprimere precetti del tutto vincolanti per la condotta degli amministratori nell'anno successivo, essendo talvolta previsto, con norme del resto di indubbia utilità, il potere incondizionato di questi ultimi di rivedere e modificare, nel corso dell'esercizio, quanto inizialmente programmato.

I regolamenti contengono inoltre l'indicazione dei requisiti che devono possedere le organizzazioni aspiranti ai benefici, specificando che deve trattarsi di enti senza fini di lucro e privi di connotazioni politiche o sindacali. Sono dunque escluse le imprese in genere (ad eccezione delle imprese sociali), i partiti politici, i sindacati, i patronati, ecc. In generale, dunque, oltre alle persone fisiche (le erogazioni che le riguardano sono talvolta disciplinate in appositi regolamenti), beneficiari dell'attività erogativa delle fondazioni possono essere altre fondazioni, organizzazioni di volontariato, associazioni, comitati, cooperative sociali, enti pubblici territoriali e non, ed enti religiosi.

Le erogazioni finanziano (anche, come già sottolineato, quando le risorse sono tratte da un fondo specifico) "progetti di utilità sociale", correlati allo scopo dell'ente, così come enunciato nell'atto costitutivo.

Le modalità con le quali l'ente erogativo può svolgere la propria attività, sollecitare le richieste di erogazioni e procedere alla scelta dei progetti più meritevoli sono molteplici.

Alcune fondazioni erogano i loro contributi "a sportello". Ciò significa che la fondazione non eroga sulla base di un precedente bando, bensì sulla base di richieste di finanziamento che gli aspiranti beneficiari presentano a sostegno di un progetto ritenuto di interesse per la fondazio-

ne e rientrante nelle sue finalità istituzionali. Periodicamente (per lo più annualmente o semestralmente) l'organo amministrativo o il comitato valutativo appositamente costituito, magari nell'ambito di una programmazione delle attività già predisposta e di un *budget* previsionale già approvato, procedono alla valutazione dei progetti presentati e alla scelta di quelli che ritengono più meritevoli del contributo.

Questa modalità di svolgimento dell'attività erogativa non si discosta molto, quanto meno nei suoi aspetti pratici (diversa potrebbe essere la valutazione in termini giuridici), da quella dei cosiddetti "bandi aperti". Mentre nel primo caso l'aspirante beneficiario sa dell'esistenza e dell'attività della fondazione erogativa e presenta il suo progetto conoscendo soltanto gli scopi di questa indicati nello statuto, con il sistema dei bandi aperti la fondazione rende pubblico l'avvio di una procedura di erogazione, descrivendone le modalità, i settori e i campi di maggior interesse, le risorse disponibili e tutta un'altra serie di informazioni riguardanti anche le modalità di selezione dei progetti. I bandi rimangono però, appunto, "aperti", cioè senza una data di scadenza e dunque attivi tendenzialmente a tempo indeterminato o fino alla loro revoca.

Quest'ultima caratteristica vale a distinguere i bandi aperti dai cosiddetti "bandi chiusi", che indicano invece una data di scadenza entro la quale gli aspiranti devono far pervenire, a pena di decadenza, i progetti per i quali richiedono il contributo. È evidente che il sistema dei bandi chiusi comporta una più dettagliata programmazione dell'attività erogativa da parte dell'organo amministrativo, il quale dovrà precisamente fissare l'ammontare delle risorse da destinare a un determinato bando. È altresì intuitivo che il bando chiuso stimola una maggiore competizione concorsuale fra i diversi aspiranti, favorendo la presentazione e la scelta dei progetti più seri ed interessanti.

Rientrano il più delle volte nella categoria dei bandi chiusi, i cosiddetti bandi "con raccolta". Essi si caratterizzano per il fatto che l'erogazione viene subordinata alla capacità dell'aspirante beneficiario di raccogliere contributi pari almeno ad una predeterminata percentuale dell'erogazione richiesta, destinati specificamente al progetto presentato e versati direttamente dal sostenitore alla fondazione che ha emanato il bando. Con questo tipo di bando la fondazione si assicura di sostenere soltanto quei progetti in grado di suscitare il gradimento (e dunque il materiale sostegno) da parte della società civile, nel pieno rispetto della logica sottesa alle fondazioni di comunità.

Oltre alle erogazioni su bando ed a quelle derivanti dall'impiego di fondi specifici, le fondazioni svolgono anche, sistematicamente o occasionalmente a seconda dei casi, attività erogativa sotto altre forme, che

vengono variamente denominate dalle singole organizzazioni e così, a titolo esemplificativo: "microerogazioni", derivanti per lo più da richieste "a sportello", consistenti in contributi di entità modesta a favore di singoli progetti non particolarmente onerosi; "patrocini e sponsorizzazioni" di eventi e manifestazioni pubbliche, finalizzate alla diffusione dell'immagine dell'ente; "erogazioni emblematiche e progetti pluriennali": erogazioni di entità più consistente (talvolta derivanti da risorse destinate su più esercizi) a favore di iniziative rilevanti; erogazioni del c.d. "ufficio pio", ovverosia contributi molto modesti a favore di persone indigenti; "borse di studio" e "premi" a studenti meritevoli o ricercatori.

*3.3. La fase dell'impiego: la decisione sull'***an** *e il* **quomodo** *dell'uso delle risorse; le modalità di selezione dei progetti. Il rapporto con il beneficiario. Il monitoraggio*

In base alla programmazione svolta, la fondazione procede dunque all'emanazione di uno o più bandi relativi ai settori d'intervento nei quali ha deciso di operare, destinando a ciascuno di essi un determinato ammontare di risorse economiche e fissando il più delle volte un numero massimo di progetti da finanziare. È frequente che la fondazione stabilisca un tetto massimo di costo del progetto, una percentuale massima del costo che la fondazione potrà finanziare mediante l'erogazione e, nei bandi "con raccolta", la percentuale minima del co-finanziamento da parte di terzi.

Scaduto il termine di presentazione delle domande stabilito nel bando, la fondazione procede alla valutazione dei progetti presentati ed alla scelta di quelli più meritevoli. I criteri cui si ispira tale valutazione sono generalmente esplicitati nel bando. Il bando stesso talvolta attribuisce l'onere della valutazione e della scelta dei progetti da finanziare ad appositi organi, che possono essere permanenti o istituiti *ad hoc* per quella determinata attività valutativa. A garanzia della serietà e terzietà della valutazione, tali organi sono spesso composti, oltre che da membri dell'organo amministrativo, da personalità esterne all'organigramma permanente della fondazione, quali ad esempio membri della comunità scientifica dotati di specifiche competenze sulla materia cui i progetti si riferiscono. È spesso previsto che i comitati di valutazione, oltre a vagliare preliminarmente l'ammissibilità delle domande, procedano alla stesura di una bozza di piano d'erogazione che verrà successivamente deliberato dal consiglio d'amministrazione a suo insindacabile giudizio. In mancanza di indicazioni specifiche, comunque, la scelta s'intende rimessa esclusivamente all'organo amministrativo della fondazione. È peraltro talvolta consentito all'organo valutativo di disporre colloqui esplicativi con i

rappresentanti dell'ente aspirante.

Terminata questa fase, la fondazione comunica l'esito della valutazione ai soggetti interessati e normalmente pubblica sul proprio sito internet le informazioni essenziali sul progetto finanziato e sul suo valore complessivo, sull'ente beneficiario e sull'ammontare dell'erogazione deliberata.

Si prevede talvolta l'obbligo per i beneficiari che siano stati selezionati di procedere alla stesura di un progetto esecutivo definitivo da sottoporre alla valutazione conclusiva della fondazione, e la sottoscrizione di un'apposita "scrittura privata finale" contenente i rispettivi impegni della fondazione erogante e dell'ente beneficiario.

Nel caso in cui l'erogazione deliberata sia inferiore a quella richiesta dall'ente aspirante, questo potrà sempre rinunciare al contributo oppure richiedere, a seguito di apposita procedura, il consenso degli organi della fondazione alla modifica del progetto.

Quando si tratti di bandi "con raccolta", la materiale erogazione del contributo non potrà avvenire che dopo che l'ente beneficiario abbia sollecitato e raccolto donazioni, a favore della fondazione erogante, nella misura promessa. Tali donazioni avvengono dunque a diretto beneficio della fondazione che ha emanato il bando, con una causale di attribuzione espressa a quel determinato progetto. Raggiunto l'ammontare di donazioni prefissato, la fondazione delibererà in via definitiva l'erogazione del contributo a favore dell'ente aggiudicatario. Nel caso in cui non venga raggiunto l'ammontare prefissato o le donazioni superino tale ammontare, i bandi stabiliscono talvolta generici criteri di attribuzione delle donazioni ricevute (o di quelle in eccesso) a progetti di utilità sociale.

Riguardo alla materiale erogazione del contributo, talvolta si prevede che essa avvenga al momento della presentazione da parte dell'ente beneficiario della documentazione di spesa (dunque delle fatture quietanzate) riguardante i costi del progetto finanziato. L'erogazione potrà effettuarsi a progetto realizzato ovvero, quando previsto dal bando, ad uno o più stati di avanzamento dei lavori, sempre a seguito della presentazione di idonea documentazione giustificativa dei costi sostenuti.

Si procede talvolta, peraltro, a specificare le modalità di svolgimento di controlli periodici da parte della fondazione sulla regolare esecuzione del progetto e gli impegni dell'ente beneficiario in ordine a tale attività di monitoraggio, ponendosi ad esempio l'obbligo di redazione periodica di relazioni sull'avanzamento del progetto, sui risultati conseguiti e sulla relativa situazione economico-amministrativa.

Rimane ovviamente inalterata la possibilità per la fondazione di revocare la concessione del *grant*, ad esempio nel caso in cui l'ente aggiu-

dicatario non dia avvio alla realizzazione del progetto entro i termini concordati o promessi, oppure di ridurre l'ammontare dell'erogazione nei casi in cui il beneficiario non presenti idonea documentazione giustificativa dei costi sostenuti o comunque, per circostanze sopravvenute, sostenga dei costi inferiori a quelli pianificati.

4. *La natura giuridica dell'attività erogativa*

La prassi operativa delle fondazioni considerate nell'ambito di questo studio presenta dunque alcuni tratti caratteristici particolarmente rilevanti ai fini dell'individuazione e della soluzione delle questioni giuridiche che l'attività di tali fondazioni pone.

Innanzitutto, le erogazioni solo sono in minima parte direttamente destinate agli individui o, più genericamente, alla comunità quali beneficiari finali. Peraltro, quando così accade, si tratta per lo più di contributi di modesta entità a persone fisiche (è il caso, ad esempio, delle erogazioni dell'ufficio pio e delle borse di studio).

Le erogazioni, infatti, sono rivolte principalmente ad altri enti, che sono senza scopo di lucro come le fondazioni eroganti, ma che, a differenza di queste ultime, sono *operating*, perché il loro obiettivo è fornire beni o servizi di utilità sociale[15].

In secondo luogo, l'erogazione all'ente senza scopo di lucro è destinata alla realizzazione da parte dell'ente beneficiario di uno specifico progetto di utilità sociale. Ciò è tanto più vero allorché il contributo provenga da un "fondo specifico", quello cioè costituito all'interno della fondazione, anche su iniziativa di un "sostenitore interessato", per uno scopo predeterminato.

Emerge così la modalità operativa tipica delle fondazioni che si è soliti iscrivere nell'ambito della c.d. *venture philanthropy*: i contributi erogati non sono liberi, bensì vincolati ad uno specifico fine, ad una determinata destinazione, che ne costituisce la "causa" particolare. Dal punto di vista economico-sociale, l'ente beneficiario è dunque solo il destinatario mediato del *grant*; è solo lo strumento mediante il quale la fondazione destina risorse in favore dei beneficiari finali, che sono gli individui o la collettività che beneficeranno del progetto di utilità sociale; se si vuole, è il *partner* di cui la fondazione si avvale per erogare risorse in modo più efficiente ed efficace (rispetto all'ipotesi del-

[15] Nel prosieguo, peraltro, potrebbe essere necessario distinguere a seconda che l'ente beneficiario sia un'impresa sociale o un ente erogativo.

l'erogazione diretta)[16].

In terzo luogo, si è appreso che le fondazioni di cui si tratta normalmente non selezionano gli enti beneficiari sulla base di una "trattativa diretta" (cc.dd. erogazioni "a sportello"), bensì sulla base di una procedura complessa e formale che si apre con un bando, aperto o chiuso. Ciò avviene anche perché il bando – coerentemente con i propositi di maggiore efficienza ed efficacia dell'azione filantropica – è la modalità che più di ogni altra consente di stimolare la concorrenza su base progettuale degli enti interessati al contributo, assicurando allo stesso tempo trasparenza ed imparzialità dell'azione della fondazione, la quale, ancorché soggetto privato, ha un concreto interesse al rispetto di questi due parametri nella misura in cui si propone di rivestire il ruolo di catalizzatore di risorse della comunità in favore della comunità stessa.

4.1. L'erogazione come donazione

Nell'affrontare il tema della natura giuridica delle erogazioni delle fondazioni (ma anche, più in generale, degli altri enti erogativi senza scopo di lucro), un passaggio obbligato e per certi versi preliminare è quello di analizzare i rapporti tra le erogazioni e la fattispecie della donazione di cui all'art. 769, c.c., se è vero che nel linguaggio (e nel sentire) comune spesso tali erogazioni sono appunto denominate (e confuse con le) donazioni[17].

Non casualmente, sulla medesima falsariga, ancorché non si rinvengano nella dottrina giuridica trattazioni specifiche sull'argomento in oggetto, sovente il tema è sinteticamente discusso in studi più ampi dedicati appunto alla donazione.

La qualificazione delle erogazioni come donazioni avrebbe come riflesso più importante quello della necessità, a pena di nullità, che le erogazioni siano fatte con atto pubblico (art. 782, c.c.), a meno che non si tratti di donazione manuale (cioè con consegna) di beni mobili di modico valore, da valutarsi sia oggettivamente sia in rapporto alle condizioni eco-

[16] Sul punto, cfr. SCARLATA e ALEMANY, *Philanthropic venture capital: can the key elements of venture capital be applied successfully to social enterprises?*, paper on-line in www.ssrn.org. Sulla "imprenditorializzazione" delle tecniche e delle modalità della beneficenza privata, cfr. FRANCESCHINI, *Professione filantropo*, in *la Repubblica*, 17 gennaio 2008, 27 s.

[17] Talvolta, in verità, si parla ancora più genericamente di "dono", che è termine cui non corrisponde una particolare sostanza giuridica; ma cfr. adesso il colto ed elegante tentativo di G. RESTA, *Doni non patrimoniali*, in *Enc. dir.*, Annali, IV, Milano, 2011, 510 ss., di assegnare alla categoria del "dono" una rilevanza giuridica autonoma rispetto a quella delle liberalità, attribuendo rilievo sistematico alla legislazione in materia di disposizione del corpo umano.

nomiche del donante (art. 783, c.c.)[18].

Le erogazioni non possono però considerarsi donazioni ai sensi dell'art. 769, c.c., e ciò sulla base di diverse ragioni, che emergono anche in confronto alle numerose e contrastanti tesi sulla nozione di donazione e i suoi elementi essenziali, primo tra tutti l'*animus donandi*.

4.1.1. L'incapacità di donare degli enti e delle persone giuridiche

Occorre innanzitutto confrontarsi con quella tesi che esclude che donante possa essere un ente giuridico, societario o non societario (e ciò a prescindere da espressi divieti di donare contenuti nello statuto e dunque da espresse, ed opponibili ai terzi, limitazioni dei poteri degli amministratori dell'ente). Accogliendo questa tesi, la natura donativa delle erogazioni delle fondazioni dovrebbe infatti negarsi per il semplice fatto che esse provengono da soggetti giuridicamente incapaci di donare.

In dottrina si è infatti ritenuto che «donante non può essere che una persona fisica, dato il carattere strettamente personale dei negozi di liberalità»[19]; ciò probabilmente anche considerando che la disciplina sulla capacità di donare, pur essendo la donazione un contratto, «si distacca notevolmente da quella dei contratti patrimoniali e si avvicina a quella delle disposizioni testamentarie»[20], rispetto alle quali l'incapacità degli enti è fuori discussione.

Questa tesi, così radicale e generale, è rimasta però isolata, perché

[18] Cfr. Cass., 30 dicembre 1994, n. 11304, in *Rep. Foro it.*, 1994, «Donazione», n. 3: «La donazione di modico valore (art. 783 c.c.) per la quale non si richiede la forma scritta *ad substantiam* va accertata alla stregua di due criteri: quello oggettivo correlato al valore del bene che ne è oggetto, e quello soggettivo per il quale si tiene conto delle condizioni economiche del donante; ne consegue che l'atto di liberalità, per essere considerato di modico valore, non deve mai incidere in modo apprezzabile sul patrimonio del donante». Sul tema cfr. PALAZZOLO, *Donazioni di modico valore e liberalità d'uso*, in PALAZZO (a cura di), *I contratti di donazione*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, XI, Torino, 2009, 83 ss. Nel caso specifico al nostro esame, ammesso che l'erogazione possa qualificarsi come donazione (ma per la negazione di questa ipotesi, cfr. *infra* nel testo), la donazione di modico valore non sarebbe dunque da escludere almeno per quanto riguarda le erogazioni dell'"ufficio pio" e le borse di studio, fermo restando che la donazione si perfezionerebbe soltanto al momento della consegna del *grant*, trattandosi di contratto reale («la donazione di modico valore è valida … purché vi sia stata la tradizione»: art. 783, comma 1, c.c.).

[19] Così CASULLI, *Donazione (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 974.

[20] CASULLI, *op. cit.*, 975. E si ricordi, come giustamente fa MOROZZO DELLA ROCCA, *Profili civilistici delle «donazioni» di impresa*, in *Contr. impr.*, 2008, 227 (il quale peraltro pone in evidenza i dubbi relativi all'applicabilità di questa disposizione ai corpi morali), che l'art. 1052, c.c. del 1865, disponeva che non potesse donare chi fosse nell'impossibilità di fare testamento.

la dottrina prevalente ritiene che «le persone giuridiche, in quanto aventi capacità generale, possono stipulare donazioni, salvi i limiti posti dalla legge o dall'atto costitutivo»[21].

In assenza di limiti statutari (che peraltro non sarebbero forieri dell'incapacità giuridica dell'ente di donare, bensì porrebbero un limite al potere di agire degli amministratori, il cui superamento andrebbe valutato secondo le regole generali, specie per ciò che riguarda l'opponibilità dell'atto ai terzi[22]), il problema della capacità di donare andrebbe dunque circoscritto alle sole società. Ad esse infatti la legge assegna un scopo, quello di lucro *ex* art. 2247 (arricchimento dei soci mediante dividendi) o quello mutualistico *ex* art. 2511 (arricchimento dei soci mediante scambi mutualistici), e un oggetto sociale, lo svolgimento di attività economica *ex* art. 2247, che paiono (almeno) a prima vista incompatibili con il compimento di atti senza corrispettivo, cioè gratuiti, per di più corroborati dall'*animus donandi*, quali sono le donazioni in senso stretto[23].

L'approfondimento di questo tema, ancorché di enorme interesse teorico (si pensi solo al tema della responsabilità sociale dell'impresa), supererebbe comunque i limiti della presente indagine, riguardando essa enti, quali le fondazioni di erogazione, che non hanno scopo di lucro, bensì operano per il perseguimento di uno scopo di utilità sociale, di interesse generale ovvero di pubblica utilità[24].

[21] Così Carnevali, *Donazione. I) Diritto civile*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1990, 3; cfr. più di recente Carrabba, *Donazioni*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2009, 192 ss., dove anche pertinenti riferimenti giurisprudenziali. Sulla capacità giuridica generale degli enti, cfr. Basile, *Le persone giuridiche*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2003, 151.

[22] Cfr. Carrabba, *op. cit.*, 197. Sulla teoria dello scopo dell'ente come elemento che (anche quando definito dalla legge) delimita l'ambito non già della capacità giuridica ma della capacità di agire degli enti, cfr. Basile, *op. cit.*, 151 ss.

[23] Cfr. Biondi, *Le donazioni*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Vassalli, XII, t. 4, Torino, 1961, 222: «… i concetti di attività economica e di lucro sono incompatibili con quello di liberalità, che costituisce l'essenza della donazione; utilità e liberalità sono concetti contraddittori: dove c'è l'una non ci può essere l'altra. Attività economica significa vantaggio ed utile economico, liberalità vuol dire altruismo e disinteresse».

[24] Sul punto cfr. comunque specificamente Sguera, *Atti di disposizione a titolo gratuito da parte di società lucrative*, in *Riv. notar.*, 1992, II, 767 ss.; Salvatore, *Capacità di donare delle società lucrative*, in *Contr. impr.*, 1998, 860 ss.; Morozzo della Rocca, *Profili civilistici delle «donazioni» di impresa*, cit., 227 ss. Gli scopi statutari delle fondazioni che hanno costituito oggetto dell'analisi empirica strumentale a questo studio sono ovviamente formulati in vario modo, anche a seconda del settore di utilità sociale in cui tali fondazioni operano. Tutti gli statuti esaminati, però, ribadiscono l'assenza di scopo di lucro e richiamano tra gli ambiti di intervento uno o più di quei settori di utilità sociale oggi individuati dall'art. 2 del d.lgs. n. 155/2006 sull'impresa sociale.

Se ostacoli si frappongono alla qualificazione come donazioni delle erogazioni delle fondazioni, essi derivano piuttosto (non già dalla incompatibilità, ma anzi) proprio dalla perfetta compatibilità delle prime con lo scopo delle seconde, come di seguito si avrà modo di chiarire.

4.1.2. L'assenza di animus donandi*: l'erogazione come atto dovuto*

Requisito del tipo legale della donazione è lo "spirito di liberalità", anche detto "*animus donandi*" (art. 769, c.c.).

In dottrina si riscontrano diverse teorie sulla natura e l'essenza dello spirito di liberalità[25].

Secondo una dottrina superata, l'*animus donandi* coincide con l'intento soggettivo del donante, condiviso dal donatario, di effettuare una prestazione gratuita, cioè di arricchire il donatario. In tal senso, l'*animus* è il risvolto soggettivo della funzione oggettiva della donazione, che è l'arricchimento del donatario[26].

Questa tesi è stata criticata innanzitutto per il fatto di attribuire un ruolo determinante ai motivi del donante che possono essere numerosi e imperscrutabili e comunque diversi dall'intento di beneficiare, come testimoniano l'art. 794 nel prevedere che l'onere (il cui valore può eguagliare quello della prestazione donativa, così da eliminare oggettivamente l'arricchimento e di conseguenza l'intento di beneficiare) possa essere il solo motivo determinante della donazione, e l'art. 770, comma 1, là dove pone ragioni diverse dal puro intento di beneficiare tra le possibili motivazioni della donazione[27]. In secondo luogo, perché essa finisce per negare autonoma rilevanza all'*animus donandi*, ridotto a nient'altro che

[25] Una breve sintesi delle diverse tesi ora in DAMIANI, *Atto gratuito liberale e atto gratuito non liberale*, in DEL PRATO, COSTANZA e MANES (diretto da), *Donazioni, atti gratuiti, patti di famiglia e* trusts *successorii*, Bologna, 2010, 18.

[26] Cfr. MESSINEO, *Manuale di diritto civile commerciale*, III, p. I, t. 1, 8 ª ed., Milano, 1954, 5: «lo *spirito di liberalità* (…) denota, non soltanto la *gratuità* (*assenza di corrispettivo*) … ma altresì, e sopra tutto, la *ragione* del vantaggio …: il vantaggio, cioè, è procurato *per beneficare* il destinatario di esso»; TORRENTE, *La donazione*, 2 ª ed., a cura di Carnevali e Mora, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu, Messineo e Mengoni, e continuato da Schlesinger, Milano, 2006, 221 s., secondo cui causa della donazione è l'arricchimento del donatario, mentre l'*animus donandi* è la causa della donazione intesa in senso soggettivo e si identifica nell'intento comune delle parti di realizzare un'attribuzione patrimoniale senza corrispettivo; CASULLI, *op. cit.*, 971; BIANCA, *Diritto civile. 3. Il contratto*, Milano, 1987, 468, secondo cui lo spirito di liberalità è diretto a realizzare l'interesse a disporre dei propri beni a beneficio altrui.

[27] Per queste critiche, cfr. CATAUDELLA, *La donazione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, Torino, 2005, 10 s.

alla proiezione soggettiva della funzione di arricchimento, che (non solo può in concreto mancare, ma) peraltro è comune a tutti i contratti gratuiti[28]. Quindi, perché ricava un elemento della nozione di donazione da un altro elemento, l'arricchimento, che non attiene alla ragione dell'atto ma piuttosto al suo risultato[29].

Secondo altri autori, invece, l'*animus donandi* avrebbe una valenza esclusivamente negativa: esso consisterebbe nella libertà e spontaneità della donazione, ovverosia nella mancanza di costrizioni giuridiche in capo al donante[30]. Questa posizione trova conferma nella Relazione al c.c. in cui si descrive l'elemento soggettivo della donazione come «la coscienza di conferire ad altri un vantaggio patrimoniale senza essere costretti».

Più precisamente, per chi correttamente osserva come tutti i negozi giuridici costituiscano esercizio di autonomia privata e dunque siano in tal senso "spontanei"[31], la mancanza di coazione va intesa non solo in senso giuridico ma in senso più ampio e generale, come assenza di qualsiasi vincolo, anche non giuridico, a concludere il contratto[32]. Lo confermerebbe l'art. 770, comma 2, c.c., che esclude la natura di donazione della liberalità d'uso proprio perché l'intento di conformarsi all'uso esclude la spontaneità intesa in senso lato[33]. Da qui, tra l'altro, la distinzione tra donazione (anche quella rimuneratoria *ex* art. 770, comma 1, c.c.) e atto gratuito di adempimento di un'obbligazione naturale, cioè, come precisa la legge, di un dovere morale o sociale, la cui sussistenza esclude dun-

[28] Cfr. Cataudella, *op. cit.*, 13.

[29] Cfr. Checchini, *L'interesse a donare*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, 260.

[30] Cfr. Jemolo, *Lo spirito di liberalità*, in *Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli*, II, Torino, 1960, 973 ss.; Palazzo, *Le donazioni*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da Schlesinger, Milano, 1991, 5 ss.; Carnevali, *Gli atti di liberalità e la donazione contrattuale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, VI, t. 2, 2ª ed., Torino, 1997, 495.

[31] Cfr. già Torrente, *op. cit.*, 227, il quale, commentando la mancata riproposizione nell'art. 769, c.c., della formula dell'art. 1050, c.c. del 1865, che qualificava la donazione «un atto di spontanea liberalità», osserva: «se per spontaneità dell'attribuzione si deve intendere l'assenza di coazione legale ad eseguire l'attribuzione patrimoniale, quest'elemento è già implicito nella nozione di gratuità oggettiva: l'atto compiuto in adempimento di un obbligo non è né un atto gratuito né un atto oneroso: è un atto dovuto. Perciò la spontaneità nulla aggiunge alla trama dei requisiti della donazione: costituisce una superfluità, opportunamente abolita»; Checchini, *L'interesse*, cit., 260, sottolinea come la mancanza di obbligo giuridico sia una nota comune, oltre che alle liberalità, ai negozi gratuiti e all'adempimento di obbligazione naturale.

[32] In tal senso Cataudella, *op. cit.*, 14, secondo cui, considerato che la mancanza di un vincolo giuridico costituisce (con l'eccezione del contratto preliminare) dato comune alle manifestazioni dell'autonomia privata, solo in questa accezione l'assenza di coazione (spontaneità) può assumere valore caratterizzante.

[33] Cfr. Cataudella, *op. cit.*, 14 s.

que l'*animus donandi* (art. 2034, comma 1, c.c.)[34].

Secondo una tesi molto accreditata, l'*animus donandi* consisterebbe invece nella non patrimonialità dell'interesse perseguito dal donante, che la donazione sarebbe diretta a soddisfare in via diretta[35]. Ciò consentirebbe di distinguere la donazione innanzitutto dagli atti a titolo oneroso nei quali già empiricamente, essendo posto un sacrificio economico sulla controparte, si può riconoscere l'esistenza di un interesse economico del disponente[36]; e in secondo luogo dagli atti a titolo gratuito, perché in questi ultimi l'arricchimento non è finalizzato a soddisfare un interesse non patrimoniale del disponente, bensì (sia pur indirettamente) un suo interesse economico[37]. A questa stregua, infatti, la donazione si distinguerebbe dagli atti genericamente a titolo gratuito proprio perché è un atto economicamente disinteressato, laddove gli atti a titolo gratuito (si pensi alla fideiussione prestata da un socio in favore della propria società per consentirle l'ottenimento di un mutuo; o al premio che una società commerciale elargisca alla propria clientela più affezionata; o alla sponsorizzazione di un convegno di medicina da parte di un'industria farmaceutica; ecc.) sarebbero mossi da un interesse economico oggettivamente apprezzabile della parte che arricchisce l'altra[38].

Secondo altra dottrina, infine, lo spirito di liberalità esprime sia l'assenza di coazione (di qualsiasi tipo, giuridica e non) sia la non patrimo-

[34] Cfr. CATAUDELLA, *op. cit.*, 17. In giurisprudenza si discute ad esempio se le elargizioni fatte da un convivente all'altro costituiscano donazione (eventualmente nulla per difetto di forma) o adempimento di obbligazione naturale (non soggetto alla regola della forma scritta): nel primo senso, cfr. Trib. Verona, 15 novembre 1991, in *Rep. Foro it.*, 1992, «Donazione», n. 14; nel secondo, Trib. Roma, 13 maggio 1995, in *Rep. Foro it.*, 1995, «Obbligazioni in genere», n. 78. Sulla distinzione tra donazione remuneratoria e adempimento di obbligazione naturale, cfr. Cass., 13 maggio 1987, n. 4394, in *Rep. Foro it.*, 1987, «Fallimento», n. 303: «L'inefficacia nei confronti dei creditori degli atti a titolo gratuito, prevista dall'art. 64, l. fall., riguarda tutte le attribuzioni che implichino un depauperamento del patrimonio dal fallito senza corrispettivo, con la sola esclusione di quelle compiute in adempimento di doveri morali od a scopo di pubblica utilità, ovvero dei regali d'uso; nella suddetta previsione, pertanto, rientra la donazione remuneratoria contemplata dall'art. 770, c.c., la quale, pur se diretta a compensare servizi in precedenza resi dal beneficiario, integra un'elargizione di natura discrezionale, non essendovi il donante tenuto né in base a vincolo giuridico, né per dovere morale o consuetudine sociale».

[35] Cfr. CHECCHINI, *L'interesse*, cit., 262, 264; cui aderisce, tra gli altri, ROPPO, *Il contratto*, 2ª ed., in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2011, 416.

[36] Cfr. CHECCHINI, *L'interesse*, cit., 265.

[37] Cfr. CHECCHINI, *L'interesse*, cit., 266 ss., 278 s.

[38] Cfr. di recente in questo senso DAMIANI, *op. cit.*, 20, anche per ulteriori riferimenti ed ipotesi applicative (*ivi*, 21 ss.); più ampiamente e di recente, GIANOLA, *Atti gratuiti non liberali*, in *Digesto civ.*, Agg. V, Torino, 2010, 45 ss.

nialità dell'interesse perseguito: entrambi i due profili devono dunque ricorrere perché un atto possa qualificarsi come donazione tipica[39].

La giurisprudenza è sostanzialmente orientata in quest'ultimo senso, poiché ritiene insussistente lo spirito di liberalità ora nel caso di mancanza di spontaneità dell'attribuzione[40], ora in presenza di un interesse economico (ancorché mediato o indiretto) perseguito dal disponente[41].

[39] Cfr. CATAUDELLA, *op. cit.*, 19.

[40] Cfr. Cass., 24 febbraio 2004, n. 3615, in *Rep. Foro it.*, 2004, «Fallimento», n. 390: «La fideiussione prestata da una società controllata in favore della società controllante non è riconducibile ad una donazione, qualora il contratto sia stato stipulato in adempimento di direttive impartite dalla capogruppo o comunque di obblighi assunti nell'ambito di una o più vasta aggregazione imprenditoriale, in quanto in tal caso difetta lo spirito di liberalità»; Cass., 5 dicembre 1998, n. 12325, in *Rep. Foro it.*, 1999, «Donazione», n. 15: «L'assenza di corrispettivo, se è sufficiente a caratterizzare i negozi a titolo gratuito (così distinguendoli da quelli a titolo oneroso), non basta invece ad individuare i caratteri della donazione, per la cui sussistenza sono necessari, oltre all'incremento del patrimonio altrui, la concorrenza di un elemento soggettivo (lo spirito di liberalità) consistente nella consapevolezza di attribuire ad altri un vantaggio patrimoniale senza esservi in alcun modo costretti, e di un elemento di carattere obiettivo, dato dal depauperamento di chi ha disposto del diritto o ha assunto l'obbligazione; ne consegue che, quando un atto viene posto in essere da una società "controllata", va esclusa la ricorrenza di una donazione e non è necessaria l'osservanza delle forme richieste dall'art. 782 c.c. se l'operazione è stata posta in essere in adempimento di direttive impartite dalla capogruppo o comunque di obblighi assunti nell'ambito di una più vasta aggregazione imprenditoriale, mancando la libera scelta del donante; inoltre, al fine di verificare se l'operazione abbia comportato o meno per la società che l'ha posta in essere un depauperamento effettivo occorre tener conto della complessiva situazione che, nell'ambito del gruppo, a quella società fa capo, potendo l'eventuale pregiudizio economico che da essa sia direttamente derivato aver trovato la sua contropartita in un altro rapporto e l'atto presentarsi come preordinato al soddisfacimento di un ben preciso interesse economico, sia pure mediato e indiretto»; Cass., 21 dicembre 1987, n. 9500, in *Rep. Foro it.*, 1987, «Separazione dei coniugi», n. 40: «Allorché un coniuge, in sede di separazione consensuale, assume l'obbligo nei confronti dell'altro coniuge di provvedere al mantenimento del figlio minore, impegnandosi a tal fine a trasferirgli un bene immobile, pone in essere con il detto coniuge un contratto preliminare a favore del figlio, con la conseguenza che l'atto scritto con cui il coniuge obbligato in esecuzione di tale contratto, dichiara di trasferire al figlio quel bene, essendo privo dello spirito di liberalità, non configura una donazione, ma una proposta di contratto unilaterale, gratuito ed atipico, che, ai sensi dell'art. 1333 c.c., in mancanza del rifiuto del destinatario in un termine adeguato (alla natura dell'affare stabilito dagli usi), determina l'irrevocabilità della proposta e quindi la conclusione del contratto, nonostante che la volontà di accettazione non risulti da atto scritto, dovendosi ritenere assolto l'obbligo della forma attraverso le modalità con cui è stata formulata la proposta».

[41] Cfr. Cass., 29 settembre 1997, n. 9532, in *Rep. Foro it.*, 1998, «Fallimento», n. 402: «Agli effetti dell'art. 64 legge fall., per qualificare un atto quale atto a titolo gratuito, non è sufficiente l'assenza di corrispettivo, che di per sé non equivale a gratuità dell'atto, ma è necessaria anche la presenza dello spirito di liberalità; gli interventi gratuiti compiuti da una società a favore di un'altra società giuridicamente autonoma dalla prima, ma ad essa collegata, debbono presumersi – qualora ricorrano particolari circostanze che rivelino uni-

Se si condivide che lo spirito di liberalità, come sopra interpretato, contribuisce ad individuare il tipo legale della donazione, allora, volendo tornare al nostro tema specifico, può concludersi nel senso che le erogazioni delle fondazioni non possono farsi rientrare in questo tipo, perché, sulla base di una valutazione oggettiva, non sono caratterizzate da *animus donandi*.

Questa conclusione, a ben vedere, non concerne tanto il profilo dell'interesse non patrimoniale perseguito mediante l'atto, essendo possibile sostenere che le fondazioni, quali enti senza scopo di lucro, perseguano in effetti interessi non patrimoniali[42], quanto soprattutto l'altro profilo della "spontaneità" dell'atto, benché le conclusioni cui si addiverrà in merito a questo secondo aspetto siano idonee ad influenzare anche la valutazione del primo[43].

La fondazione, infatti, non effettua "spontaneamente" le erogazioni, ma "in adempimento" dello statuto che la vincola ad operare così per il perseguimento dello scopo[44]. Sussiste dunque quella "coazione" (peraltro di natura giuridica[45]) all'atto che esclude lo spirito di liberalità del dispo-

tarietà di finalità e di amministrazione – non già come espressione di spirito di condiscendenza e di liberalità, bensì come atti preordinati al soddisfacimento di un proprio interesse economico, sia pure mediato e indiretto, ma giuridicamente rilevante».

[42] E, ancora più a monte, con riguardo all'atto di fondazione, cfr. CHECCHINI, *L'interesse*, cit., 289, dove, nell'elencare ipotesi di giuridica rilevanza dell'interesse non patrimoniale, afferma: «l'interesse che muove il fondatore a costituire la fondazione non sarebbe di natura diversa».

[43] Infatti, per quanto le fondazioni agiscano senz'altro per il perseguimento di interessi non patrimoniali, il fatto che, come si dirà nel testo, l'erogazione sia un atto di adempimento delle disposizioni statutarie, dovrebbe comportare che l'interesse ad erogare abbia natura patrimoniale perché è interesse alla liberazione da un vincolo obbligatorio che, come tale, non può che avere contenuto patrimoniale (art. 1174, c.c.), ancorché il vincolo obbligatorio sussista in ultima analisi per soddisfare l'interesse non patrimoniale che costituisce lo scopo della fondazione e dunque anche l'adempimento realizzi indirettamente interessi non patrimoniali. Cfr., per la natura patrimonialmente valutabile dell'interesse generale perseguito da un Comune il quale ceda gratuitamente un'area ad una società con l'obbligo di costruirvi uno stabilimento industriale e assumervi lavoratori locali, GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 13ª ed., Napoli, 2007, 549.

[44] Sul vincolo di destinazione allo scopo statutario (e sulla sua intangibilità) ai fini della identificazione del tipo fondazione, cfr. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 132 s.

[45] Non condivisibile è la tesi di NATALE, *I soggetti*, in *La donazione*, I, trattato diretto da Bonilini, Torino, 2001, 383 s. (nonché ID., *Il donante*, in *Trattato di diritto delle successioni e delle donazioni*, diretto da Bonilini, VI, Milano, 2009, 312), secondo cui gli enti *non profit* adempirebbero un dovere sociale e dunque l'erogazione ricadrebbe nell'ambito della disciplina delle obbligazioni naturali; infatti, il dovere sociale, se così lo si può considerare, sarebbe in tal caso calato in un preciso precetto statutario e dunque costituirebbe un dovere giuridico che esclude la spontaneità di cui all'art. 2034, c.c. Secondo MOROZZO DELLA ROCCA, *Autonomia privata e prestazioni senza corrispettivo*, Torino, 2004, 42, nota 147, questa tesi sarebbe non convincente perché renderebbe non esigibili le prestazioni erogative deliberate e promesse ma non adempiute.

nente, nella misura in cui «liberalità e adempimento sono concetti incompatibili: la prima che è compiuta *nullo iure cogente*, rappresenta la perfetta antitesi del secondo, che costituisce al contrario un atto dovuto»[46].

Questa conclusione trova numerosi riscontri in dottrina.

Si è infatti autorevolmente sostenuto che «l'assegnazione che fa l'ente fondazione ai destinatari non è una liberalità, ma l'adempimento obbligatorio del fine della fondazione: il che non esclude peraltro che l'acquisto del destinatario sia a titolo gratuito»[47].

Analogamente, secondo altri autori, non realizzano una liberalità le erogazioni degli enti con scopi di beneficenza, perché essi adempiono lo scopo statutario[48], quindi manca lo spirito di liberalità, poiché «l'atto necessitato non può considerarsi in nessun caso come liberalità»[49].

Altra dottrina conferisce alle attribuzioni deliberate dalle fondazioni bancarie carattere di adempimento di doveri di solidarietà obbligatoria (perché imposta dalla legge), così escludendone la natura donativa, poiché manca assolutamente l'*animus donandi*[50].

Allo stesso modo, si ritiene che le erogazioni gratuite effettuate da enti pubblici, essendo giustificate dall'interesse pubblico perseguito dall'ente, non siano donazioni per mancanza dell'intento donativo. Così, ad esempio, nel caso in cui un comune trasferisca gratuitamente un terreno ad una provincia, o ad un privato, con l'obbligo di costruirvi uno stabilimento industriale ed assumervi lavoratori locali[51].

Né a questa teoria potrebbe obiettarsi, come pure si è fatto, che, se da una parte è vero che le disposizioni statutarie obbligano l'ente ad erogare, dall'altra non sussiste un diritto soggettivo del potenziale beneficiario all'erogazione, dal momento che le fondazioni (e più in generale gli enti di erogazione) godono di una discrezionalità più o meno ampia nella scelta del beneficiario, cosicché «un elemento di autonomia, ossia

[46] Così Carnevali, *Liberalità*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, 217.

[47] Così Ferrara, *Le persone giuridiche*, 2ª ed., rist., Torino, 1958, 300.

[48] Casulli, *op. cit.*, 974.

[49] Casulli, *op. cit.*, 968.

[50] Così Palazzo, *Atti gratuiti e donazioni*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, Torino, 2000, 55. Allo stesso modo, con riferimento alle ipotesi in cui l'erogazione sia dovuta in quanto oggetto di una previsione legislativa al riguardo vincolante, Oppo, *Sulle erogazioni "gratuite" delle aziende di credito*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1982, I, 927.

[51] Cfr. in questo senso, Gazzoni, *Manuale*, cit., 834; in senso analogo, insistendo sul difetto di spontaneità, Restuccia, *La capacità di donare*, in Del Prato, Costanza e Manes (diretto da), *Donazioni, atti gratuiti*, cit., 323. Ma diversamente parlano di "donazione" Cass., sez. un., 26 gennaio 2000, n. 6, in *Foro it.*, 2000, I, 2567; Cass., 18 dicembre 1996, n. 11311, in *Rep. Foro it.*, 1996, «Contratti della p.a.», n. 293.

di spontaneità, è presente nell'erogazione»[52].

La discrezionalità nella scelta dei beneficiari, infatti, come del resto la stessa dottrina sopra riportata premette, non esclude il dovere di agire, ma costituisce soltanto la conseguenza di un dovere che ha contenuto indeterminato e che la discrezionalità dell'obbligato perciò colma. Ben può sussistere peraltro una situazione soggettiva di dovere (in questo caso, di erogare) cui, stante il contenuto discrezionale, non corrisponde una situazione (vantaggiosa) di diritto soggettivo (all'erogazione), ma solo di interesse legittimo (al rispetto delle regole dell'agire o all'uso della buona fede nell'esercizio della discrezionalità), come la dottrina più attenta ha già da tempo chiarito[53].

Né convince l'obiezione autorevole secondo cui le erogazioni oggetto di previsione statutaria costituirebbero liberalità poiché la loro doverosità dipende da una regola, quella statutaria, non già imposta dall'esterno ma che lo stesso ente si è data, cosicché «"predisporre" e quindi, …, "istituzionalizzare" una propria attività liberale non significa toglierle questo carattere»[54]. V'è infatti da precisare che autore dell'erogazione è la fondazione (mediante i suoi organi), mentre autore dell'atto di fondazione è il fondatore: dunque la regola proverrebbe comunque da fonte esterna; e che comunque l'identità soggettiva dell'autore della regola e dell'atto dovuto non muta la qualificazione di quest'ultimo, come dimostra, ad esempio, la fattispecie del contratto definitivo, che è atto dovuto anche se la fonte dell'obbligo deriva da un atto di autonomia (cioè il contratto preliminare) dello stesso soggetto obbligato.

[52] Così Gianola, *Atto gratuito, atto liberale. Ai limiti della donazione*, Milano, 2002, 218, che però poi, come diremo, nega per altra via la natura di donazione delle erogazioni (ma cfr. adesso Id., *Donazione*, in *Dizionari del diritto privato*, promossi da Irti, *Diritto civile*, a cura di Martuccelli e Pescatore, cit., 694, dove sembra emergere un orientamento generale di segno contrario nel momento in cui l'Autore sostiene: «… è da escludersi una donazione laddove l'attribuzione gratuita sia imposta dalla legge, dallo statuto o dalle finalità dell'ente, non sussistendo in tali casi l'elemento della spontaneità: sono i casi dell'ente *non profit* e dell'ente pubblico»; nonché nei medesimi termini Id., *Atti gratuiti*, cit.; Id., *Atti liberali non donativi*, in *Digesto civ.*, Agg. V, Torino, 2010, 56).

[53] Cfr. Bigliazzi Geri, *Interesse legittimo: diritto privato*, in *Digesto civ.*, IX, Torino, 1993, 38 (dell'estratto), secondo cui l'interesse legittimo è una situazione di vantaggio inattiva, il cui soddisfacimento dipende dal comportamento di un altro soggetto, titolare di una situazione di diritto o di dovere, ancorché discrezionale sul *quomodo*. L'interesse legittimo serve a rendere discrezionale un comportamento altrimenti arbitrario oppure costituisce un ulteriore vincolo alla preesistente discrezionalità. D'altro canto, «la discrezionalità non altera la natura di una situazione di "dovere" trasformandola in una di "potere"».

[54] Oppo, *Sulle erogazioni "gratuite"*, cit., 932; Id., *La prestazione in adempimento di un dovere non giuridico (cinquant'anni dopo)*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 523.

Al medesimo risultato qui accolto (erogazione come atto dovuto) si giunge sulla base della qualificazione, autorevolmente proposta in dottrina, dell'atto di fondazione come promessa al pubblico.

Secondo questa dottrina, l'atto di fondazione sarebbe qualificabile come promessa al pubblico ai sensi dell'art. 1989, c.c., sia nel caso in cui i beneficiari siano determinati o determinabili sulla base dello statuto, talché agli amministratori non sia accordata facoltà di scelta, sia in quello in cui agli organi preposti della fondazione sia invece attribuita discrezionalità nella scelta del beneficiario.

Segnatamente, nel caso di beneficiari determinati o determinabili, la promessa al pubblico avrebbe ad oggetto la prestazione finale; nel caso di beneficiari non immediatamente determinabili sulla base dello statuto, la promessa al pubblico avrebbe innanzitutto ad oggetto il compimento di prestazioni preliminari, quali bandire i concorsi, ammettere chi presenti i requisiti richiesti, valutare secondo i criteri statutariamente enunciati, e così via[55].

Accogliendo questa teoria, si otterrebbe che l'erogazione della fondazione (o ancor prima il bando da essa emanato) e la procedura di assegnazione del *grant* costituiscano atti dovuti, perché posti in essere in adempimento di una promessa al pubblico (nel nostro caso, ai sensi dell'art. 1989, c.c., si tratterebbe per lo più di promesse a favore di chi «compia una determinata azione», poiché agli enti potenziali beneficiari delle fondazioni è inizialmente richiesta la presentazione di un progetto e poi la sua esecuzione).

Anche per questa via si giungerebbe dunque a qualificare l'erogazione come atto dovuto (di adempimento di una promessa al pubblico) e conseguentemente ad escluderne la natura donativa per assenza di spontaneità dell'agire.

[55] In questo senso GALGANO, *op. cit.*, 278 ss.; alla cui tesi mostra di aderire ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 184 ss. Limitatamente all'ipotesi di beneficiari determinati cfr. RESCIGNO, *op. cit.*, 813: «la situazione dei beneficiari contemplati nello statuto, quando si tratti di un gruppo specificamente delimitato, non è diversa dalla situazione in cui si trovano i destinatari di una promessa al pubblico»; laddove, secondo questa autorevole dottrina, in presenza di facoltà di scelta da parte degli organi della fondazione, i potenziali beneficiari sarebbero titolari non già di un diritto soggettivo, bensì di un interesse legittimo, essendo equiparabili ai terzi di cui agli artt. 631, comma 2, e 778, comma 2, c.c. (cfr. ID., *op. cit.*, 813 s.). In giurisprudenza, cfr. in questi termini Cass., sez. un., 10 ottobre 1964, n. 2622, in *Foro it.*, 1965, I, 666. Ma perplessità al riguardo mostra BASILE, *op. cit.*, 328, secondo cui la riconducibilità dello statuto della fondazione al concetto di promessa al pubblico comporta un ampliamento eccessivo di questa nozione, se non anche un discutibile snaturamento del fenomeno statutario.

In definitiva, le erogazioni delle fondazioni, essendo atti *solvendi causa*, non costituiscono donazioni ai sensi dell'art. 769, c.c., e alla relativa disciplina non sono pertanto direttamente soggette[56].

4.1.3. L'assenza di arricchimento e di impoverimento

Requisito oggettivo della donazione, come si ricava dalla stessa definizione di cui all'art. 769, c.c., è altresì l'arricchimento del donatario ("una parte arricchisce l'altra"), o meglio la volontà comune delle parti di realizzare siffatto arricchimento, perché in concreto l'arricchimento potrebbe venire a mancare del tutto, come dimostra il fatto che il *modus* apposto al contratto di donazione può assorbire per intero il valore del *donatum* (cfr. art. 793, comma 2, c.c.). È sufficiente dunque che l'arricchimento sia stato oggetto di (volontà e) programmazione da parte dei contraenti, non essendo necessario accertare che esso poi si realizzi effettivamente, tanto è vero che, almeno secondo una dottrina, la donazione è sì contratto liberale, ma non già contratto necessariamente gratuito (tale infatti non sarebbe quando un onere gravasse sul donatario)[57].

Si è molto discusso in dottrina se per l'esistenza di una donazione, oltre all'arricchimento, sia richiesto anche il contestuale e corrispettivo impoverimento del donante[58].

Dalla necessità dell'impoverimento del donante muove una dottrina per negare natura di donazione all'erogazione effettuata dalla fondazione. L'acquisto del beneficiario, infatti, è senz'altro a titolo gratuito, ma non sussiste né donazione né più in generale liberalità, perché c'è l'ar-

[56] Donazioni in senso tecnico-giuridico potrebbero forse ritenersi soltanto le erogazioni estranee allo scopo statutario, e perciò "spontanee", come nel caso di una fondazione il cui scopo fosse concedere contributi ad enti *non profit* per finalità di promozione culturale e che in concreto erogasse un contributo in favore di una persona fisica bisognosa.

[57] Cfr. CATAUDELLA, *op. cit.*, 54: «la donazione è un contratto non a prestazioni corrispettive ma non sempre si prospetta come contratto gratuito, dato che, quando sia modale, la presenza di una prestazione a carico del donatario osta a tale qualificazione»; cfr. per analoghe premesse anche CHECCHINI, *L'interesse*, cit., 308 s.; ID., *Liberalità (atti di). I) Diritto civile*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1990, 3; CARNEVALI, *Gli atti di liberalità*, cit., 498. Con riguardo all'ipotesi in cui l'onere assorba già dall'inizio il valore della prestazione donativa, cfr. DAMIANI, *op. cit.*, 12 s., il quale ritiene che in questo caso la fattispecie sia qualificabile non già come donazione ma come mandato a donare se vi sono beneficiari determinabili o come mandato *tout court* o prestazione d'opera se i beneficiari non sono determinabili, e dunque come contratto a prestazioni corrispettive.

[58] Cfr. per la risposta affermativa CASULLI, *op. cit.*, 969, che su questa base distingue gli atti liberali (tra cui appunto la donazione), cui all'arricchimento corrisponde l'impoverimento, e gli atti gratuiti tipici, dove manca l'impoverimento (comodato, mandato e mutuo gratuiti, ecc.); ma *contra* CATAUDELLA, *op. cit.*, 6, nota 17; DAMIANI, *op. cit.*, 9 s.

ricchimento del beneficiario ma manca l'impoverimento dell'ente erogante, posto che esso agisce in adempimento di un obbligo[59].

Pertanto, è «gratuita l'erogazione dell'ente privo di scopo di lucro, nonostante le previsioni statutarie», ma al tempo stesso l'erogazione non potrebbe qualificarsi come donazione, perché questa presuppone sia l'arricchimento sia l'impoverimento che però nel caso di specie manca[60].

Questa dottrina, ancorché giunga alla conclusione corretta (l'erogazione non è una donazione), non lo fa però mediante un ragionamento convincente, anche a prescindere dalla difficoltà di immaginare un arricchimento senza impoverimento[61] o dalle perplessità sul fatto se davvero l'impoverimento, in quel modo concepito, sia requisito della donazione.

È vero innanzitutto che l'adempimento non è in sé né un atto a titolo oneroso né un atto a titolo gratuito per chi adempie, perché queste qualificazioni non possono riguardare un atto dovuto[62]. Ma l'onerosità o gratuità potrebbero essere riferite all'atto da cui discende l'obbligo, e in questo caso all'atto di fondazione che è senz'altro un atto che depaupera il fondatore perché per costituire una fondazione è necessario dotarla di risorse per il conseguimento dello scopo (c.d. dotazione)[63]. Sotto questo profilo, costituisce dunque forse una forzatura (o una pura formalità giuridica priva di riscontro dal punto di vista economico; e si badi, peraltro, che la nozione di arricchimento di cui all'art. 769, c.c., è nozione economica non giuridica[64]) affermare che l'erogazione non impoverisce.

In secondo luogo, una volta ritenuto che l'erogazione sia un atto dovuto, ciò, come detto, è di per sé sufficiente ad escluderne la natura donativa per mancanza dello "spirito di liberalità".

Ancora più a monte, se si guarda al prevalente modo di operare

[59] In questo senso Gianola, *Atto gratuito*, cit., 219; Id., *Atti gratuiti*, cit.; giunge, pare, alla medesima conclusione anche Maruzzi, *Natura giuridica delle erogazioni concesse dalle fondazioni bancarie*, in *Enti non profit*, 2008, 330, ma sulla base di una spiegazione non convincente (e cioè, che la ripartizione del reddito annualmente conseguito dalla fondazione non integrerebbe il requisito del sacrificio).

[60] Gianola, *Atto gratuito*, *loc. cit.*

[61] Nella relazione al c.c. si legge infatti che «l'essenza della donazione, …, sta appunto in ciò, che pur puro spirito di solidarietà una persona opera una diminuzione del proprio patrimonio e un incremento del patrimonio di un'altra».

[62] Cfr. Oppo, *Sulle erogazioni "gratuite"*, cit., 927, che parla al riguardo di atto "neutro"; Carnevali, *Gli atti di liberalità*, cit., 490; Gatt, *La liberalità*, I, Torino, 2002, 423, nota 9.

[63] Sulla necessità dell'adeguatezza della dotazione patrimoniale della fondazione già in fase di costituzione e ai fini del riconoscimento, cfr. Basile, *op. cit.*, 103 ss.

[64] Cfr. Checchini, *L'interesse*, cit., 308 s.; Carnevali, *Gli atti di liberalità*, cit., 493 s.

delle fondazioni oggetto di questo studio, v'è da chiedersi se non manchi del tutto il requisito dell'arricchimento programmato del (presunto) donatario.

Si è infatti precedentemente rilevato che le fondazioni in oggetto erogano in vista (o meglio, verrebbe da dire subito, in funzione) di un determinato impiego da parte del beneficiario delle somme, impiego illustrato (e promesso) in un progetto di cui l'ente beneficiario chiede e ottiene il finanziamento. Talvolta, anzi, l'erogazione segue e non già precede il compimento di determinate attività di utilità sociale, e consiste nel rimborso di spese documentate.

Ora, se è vero che il tipo donazione non è incompatibile con l'imposizione di una prestazione (e dunque di un sacrificio economico) in capo al donatario, perché la donazione può contenere un modo[65], è anche vero che non di donazione modale più si tratta bensì di contratto (oneroso) a prestazioni corrispettive allorché la prestazione non abbia più le caratteristiche del *modus* ma si ponga in tutt'altro rapporto rispetto all'intenzione dei contraenti e alla prestazione attributiva. In tal caso, potrebbe non esservi donazione (ancorché della specie "modale") per mancanza non solo (e non tanto) dell'arricchimento del donatario, ma della stessa comune volontà di realizzare l'arricchimento, intendendo i contraenti imporre al donatario (a questo punto non più tale) una prestazione corrispettiva a favore di terzo (e dunque, si dovrebbe dire, anche per difetto di spirito di liberalità, perché la struttura a prestazioni corrispettive del contratto risulterebbe incompatibile con il perseguimento di un interesse non patrimoniale[66])[67].

La mancanza di arricchimento del beneficiario, che può prospettarsi con riferimento a determinate "erogazioni" delle fondazioni in esame, ne escluderebbe radicalmente la natura donativa, a prescindere da qualsiasi indagine sull'*animus donandi*[68]. Ma all'analisi di quest'ultimo punto dovranno in seguito dedicarsi riflessioni più approfondite.

[65] Che il modo costituisca un'obbligazione in senso tecnico, in favore del donante, dello stesso donatario, o di terzi, è pacifico in dottrina e in giurisprudenza: cfr. CARNEVALI, *Gli atti di liberalità*, cit., 553; Cass., 30 marzo 1985, n. 2237, in *Arch. civ.*, 1985, 1086.

[66] Cfr. CHECCHINI, *L'interesse*, cit., 265, secondo cui l'esistenza di una controprestazione soddisfa direttamente un interesse patrimoniale del disponente, escludendo così la liberalità per mancanza dello spirito di liberalità, cioè di un intento non patrimoniale.

[67] Spunti in questo senso in DAMIANI, *op. cit.*, 13.

[68] Cfr. infatti CHECCHINI, *L'interesse*, cit., 264: «è inutile accertare l'esistenza dello spirito di liberalità se non sussiste anche l'arricchimento, pur restando, questi, concetti distinti fra loro».

5. *Conclusioni parziali e premesse per gli approfondimenti successivi*

Sulla base dell'analisi sin qui svolta, si è giunti alla conclusione per cui le erogazioni delle fondazioni non sono donazioni bensì atti dovuti di adempimento dello statuto. Segnatamente, questa qualificazione s'impone sia all'erogazione in senso proprio, sia agli eventuali atti ad essa preordinati, quali bandi, procedure di verifica, valutazione, ecc.

La natura di atto dovuto esclude l'applicazione diretta della disciplina della donazione soprattutto con riguardo alla struttura necessariamente contrattuale (e dunque bilaterale) del rapporto tra fondazione e beneficiario, e alla forma di atto pubblico (ma si pensi anche alla nullità della donazione di beni futuri: art. 771, comma 1, c.c., che, se l'erogazione si qualificasse come donazione, precluderebbe alle fondazioni di impegnarsi ad erogare rendite o utili non ancora maturati).

Nella sua versione più elementare (contributo in denaro, che non imponga alcun onere al beneficiario) – che peraltro, come già sottolineato, costituisce una modalità marginale nella prassi operativa delle fondazioni che ci occupano – l'erogazione (*rectius*: l'atto deliberativo dell'erogazione), dunque, non solo potrà avere struttura di negozio unilaterale ricettizio rifiutabile dal destinatario *ex* art. 1333, c.c. (il diritto sul *grant* concesso dalla fondazione nasce pertanto in capo al beneficiario al momento della ricezione, senza necessità della sua accettazione, salva la possibilità di rifiuto)[69], ma non sarà sottoposta ad alcun vincolo formale di validità.

Ciò vale anche per gli atti strumentali all'erogazione, quali i bandi, che costituendo promesse al pubblico *ex* art. 1989, comma 1, c.c., (in favore di chi si trovi in una determinata situazione) non sono soggetti a particolari oneri formali[70]. La "pubblicità" della promessa può peraltro

[69] La conclusione cui si è giunti in merito alla struttura dell'atto in questione presuppone accogliere le seguenti teorie: *a*) che l'art. 1333, c.c., introduca nel nostro ordinamento la figura generale del negozio unilaterale rifiutabile (in tal senso cfr. GAZZONI, *Manuale*, cit., 863 ss.), l'interesse (patrimoniale, e comunque non liberale) del promittente essendo quello all'adempimento dell'obbligo statutario di erogare; *b*) che un atto negoziale possa essere *solvendi causa*, come dimostra la figura del contratto definitivo esecutivo di preliminare.

[70] Quando la fondazione eroghi tramite bandi, si pone peraltro il problema di capire se l'obbligo di prestare sorga già al momento della pubblicazione del bando (o del verificarsi della situazione, ove essa non fosse preesistente) oppure in quello successivo in cui il beneficiario comunichi alla fondazione di trovarsi nella situazione richiesta per l'ottenimento della prestazione in suo favore: nel primo senso, cfr. DI MAJO, *Promessa unilaterale (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 66; GAZZONI, *Manuale*, cit., 697; nel secondo, sulla base di una particolare ricostruzione complessiva dell'istituto, cfr. SBISÀ, *Promessa al pubblico*, in *Digesto civ.*, XV, Torino, 1997, 368, anche se lo stesso A. ritiene poi possibile, con riguardo alle promesse al pubblico gratuite, che sono quelle di cui ci si occupa ora nel testo, che il promittente rinunci alla comunicazione da parte del beneficiario (cfr. ID., *op. cit.*, 370).

attuarsi in qualsiasi forma idonea allo scopo (orale, informatica, ecc.), anche per *acta concludentia*[71], tenendo presente che, scelta una forma, la eventuale revoca della promessa per giusta causa dovrà, a pena di invalidità, farsi nella medesima forma della promessa o in forma equivalente (art. 1990, comma 1, c.c.).

Se si guarda alla posizione del beneficiario, dopo che l'erogazione sia stata deliberata dalla fondazione[72], le erogazioni "semplici" del tipo sin qui esaminato (che sono atti dovuti per la fondazione e dunque, come detto, per quest'ultima né gratuiti né onerosi), conformemente del resto alla struttura unilaterale del negozio che le dispone, producono in capo a quest'ultimo un acquisto a titolo gratuito: a fronte dell'arricchimento, nessun sacrificio infatti gli è imposto, né alcuna destinazione della somma ricevuta; semplicemente, egli riceve il *grant* per il fatto di trovarsi nella determinata situazione (di persona bisognosa o con reddito inferiore ad un certa soglia, ecc.) prevista dallo statuto della fondazione erogante o eventualmente dal bando che dello statuto costituisce particolare modalità di attuazione.

Si è detto però che il più delle volte le fondazioni considerate in questa ricerca non effettuano erogazioni "semplici", perché il loro modo di operare è (per ragioni di efficacia e di efficienza) volutamente più sofisticato, includendo l'ipotesi del tutto opposta, e perciò definibile "complessa", di una "erogazione" ad un ente privato *non profit*, subordinata alla predisposizione da parte di quest'ultimo di un progetto di utilità sociale e alla successiva realizzazione degli interventi in esso contemplati.

Fermo restando il risultato cui si è giunti, cioè la causa solutoria delle erogazioni, che è senz'altro riferibile anche alle erogazioni "complesse", è all'approfondimento di quest'ultima particolare fattispecie (predominante nella prassi operativa degli enti qui esaminati) che occorrerà pertanto dedicarsi.

6. *L'erogazione "complessa" come prestazione in adempimento di un contratto a prestazioni corrispettive*

Lo scenario empirico si offre dunque allo sguardo dell'interprete con un volto diverso allorché presenti questi elementi: *a*) la fondazione de-

[71] Cfr. Sbisà, *op. cit.*, 378; Gazzoni, *Manuale*, cit., 695.

[72] Prima di questo momento, il beneficiario è titolare di un diritto soggettivo o di un mero interesse legittimo, a seconda che esso sia già predeterminato dallo statuto o sia soltanto determinabile poiché lo statuto affida agli organi della fondazione la scelta, secondo criteri statutari più o meno stringenti, dei beneficiari.

cida di destinare le proprie risorse ad un altro ente *non profit* di utilità sociale (ente erogativo o impresa sociale *ex* d.lgs. n. 155/2006); *b*) la fondazione imponga all'ente beneficiario una determinata destinazione del *grant*, (normalmente) in conformità ad un progetto di utilità sociale dal medesimo presentato proprio al fine di ottenerlo (di solito partecipando ad un apposito bando di selezione); *c*) l'ente beneficiario sia tenuto a porre in essere uno o più atti o un'attività al fine di dare al *grant* la destinazione promessa.

A questa fattispecie non si addice certo la qualifica di negozio unilaterale rifiutabile che arricchisce il beneficiario senza oneri, qualifica che in precedenza si è attribuita all'erogazione "semplice", non fosse altro perché il beneficiario è tenuto a compiere gli atti necessari alla realizzazione del progetto di utilità sociale.

Occorre piuttosto riesaminare la vicenda nel suo complesso tenendo conto di diversi profili.

Innanzitutto, nell'ipotesi descritta, il rapporto tra la fondazione e l'ente *non profit* beneficiario non si fonda e non si esaurisce nell'erogazione (o, se si preferisce, nel *grant* o nel contributo) e nella correlativa percezione di una somma di denaro, ma si basa e si concentra su un rapporto in base al quale l'ente *non profit* è tenuto ad un *fare* e la fondazione ad un *dare*.

In secondo luogo, tra la prestazione di dare della fondazione e quella di fare dell'ente *non profit* beneficiario esiste un indubbio collegamento, poiché la fondazione eroga sulla base di un determinato progetto di impiego delle somme presentato dall'ente aspirante al beneficio (e per di più, come rilevato, si riserva successivi poteri di controllo sulle corrispondenza tra impiego effettivo delle somme ed impiego dovuto). Ciò emerge in maniera ancora più evidente allorché la concreta dazione delle somme erogate non preceda ma segua la effettiva realizzazione degli interventi programmati.

In terzo luogo, dall'analisi empirica svolta emerge che le erogazioni non superano i costi degli interventi programmati, di cui dunque costituiscono "rimborsi" allorché la dazione sia a questi successiva (anzi, talvolta, come avviene nelle cc.dd. erogazioni "con raccolta", la copertura offerta dalla fondazione è soltanto parziale, dunque inferiore ai costi complessivi di esecuzione del progetto). L'ente beneficiario, pertanto, non consegue un lucro oggettivo dal rapporto con la fondazione, ma soltanto gode della preventiva anticipazione o usufruisce del successivo rimborso dei costi necessari alla realizzazione di una determinata attività di utilità sociale.

La qualificazione giuridica della realtà suindicata non è agevole.

Cominciando dal profilo strutturale, a differenza di quanto prece-

dentemente rilevato con riguardo alla erogazioni "semplici" (per cui si è parlato di negozio unilaterale), non v'è dubbio che il rapporto in questione debba essere bilaterale. L'ente *non profit* beneficiario della fondazione, infatti, è tenuto ad una prestazione, che può essere più o meno gravosa, ma che comunque dal punto di vista tecnico-giuridico costituisce una obbligazione. Ne deriva che, alla luce dei principi generali, il suo consenso al rapporto con la fondazione è sempre necessario (a nessuno può infatti essere imposto un obbligo nascente da un atto di autonomia privata cui sia rimasto estraneo, cui cioè non abbia consentito).

Le erogazioni "complesse" di cui si tratta dovranno dunque avere struttura contrattuale (ma di per sé non necessariamente concludersi in forma scritta).

Ciò vale anche quando, come normalmente accade, la fondazione individui l'ente *non profit* mediante un bando pubblico di selezione.

Per maggiore precisione, occorre qui distinguere due situazioni: la prima è quella in cui il bando sia diretto soltanto all'individuazione di un ente con cui poi la fondazione (a ciò espressamente impegnandosi con dichiarazione contenuta nel bando) concluderà il contratto avente ad oggetto l'esecuzione del progetto; la seconda è quella in cui il bando contenga già il regolamento (almeno nei suoi profili essenziali: ammontare del contributo; modalità esecutive e di erogazione; ecc.) del successivo rapporto e richieda all'ente partecipante di accettare preventivamente tale regolamento (o specifichi che la partecipazione al concorso implica anche adesione al rapporto successivo alle condizioni stabilite nel bando).

Nel primo caso, infatti, dovendo qualificarsi il bando come promessa al pubblico, è necessario un successivo contratto tra la fondazione e l'ente *non profit* risultato vincitore, contratto cui peraltro quest'ultimo ha diritto, potendo far valere i rimedi opportuni (compresa l'esecuzione specifica *ex* art. 2932, c.c.) là dove la fondazione si rifiutasse di contrarre[73]. In assenza di questo contratto, infatti, l'ente *non profit* vincitore non sarebbe giuridicamente obbligato a realizzare l'attività esecutiva del progetto selezionato, perché la partecipazione al bando di per sé non equivarrebbe ad accettazione del rapporto.

Nel secondo caso, invece, costituendo il bando un'offerta al pubblico ai sensi dell'art. 1336, c.c., accettata mediante partecipazione al bando, il rapporto tra la fondazione e l'ente vincitore sorge già per effetto dell'espletamento del concorso, senza necessità di un successivo contratto (se non eventualmente per gli aspetti integrativi e/o modificativi del rap-

[73] Cfr. in questo senso Sbisà, *op. cit.*, 372 ss.

porto), poiché contratto è già quello che si perfeziona mediante l'emissione del bando (che vale come proposta contrattuale) e la partecipazione al concorso (che vale come accettazione della proposta)[74]. Concluso il concorso, dunque, la fondazione sarà tenuta ad effettuare l'erogazione e l'ente *non profit* ad adempiere le obbligazioni necessarie all'attuazione del progetto di utilità sociale.

Ciò chiarito, il principale problema che si pone è se questi rapporti (abbiamo detto: di fonte contrattuale) debbano essere considerati rapporti gratuiti con onere (o modo) a carico del beneficiario[75] oppure rapporti onerosi e a prestazioni corrispettive (ovverosia sinallagmatici o di scambio), tenendo naturalmente presente che liberalità e gratuità non sono categorie sovrapponibili e che dunque la precedente negazione della natura donativa delle erogazioni non osta ad una eventuale loro qualificazione come atti gratuiti[76].

La questione è centrale, perché qualificare l'obbligazione dell'ente *non profit* beneficiario della fondazione come obbligazione modale nell'ambito di un contratto gratuito (piuttosto che come controprestazione in un contratto oneroso di scambio) comporta applicare la disciplina particolare del *modus*, che implica tra l'altro:

a) che all'adempimento dell'onere si sia tenuti entro i limiti di valore della prestazione ricevuta (se dunque, ad esempio, l'ente *non profit* riceve dalla fondazione un contributo di 100, che è tenuto ad impiegare per un progetto di utilità sociale, l'attività a tal fine necessaria può legittimamente arrestarsi allorché il suo costo sia divenuto pari a 100) (cfr. art. 793, comma 2, c.c.);

b) che la risoluzione del rapporto per inadempimento dell'onere debba prevedersi espressamente nell'atto costitutivo del rapporto, poiché al-

[74] Per questa conclusione, cfr. Sbisà, *ibidem*.

[75] Che il *modus* possa essere apposto non solo ai contratti, come la donazione, in cui è già previsto dal codice civile, ma a tutti i contratti gratuiti, è tesi prevalente in dottrina: cfr. Gazzoni, *Manuale*, cit., 549; nella stessa direzione in giurisprudenza, con riguardo al *modus* nel comodato, cfr. da ultima, Cass., 28 giugno 2005, n. 13920, in *Rep. Foro it*., 2005, «Comodato», n. 5.

[76] Sulla distinzione tra gratuità e liberalità, cfr. chiaramente Cfr. Cass., 2 febbraio 2006, n. 2325, in *Rep. Foro it.*, 2006, «Fallimento», n. 22: «In tema di revocatoria fallimentare di atti a titolo gratuito (art. 64 l.fall.), la valutazione di gratuità od onerosità di un negozio deve essere compiuta con riguardo alla causa, e non già ai motivi dello stesso, con la conseguenza che deve escludersi che atti a titolo gratuito siano quelli, e solo quelli, posti in essere per spirito di liberalità, essendo lo spirito di liberalità richiesto per la donazione (art. 769 c.c.), mentre non è indispensabile negli altri contratti a titolo gratuito, che sono quelli in cui una sola parte riceve e l'altra, sola, sopporta un sacrificio, unica essendo l'attribuzione patrimoniale». In dottrina, di recente, Damiani, *op. cit*., 3 ss.

trimenti esso non sarebbe risolubile (cfr. art. 793, comma 4, c.c.);

c) che per l'adempimento dell'onere possa agire oltre alla fondazione erogante anche qualsiasi altro soggetto interessato alla prestazione dovuta (cfr. art. 793, comma 4, c.c.);

d) che l'impossibilità (da intendersi qui come impossibilità iniziale, secondo dottrina e giurisprudenza[77]) o l'illiceità dell'onere non incide sulla validità dell'atto a cui esso è apposto, a meno che l'onere non abbia costituito il solo motivo determinante dell'atto (cfr. art. 794, c.c.);

e) che (almeno secondo quanto sostiene la Suprema Corte) l'impossibilità sopravvenuta non imputabile dell'onere determina l'estinzione della obbligazione modale ma non anche la risoluzione del contratto in cui la disposizione modale è inserita[78].

Al contrario, se la prestazione dell'ente beneficiario si qualificasse come prestazione corrispettiva, oltre alle conseguenze di diverso ordine derivanti dalla natura onerosa dell'atto, troverebbe applicazione la disciplina ordinaria sulla corrispettività (e dunque nessun limite all'esigibilità dell'adempimento; risolubilità giudiziale del contratto per inadempimento, impossibilità sopravvenuta o eccessiva onerosità; nullità del contratto il cui oggetto sia originariamente impossibile; ecc.), con maggiore tutela dunque degli interessi della fondazione nei confronti dell'ente *non profit* destinatario del *grant*.

I rapporti tra gratuità modale, onerosità e corrispettività sono in dottrina controversi.

Secondo una dottrina isolata, l'imposizione di un *modus* determina senz'altro la qualificazione del contratto come oneroso ancorché non a prestazioni corrispettive, perché il *modus* non è legato all'altra prestazione da un nesso di corrispettività, non costituendone la ragion d'essere[79].

Secondo altra dottrina, invece, il contratto modale sarebbe oneroso solo là dove il modo assorbisse per intero il valore dell'attribuzione, perché in caso contrario la parziale onerosità non muterebbe il carattere di gratuità dell'atto[80], il modo costituendo «una semplice *limitazione*

[77] Cfr. CARNEVALI, *Gli atti di liberalità*, cit., 560; Cass., 17 aprile 1993, n. 4560, in *Foro it.*, 1994, I, 1114.

[78] Cfr. Cass., 17 aprile 1993, n. 4560, cit., a proposito di una donazione ad un ente religioso di un fondo con l'onere di costruirvi un collegio allorché muti la disciplina urbanistica del fondo non consentendo più l'edificazione.

[79] Cfr. CATAUDELLA, *op. cit.*, 52 ss. Secondo questo A., infatti, i contratti a prestazioni corrispettive sono una specie dei contratti onerosi, potendo dunque la onerosità riguardare contratti (come la donazione modale) in cui prestazioni sono poste a carico di entrambe le parti ma non sono legate da un nesso di corrispettività.

[80] Cfr. BIANCA, *op. cit.*, 467; ROPPO, *op. cit.*, 414.

del vantaggio che il contratto attribuisce al beneficiario»[81].

Sempre secondo la medesima dottrina, la gratuità sarebbe inoltre esclusa dal rapporto di corrispettività tra il preteso *modus* e la pretesa prestazione gratuita, cioè quando «l'autore della prestazione nominalmente gratuita intende la prestazione modale imposta al beneficiario come *mezzo per soddisfare un proprio interesse, preesistente e autonomo* rispetto alla prestazione che rappresenta il suo sacrificio»[82]. In quest'ultimo caso si dovrebbe dunque parlare di contratto di scambio e dunque oneroso.

Come si può notare, il tema ruota intorno alla definizione del modo e ai suoi rapporti con la nozione di corrispettività.

Complica la situazione il non poter risolvere il problema in termini oggettivi e quantitativi, nel senso di aversi modo quando il sacrificio richiesto sia inferiore al valore della prestazione ricevuta, e controprestazione quando tale sacrificio sia pari o superiore. Ciò perché da un lato l'equivalenza delle prestazioni non è un connotato della corrispettività[83], dall'altro la disposizione modale, come dice la legge (art. 793, comma 2, c.c.), può comportare sacrifici equivalenti al valore dell'arricchimento conseguito.

Anche la prospettiva soggettivistica non è agevole, perché dire che il *modus* è un motivo ulteriore che si aggiunge a quello liberale o gratuito del disponente urta contro la previsione legislativa secondo cui il modo può costituire il solo motivo determinante dell'atto (art. 794, c.c.).

Non è probabilmente dunque con l'affermare, come fa la giurisprudenza, che il *modus* è un elemento accessorio di consistenza tale da non snaturare l'essenza della donazione (o di altro contratto gratuito), che la

[81] Così Roppo, *ibidem*.

[82] Roppo, *ibidem*; analogamente, sembra, Bianca, *op. cit.*, 468 s., allorché questo A. esclude che costituisca donazione quella in cui il fine dell'operazione sia di far pervenire un bene ad un terzo mediante l'imposizione del preteso *modus* al preteso donatario.

[83] Peraltro, la sproporzione (significativa) di valore tra le prestazioni corrispettive dà luogo ad una vendita mista a donazione solo quando tale sproporzione sia nota all'alienante: cfr. Cass., 29 settembre 2004, n. 19601, in *Foro it.*, 2005, I, 2433. Conferma quanto affermato nel testo il prevalente orientamento giurisprudenziale per cui la vendita mista a donazione costituisce una liberalità indiretta (cfr. da ultima Cass., 7 giugno 2006, n. 13337, in *Rep. Foro it.*, 2006, «donazione, n. 3: «In tema di atti di liberalità, il *negotium mixtum cum donatione*, costituisce una donazione indiretta in quanto, attraverso la utilizzazione della compravendita, si realizza il fine di arricchire il compratore della differenza tra il prezzo pattuito e quello effettivo; pertanto, non è necessaria la forma dell'atto pubblico richiesta per la donazione diretta, essendo, invece, sufficiente la forma dello schema negoziale adottato; poiché, l'art. 809 c.c., nel sancire l'applicabilità delle norme sulle donazioni agli altri atti di liberalità realizzati con negozi diversi da quelli previsti dall'art. 769 c.c., non richiama l'art. 782 c.c., che prescrive l'atto pubblico per la donazione»); ma per la critica a questa teoria, cfr. Cataudella, *op. cit.*, 59 ss., che qualifica la fattispecie in termini di contratto con causa mista.

questione può essere risolta[84]. Tanto è vero che la stessa Suprema Corte riconduce poi sul piano dell'accertamento di fatto l'indagine relativa a se l'onere sia un modo o una prestazione corrispettiva[85].

E allora o si conclude nel senso che la disposizione modale configuri senz'altro un contratto a prestazioni corrispettive[86], per lo meno nell'ipotesi in cui l'attribuzione gratuita risulti nell'intento del disponente meramente strumentale all'adempimento dell'onere[87], oppure – seguendo una ricostruzione dottrinaria già in precedenza considerata – s'intende "l'arricchimento" in modo soltanto soggettivo, quale (mera) programmazione contrattuale del beneficio[88].

Certo è che, quale che sia la posizione condivisa, in ogni caso la fattispecie sotto osservazione, quella delle erogazioni "complesse" delle fondazioni, non parrebbe potersi qualificare come contratto gratuito modale sotto ognuno dei profili considerati. Infatti, dal punto di vista quantitativo, le erogazioni non realizzano mai un arricchimento dell'ente *non profit* beneficiario (anche se non lo impoveriscono), né è intenzione della fondazione arricchire l'ente beneficiario (e nemmeno dell'ente bene-

[84] Cfr. da ultima Cass., 28 giugno 2005, n. 13920, cit.: «In ordine alla corretta qualificazione di un contratto come comodato o come locazione di immobili, il carattere di essenziale gratuità del comodato non viene meno se si inserisce un modus, posto a carico del comodatario, purché esso non sia di consistenza tale da snaturare il rapporto, ponendosi come corrispettivo del godimento della cosa ed assumendo quindi la natura di una controprestazione (in applicazione del suindicato principio la suprema corte ha cassato la sentenza della corte di merito che aveva qualificato il rapporto come di comodato precario, omettendo peraltro di considerare l'entità dell'onere economico posto a carico della beneficiaria, consistente nel pagamento del canone, degli oneri accessori e delle utenze: elementi viceversa necessari, onde poter valutare se tale assetto contrattuale fosse compatibile o meno con il carattere di gratuità del comodato)».

[85] Cfr. Cass., 28 giugno 2005, n. 13876, in *Foro it.*, 2006, I, 777: «In tema di attribuzioni a titolo gratuito, lo spirito di liberalità è perfettamente compatibile con l'imposizione di un peso al beneficiato, purché tale peso, non assumendo il carattere di corrispettivo, costituisca una modalità del beneficio senza snaturare l'essenza di atto liberalità della donazione; peraltro costituisce indagine di fatto attinente all'interpretazione del negozio di donazione che, come tale, è riservata al giudice di merito ed è incensurabile in sede di legittimità se congruamente e correttamente motivata - stabilire se l'onere imposto al donatario sia tale da porre in essere un modus oppure valga a imprimere al negozio carattere di onerosità (nella specie, è stata confermata la sentenza impugnata che, nell'escluderne la natura di vitalizio oneroso, aveva qualificato come donazione morale il contratto di trasferimento a titolo gratuito della nuda proprietà di un immobile con l'obbligo a carico dei beneficiari di prestare assistenza alla donante)».

[86] Cfr. Grassetti, *Donazione modale e fiduciaria*, Milano, 1941, 9 ss.

[87] Cfr. Carnevali, *La donazione modale*, Milano, 1969, 132 s., 145 s., 148; *contra* A. Marini, *Donazione modale*, in Palazzo (a cura di), *I contratti di donazione*, cit., 290 s.

[88] Cfr. Cataudella, *op. cit.*, 6 ss.; A. Marini, *op. cit.*, 289.

ficiario di arricchirsi) perché, come si dirà, il rapporto con quest'ultimo ha lo scopo di avvantaggiare i terzi destinatari finali del progetto di utilità sociale alla cui realizzazione l'ente beneficiario è obbligato[89]; dal punto di vista della funzione oggettiva del contratto, l'adempimento del presunto onere non ha rilevanza accessoria o secondaria rispetto all'erogazione, bensì l'erogazione è compiuta proprio in funzione dell'adempimento dell'onere[90].

Ricorrono dunque tutte le condizioni affinché si possa parlare di corrispettività (e dunque di onerosità) in senso stretto, perché per un verso la fondazione eroga delle somme affinché l'ente beneficiario realizzi un determinato progetto; per altro verso l'ente beneficiario si impegna a realizzare il progetto al fine di ottenere le somme necessarie alla copertura dei relativi costi.

Quanto si sostiene non è incompatibile con il fatto di erogare solo in seguito alla realizzazione dell'attività e sulla base di documenti adeguatamente comprovanti i costi sostenuti (fatture e altro). La modalità del "rimborso" (diffusa nella prassi operativa delle fondazioni in oggetto) non è infatti idonea ad escludere né la natura onerosa dei rapporti in questione, perché l'onerosità non implica lucratività ma è compatibile col bilanciamento dei rispettivi vantaggi e sacrifici delle parti; né la loro natura corrispettiva, perché prevedendo il "rimborso" le parti si limitano soltanto a stabilire tempi diversi (rispetto a quelli che dovrebbero derivare dalla natura del contratto) per l'adempimento delle reciproche obbligazioni, eventualmente al fine di garantire ad una di esse (in questo caso, la fondazione) la possibilità di eccepire l'inadempimento *ex* art. 1460, c.c.

Quel che si sostiene non è neanche inconciliabile con il fatto che, come meglio si dirà, i vantaggi provenienti dall'adempimento dell'obbligazione posta in capo all'ente *non profit* ricadano non già sulla sua controparte contrattuale, cioè sulla fondazione, bensì su quei terzi, eventualmente riuniti nella nozione di "collettività", che sono i destinatari finali del progetto di utilità sociale cui l'ente beneficiario si obbliga.

Un'ultima notazione, che però qui non si approfondisce perché esula dagli scopi della presente indagine, riguarda il rapporto tra quanto sin qui sostenuto e le figure soggettive coinvolte nella realtà empirica di riferimento. Si allude al quesito se un contratto che preveda la sola corre-

[89] Con riguardo alle erogazioni delle fondazioni bancarie, mette in luce il difetto di arricchimento del destinatario dell'erogazione MARUZZI, *op. cit.*, 329 s.

[90] Nello stesso senso, con riguardo alle erogazioni delle fondazioni bancarie, cfr. MARUZZI, *op. cit.*, 330.

sponsione delle spese sostenute sia compatibile con i requisiti soggettivi che contraddistinguono l'impresa sociale ai sensi del d.lgs. n. 155/2006. Se si considera che in linea generale, ai fini della qualifica di impresa, è sufficiente che i soggetti agiscano con metodo economico (ricavi quanto meno uguali ai costi) non essendo necessario il metodo lucrativo (ricavi superiori ai costi) (cfr. art. 2082, c.c., nell'interpretazione che normalmente ne danno dottrina e giurisprudenza), allora non può che concludersi nel senso che destinatario delle erogazioni "complesse" delle fondazioni possa senz'altro essere anche un'impresa sociale e non soltanto un ente erogativo del terzo settore. In definitiva, il fatto che l'ente beneficiario "si accontenti" della copertura dei costi (purché questa copertura sia totale) non sembra ostare alla sua qualifica come impresa sociale[91].

In conclusione, la seconda (e più frequente) tipologia di "erogazione" delle fondazioni in oggetto, quella che per comodità si è definita "complessa", in verità dell'erogazione ha poco o nulla, se per erogazione s'intende un contributo che arricchisce il destinatario (come era per le erogazioni "semplici" osservate in precedenza).

L'erogazione "complessa", in realtà, costituisce adempimento di un'obbligazione assunta dalla fondazione concludendo con l'ente privato "beneficiario" un contratto con funzione di scambio che vede quest'ultimo a sua volta e corrispettivamente tenuto ad adempiere un'obbligazione, quella di dare attuazione ad uno specifico progetto di utilità sociale.

Il contratto tra fondazione ed ente senza scopo di lucro, in cui si sostanzia l'erogazione "complessa", è dunque un contratto di scambio ovvero a prestazioni corrispettive[92].

Per quanto riguarda il suo inquadramento tipologico (e le relative conseguenze in termini di disciplina applicabile), tale contratto potrà poi qua-

[91] Nel caso di copertura parziale, bisogna valutare se l'intervento sia realizzato grazie alla copertura di altri soggetti che agiscano nel medesimo modo delle fondazioni o prevalentemente mediante donazioni, lavoro volontario, ecc.: la prima ipotesi è compatibile con la natura di impresa sociale in capo all'ente che realizza il progetto di utilità sociale (perché in questo caso la differenza sarebbe data unicamente dal fatto che i committenti del progetto sono più d'uno); la seconda sembra invece incompatibile, e richiama le modalità operative e gestionali dell'ente non imprenditoriale del terzo settore.

[92] Non convince, invece, la proposta di una dottrina (cfr. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gratuità, liberalità e solidarietà*, Milano, 1998, *passim*; ID., *Il contratto gratuito a scopo di beneficenza*, in *Giust civ.*, 2000, II, 189 ss.; ID., *Autonomia privata e prestazioni senza corrispettivo*, cit., 28 ss.) di ricondurre ad una terza causa non nominata, quella di solidarietà, alternativa sia alla gratuità (eventualmente modale) sia all'onerosità, le ipotesi considerate nel testo. La solidarietà (quando non abbia funzione meramente descrittiva) è infatti motivo del contrarre e rileva solo in quanto tale, non fornendo alcun concreto ausilio alla ricostruzione della disciplina applicabile alle fattispecie in esame.

lificarsi come appalto, mandato, vendita, somministrazione, locazione, ecc., (così come del resto ben potrebbe qualificarsi atipico) in ragione della natura della prestazione dovuta in base al progetto di utilità sociale la cui realizzazione costituisce oggetto del contratto. Se ad esempio, la fondazione "finanzia" un progetto di *housing sociale*, potrà parlarsi di locazione; se "finanzia" un servizio di accoglienza degli extracomunitari, di appalto; ecc.

6.1. (Segue). *L'erogazione "complessa" come contratto a favore di terzo*

Solo impropriamente dunque, se si considera la realtà delle erogazioni "complesse", l'ente privato *non profit* al quale la fondazione "eroga" può definirsi "beneficiario". Esso, infatti, è parte di un contratto tecnicamente di scambio, che come tale gli impone un sacrificio corrispettivo esattamente commisurato al vantaggio che riceve, e dunque in questo senso non beneficia di alcunché. In verità, il beneficio che ottiene è unicamente quello di essere stato selezionato dalla fondazione come *partner* contrattuale, perché in questo modo ha la possibilità di adempiere ai propri scopi statutari (e proprio per questo partecipa ai bandi di selezione pubblicati dalle fondazioni): è il contratto con la fondazione che di per sé soddisfa il suo interesse e non dunque la prestazione che riceve. Valgono infatti anche per l'ente *partner* della fondazione di erogazione le medesime considerazioni già svolte per la fondazioni in merito al rapporto tra erogazioni e statuto di un ente senza scopo di lucro e a finalità sociale.

Beneficiari di fatto dell'erogazione sono piuttosto il terzo o i terzi destinatari dell'intervento di natura sociale cui l'ente *non profit* si obbliga, e ci si deve allora chiedere se il contratto tra la fondazione e l'ente *non profit* non possa giuridicamente qualificarsi come contratto a favore di terzo ai sensi dell'art. 1411, c.c. Tale sua natura giuridica consentirebbe di ritenere i terzi destinatari del progetto di utilità sociale non solo beneficiari di fatto ma anche di diritto dell'intervento erogativo della fondazione.

Com'è noto, infatti, inserendo in un contratto una stipulazione a favore di terzo, le parti pongono in essere una "deviazione" verso l'esterno degli effetti prodotti dal contratto, attribuendo così ad un terzo il diritto alla prestazione (che normalmente spetta alla parte del contratto)[93].

[93] Si badi che il terzo diviene titolare del solo diritto di credito, ma non già della posizione di parte contrattuale, con la conseguenza che, nel caso di inadempimento del promittente, il terzo potrà azionare i rimedi a tutela del proprio diritto di credito (adempimento coattivo e risarcimento del danno), ma non anche i rimedi a tutela del sinallagma contrattuale (risoluzione del contratto per inadempimento). Peraltro anche la fondazione ha diritto di agire per l'adempimento della prestazione, avendo anch'essa interesse all'adempimento: cfr. Cass., 1 marzo 1993, n. 2493, in *Rep. Foro it.*, 1993, «Contratto in genere», n. 402.

Nel nostro caso, ad esempio, ciò significa che il terzo maturerebbe per effetto della stipulazione in suo favore un diritto soggettivo nei confronti dell'ente *non profit* alla prestazione che costituisce oggetto del progetto di utilità sociale finanziato dalla fondazione. Il terzo acquisirebbe tale diritto subito ed automaticamente per effetto della conclusione del contratto tra la fondazione e l'ente *non profit*, senza che sia necessario che egli accetti (ma la sua dichiarazione di volere approfittare della stipulazione in suo favore la rende irrevocabile) e salva comunque la sua possibilità di rifiuto.

Sembra di poter dire che non solo il contratto tra la fondazione e l'ente *non profit* contenga implicitamente una stipulazione a favore di terzo, ma che – per evitare ogni dubbio al riguardo – sia opportuno che questa venga esplicitata nel testo contrattuale, perché la stipulazione in favore del terzo è coerente con gli obiettivi dell'intervento delle fondazioni in materia sociale.

Infatti, rendendo i terzi titolari del credito alla prestazione, la fondazione adempie ai propri doveri statutari nei loro confronti. In ciò sta l'"interesse" dello stipulante, cioè della fondazione, che del contratto a favore di terzo costituisce requisito di validità (cfr. art. 1411, comma 1, c.c.). Si tratta dell'interesse della fondazione ad adempiere mediante la stipulazione a favore di terzo i propri doveri verso i propri beneficiari finali. È dunque un interesse *solvendi causa*.

Non osta alla qualificazione della fattispecie come contratto a favore di terzo il fatto che, come potrebbe in concreto accadere, i terzi beneficiari del progetto non siano determinati nel contratto tra fondazione ed ente *non profit*, purché essi siano quanto meno determinabili secondo criteri definiti nel medesimo contratto[94].

[94] Cass., 9 luglio 1997, n. 6206, in *Giust. civ.*, 1998, I, 105; in *Giur. it.*, 1988, 1716; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, I, 482, ha ritenuto sufficiente la determinabilità del terzo secondo criteri fissati nel contratto (nel caso di specie, si trattava di quei terzi che fossero risultati legittimati all'assegnazione, in proprietà o locazione, di un alloggio sulla base di una graduatoria). Peraltro, là dove l'individuazione del terzo fosse rimessa alla discrezionalità del promittente (circostanza che dovrebbe ritenersi ammissibile qualora lo statuto della fondazione non lo vieti), potrebbe ipotizzarsi (sulla scorta di quanto già riferito in merito al rapporto tra fondazione e beneficiari) l'immediata nascita in favore dei terzi aspiranti alla prestazione di un interesse legittimo a che il promittente rispetti i criteri di determinazione fissati nel contratto e comunque eserciti il potere discrezionale secondo correttezza. Secondo Roppo, *op. cit.*, 548, il beneficiario potrebbe anche essere inesistente al tempo della stipulazione e, finché non venga ad esistenza, il diritto spetta allo stipulante. Sul punto cfr. anche Fici, *I contratti tra pubblica amministrazione ed enti non profit nel settore dei servizi alla persona*, in Cafaggi (a cura di), *Modelli di governo, riforma dello stato sociale e ruolo del terzo settore*, Bologna, 2002, 137 ss.

6.2. (Segue). *L'erogazione "complessa" come liberalità indiretta*

Come emerge dalla lettura degli artt. 770, comma 2, e 809, comma 1, c.c., quella delle liberalità è una categoria normativa (di atti contrattuali e non).

L'art. 770, comma 2, stabilisce infatti che «non costituisce donazione la liberalità che si suole fare in occasione di servizi resi o comunque in conformità agli usi»: la donazione è pertanto una liberalità, ma non l'unica liberalità.

L'art. 809, comma 1, invece, sottopone ad alcune norme sulle donazioni (quelle sulla revocazione per ingratitudine e per sopravvenienza di figli e quelle sulla riduzione per reintegrazione della legittima) le liberalità che risultano da atti diversi dal contratto di donazione, facendo intendere come l'effetto di liberalità possa essere perseguito mediante atti diversi dal contratto tipico di donazione.

Da queste disposizioni si ricava dunque che la donazione (rientra nel novero delle liberalità, ma) non costituisce l'unico atto di liberalità, perché vi possono essere "liberalità non donative", e che anche atti diversi dalla donazione possono indirettamente produrre l'effetto di liberalità tipico della donazione, qualificandosi perciò come "liberalità indirette"[95].

La dottrina ritiene pertanto che la liberalità sia un effetto economico – consistente nell'«arricchimento senza corrispettivo della controparte vivificato dall'*animus donandi*» – suscettibile di essere realizzato in vario modo, anche mediante atti diversi dalla donazione, compreso un negozio oneroso a prestazioni corrispettive[96].

Questa dottrina individua un'ipotesi di liberalità indiretta nel contratto a favore di terzo, e fa l'esempio di una compravendita in cui il venditore (stipulante) si fa promettere dal compratore (promittente) il pagamento del corrispettivo a un terzo: quest'ultimo riceve in tal modo dallo stipulante una liberalità[97].

Il contratto di compravendita a favore del terzo costituisce dunque sotto il profilo della causa interna un contratto oneroso di scambio, ma realizza indirettamente anche un effetto esterno, che consiste nell'arricchimento per scopo di liberalità del terzo cui il venditore stipulante at-

[95] «La differenza tra le donazioni dirette e le indirette non consiste, quindi, nella diversità dell'effetto pratico, ma nel mezzo con cui si attua la liberalità, che per le donazioni dirette è il contratto, per quelle indirette è un fatto o un negozio giuridico che dalle parti si utilizza per uno scopo ulteriore e diverso da quello tipico, a cui l'atto o il negozio sono normalmente diretti»: così TORRENTE, *op. cit.*, 25.

[96] Così CARNEVALI, *Liberalità*, cit., 216.

[97] Cfr., tra gli altri, TORRENTE, *op. cit.*, 63 ss.; CARNEVALI, *Liberalità*, cit., 219; ROPPO, *op. cit.*, 547.

tribuisce il diritto al pagamento del prezzo[98].

Nel caso di specie, allora, si potrebbe ritenere che il contratto tra la fondazione di erogazione e l'ente *non profit* avente ad oggetto la realizzazione del progetto di utilità sociale *in favore* di uno o più terzi costituisca nei rapporti tra fondazione e terzi beneficiari una liberalità indiretta, potendo dunque ad esso applicarsi quelle norme sulla donazione estensibili alle liberalità indirette.

Ora, a parte il fatto che – in considerazione delle norme applicabili alle liberalità indirette – la questione non è nel caso di specie di grande rilievo perché la liberalità indiretta proviene da un ente (il quale ovviamente non può avere figli né ha legittimari né potrebbe essere vittima di ingratitudine da parte del beneficiario della liberalità), si deve comunque escludere che l'erogazione "complessa" della fondazione configuri una liberalità indiretta, perché, pur essendo senz'altro sussistente l'arricchimento del terzo beneficiario, manca in capo alla fondazione l'*animus donandi* che è l'altro elemento che connota l'effetto di liberalità.

Si è infatti già affermato che, essendo la fondazione vincolata ad adempiere lo statuto e prevedendo lo statuto l'attività erogativa per finalità di utilità sociale, manca lo spirito di liberalità sia sotto il profilo della spontaneità dell'agire (perché la fondazione è giuridicamente tenuta ad erogare) sia, a ben vedere, anche sotto il profilo dell'interesse non patrimoniale perseguito (perché, erogando, la fondazione soddisfa il proprio interesse all'adempimento dei doveri statutari, che deve ritenersi un interesse patrimoniale in quanto interesse alla liberazione da un vincolo obbligatorio).

Piuttosto, ciò che bisogna rimarcare è che la liberalità si trova a monte: l'atto di fondazione, infatti, costituisce la liberalità in favore dei beneficiari indicati nello statuto, di cui le erogazioni deliberate dagli organi della fondazione rappresentano mera attività esecutiva *solvendi causa*[99].

Si vuole così ribadire quanto precedentemente affermato con riguardo alle erogazioni "semplici": da una parte l'attività erogativa (anche quel-

[98] La liberalità è qui dunque non causa (come nel contratto di donazione), ma soltanto particolare motivo del contratto per lo stipulante: cfr. TORRENTE, *op. cit.*, 25; CATAUDELLA, *op. cit.*, 56.

[99] Per la riconduzione dell'atto di fondazione alla categoria delle liberalità, cfr. CARNEVALI, *Liberalità*, cit., 220 s.; RESCIGNO, *op. cit.*, 801, riconduce la prescrizione di forma solenne (oltre che alle ragioni per cui nel sistema è imposta per la costituzione di enti destinati ad acquisire la personalità giuridica) anche alle ragioni che ne esigono il rispetto nella donazione, quale forma tipica della liberalità tra vivi; così anche GALGANO, *op. cit.*, 196; di «particolare tipo di attribuzione a titolo gratuito» parla invece DE GIORGI, *Le fondazioni*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, II, t. 1, 2ª ed., Torino, 1999, 435.

la "complessa") non costituisce per le fondazioni una attività libera nell'*an* (tale potrebbe invece essere nel *quomodo* qualora lo statuto non contenga disposizioni rigide al riguardo), essendo la fondazione obbligata nei confronti dei propri beneficiari a dare attuazione allo statuto; dall'altra, l'erogazione attua una liberalità (l'atto di fondazione), e dunque, pur non essendo per la fondazione né un atto a titolo oneroso né a titolo gratuito (bensì, da questo punto di vista, un atto "neutro"), realizza l'arricchimento dei beneficiari (nel caso di erogazioni "complesse", dei destinatari dei progetti di utilità sociale, e non degli enti *non profit* obbligati a realizzarli, perché – per le surriferite ragioni – i primi e non già i secondi sono i beneficiari della fondazione).

7. *Spunti in tema di qualificazione e modelli giuridici del sostegno alle fondazioni. Il "sostegno-dotazione" e il "sostegno-donazione"*

Nel corso dell'analisi empirica si è avuto modo di verificare che il ciclo dell'attività delle fondazioni considerate in questo studio, soprattutto di quelle che costituiscono la tipologia delle fondazioni "di comunità" o "della comunità locale", comprende una fase di "raccolta" delle risorse in cui un ruolo centrale assume la figura del "sostenitore". I mezzi patrimoniali necessari all'ente per l'assolvimento della sua funzione consistono infatti non solo nella dotazione iniziale del fondatore (o dei fondatori, ché spesso la fondazione è promossa e già inizialmente costituita da più soggetti[100]), ma anche in successivi contributi versati a vario titolo da soggetti, pubblici e privati, individuali e collettivi, interessati all'attività e agli scopi della fondazione.

Si è anche preso atto della circostanza che il "sostenitore" assume due possibili volti: quello del sostenitore "*una tantum*" e quello del sostenitore "interessato", e che talvolta i contributi di quest'ultimo portano alla costituzione di fondi "specifici", destinati cioè a particolari e predeterminati impieghi nell'ambito della generale attività erogativa della fondazioni.

Se la fondazione non intende limitare il proprio ruolo a quello di (solitario) erogatore delle rendite (o degli utili) provenienti dall'amministrazione del proprio patrimonio, bensì estenderlo a quello (più attivo) di collettore di risorse della comunità da destinare a finalità sociali, allora il rapporto tra la fondazione e i suoi "sostenitori", che si colloca a monte del-

[100] Sulla costituzione da parte di più soggetti cfr. GALGANO, *op. cit.*, 196.

l'attività erogativa vera e propria, assume una posizione centrale nel dibattito relativo a queste tipologie fondazionali.

Rispetto al profilo considerato, che non costituisce l'oggetto principale di questo studio, ci si limiterà a fornire alcuni spunti, con l'obiettivo di proporre una classificazione delle modalità di intervento del "sostenitore", di individuare le principali questioni giuridiche che tale intervento pone, e di segnalare nuovi strumenti giuridici che la legislazione più recente mette a disposizione per realizzare determinate finalità dell'intervento.

Al riguardo si potrebbe innanzitutto distinguere tra "sostegno-dotazione" e "sostegno-donazione", con la possibilità nel primo caso di configurare la fondazione quale "fondazione di partecipazione", secondo un modello – quello della fondazione aperta a nuovi "partecipanti", a nuove "adesioni", a fondatori "successivi" – che, nel silenzio del legislatore, la prassi e la dottrina hanno di recente elaborato, ritenendolo non contrastante con le norme imperative in materia di fondazione[101].

Per dotazione s'intende l'atto con cui il fondatore trasferisce alla fondazione le risorse necessarie al perseguimento del proprio scopo.

In dottrina si discute in merito al rapporto tra atto di dotazione e atto di fondazione: se il primo sia parte integrante del secondo, comprendendo quest'ultimo sia il vero e proprio atto di fondazione, sia quello patrimoniale di dotazione sia ancora quello di organizzazione della persona giuridica; oppure se il primo sia un atto autonomo, ancorché collegato al secondo.

Nel primo senso, parte della dottrina ritiene che l'atto di dotazione formi «parte integrante, anche se contenuto in documento separato, del negozio di fondazione»[102], il quale «si presenta, in ogni caso, come negozio giuridico unitario»[103]. Secondo questa dottrina, la scomposizione della fattispecie negoziale in atti distinti sarebbe in realtà solo «un artificio di costruzione teorica» mosso dall'intento di ricondurre l'effetto traslativo prodotto dal negozio di fondazione ai prototipi negoziali dell'isti-

[101] Sul punto cfr., anche per ulteriori riferimenti, GORGONI, *Le fondazioni di partecipazione*, in BRUSCUGLIA e ROSSI (a cura di), *Il volontariato a dieci anni dalla legge quadro*, Atti del convegno di Pisa, 18-19 gennaio 2001, Milano, 2002, 523 ss.; BASILE, *op. cit.*, 122 ss.; MANES, *Le nuove prospettive in materia di fondazioni*, in *Contr. impr.*, 2004, 265 ss.; PONZANELLI, *La fondazione tra autonomia dei privati ed intervento del legislatore*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2006, II, 419 ss.; FONDAZIONE ITALIANA PER IL NOTARIATO, *Fondazioni di partecipazione*, atti del convegno, Firenze, 25 novembre 2006, Milano, 2007; ANGIULI, *Fondazioni culturali*, in *Digesto civ.*, agg. III, t. 1, Torino, 2007, 592 s.; AN. FUSARO, *La Fondazione tra modello tradizionale e modello partecipativo quale strumento per la tutela delle categorie svantaggiate*, in *Vita not.*, 2011, 1089 ss. E v. anche, nella prospettiva dell'ammissibilità della figura, C. Stato, commiss. spec., 20 dicembre 2000, n. 288/00, in *Cons. Stato*, 2001, I, 490.

[102] GALGANO, *op. cit.*, 203.

[103] GALGANO, *op. cit.*, 204.

tuzione di erede o del legato (se l'atto di dotazione è contenuto in un testamento) o della donazione (se contenuto in un atto tra vivi)[104]. Ma questa qualificazione sarebbe soltanto nominale poiché all'atto di dotazione, così qualificato, non potrebbero applicarsi la maggior parte delle relative norme, come la rinuncia alla dotazione patrimoniale o l'accettazione alla donazione[105]. L'atto di dotazione, invece, non ha la medesima causa di questi negozi, ma è un'attribuzione patrimoniale «che non ha in sé una propria causa, ma la trova *nell'atto di fondazione*», per cui non è un «autonomo negozio giuridico, [ma] l'elemento integrante un più complesso tipo negoziale»[106].

Nel secondo senso, altra parte della dottrina distingue invece «l'atto di fondazione, col quale il privato dà impulso alla costituzione dell'ente, dall'atto di dotazione, che serve ad apprestargli i mezzi patrimoniali»; distinzione che va mantenuta anche quando i due atti «siano contestuali e si rinvengano in una sola ed unica manifestazione di volontà»[107]. Secondo alcuni l'atto di dotazione sarebbe una vera e propria donazione[108], secondo altri invece configurerebbe un negozio gratuito di destinazione del patrimonio ad uno scopo[109].

Né l'una né l'altra teoria giungono ad esiti soddisfacenti con riguardo all'ipotesi che ci occupa, cioè quella di tracciare una distinzione tra "sostegno-dotazione" e "sostegno-donazione". Se infatti si aderisce alla tesi per cui l'atto di dotazione non è autonomo dall'atto di fondazione, è difficile ipotizzare dotazioni successive a quella iniziale, contestuale alla costituzione dell'ente, perché si dovrebbero immaginare atti di fondazione successivi al primo. Se invece si aderisce alla tesi dell'autonomia dell'atto di dotazione, allora è possibile delineare una distinzione tra "sostegno-dotazione" e "sostegno-donazione" solo muovendo dal presupposto che l'atto di dotazione non sia tecnicamente una donazione, perché altrimenti il primo verrebbe a confondersi con il secondo.

Un'attenta dottrina ha osservato, con esplicito riferimento al modello della fondazione di partecipazione, che «la convenienza a distinguere istituzione e dotazione dell'ente trova conferma nella possibilità che soggetti pubblici o privati apportino nuovi mezzi patrimoniali nel cor-

[104] Cfr. GALGANO, *op. cit.*, 205.

[105] Cfr. GALGANO, *op. cit.*, 206.

[106] GALGANO, *op. cit.*, 206 s. In tal senso anche PALAZZO, *Le donazioni*, cit., 569 s.

[107] Così RESCIGNO, *op. cit.*, 801. Nel senso della distinzione già FERRARA, *Le persone giuridiche*, cit., 240.

[108] Cfr. RESCIGNO, *op. cit.*, 801, che riferisce di questa come la dottrina prevalente.

[109] Cfr. in questo secondo senso FERRARA, *Le persone giuridiche*, cit., 240 s.

so della vita dell'ente»[110].

Ed effettivamente, non solo è possibile mantenere separati atto di fondazione (ai fini della cui efficacia, e dunque della personificazione dell'ente, è peraltro necessario un atto di dotazione di un patrimonio congruo rispetto agli obiettivi della fondazione) e atto di dotazione, ma è altresì corretto distinguere l'atto di dotazione dall'atto di donazione, se è vero che solo il primo attribuisce al suo autore un "ruolo partecipativo", una *voice*, all'interno della fondazione di partecipazione, in assenza del quale si ridurrebbe ad una mera liberalità donativa[111].

Infatti, gli statuti delle fondazioni organizzate secondo il modello della fondazione di partecipazione normalmente prevedono, oltre ad un organo amministrativo (che rimane competente per la gestione)[112], un organo di tipo "assembleare", variamente denominato, nell'ambito del quale gli originari fondatori e i fondatori "successivi" (quelli cioè che abbiano dotato l'ente nel corso della sua vita) svolgono funzioni di indirizzo[113].

[110] Così BASILE, *op. cit.*, 105.

[111] Si è correttamente affermato che «*ratio* dell'istituto è consentire un coinvolgimento continuativo quanto più possibile personalizzato dei fondatori nell'attività dell'ente»: così MANES, *op. cit.*, 267. L'atto di dotazione successivo, considerato il suo carattere partecipativo, che, come detto, lo distingue dalla donazione, è dunque assimilabile ai contributi versati dagli associati in un'associazione, e d'altronde il modello della fondazione di partecipazione nasce per ibridazione del modello fondazionale puro con quello associativo, tant'è che, secondo una dottrina, esso configura una "altra istituzione di carattere privato", secondo la formula dell'abrogato art. 12, c.c., ripresa dall'art. 1, d.P.R., 10 febbraio 2000, n. 361 (cfr. GORGONI, *Le fondazioni di partecipazione*, cit., 523).

[112] Sulla necessità che gli amministratori della fondazione siano comunque i soli arbitri della gestione (anche nel modello della fondazione di partecipazione), cfr. GALGANO, *op. cit.*, 86, il quale, a riprova di ciò, richiama anche il d.lgs. n. 367/1996 sulle fondazioni liriche, là dove consente ai fondatori di concorrere alla nomina degli amministratori, ma allo stesso tempo prevede che gli statuti debbano garantire l'autonomia degli amministratori, i quali non rappresentano coloro che li hanno nominati né a loro rispondono.

[113] Ad esempio, nello statuto tipo di fondazione di comunità, predisposto ai fini della attuazione del progetto Cariplo, si inserisce tra gli organi della fondazione il "comitato o assemblea dei sostenitori".

Questa previsione statutaria presuppone ritenere compatibile l'ingerenza del fondatore nella gestione della fondazione con lo statuto normativo di questo tipo di ente. La dottrina più recente, com'è noto, ritenuto che l'essenza della fondazione sia la destinazione di un patrimonio ad uno scopo non lucrativo e il vincolo di intangibilità di quest'ultimo, ritiene che il fondatore (e dunque anche quelli successivi, nel caso di fondazione di partecipazione) possa riservarsi statutariamente un ruolo partecipativo: cfr., ad esempio, PONZANELLI, *La fondazione*, cit., 422: «non solo l'assemblea non è incompatibile con alcuna norma imperativa in materia o con il contenuto minimo essenziale della figura della fondazione, ma il donatore interessato a far affluire mezzi finanziari freschi alla fondazione ha la possibilità di partecipare ad un'intrapresa di cui condivide in pieno le finalità e la missione, rendendo più forte il relativo progetto».

Pertanto, come anche dimostrano alcune particolari fattispecie legislative di fondazione di partecipazione[114], in tanto di queste ultime è possibile parlare come fattispecie giuridica autonoma in quanto si configuri un atto di dotazione autonomo dal, e successivo all'atto di fondazione, che attribuisca al suo autore poteri di *voice*, ossia diritti amministrativi (anche solo di indirizzo) nell'ambito dell'ente dotato. Nel caso contrario, sfumerebbe la distinzione tra dotazione e donazione e ogni forma di sostegno alla fondazione dovrebbe qualificarsi come atto di donazione.

In relazione a quest'ultimo punto, va peraltro chiarito che il termine donazione di cui alla formula "sostegno-donazione" va inteso in senso lato, perché di donazione in senso stretto potrà parlarsi solo nel caso in cui il sostegno alla fondazione provenga da un soggetto che agisca per scopo di liberalità ai sensi dell'art. 769, c.c. Là dove, invece, il contributo provenga da un soggetto che operi in adempimento del proprio scopo istituzionale o per soddisfare propri interessi patrimoniali, valgono le considerazioni in precedenza svolte sul carattere non donativo del contributo per assenza dello spirito di liberalità[115].

In definitiva, è possibile individuare due forme di sostegno alle fondazioni che ci occupano: il "sostegno-dotazione" e il "sostegno-donazione".

La prima è una forma partecipativa di sostegno, che presuppone la configurazione statutaria della fondazione come fondazione di partecipazione, aperta a successive adesioni ed attributiva ai nuovi aderenti di poteri di *voice*.

Sotto il profilo della forma, si ritiene che questo contributo debba rivestire quella dell'atto pubblico, poiché attribuisce a chi dota la qualità di fondatore[116].

La seconda è una modalità non partecipativa di sostegno alla fondazione, qualificabile tecnicamente, a seconda dei casi, come donazione (se ricorre lo scopo di liberalità) o come gratuità economicamente interessata (se l'interesse di chi arricchisce è economico) o come atto *solven-*

[114] Cfr. ad esempio art. 10, commi 2 (dove si prevede l'intervento di altri soggetti nella fondazione) e 3 (dove si attribuiscono particolari poteri amministrativi sulla base dell'apporto), d. lgs., 29 giugno 1996, n. 367, in materia di trasformazione di enti musicali in fondazioni di diritto privato; art. 17, comma 1, lett. *c*) (dove si prevede che il c.d.a. della fondazione possa essere integrato da componenti designati da enti che aderiscano alla fondazione con il conferimento di rilevanti risorse), d.lgs. 4 maggio 2001, n. 207, in materia di IPAB; artt. 2, comma 3, 3, comma 2 (secondo cui lo statuto «determina i criteri in base ai quali altri soggetti, pubblici o privati, possono partecipare e i diritti e doveri a questi spettanti»), e 6, commi 2 e 3, d.P.R., 24 maggio 2001, n. 254, in materia di fondazioni universitarie.

[115] Sul punto cfr. anche GIANOLA, *Atti liberali*, cit.

[116] Cfr. in questo senso GALGANO, *op. cit.*, 197 s., 429 ss.

di causa (se chi eroga adempie un obbligo).

Sotto il profilo della forma, l'atto pubblico sarà necessario solo nel caso in cui sussista una donazione in senso stretto e salvi i casi in cui lo stesso codice civile escluda la necessità di tale forma (donazione di modico valore *ex* art. 783 e liberalità non donative *ex* art. 770, comma 2, c.c.).

Il contributo alla fondazione sorretto da un interesse economico o *solvendi causa* potrà invece non solo compiersi in qualsiasi forma, ma avere altresì struttura di negozio unilaterale (rifiutabile).

7.1. Il vincolo di destinazione e la sua tutela giuridica. Fondazioni fiduciarie e trascrizione dell'atto di destinazione

Il "sostenitore-interessato", si tratti il suo di "sostegno-dotazione" o di "sostegno-donazione", nutre un interesse concreto a che il proprio contributo alla fondazione sia impiegato con determinate modalità o per particolari finalità, che abbia cioè una particolare destinazione. A tal fine vengono eventualmente istituiti, come detto, "fondi specifici" nell'ambito del patrimonio generale della fondazione. Ci si chiede come tale interesse alla destinazione del contributo possa essere protetto e come possano qualificarsi i suddetti fondi specifici.

Al riguardo, se non ci si vuole limitare a sostenere la natura meramente obbligatoria della tutela del sostenitore-interessato[117] ma s'intende individuare una "tutela reale" che consenta l'opponibilità del vincolo di destinazione anche ai terzi, si deve guardare a due disposizioni del codice civile: l'art. 32 e il più recente art. 2645-*ter*, c.c.

La prima prevede che «nel caso di trasformazione o di scioglimento di un ente, al quale sono stati donati o lasciati beni con destinazione a scopo diverso da quello proprio dell'ente, l'autorità governativa devolve tali beni, con lo stesso onere, ad altre persone giuridiche che hanno fini analoghi».

Sebbene l'art. 32 faccia letteralmente riferimento alla donazione, al lascito testamentario e all'onere, e dunque a vicende e vincoli obbligatori, una autorevole dottrina ritiene che esso – ponendo un vincolo di destinazione inerente ai beni e dunque reale – in realtà disciplini la fattispecie della fondazione fiduciaria. In altri termini, la disposizione in favore di una fondazione con vincolo di destinazione ad uno scopo diverso da quello della fondazione beneficiaria sarebbe un atto di costituzione di un soggetto giuridico, segnatamente una fondazione fiduciaria non ri-

[117] Sul punto cfr., per una rassegna delle diverse teorie elaborate dalla dottrina in merito alla tutela dei "benefattori" dell'ente *non profit*, GIANOLA, *Atti gratuiti*, cit.

conosciuta, che sarebbe amministrata dalla fondazione beneficiaria poiché priva di organizzazione[118].

Se dunque una disposizione in favore di una fondazione che (*ex* art. 32, c.c.) contenga un vincolo di destinazione dei beni è da qualificarsi come atto costitutivo di un nuovo soggetto giuridico, allora i beni conferiti costituiscono patrimonio del nuovo ente e sono giuridicamente separati dal restante patrimonio della fondazione beneficiaria e sottratti all'azione esecutiva dei suoi creditori.

Accogliendo questa interpretazione della norma, si potrebbe dunque ritenere che i fondi "specifici" costituiti dalle fondazioni oggetto di questa ricerca sulla base di un conferimento "interessato" da parte di un "sostenitore" costituiscano fondazioni non riconosciute amministrate dalla fondazione destinataria del contributo. Con la conseguenza che l'interesse alla destinazione del sostenitore interessato della fondazione godrebbe di una tutela molto più robusta perché "reale": la fondazione non potrebbe validamente distogliere i beni dal fine (e ove ciò avvenisse, l'atto sarebbe opponibile ai terzi); i creditori della fondazione non potrebbero aggredire quei beni perché essi costituiscono patrimonio separato all'interno del patrimonio della fondazione.

In verità, questa teoria, anche se autorevolmente sostenuta, non gode del favore della restante dottrina (che per lo più ritiene che l'art. 32, c.c., si riferisca effettivamente, e non solo letteralmente, ad atti a titolo gratuito gravati da un onere e dunque a vincoli meramente obbligatori), né ha trovato precisi riscontri giurisprudenziali[119].

Necessario è dunque volgere lo sguardo all'altra disposizione codicistica prima citata, perché il vincolo ad efficacia reale potrebbe trovare fondamento in quest'ultima.

L'art. 2645-*ter* dispone che «gli atti in forma pubblica con cui beni immobili o mobili iscritti in pubblici registri sono destinati, per un periodo non superiore a novanta anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'articolo 1322, secondo comma, possono essere trascritti al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione».

Si tratta di una disposizione di enorme importanza per tutto il settore *non profit*, e non solo per le fondazioni (e i loro "sostenitori") consi-

[118] Cfr. Galgano, *op. cit.*, 92 s.

[119] Cfr. Rescigno, *op. cit.*, 805 s.; De Giorgi, *Le fondazioni*, cit., 440 ss.; Basile, *op. cit.*, 190 ss.

derate in questo studio, perché introduce una deroga al principio dell'unità del patrimonio di fronte ai terzi e ai creditori (art. 2740, c.c.), per ragioni di interesse sociale.

In sostanza, se con atto pubblico alcuni beni (immobili o mobili registrati) sono destinati ad un particolare uso di pubblica utilità (in tal senso va inteso infatti, secondo la migliore dottrina, il rinvio agli "interessi meritevoli di tutela" di cui all'art. 1322, comma 2, c.c.)[120], s'impone sui beni destinati un vincolo che ha efficacia reale, perché può essere opposto anche ai terzi e ai creditori, se l'atto di destinazione è trascritto nei registri immobiliari.

In tal modo, la destinazione gode di una protezione rafforzata rispetto all'ipotesi in cui il vincolo abbia efficacia meramente obbligatoria (come nel caso, ad esempio, di una donazione modale): se l'atto è stato trascritto, i beni destinati a finalità sociali costituiscono infatti un patrimonio separato nell'ambito del patrimonio generale della persona fisica o giuridica che di essi sia titolare, talché il vincolo di destinazione grava sui beni anche se essi siano ceduti a terzi (sulla base di un atto trascritto dopo la trascrizione dell'atto di destinazione), e i creditori del proprietario non possono rivalersi sui beni vincolati (se l'atto di destinazione è stato trascritto prima del pignoramento).

Si replica insomma, nell'ambito degli enti del primo libro del codice civile, quanto previsto per le società per azioni dalle nuove norme sui patrimoni destinati ad uno specifico affare (art. 2447-*bis* ss., c.c.).

Per tornare al nostro tema, i contributi dei "sostenitori interessati" delle fondazioni (allorché naturalmente abbiano un valore economico significativo e consistano in beni immobili o mobili registrati) potrebbero dunque assumere la veste formale di cui all'art. 2645-*ter* ed essere trascritti. Il vincolo di destinazione così impresso sui beni godrebbe di tutela reale, dandosi maggiore protezione all'interesse dei sostenitori della fondazione. I "fondi specifici" sarebbero considerati patrimonio separato della fondazione beneficiaria con effetti nei confronti dei terzi e dei creditori[121]. Da notare poi

[120] Cfr. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645*-ter, *c.c.*, in *Giust. civ.*, 2006, II, 169 ss.

[121] Qualcuno in dottrina vede l'atto di destinazione di cui all'art. 2645-*ter*, c.c., come atto di costituzione di fondazione non riconosciuta *ex* art. 32, c.c.: cfr. MAGGIOLO, *Il tipo della fondazione non riconosciuta nell'atto di destinazione* ex *art. 2645*-ter *c.c.*, in *Riv. notar.*, 2007, I, 1147 ss. Sui rapporti di questa fattispecie col *trust*, cfr. ZOPPINI, *Destinazione patrimoniale e trust: raffronti e linee per una ricostruzione sistematica*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 721 ss. In generale sul tema, cfr., oltre agli autori citati, MANULI, *L'art. 2645*-ter. *Riflessioni critiche*, in *Vita not.*, 2007, II, 383 ss.; GENTILI, *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Esegesi dell'art. 2645* ter *c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, 1 ss.; LA PORTA, *L'atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sen-*

che "fondi specifici" separati *ex* art. 2645-*ter*, c.c., potrebbero essere costituiti sia su impulso di un sostenitore interessato sia su iniziativa della stessa fondazione, che decida di separare parte del suo patrimonio per realizzare uno specifico "affare" di utilità sociale.

Ma è anche importante segnalare che la legge appresta particolare tutela ai terzi beneficiari dell'atto di destinazione (a prescindere dalla eventuale qualificazione del contributo alla fondazione come contributo a favore di terzo *ex* art. 1411, c.c., che pure si potrebbe prospettare). L'art. 2645-*ter* prevede infatti da un lato che «i beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione», dall'altro che «per la realizzazione di tali interessi può agire, oltre al conferente, qualsiasi interessato anche durante la vita del conferente stesso».

In definitiva, l'art. 2645-*ter*, c.c., è una norma che il terzo settore non può esimersi dallo sfruttare, perché può essere di notevole ausilio nel perseguimento dei propri obiettivi istituzionali.

8. *Conclusioni*

L'attività delle fondazioni considerate in questo studio è sostanzialmente riconducibile a due modelli giuridici:

i) quello del negozio giuridico unilaterale rifiutabile, con cui la fondazione arricchisce il destinatario diretto del contributo, e

ii) quello del contratto sinallagmatico tra la fondazione ed altro ente *non profit*, con cui l'ente *non profit* si impegna a realizzare un determinato progetto di utilità sociale e la fondazione a corrispondere una somma pari (o talvolta inferiore) ai costi di realizzazione del progetto, al fine di favorire i destinatari materiali di quest'ultimo.

Si sono illustrate le ragioni per cui, nonostante la prima forma di erogazione produca l'arricchimento del percettore del contributo, essa non costituisca né una donazione né una liberalità, ma un atto di adempimento degli obblighi contenuti nello statuto della fondazione (la liberalità si rinviene semmai a monte, nell'atto costitutivo della fondazione).

La seconda forma di erogazione (che nel testo si è per comodità definita "complessa") non realizza invece alcun arricchimento del destina-

*si dell'art. 2645-*ter *c.c.*, in *Riv. notar.*, 2007, I, 1069 ss.; Di Raimo, *Considerazioni sull'art. 2645* ter *c.c.: destinazione di patrimoni e categorie dell'iniziativa privata*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, 945 ss.; Mastropietro, *Profili dell'atto di destinazione*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, 988 ss; Ead, *Destinazione di beni ad uno scopo e rapporti gestori*, Napoli 2011, *Passim*; Ead, *L'atto destinazione tra codice civile italiano e modelli europei di articolazione del patrimonio*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, 569 ss.

tario perché non rappresenta nient'altro che il corrispettivo di una prestazione di utilità sociale cui il destinatario si obbliga, corrispettivo peraltro esattamente commisurato ai costi della prestazione. Tale seconda forma di erogazione arricchisce semmai indirettamente i terzi destinatari della prestazione di utilità sociale (ma non può qualificarsi come liberalità indiretta nei loro confronti perché costituisce per la fondazione pagante un atto *solvendi causa*).

Le più importanti conseguenze sul piano civilistico della suddetta qualificazione delle erogazioni delle fondazioni sono:

i) l'irrilevanza della forma scritta, tanto meno di quella notarile, per la validità delle erogazioni;

ii) la sottoposizione del rapporto tra fondazione ed ente *non profit* destinatario dell'erogazione "complessa" alla disciplina ordinaria dei contratti a prestazioni corrispettive, specie con riguardo all'inadempimento e ai rimedi in tal caso esperibili dalla fondazione.

Ci sembra di poter dire che la snellezza delle forme e la certezza dei rapporti con i propri *partner* siano elementi in grado di contribuire alla maggiore efficienza ed efficacia della filantropia istituzionalizzata di cui le fondazioni e gli enti *non profit* dalle prime coinvolti sono esponenti e promotori[122].

[122] Sul piano fiscale, alla stregua del quale i risultati qui raggiunti necessitano di essere valutati, spicca la norma di cui all'art. 10, comma 2-*bis*, d.lgs. n. 460/1997 in tema di enti non commerciali ed ONLUS. Tale disposizione è stata introdotta dall'art. 30, comma 4, d.l. n. 185/2008 ed è stata pensata appositamente per gli enti di cui questo studio si occupa. Ai sensi del citato articolo, «si considera attività di beneficenza, ai sensi del comma 1, lettera a), numero 3), anche la concessione di erogazioni gratuite in denaro con utilizzo di somme provenienti dalla gestione patrimoniale o da donazioni appositamente raccolte, a favore di enti senza scopo di lucro che operano prevalentemente nei settori di cui al medesimo comma 1, lettera a), per la realizzazione diretta di progetti di utilità sociale»; ciò, evidentemente, apre la strada alla qualifica delle fondazioni in oggetto come ONLUS.

Con riguardo invece all'attività delle fondazioni, sia dal punto di vista delle erogazioni che della "raccolta", possono svolgersi le seguenti considerazioni:

i) Rispetto alle erogazioni "semplici", la qualifica civilistica che se ne è offerta in questo studio dovrebbe essere sufficiente ad escludere la loro eventuale soggezione all'imposta sulle donazioni, perché questa erogazione non concretizza né una donazione né una liberalità. In ogni caso, anche volendo ritenere astrattamente applicabile tale imposta, il trasferimento in favore di fondazioni, associazioni costituite per scopi di pubblica utilità e ONLUS sarebbe comunque esente ai sensi dell'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 346/1990, richiamato dall'art. 2, comma 47, d.l. n. 262/2006 (e cfr. anche la circolare dell'Agenzia delle entrate, 22 gennaio 2008, n. 3, par. 2, dove si afferma espressamente che ricadono nell'ambito di applicazione dell'esenzione i trasferimenti di beni e diritti a titolo gratuito, intendendosi per tali quelli che «non prevedono a carico del beneficiario alcuna controprestazione, ma sono privi dello spirito di liberalità tipico delle donazioni»). Nel caso di applicazione dell'esenzione di cui all'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 346/1990, v'è l'esenzione anche dalle impo-

Il presente studio ha poi lambito il tema del sostegno alle fondazioni, ritenendo plausibile anche da un punto di vista giuridico la distinzione tra "sostegno-dotazione" e "sostegno-donazione".

Il primo s'individua per il fatto di attribuire al "sostenitore" la qualità di fondatore successivo e dunque diritti partecipativi nella fondazione; esso perciò presuppone che la fondazione sia costituita secondo il modello della fondazione "di partecipazione", e richiede la forma dell'atto pubblico (cioè la stessa forma necessaria per fondare).

Il secondo, invece, è riconducibile a seconda dei casi alle categorie della liberalità o della gratuità economicamente interessata o degli atti *solvendi causa*, e sarà dunque soggetto alla disciplina applicabile a quella categoria a cui di volta in volta possa ascriversi.

Si è detto inoltre che così il "sostenitore interessato" di una fondazione, come anche la fondazione stessa, hanno oggi a disposizione uno strumento giuridico che può rendere più efficace ed efficiente la loro azione. Si tratta della trascrizione *ex* art. 2645-*ter*, c.c., degli atti di destinazione a finalità sociali di beni immobili (o mobili registrati), trascrizione che crea un patrimonio separato all'interno di quello generale della fondazione, così da assicurare al sostenitore della fondazione maggiore tutela del proprio interesse alla destinazione delle risorse conferite e alla fondazione l'opportunità di una gestione differenziata della propria attività complessiva.

ste ipotecarie e catastali (cfr. artt. 1, comma 2, e 10, comma 3, d.lgs. n. 347/1990).

ii) Quanto affermato *sub i*) vale anche per il "sostegno-donazione" alle fondazioni. Troverebbe poi in tal caso applicazione anche l'art. 14, d.l. 14 marzo 2005, n. 35, in materia di deducibilità dal reddito delle persone fisiche e d'impresa delle liberalità in favore di enti del terzo settore (che non dovrebbe invece applicarsi alle fondazioni che effettuino erogazioni "semplici" poiché esse, non svolgendo attività d'impresa, non sono "enti soggetti all'imposta sul reddito delle società", come richiesto dalla norma).

iii) Rispetto alle erogazioni "complesse" non dovrebbe porsi neanche astrattamente il problema della applicazione dell'imposta sulle donazioni, costituendo queste corrispettivi per prestazioni rese dalla controparte ente *non profit* (sebbene in favore di terzi). Qui si pone semmai il problema dell'IVA, che comunque si sarebbe posto anche qualificando le erogazioni "complesse" come liberalità, «poiché, com'è noto, non sussiste alcuna alternatività fra Iva e imposta sulle successioni e donazioni» (così FRANSONI, *Le fondazioni di partecipazione nell'imposizione diretta*, in FONDAZIONE ITALIANA PER IL NOTARIATO, *Fondazioni di partecipazione*, cit., 63). La qualificazione offerta nel testo, dunque, sotto il profilo del regime IVA, non sembra mutare il quadro impositivo relativo alle fondazioni oggetto di questa ricerca.

iv) Rispetto al "sostegno-dotazione", la sua disciplina fiscale non dovrebbe essere quella delle donazioni, bensì, per analogia, quella dei contributi associativi, dal momento che il contributo è finalizzato non all'arricchimento della fondazione per scopo di liberalità, bensì all'acquisto di diritti partecipativi in seno alla fondazione medesima.

Fiore Fontanarosa

Il regime patrimoniale legale in diritto comparato

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. *Excursus* storico del regime patrimoniale legale. - 3. La dicotomia comunione/separazione dei beni: le ragioni di una scelta. - 4. Il regime patrimoniale della famiglia in Italia. - 5. Il regime legale nei paesi di tradizione giuridica romanistica e nel mondo di *common law*. - 6. Riflessioni comparatistiche in tema di regime patrimoniale della famiglia. - 7. Conclusioni.

1. *Premessa*

Il 'regime patrimoniale tra i coniugi' fa riferimento all'operatività delle 'peculiari' regole concernenti l'attribuzione e la distribuzione tra i coniugi della ricchezza acquisita durante il matrimonio[1].

Il tema del regime patrimoniale della famiglia, che normalmente si concretizza nella antinomia comunione/separazione (dei beni), si presta, sia ad una comparazione di tipo diacronico (ad es. col diritto romano), sia ad una comparazione di carattere sincronico (attuale). In particolare, quest'ultimo approccio metodologico risulta utile per vagliare l'asserito processo di 'avvicinamento' che, nella materia *de qua*, pare caratterizzare i diversi ordinamenti di *civil law* e di *common law*, pur nella (innegabile) diversità di tradizioni e culture (giuridiche e non solo) che, da sempre, caratterizza i paesi che compongo la c.d. tradizione giuridica occidentale[2].

A proposito di quest'ultima dicotomia, è possibile anticipare, seppur in via di prima approssimazione come, in tema di regime patrimoniale legale, la comunione (dei beni) costituisca il modello tipico di gestione della proprietà coniugale dei paesi di *civil law*, mentre nei paesi di *common law* predomina un sistema 'separatista' (sebbene temperato da taluni 'correttivi', operanti particolarmente in sede di scioglimento del matrimonio). Ciò risulta valevole in linea di principio, in quanto la com-

[1] In tal senso E. Russo, *Il regime patrimoniale convenzionale. Le convenzioni di separazione dei beni*, in *Dir. famiglia*, 2006, p. 218, il quale sottolinea come tali regole si caratterizzino per derogare ai principi del diritto comune.

[2] G. Oberto, *La comunione coniugale nei suoi profili di diritto comparato, internazionale ed europeo*, in *Dir. famiglia*, 2008, p. 368.

parazione sincronica del dato legale mette in luce l'esistenza di ordinamenti romanisti nei quali opera, 'in prima battuta', un sistema di separazione dei beni e ordinamenti di tradizione anglo-sassone che adottano, quale regime patrimoniale legale, il modello della comunione[3].

Dopo aver fatto dei brevi cenni storici riguardanti l'evoluzione del regime patrimoniale legale, si passeranno in rassegna le principali tesi giustificative del modello di comunione e di quello di separazione. L'indagine comparativa (sincronica) metterà invece a confronto le opzioni legislative, di volta in volta adottate in *subiecta materia* nei principali ordinamenti giuridici, permettendo di rivelare, nella materia *de qua*, una indubbia e progressiva 'compenetrazione' tra i due regimi patrimoniali in discorso.

2. Excursus *storico del regime patrimoniale legale*

Storicamente, nel regolamento dei rapporti patrimoniali tra coniugi si contrappongono due sistemi: il sistema dotale romano, fondato sul presupposto della separazione dei beni e quello franco-germanico, basato sulla comunione dei beni[4]; mentre la famiglia primitiva, nelle culture che sono all'origine delle attuali civiltà europee, viveva certamente in regime di comunione[5].

Il sistema dotale romano è la combinazione del regime legale della separazione e del regime convenzionale della costituzione di dote[6]. Invero, il matrimonio non determinava alcun mutamento giuridico-patrimoniale, in quanto ciascun coniuge conservava distinte e separate le sue proprietà, mentre al marito venivano attribuiti, mediante contratto, uno più beni, destinati a 'sostenere i pesi della famiglia' (*ad sustinenda onera matrimonii*) e che costituivano la c.d. dote[7]; l'adozione del modello di separazione dei beni era giustificata dal fatto che, nell'antica Roma, la moglie non 'apparteneva' compiutamente alla famiglia del marito[8].

[3] Sul punto v. G. Oberto, *op. cit*., p. 369.

[4] S. Maiorca, *Regime patrimoniale della famiglia (Disposizioni generali)*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1986, vol. VI, p. 457.

[5] R. Sacco, *Del regime patrimoniale della famiglia*, t. III, in *Comm. al diritto italiano della famiglia*, diretto da G. Cian-G. Oppo-A. Trabucchi, Padova, 1992, p. 12, il quale ricorda che nel diritto romano il titolare verso l'esterno della famiglia era il solo capo, mentre nel diritto germanico era l'intero gruppo. In ogni caso, la progressiva emancipazione dei figli ridurrà il fenomeno *de quo* alle due ipotesi della comunione tra fratelli e a quella fra coniugi.

[6] S. Maiorca, *op. loc. cit*.

[7] S. Maiorca, *op. loc. cit*.

[8] R. Sacco, *op. loc. cit*.

Nel sistema germanico dominava invece l'idea che l'unione morale dei coniugi implicava (anche) la comunione giuridica dei loro beni[9]; il matrimonio conteneva in sé una specie di 'contratto tacito' in virtù del quale i coniugi, sposandosi, accomunavano senz'altro i loro beni[10]; comunque, la comunione, che in origine concerneva tutti i beni (c.d. comunione universale), si attenuò in varie forme più ristrette (comunione dei soli mobili, dei soli acquisti, oppure dei mobili e degli acquisti, ecc.)[11].

Giova precisare come, oltre ai due sistemi appena analizzati, nel diritto continentale si sono succeduti molteplici (e diverse) regolamentazioni dei rapporti patrimoniali dei coniugi, spesso di matrice consuetudinaria regionale, poi recepite nei codici; quest'ultime spaziavano dalla separazione assoluta dei beni di proprietà del marito da quelli di proprietà della moglie, fino ad una forma completa di comunione dei beni nella quale ricadevano, quindi, sia i beni conferiti nel patrimonio familiare, sia quelli acquistati nel corso del matrimonio[12]; in ogni caso, era molto diffusa la regola in virtù della quale i coniugi, al momento del matrimonio, potevano scegliere il regime dei loro rapporti patrimoniali mentre, in mancanza di scelta, trovava applicazione il regime legale[13].

3. *La dicotomia comunione/separazione dei beni: le ragioni di una scelta*

La dottrina è sempre stata divisa in merito all'individuazione del regime patrimoniale 'perfetto'. In astratto, il regime della comunione dei beni garantirebbe maggiormente il riconoscimento della eguale partecipazione dei coniugi alla formazione del patrimonio durante il matrimonio, partecipazione che riguarda anche il c.d. lavoro casalingo[14]; in altri termini, il regime 'comunitario' avrebbe la funzione (ed il pregio) di retribuire, 'sostanzialmente', il lavoro che la donna svolge nell'ambito della famiglia[15]. Tale regime, allora, risponderebbe ad una esigenza perequativo-retributiva dell'eguale apporto dei coniugi, piuttosto che al princi-

[9] S. Maiorca, *op. loc. cit*.

[10] S. Maiorca, *op. loc. cit*.

[11] S. Maiorca, , *op. loc. cit*.

[12] Sul punto v. P. Stein, *I fondamenti del diritto europeo* (a cura di A. De Vita-M.D. Panforti-V. Varano), trad. it., Milano, 1987, pp. 181 e s.

[13] S. Patti, *Regime patrimoniale della famiglia e autonomia privata*, vol. 3, in *Trattato di Diritto di famiglia* (a cura di F. Anelli-M. Sesta), diretto da P. Zatti, Milano, 2002, p. 6.

[14] A. Di Majo, *Doveri di contribuzione e regime dei beni nei rapporti patrimoniali tra coniugi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1981, p. 353.

[15] A. Di Majo, *op. loc. cit.*

pio di 'solidarietà coniugale'[16]. Questo sarebbe il regime 'perfetto' per la famiglia media o comunque piccolo borghese che non detiene patrimoni preesistenti (al matrimonio) ed è, normalmente, poco propensa a programmare la propria vita economica mediante pattuizioni; i coniugi appartenenti ai ceti abbienti avrebbero, invece, l'onere di difendere reciprocamente i propri patrimoni mediante una espressa convenzione che escluda la comunione dei beni[17].

Nonostante tali caratteri, il regime di comunione non è quello più diffuso, quantomeno in quelle società che lo ritengono un ostacolo alla libera circolazione dei beni, né viene considerato congeniale ad un processo di accumulazione finalizzato agli interessi dei singoli: si pensi alla Francia, paese in cui tale regime è considerato 'sussidiario'[18]. Invero, il modello di comunione sarebbe scarsamente funzionale in un sistema c.d. 'diarchico' di amministrazione e di disposizione, che porta incertezza nel traffico giuridico e 'disorientamento' nei terzi[19]. Non è mancato, poi, chi ha sostenuto come, in matrimoni di breve durata, il regime di comunione possa addirittura risolversi nell'arricchimento ingiustificato di uno dei coniugi[20].

Come sottolineato da autorevole dottrina comparatistica, da un punto di vista ideologico alla base del regime patrimoniale della comunione dei beni vi è una concezione della famiglia che subordina, se non addirittura annulla, la personalità specifica del coniuge[21].

Tuttavia, bisogna pur riconoscere, ove si guardi alle applicazioni concrete dei diversi regimi patrimoniali, che il modello della comunione dei beni è stato comunque 'in grado' di superare il vaglio (dell'avvento) dell'Illuminismo, indubbiamente favorevole all'individualismo ed all'emancipazione della donna; invero, lo stesso *Code Civil*, il codice liberale per eccellenza, decise di adottare, seppur tra molti contrasti, il regi-

[16] In tal senso A. Di Majo, *op. loc. cit.*

[17] A. Di Majo, *op. cit.*, p. 354.

[18] A. Di Majo, *op. loc. cit.*, il quale osserva come il regime di comunione, per esercitare pienamente il suo ruolo, dovrebbe, almeno tendere a 'marginalizzare' l'area dei beni personali; in altri termini, la 'qualità' di tale regime dipenderebbe dalla sua concreta estensione.

[19] A. Di Majo, *op. loc. cit.*, il quale sottolinea le difficoltà di tracciare una linea netta di distinzione tra gli atti di ordinaria e quelli di straordinaria amministrazione.

[20] A. Di Majo, *op. cit.*, pp. 354 e s., secondo il quale i matrimoni di breve durata rappresentano una realtà dei sistemi che hanno una legislazione divorzista poco 'rigida'.

[21] In tal senso R. Sacco, *op. cit.*, p. 13, secondo il quale i possibili inconvenienti derivanti dal principio di contitolarità sarebbero comunque prevenuti dal riconoscimento dell'autorità del marito.

me legale comunitario, in luogo di quello 'separatista'[22].

Veniamo al regime di separazione dei beni. Quest'ultimo sarebbe espressione di un assetto sociale individualistico, basato sulla proprietà privata (individuale) e non avrebbe nulla a che vedere con il principio di eguaglianza dei coniugi; la giustificazione causale di tale modello sarebbe da ricercare nella necessità di tutelare il 'patrimonio individuale' di ciascuno dei coniugi, piuttosto che nell'intenzione di proteggere la donna[23]. In secondo luogo, il regime di separazione dei beni sarebbe quello più vicino alle esigenze del mercato, poiché libererebbe i grossi patrimoni dall'amministrazione dei terzi, vale a dire dei soggetti-non proprietari, in quanto la famiglia non dovrebbe costituire un ostacolo alla (libera) circolazione dei valori di scambio, nonché al processo di valorizzazione del capitale[24].

Tuttavia, il regime di separazione dei beni si espone ad almeno due critiche: la prima attiene alla considerazione che, normalmente, i patrimoni non preesistono al matrimonio, bensì si formano nel corso del suo svolgimento (è il caso della famiglia medio-borghese); la seconda riguarda la necessità di tener conto della disuguaglianza nella rispettiva capacità di guadagno dell'uomo e della donna, disuguaglianza che un regime di separazione contribuirebbe a perpetuare, ma non certamente ad eliminare[25].

4. *Il regime patrimoniale della famiglia in Italia*

L'espressione 'regime patrimoniale legale tra i coniugi', per come utilizzata dal legislatore italiano nella norma scolpita dall'art. 159 cod. civ., indica l'applicazione, nei rapporti tra i coniugi, in mancanza di di-

[22] Secondo R. Sacco, *op. loc. ult. cit.*, la comunione non si armonizza con l'individualismo e le idee di emancipazione femminile, portate avanti dall'Illuminismo, sebbene tali idee liberali si diffusero, nel campo delle relazioni economiche tra coniugi, con notevole ritardo rispetto al momento in cui cominciarono a diffondersi (e a dominare) nel campo delle relazioni di mercato.

[23] Sul punto v. W. Müller-Freienfels, *Gleichberechtigungs-prinzip und eheliches Güterrecht*, in *Familie u. Familienrecht*, vol. I (a cura di S. Simitis-G. Zenz), Frankfurt, 1975, pp. 258 e ss.

[24] A. Di Majo, *op. cit.*, pp. 351 e s., il quale ritiene che la famiglia, in quanto 'agente della società', debba esercitare quella difficile mediazione che, nell'apparenza della libertà, garantisce l'osservanza delle convenzioni sociali.

[25] A. Di Majo, *op. cit.*, p. 353.

[26] In tal senso E. Russo, *op. loc. cit.*, il quale precisa come i regimi patrimoniali convenzionali siano quelli derivanti da un atto di autonomia che pone evidentemente regole, sempre concernenti la distribuzione tra i coniugi della ricchezza acquisita durante il matrimonio, in modo alternativo o comunque diverso rispetto a quelle proprie della comunione dei beni, ma anche rispetto ai principi generali dettati in tema di acquisizione della ricchezza.

versa convenzione tra le parti[26], della c.d. 'comunione dei beni', regolata dalla Sez. III del Capo VI; tale 'comunione', ad onta delle diverse espressioni utilizzate, costituirebbe un 'regime eccezionale' (rispetto alla operatività dei normali principi), nel senso che comporta, in virtù dello *status* di coniuge, l'acquisto della comproprietà dei beni acquisiti nel corso del matrimonio[27].

Per quanto concerne le ragioni giustificatrici della norma posta dall'art. 159 cod. civ., quindi della scelta del legislatore della riforma di optare per il regime della comunione, come si è visto *supra* quest'ultime sono state comunemente individuate nella necessità di tutelare la donna che svolga solo il lavoro domestico o presti attività in aziende a conduzione familiare. Sul punto autorevole dottrina comparatistica sottolinea tuttavia la contraddizione tra l'obiettivo assegnato all'art. 159 ed il contenuto della norma[28] criticando, al contempo, la presunzione che considera la comunione come la causa e l'unità della famiglia come l'effetto, sottolineando come solo l'esistenza di una forte unità familiare sia in grado di spiegare e giustificare la (scelta della) comunione dei beni[29].

La 'filosofia' sottesa alla riforma del diritto di famiglia del '75 sarebbe quella di attuare, anche sul terreno patrimoniale, il principio costituzionale dell'eguaglianza, morale e giuridica, dei coniugi, di cui all'art. 29 Cost.[30]; del resto, già prima della citata riforma il regime di comunione veniva considerato come quello maggiormente idoneo a garan-

[27] E. Russo, *op. cit*., pp. 217 e s., il quale sottolinea la necessità di distinguere tale locuzione da quella, simile, 'regime patrimoniale della famiglia', la quale non comprende tutti i rapporti di carattere patrimoniale intercorrenti tra soggetti legati da vincoli familiari, cioè da interessi comuni al reciproco rispetto, alla fedeltà, alla non ingerenza di terzi estranei, alla coesione ed all'unità del gruppo (familiare), alla prospettiva di una stabile comunanza di vita.

[28] R. Sacco, *op. cit*., p. 10, il quale opportunamente rileva come molte donne svolgano il lavoro domestico in aggiunta a quello professionale (svolto fuori casa) con la conseguente necessità, in queste ipotesi, di 'assegnare' a tale coniuge, oltre al reddito personalmente ottenuto con il lavoro professionale, una quota del reddito professionale dell'altro coniuge.

[29] Secondo R. Sacco, *op. cit*., p. 11, in una famiglia 'poco unita' la circostanza che un coniuge sia poco dedito al lavoro produrrà una (legittima) 'insofferenza' dell'altro coniuge.

[30] V. per tutti A. Di Majo, *op. cit*., p. 350, il quale sottolinea come dalla riforma del diritto di famiglia emergano profili solidali di doverosità (art. 143 cod. civ.), profili di comproprietà dei beni acquistati nel corso della vita matrimoniale (art. 177 cod. civ.), nonché poteri di iniziativa, attribuiti a ciascun coniuge, al fine di rendere effettivo il principio di solidarietà coniugale; funzionale allo spirito della riforma è poi il riconoscimento di moduli 'consensuali', attinenti all'indirizzo della vita familiare (art. 144 cod. civ.), all'amministrazione dei beni comuni (art. 180, comma 2, cod. civ.), nonché alla gestione dell'impresa familiare (art. 230*bis* cod. civ.).

tire il principio di eguaglianza dei coniugi[31]. In tale ottica, dunque, il c.d. regime primario inderogabile costituirebbe un insieme di direttive tendenti a garantire la realizzazione dei principi costituzionali in materia familiare[32]. In tal senso, la scelta del legislatore italiano andrebbe salutata con favore, in quanto segnerebbe il superamento dell'idea secolare secondo la quale l'assetto proprietario deve rimanere 'impermeabile' ai valori della solidarietà coniugale e familiare[33].

Ma, al di là di tali giustificazioni, la scelta del legislatore italiano in favore del modello 'comunitario', sia per quanto concerne la derogabilità di tale regime (c.d. non necessarietà), sia con riferimento alla sua peculiare struttura, seppur oggetto di frequenti critiche appare, da un punto di vista squisitamente comparatistico, sostanzialmente in linea (quantomeno per quanto attiene alle scelte di fondo) con gli indirizzi prevalenti negli ordinamenti giuridici a noi più 'vicini'[34].

Da un punto di vista pratico, si è sottolineato come anche il regime di comunione, quale regime patrimoniale legale, sia stato sostanzialmente 'assimilato' dalla nostra società (come del resto già avvenuto con riguardo ad altri istituti del diritto di famiglia), così dissipando quei dubbi e timori che erano stati espressi all'indomani della riforma e che avevano fatto nascere, da subito, atteggiamenti di aperta sfiducia, se non addirittura di dichiarata ostilità nei riguardi di tale innovazione legi-

[31] In tal senso M. Giorgianni, *Problemi attuali di diritto familiare*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1956, pp. 775 e ss. Tuttavia secondo E. Quadri, *Autonomia negoziale e regolamento tipico nei rapporti patrimoniali tra coniugi*, in *Giur. it.*, 1997, vol. 7, pt. IV, col. 236, la scelta del legislatore della riforma in favore della comunione, quale regime legale, non dovrebbe essere svalutata giustificandola con le solite (ricorrenti) motivazioni concernenti la funzionalità di tale modello alla realizzazione degli obiettivi perequativi e partecipativi della riforma del '75; tale svalutazione, ad avviso dell'Autore, sarebbe dovuta alla necessità di giustificare la derogabilità del regime legale.

[32] E. Quadri, *op. loc. cit.*, secondo il quale non è tuttavia possibile porre, sullo stesso piano, la regola comunitaria (operante quale effetto naturale del matrimonio) e quella separatista, che è invece subordinata alla esplicita e concorde volontà (derogatoria) dei coniugi. Tale 'operazione' sarebbe 'riduttiva', in quanto si correrebbe il rischio di svalutare la scelta del legislatore della riforma (in favore del regime di comunione dei beni), da molti considerata una scelta positiva, in quanto ritenuta 'moderata' e 'prudente'; inoltre, si finirebbe coll'ignorare il rapporto, esplicitato in molte disposizioni, tra regime patrimoniale di comunione e regime primario-contributivo.

[33] Così A. Di Majo, *op. cit.*, pp. 350 e s., il quale rileva come la 'concessione' più importante fatta dal legislatore sia consistita nel riconoscimento della libera derogabilità, sia nel *quomodo*, che nell'*an*, del regime legale di comunione dei beni (art. 159 cod. civ.); emergerebbe, infine, dalla riforma *de qua*, il mancato raccordo tra i doveri di contribuire ai bisogni della famiglia (c.d. regime di contribuzione) e il regime patrimoniale dei beni.

[34] L'interessante osservazione comparatistica è di E. Quadri, *op. cit.*, col. 233.

slativa[35]. Il paventato 'rigetto' del nuovo regime legale non sembra esservi stato, quantomeno non nelle proporzioni inizialmente temute; ciò costituirebbe la migliore dimostrazione che la scelta legislativa avrebbe ben interpretato le tendenze evolutive della società[36]. Il funzionamento del regime legale sarebbe dunque avvenuto in un quadro di 'normalità', nell'ambito del quale la scelta 'separatista' sarebbe rimasta 'confinata' entro limiti 'fisiologici'[37].

5. *Il regime legale nei paesi di tradizione giuridica romanistica e nel mondo di common law*

Il regime legale della comunione (degli acquisti), nella struttura di base fornita dalla disciplina francese, rappresenta il modello di regime patrimoniale maggiormente diffuso in Europa[38], quantomeno nei paesi di *civil law* (o di tradizione romanistica), nonostante fosse sconosciuto nel diritto romano: si pensi all'Italia, alla Francia, alla Spagna, al Belgio, ma anche a numerosi paesi dell'Europa centrale orientale, quali la Polonia, la Repubblica Ceca, l'Ungheria, i paesi dell'*ex* Jugoslavia, e così via[39].

[35] E. Quadri, *op. cit*., col. 237, il quale sottolinea lo scarso utilizzo, nella pratica, del fondo patrimoniale, confermando le pessimistiche previsioni iniziali circa il futuro di tale regime convenzionale (particolare); istituto che, del resto, atterrebbe soprattutto alla patologia, piuttosto che alla fisiologia delle relazioni economiche.

[36] E. Quadri, *op. cit*., coll. 237 e s., il quale sottolinea come anche gli ambienti inizialmente più ostili nei riguardi del nuovo regime, per il timore di eventuali pregiudizi per le ragioni dei terzi, si sono adattati al funzionamento del modello legale (di comunione). L'analisi del formante giurisprudenziale ha smentito la previsione di 'fughe' in massa dal regime legale. In ogni caso, la giurisprudenza di legittimità, in contrasto con i giudici di merito, ha adottato ricostruzioni esegetiche contrarie allo spirito della riforma, nel senso di comprimere il principio 'comunitario' ogniqualvolta si fosse verificata un'interferenza con il funzionamento dei principi comuni del diritto patrimoniale; in altri termini, l'obiettivo della Cassazione sarebbe stato quello di preservare il principio di autonomia negoziale, nonché quello della intangibilità della sfera patrimoniale individuale. Secondo l'Autore (p. 233) la 'cattiva qualità' del dettato legislativo avrebbe finito per condurre ad operazioni interpretative del tutto contrarie alle direttive di fondo sottese alla riforma del diritto di famiglia.

[37] E. Quadri, *op. cit*., col. 237, secondo il quale gli spazi lasciati aperti all'autonomia degli interessati dalla riforma del diritto di famiglia sono stati, quasi esclusivamente, occupati dalla scelta operata in favore del regime di separazione; scelta indubbiamente favorita dal legislatore con l'art. 162, comma 2, cod. civ., nell'intento di rendere meno 'traumatico' il mutamento di regime legale.

[38] V. per tutti M.G. Cubeddu-D. Henrich, *Due modelli europei di regime patrimoniale dei coniugi*, in *Riv. dir. civ*., 2010, pt. I, p. 578.

[39] Sul punto v. S. Maiorca, *op. cit*., p. 457, nt. 2, il quale sottolinea come i paesi dell'Est-europeo siano sostanzialmente ispirati al principio di un regime patrimoniale 'comunitario', per quote pari; regime stabilito in modo inderogabile.

In tale modello, la contitolarità concerne solo i diritti acquistati, a qualsiasi titolo, dopo la celebrazione delle nozze, i redditi ed i proventi dall'attività dei coniugi, nonché i frutti dei beni personali e comuni percepiti nel medesimo periodo[40]. L'amministrazione dei beni è caratterizzata, ovunque negli ordinamenti giuridici europei, dal principio di parità, il quale si estrinseca nella possibilità, per ciascun coniuge, di compiere disgiuntamente (dall'altro coniuge) gli atti di ordinaria amministrazione e congiuntamente gli atti di straordinaria amministrazione (è il caso dell'art. 180 cod. civ.) o per determinati atti dispositivi singolarmente individuati (ad es. artt. 1421 e ss. *Code Civil*) e fatta salva la possibilità di ricorrere al giudice in ipotesi di rifiuto ingiustificato, assenza, incapacità di uno dei due coniugi[41].

Detto ciò, è possibile passare all'esame dei paesi che adottano un regime 'comunitario' dei beni, cominciando dall'ordinamento giuridico francese, avvertendo fin d'ora come lo stesso modello di comunione si atteggi, talora, secondo diverse 'configurazioni'.

In Francia, la *communauté* rappresenta il regime patrimoniale più utilizzato e supporta le *charges du ménage*[42]. Il Codice Napoleonico scelse la *communauté* quale regime legale (art. 1400 *Code Civil*)[43], nonostante moltissime voci considerassero l'istituto obsoleto[44].

I rapporti tra i coniugi sono modellati sulle *communautés familiales*, delle quali la *communauté conjugale* ne rappresenta una specie, seppur 'ridotta'[45].

[40] V. per tutti F.R. Fantetti, *Il regime patrimoniale europeo della famiglia*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2011, p. 141, la quale mette in rilievo come in proposito sussistano, tra i diversi ordinamenti giuridici, alcune differenze, ove si consideri, ad es., che nella disciplina italiana è prevista la comunione *de residuo* per i beni descritti dagli artt. 177, lett. b) e c) e dall'art. 178 cod. civ., mentre in Francia, i frutti dei beni personali ed i proventi dell'attività separata sono comuni *ex* artt. 1401 e 1402, comma 2, *Code Civil* ed allo scioglimento della comunione il coniuge e tenuto a restituire l'importo utilizzato per i propri fini al patrimonio comune.

[41] G. Oberto, *op. cit*., p. 372.

[42] P. Malaurie-H. Fulchiron, *La famille*, Paris, 2006, p. 680. In merito al regime matrimoniale propriamente detto v. G. Cornu, *Droit civil. La famille*, Paris, 2006, pp. 64 e s.

[43] Secondo R. Sacco, *op. cit*., p. 13, nel paese transalpino i codificatori francesi erano 'indecisi' su quale regola adottare, in tema di regime patrimoniale della famiglia, se quella consuetudinaria o quella romana; la tesi che sosteneva l'adozione del regime legale comunitario vinse di misura contro l'opposto principio della separazione.

[44] In tal senso R. Sacco, *op. loc. ult. cit*.

[45] J.P. Lévy-A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, Paris, 2010, p. 1484, i quali sottolineano come le due istituzioni presentino molte similitudini, le quali riguardano l'utilizzo dello stesso termine *communauté* (o come dice Beaumanoir, *compagnie*), l'esistenza di beni comuni, il contenuto di tale *communauté* (mobili e acquisti), il suo impiego nelle classi inferiori nell'ambito delle quali molto probabilmente è iniziata la *communauté conjugale*.

La dottrina francese ha sempre giustificato la *communauté* sottolineandone diversi vantaggi; secondo Boullenois, essa è conforme alla ragione ed alla natura, rappresentando la (naturale) conseguenza dell'unione degli sposi: il matrimonio esige che tutto ciò che i coniugi acquistano e conservano deve essere comune[46].

Ciononostante, nel secolo XX ha cominciato a farsi avvertire, sempre di più, la questione della riforma di tale regime patrimoniale; fino a quel momento, le 'varianti' al regime legale si esprimevano unicamente nella frequente adozione, nei contratti di *mariage*, del regime di *communauté réduite aux acquêts*; anteriormente alla legge di riforma del 1965, infatti, più del 60% dei futuri coniugi, quando adottavano un *contrat de mariage*, sceglievano la *communauté réduite aux acquêts*: tale fenomeno costituiva la prova più evidente che la comunione dei beni mobili non soddisfaceva più i coniugi[47].

La riforma del 13 luglio 1965 ha adottato, quale nuovo regime legale, quello della *participation aux acquêts* (artt. 1569-1581 *Code Civil*); in tale regime ciascun coniuge conserva l'amministrazione, la gestione e libera disposizione dei suoi beni (personali)[48]. La riforma complementare del 1985 (l. 23 dicembre 1985) è intervenuta poi in merito alla ripartizione dei poteri dei coniugi, introducendo il principio di eguaglianza nella gestione dei beni comuni, così come l'indipendenza degli sposi[49].

Giova infine ricordare il regime patrimoniale che prevede una forma di comunione immediata dei beni mobili e degli acquisti, anche di quelli posseduti dai coniugi al momento del matrimonio o comunque ad essi pervenuti in virtù di successione o donazione nel corso del matrimonio[50]. Tale modello, operante per molto tempo nelle *coutumes* francesi, è oggi utilizzabile in Francia esclusivamente mediante la stipulazione del *contrat de mariage*[51]: infatti, a tenore dell'art. 1387 *Code Civil*, i co-

[46] In *Dissertations*, 1732. Secondo F. Terré-P. Simler, *Droit civil. Les biens*, Paris, 2006, p. 677, il regime matrimoniale di *communauté* che è, sotto diverse modalità, largamente utilizzato dai coniugi francesi, incarna l'idea della '*copropriété d'intérêt familial*'.

[47] J.P. Lévy-A. Castaldo, *op. cit.*, p. 1489 e ss., i quali specificano come i progetti di riforma si inserivano in una corrente di pensiero favorevole alla donna ed erano indecisi su quale regime adottare: comunione ridotta agli acquisti oppure regime di partecipazione agli acquisti.

[48] J.P. Lévy-A. Castaldo, *op. cit.*, p. 1491, i quali ricordano come tale regime 'originale' fosse in realtà già stato preconizzato, quale regime legale, da grandi giuristi, quali Henri Capitant e il senatore Marcilhacy, sebbene il legislatore francese decise di non 'raccogliere' le loro indicazioni.

[49] J.P. Lévy-A. Castaldo, *op. loc. cit.*

[50] G. Oberto, *op. cit.*, p. 377, nt. 30.

[51] Sul punto v. G. Oberto, *op. loc. cit.*, il quale ricorda come anche il diritto aragonese (art. 37, comma 4, legge 8 aprile del 1967, n. 15 (*de la Compilación del Derecho Civil de Ara-*

niugi possono forgiare il loro regime patrimoniale, sia mediante una combinazione dei regimi previsti, sia prevedendone uno del tutto nuovo[52].

Attualmente, tutti i regimi patrimoniali previsti dal diritto francese sono fondati sulla capacità della donna sposata, sull'indipendenza dei coniugi, sulla separazione di principio dei loro beni: la *communauté* appare, quindi, come una eccezione a questa *séparation*[53].

In taluni sistemi giuridici, ad es. nei Paesi Bassi, è rinvenibile il regime legale della c.d. comunione universale. Infatti, il codice civile (*Burgerlijk Wetboek*) del 1970, all'art. 1:93, prevede che la comunione legale è costituita da tutti i beni presenti e futuri dei coniugi, fatta eccezione per quelli donati o legati all'uno o all'altro sotto l'espressa condizione che rimangano personali e dei beni strettamente personali (art. 1:94, commi 1 e 2), nonché dei debiti, contratti dai coniugi, sia prima, che dopo le nozze (art. 1:94, comma 3), con l'esclusione delle pensioni (art. 1:94, comma 4)[54].

Vi sono invece paesi che adottano, quale regime patrimoniale legale, un modello di separazione, nella fase 'dinamica' della vita matrimoniale e di 'comunione' all'atto dello scioglimento del matrimonio. In particolare, la Germania si caratterizza per adottare il regime patrimoniale della c.d. 'compartecipazione differita' al valore degli incrementi patrimoniali conseguiti *post nuptias* (c.d. *Zugewinngemeinschaft*) (§§ 1363 e ss. BGB), mentre in Svizzera vige il modello della c.d. 'partecipazione agli acquisti' (artt. 196 e ss. cod. civ. svizzero). Negli ordinamenti giuridici ap-

gón) preveda la caduta in comunione legale tra coniugi, in linea di massima, di tutti i beni mobili di loro proprietà al momento del matrimonio. Per una approfondita analisi del *contrat de mariage*, anche in chiave diacronica, v. G. Oberto, *I precedenti storici del principio di libertà contrattuale nelle convenzioni matrimoniali*, in *Dir. famiglia*, 2003, pp. 536 e ss.

[52] M. Dassio, *Autonomia privata e convenzioni matrimoniali: l'esperienza francese a confronto con quella italiana*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ*., 1996, pp. 839 e ss., il quale sottolinea come il codice civile francese abbia adottato il principio della libera scelta, da parte dei coniugi, del regime patrimoniale familiare, mentre l'intervento del legislatore in *subiecta materia* abbia natura meramente sussidiaria; la stessa previsione legislativa di modelli convenzionali non limiterebbe, infatti, in alcun modo la citata 'libertà'.

[53] J.P. Lévy-A. Castaldo, *op. cit*., p. 1482, secondo i quali i due regimi di comunione (il 'vecchio' ed il 'nuovo') 'si voltano le spalle', in quanto la 'vecchia' comunione era una eccezione al risultato della confusione dei patrimoni, i quali erano assegnati tutti, salvo gli immobili propri (personali), al marito.

[54] Per quanto concerne l'amministrazione dei beni, quest'ultima spetta normalmente al (solo) coniuge che ha conferito i beni in comunione, mentre il diritto di uso e di godimento sugli stessi appartiene ad entrambi, così come il potere di disporre dei beni soggetti a registrazione: immobili, azioni, obbligazioni. Trattasi comunque di un regime modificabile potendo i coniugi, tramite il contratto di matrimonio, decidere liberamente di aderire ad altri modelli legali, quali la comunione dei profitti e dei redditi, piuttosto che quella dei guadagni e delle perdite.

pena citati, al momento dello scioglimento del regime ciascun coniuge acquisisce un credito alla metà del plusvalore realizzato dal patrimonio del coniuge (variamente determinato) nel corso del rapporto matrimoniale[55]. Tale modello cumulerebbe in sé i vantaggi della separazione e quelli della comunione, funzionando da regime separatista nel corso dell'ordinario svolgimento del rapporto matrimoniale (con tutti i relativi 'vantaggi' in termini di autonomia di gestione) e diventando 'comunitario' all'atto dello scioglimento del matrimonio[56]. Questo regime è conosciuto come 'convenzionale' in altri ordinamenti giuridici, quali ad es. quello spagnolo e catalano, quello francese (*participation aux acquêts*), mentre per quanto concerne il nostro paese i coniugi, mediante apposita convenzione atipica, ben possono utilizzare tale modello[57].

Giova poi ricordare come nell'ordinamento giuridico tedesco, ad una prevalenza del regime di separazione, in astratto quello meglio in grado di rispettare la parità formale dei coniugi e di garantire l'autonomia del singolo, ha fatto seguito, per la prima volta, con la legge di riforma del 1957, l'introduzione di nuovi schemi proprietari, che trovano applicazione in assenza di diverso accordo, consistenti nella comunione degli acquisiti o degli incrementi[58]. Scopo dell'innovazione, seguita con vari adattamenti in molti ordinamenti europei, è stato quello di favorire la moglie, normalmente dedita alle incombenze familiari, nonché all'educazione dei figli e quindi non in grado, potenzialmente, di accrescere il proprio patrimonio[59].

In taluni ordinamenti giuridici, quali ad es. quelli scandinavi, si rinviene un modello di 'contitolarità differita' dei beni, seppur con la presenza di alcuni elementi di 'attualità'. In particolare, in Svezia i beni di ciascun coniuge che non formano oggetto di proprietà individuale[60], si considerano appartenenti alla 'proprietà coniugale' e vengono quindi di-

[55] G. Oberto, *La comunione coniugale nei suoi profili di diritto comparato, internazionale ed europeo*, cit., p. 375.

[56] G. Oberto, *op. loc. ult. cit.*, il quale evidenzia come tale modello offra il vantaggio di consentire una autonomia di gestione, propria dei regimi di separazione evitando, al contempo, gli 'impacci' tipici della comunione dei beni.

[57] G. Oberto, *op. ult. cit.*, p. 376.

[58] S. Patti, *op. loc. cit.*

[59] P. Schlesinger, *Note introduttive agli articoli 177-179*, in *Comm. al diritto italiano della famiglia*, cit., pp. 69 e ss.

[60] Si tratta di beni considerati tali dal contratto di matrimonio, oppure ricevuti dai coniugi in virtù di successione o donazione o comunque poste in essere da terzi utilizzando la c.d. clausola di personalità o, infine, si tratta di beni che non derivano dal reimpiego di beni personali.

visi in parti uguali al momento dello scioglimento del matrimonio (morte o divorzio), salvo patto contrario[61]. Il regime patrimoniale adottato in Svezia si avvicina tuttavia a quello dei sistemi propri di *common law* laddove attribuisce al giudice del divorzio il potere di disporre una divisione della comunione differita dei beni in parti non uguali qualora la spartizione per la metà risulti iniqua[62].

Anche in Danimarca, ad onta del *nomen iuris* 'proprietà comune', attribuito al regime dei beni acquisiti nel corso del matrimonio, la 'comunione' vera e propria emerge solo al momento dello scioglimento del matrimonio, mediante la divisione dei relativi beni; invero, nel corso della vita matrimoniale i coniugi dispongono di ampi poteri nella gestione dei beni acquistati durante il matrimonio, seppur mitigati da taluni divieti, quali ad es. quello di compiere atti dispositivi di certi beni (ad es. la residenza coniugale ed i relativi arredi) senza il consenso del coniuge o quello riguardante la possibilità di porre in essere atti potenzialmente in grado di ridurre le aspettative del coniuge sui beni della c.d. proprietà coniugale[63].

Un cenno spetta infine ai paesi socialisti, ove predomina il modello di comunione dei beni. Invero, il socialismo vittorioso in Russia accolse tale regime, sebbene i principi socialisti ritenevano che ciascun coniuge dovesse 'ricevere' in base al lavoro prestato; regola valevole, sia per il coniugato, che per il celibe[64]. Dopo la seconda guerra mondiale, in virtù di un'equazione che considerava socialista tutto ciò che era sovietico, i paesi che optarono per il socialismo adottarono il regime di comunione[65].

Dopo aver analizzato il modello 'comunitario', pare utile spendere qualche parola sul regime di separazione dei beni, che si caratterizza per essere i coniugi i titolari esclusivi dei beni acquistati durante il matrimonio. Come si è già accennato in premessa, il regime 'separatista' è rinvenibile, non solo nei paesi di *common law* (Inghilterra, Galles, Irlanda), bensì anche in taluni ordinamenti giuridici di *civil law* (Austria, Grecia), nonché nei sistemi c.d. 'misti' (Scozia).

Giova inoltre precisare come, nonostante l'Inghilterra venga tradizionalmente considerata un paese 'separatista', autorevole dottrina

[61] G. Oberto, *op. ult. cit.*, p. 374, il quale opportunamente sottolinea come il diritto svedese preveda penetranti limitazioni alla possibilità di disporre dei cespiti, particolarmente degli immobili, senza il consenso del coniuge.

[62] F.R. Fantetti, *op. loc. cit.*

[63] In taluni casi, il diritto danese prevede la possibilità, per un coniuge, di chiedere l'annullamento dell'atto dispositivo contro il terzo acquirente.

[64] Secondo R. Sacco, *op. loc. ult. cit.*

[65] R. Sacco, *op. loc. ult. cit.*

comparatistica non ha mancato di evidenziare come i primi modelli giuridici inglesi fossero, in realtà, caratterizzati dal sistema della comunione tra coniugi[66]. Per vero, pure oggi, negli ordinamenti giuridici di *common law* è possibile scorgere profili di 'compartecipazione' dei coniugi al patrimonio accumulato nel corso del matrimonio[67]: si pensi al potere, detenuto dal giudice inglese, di intervenire, in funzione 'riequilibriatrice' in ipotesi di 'crisi coniugale', sostanziantesi nell'ordinare una "*riallocation of property*", ovvero un trasferimento di proprietà da un coniuge all'altro[68]. Da ciò deriva che la regola della separazione dei beni, notoriamente vigente nei paesi anglo-sassoni, pare destinata ad 'affievolirsi' sempre di più, in considerazione degli ampi poteri di cui dispone l'autorità giudiziaria per realizzare una 'riallocazione della proprietà'[69].

6. *Riflessioni comparatistiche in tema di regime patrimoniale della famiglia*

L'esame del regime patrimoniale legale vigente nei diversi sistemi giuridici permette innanzitutto di rivelare l'esistenza, in *subiecta materia*, di un diffuso fenomeno di circolazione di quello che può considerarsi il modello 'per eccellenza' del regime patrimoniale familiare, ovvero il sistema della comunione dei beni; quest'ultimo, infatti, normalmente presente nei paesi di *civil law*, è stato 'esportato' in diversi ordinamenti giuridici (anche di *common law*): si pensi all'influenza esercitata dal diritto olandese su quello sudafricano, a quello francese su quello del Québec, nonché a quello spagnolo nei confronti dei paesi dell'America Latina e

[66] R. Sacco, *op. cit*., pp. 12 e s. Secondo A. Di Majo, *op. cit*., p. 352, la donna coniugata non poteva possedere, acquistare o disporre di qualsivoglia forma di proprietà, venendo a dipendere economicamente dal marito; in tal modo, il diritto della proprietà matrimoniale (*the law of matrimonial property*) costituiva la fonte di uno *status* di inferiorità, anche sociale della donna; tale situazione si spiega con la considerazione per la quale nel sistema di *common law* il regime della proprietà nel matrimonio trovava diretto fondamento nel diritto delle persone. Solo la riforma del 1935 (*the Law Reform*, *Married Women and Tortfeasors*, *Act*) ha eliminato tale incapacità, attribuendo alla donna coniugata gli stessi diritti e poteri del marito. Tale legge si ricollega ad una precedente, risalente al 1882 (*Married Women's Property Act*), la quale aveva previsto, anche in favore delle donne coniugate, la possibilità di poter godere della proprietà separata (*separate property*); beneficio che veniva loro riconosciuto dal sistema di *equity* in ipotesi di attribuzioni fiduciarie (*trust*).

[67] G. Oberto, *op. ult. cit*., p. 381.

[68] Così la *Section* 24 del *Matrimonial Causes Act* del 1973, modif. dal *Matrimonial and Family Proceedings Act* del 1984 e dal *Family Law Act* del 1996.

[69] G. Oberto, *op. ult. cit*., p. 369.

di taluni Stati americani, i quali hanno infatti adottato un sistema di *communion system* (*community property system*), in opposizione alla maggioranza dei paesi statunitensi, notoriamente 'separatisti', in quanto appartenenti al mondo di *common law*[70].

Un secondo aspetto, che merita di essere (meglio) indagato riguarda il presunto processo di 'avvicinamento' delle normative dei paesi europei dettate in tema di diritto di famiglia; processo al quale non sfugge, evidentemente, la tematica del regime patrimoniale primario della famiglia[71]. Ora, al di tale 'convergenza', vi è chi ha sottolineato come la dicotomia comunione/separazione (dei beni) debba essere rivista (rivisitata) proprio in considerazione del progressivo avvicinamento dei due modelli di gestione del patrimonio coniugale (familiare), riscontrabile ormai in molti ordinamenti giuridici[72]. A sostegno di tale tesi sono stati proposti gli esempi riguardanti le soluzioni 'escogitate' in ipotesi di compimento di atti di disposizione sull'immobile adibito a residenza familiare, a prescindere dal regime patrimoniale prescelto, nonché quelli concernenti i 'rimedi' giuridici proposti al fine di risolvere, *soluto matrimonio*, il problema degli apporti effettuati in regime di separazione, in vista dell'acquisto di uno o più beni determinati a nome di uno solo dei coniugi[73]. Si pensi, an-

[70] G. Oberto, *op. ult. cit*., pp. 372 e s., nt. 17, il quale ricorda come gli Stati americani che 'accolgono' tale sistema sono quasi tutti *ex* colonie spagnole o francesi: Arizona, California, Idaho, Louisiana, New Mexico, Nevada, Texas, Washington e Wisconsin. La disciplina varia negli Stati appena citati, ma la regola comune è che i coniugi divengono contitolari, *ex lege*, per quote uguali, dei beni acquisiti da ciascuno nel corso del matrimonio, fatta eccezione per quelli ad essi pervenuti in virtù di successione o donazione, così come le somme dovute a titolo di risarcimento danni, nonché dei beni acquistati con il prezzo o comunque con lo scambio dei beni personali. L.F. Redman, *Domesticity and the Texas Community Property System*, in *www.works.bepress.com/lauren_redman/3*, 2007, p. 4. dopo aver ricordato l'origine del '*community property system*', da rinvenirsi nel sistema civilistico spagnolo, sottolinea come in quest'ultimo ordinamento giuridico le donne venissero considerate alla stregua dei bambini e quindi quali persone bisognose di *special protection*

[71] F.R. Fantetti, *op. loc. cit*., la quale sottolinea l'esistenza di una comunanza di principi tra gli ordinamenti europei, quali quelli identificabili nella autonomia negoziale, nella stipula delle convenzioni matrimoniali, nella realizzazione di meccanismi di adattamento dei regimi patrimoniali legali, nonché nella modificabilità delle convenzioni matrimoniali, oltre che relativamente alla possibilità di creare regimi patrimoniali atipici.

[72] G. Oberto, *op. ult. cit*., p. 380, il quale sottolinea come le citate convergenze si registrino soprattutto nell'ambito del regime primario, ove il concetto di mantenimento è stato sostituito da quello di contribuzione, ispirato a criteri di uguaglianza sostanziale in contrasto, dunque, con la tradizionale idea di soggezione della moglie alla *puissance maritale*.

[73] G. Oberto, *op. loc. ult. cit*., il quale sottolinea come tali soluzioni consistano in una ripetizione del contributo in denaro, piuttosto che in un riconoscimento di una compartecipazione sul piano proprietario, mediante istituti quali il mandato, la società semplice, il *trust*.

cora, al fatto che spesso i coniugi, pur in regime di separazione (dei beni) decidono di acquistare, in comune, determinati beni, quali ad es. la casa d'abitazione, piuttosto che quella destinata alle vacanze, nonché alla previsione, convenzionale o legale (è il caso dell'art. 219 cod. civ.), di apposite presunzioni di contitolarità dei beni, necessarie per dirimere dubbi legati all'individuazione della proprietà di cespiti tra coniugi in regime di separazione[74].

Da quanto sin qui detto emerge dunque uno scenario che vede l'ingresso (contaminazione) di profili comunitari (solidaristici) nei regimi di separazione con il fine di realizzare una '*equitable distribution*' della massa patrimoniale acquisita dai coniugi in costanza di matrimonio; l'*equitable distribuition system* prevede che, come avviene negli Stati Uniti, prevalga l'idea che il matrimonio sia una *partnership* nella quale i costi ed i benefici della vita familiare debbano essere equamente condivisi[75]. Tale processo sarebbe giustificabile con l'opportunità di conciliare ed equilibrare, all'interno dei modelli proposti, le esigenze di adeguata partecipazione agli incrementi patrimoniali con quelle di indipendenza (pure sotto il profilo dell'iniziativa) economica di ciascun coniuge, costituenti espressione di quella libertà individuale che si ritiene indispensabile garantire a ciascun coniuge a tutela della sua dignità[76]. Il fenomeno appena descritto è stato certamente veicolato dal formante giurisprudenziale, il quale ha avuto modo di operare il riequilibrio in discorso anche in paesi (ad es. Israele) tradizionalmente attestati su posizioni alquanto 'discriminatorie' nei riguardi della donna, mediante una presunzione di comunione, per quote uguali ed opponibile verso i terzi, dei beni acquistati nel corso del matrimonio, anche singolarmente da uno dei coniugi[77].

Detto ciò, il processo citato pare tuttavia essere 'biunivoco', nel senso che è dato pure registrare, in alcuni ordinamenti giuridici, un *trend* (opposto a quello appena descritto) che vede un 'allontanamento' dal re-

[74] G. Oberto, *op. ult. cit.*, pp. 380 e s.

[75] F.R. Fantetti, *op. cit.*, p. 142, nt. 15.

[76] E. Quadri, *op. cit.*, col. 233, il quale cita, a sostegno di tale ricostruzione, gli sviluppi 'subiti' dal modello di comunione, inclini a rafforzare i momenti di libertà individuale, quest'ultima ritenuta non contrastante con l'obiettivo di realizzare una effettiva uguaglianza dei coniugi.

[77] G. Oberto, *op. ult. cit.*, p. 382, il quale ricorda come dopo il superamento della regola rabbinica della *ketoubah*, vale a dire del contratto patrimoniale in forza del quale il marito si impegnava a consegnare alla moglie una certa somma di denaro in caso di ripudio o di morte, nonché del principio dell'incapacità della donna coniugata, la legge stabilì che una donna avrebbe potuto disporre di suoi beni come se fosse stata nubile e che il matrimonio non avrebbe avuto alcun effetto sul suo patrimonio.

gime di comunione in favore dell'inclusione, nel regime patrimoniale coniugale, di elementi 'separatisti'; processo probabilmente sostenuto, se non addirittura 'innescato' dalle frequenti (e crescenti) separazioni coniugali: è il caso della Francia, paese che (come si è avuto modo di vedere *supra*) ha adottato, nel 1965, un regime di comunione legale, ma alquanto 'temperato' (affievolito) rispetto a quello previgente[78]. Gli stessi paesi scandinavi, che pure prevedevano in origine regimi di comunione (seppur differita degli acquisti), hanno visto l'introduzione di correttivi di carattere temporale all'operatività del regime di comunione (dei beni): si pensi al codice svedese del 1987 il quale subordina la divisione dei beni in parti uguali alle ipotesi in cui il matrimonio sia durato almeno 5 anni, mentre la legge norvegese del 1991 attribuisce al coniuge la facoltà di chiedere che i beni, di cui era titolare prima delle nozze o comunque quelli pervenutigli per successione o donazione, siano esclusi dalla divisione[79].

7. *Conclusioni*

L'analisi del regime patrimoniale legale, vigente nei principali ordinamenti giuridici, permette di svolgere talune considerazioni di carattere comparatistico.

La prima attiene alla libertà di scelta del modello di gestione dei beni coniugali. Invero, il tendenziale passaggio a regimi di comunione dei beni nel contesto europeo sarebbe la conseguenza di un mutamento delle concezioni di fondo precedentemente accolte in molti testi normativi; in ogni caso, al di là di tale *trend* legislativo, l'analisi comparativa conferma l'esistenza di una certa libertà di scelta, detenuta dai coniugi nella materia *de qua*, in omaggio al principio della libera esplicazione dell'autonomia privata[80]; opzione accolta nella stessa legge di riforma del diritto di famiglia italiano del 1975[81].

[78] G. Oberto, *op. ult. cit*., p. 383.

[79] G. Oberto, *op. loc. ult. cit*.

[80] S. Patti, *I regimi patrimoniali tra legge e contratto*, in *Introduzione al diritto della famiglia in Europa*, Milano, 2008, pp. 196 e ss.

[81] S. Patti, *Regime patrimoniale della famiglia e autonomia privata*, cit., pp. 6 e s, il quale ricorda come agli inizi degli anni '40 in Italia si dubitava circa l'opportunità di mantenere nel codice civile l'istituto della comunione dei beni, quale alternativa al regime di separazione che in quel periodo costituiva quello legale. L'Autore sostiene poi la necessità, nel valutare gli spazi di autonomia riconosciuti ai coniugi, di tenere in debito conto che la riforma del diritto di famiglia del '75 si sovrappose ad una disciplina codicistica indubbiamente basata su una concezione della famiglia di tipo gerarchico, nell'ambito della quale il principio di autorità trovava diretta legittimazione in una visione pubblicistica del nucleo familiare

La seconda osservazione attiene alla scelta, operata dai diversi legislatori nazionali, in favore del modello della comunione o della separazione dei beni. Invero, nonostante gli 'apparenti' cedimenti subiti dal regime di comunione legale negli ordinamenti giuridici europei, tale regime patrimoniale non risulta invero (ancora) essere stato 'scalzato' da quello 'separatista' (si pensi alla stessa Francia), nonostante la crescita del numero di donne che accedono al mercato del lavoro e l'aumento delle crisi coniugali[82]. Discorso a parte merita il nostro paese, ove quest'ultimo fenomeno (la 'crisi della coppia') pare aver inferto un 'duro colpo' al regime di comunione legale, sebbene le ragioni del 'fallimento' del regime legale attuale siano state talora individuate nella tecnica utilizzata dal legislatore al fine di realizzare l'obiettivo della compartecipazione agli acquisti *post nuptias*[83].

Un'ultima considerazione attiene alla ritenuta 'compenetrazione' dei due tradizionali modelli di regime patrimoniale, ravvisabile in molti paesi. In particolare, l'analisi del formante legale più recente (anche di matrice comunitaria)[84] e di quello giurisprudenziale disvela, in *subiecta materia*, l'esistenza di un processo di avvicinamento degli ordinamenti giuridici 'separatisti' e di quelli 'comunitari', tanto da mettere in crisi la stessa dicotomia separazione/comunione, nel senso di sfumare le divergenze operative dei due (diversi) modelli di gestione (ed amministrazione) dei beni coniugali. Il progressivo avvicinamento di queste due 'configurazioni' del regime patrimoniale, nonché la contemporanea operatività di entrambe (seppur in 'diversa misura') in numerosi sistemi (sia di *civil law*, che di *common law*) costituisce, a nostro avviso, la migliore dimostrazione della 'relatività' della tradizionale distinzione che vede contrapposti i paesi di tradizione romanistica e quelli anglo-sassoni e mette piuttosto in luce, anche nel diritto di famiglia, *sub specie* di regime patrimoniale legale, una notevole convergenza, se non di principi teorici, quantomeno di regole operative.

[82] G. Oberto, *op. ult. cit.*, pp. 383 e s.

[83] In tal senso G. Oberto, *op. ult. cit.*, p. 384.

[84] Sul punto v. G. Oberto, *op. ult. cit.*, pp. 389 e ss., il quale sottolinea la crescente influenza, esercitata dal diritto comunitario, particolarmente in questi ultimi anni, sulle questioni giusfamiliari: si pensi alla materia delle controversie in tema di crisi coniugale (separazione, divorzio, annullamento del matrimonio), piuttosto che a quella concernente la c.d. responsabilità genitoriale. Ai nostri fini giova rilevare come le autorità comunitarie meditano di intervenire, *rectius* legiferare, mediante regolamenti, nell'area dei regimi patrimoniali, in tal modo superando i problemi derivanti dall'eterogeneità delle forme di manifestazione del regime di comunione nei paesi comunitari.

LUCIO FRANCARIO

In ordine alla disciplina dei creditori irreperibili all'esito del concordato ex art. 214 nella L.C.A. delle società cooperative

SOMMARIO: 1. Il tema d'indagine. - 2. Il valore portante della matrice costituita dalla procedura fallimentare. Chiusura ordinaria e chiusura concordataria nella procedura fallimentare. - 3. La riforma dell'art. 214 l.fall. e l'apparentamento tra concordato coattivo e concordato fallimentare. - 4. Il concordato coattivo ed il trasferimento di beni e diritti al proponente cessionario. - 5. Gli effetti sostanziali del concordato coattivo. - 6. Il deposito delle somme destinate ai creditori contestati, condizionali e irreperibili. - 7. La disciplina dei creditori irreperibili nella versione originaria dell'art. 117 l. fall. e la destinazione degli esuberi. - 8. La disciplina dell'art. 117 l.fall. dopo la riforma della legge fallimentare e la sua applicabilità al concordato fallimentare. - 9. Attribuzione degli esuberi ai fondi mutualistici in caso di chiusura ordinaria delle procedure di liquidazione coatta amministrativa concernenti società cooperative. - 10. Chiusura ordinaria e chiusura concordataria nella liquidazione coatta amministrativa. Mancanza di giusta causa di attribuzione ai fondi mutualistici degli esuberi in caso di chiusura concordataria delle l.c.a. delle cooperative. - 11. Applicabilità alla materia fallimentare e concordataria della normativa che attribuisce gli esuberi al fondo di giustizia. Due ipotesi della stessa valenza di composizione del conflitto tra erario e assuntori del concordato. - 12. Giusta causa di attribuzione degli esuberi all'erario e onere a carico dei creditori proponenti in caso di procedure concordatarie fallimentari o coattive ai sensi dell'art. 117 l.fall. - 13. Giusta causa di attribuzione degli esuberi all'erario e onere a carico dei c.d. "aventi diritto" in caso di procedure concordatarie fallimentari o coattive nell'art. 2 L. 181/2008 - 14. Prescrizione dei diritti dei creditori irreperibili. - 15. Conclusioni.

1. *Il tema d'indagine*

Nella liquidazione coatta amministrativa delle società cooperative l'art.8, 1° comma, della L. 17 luglio 1975, n. 400 stabilisce che «Sono devolute ai fini di cui alla presente legge le somme depositate presso gli istituti di credito – in sede di chiusura delle procedure di liquidazione degli enti cooperativi – ai sensi del terzo comma dell'art. 117 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, e dell'art. 2455 del codice civile, quando tali somme non siano riscosse dagli interessati entro cinque anni dal deposito».

E' noto che nel concordato ex art. 214 l. fall. il proponente può essere anche un soggetto terzo assuntore o un creditore assuntore e che, omologato il concordato, l'assuntore, nell'adempiere le obbligazioni concordatarie, cioè il pagamento dei creditori, estingue un debito proprio e non quello della società insolvente.

Quanto appena espresso vale ovviamente anche per i creditori irreperibili, a favore dei quali l'assuntore, per adempiere le obbligazioni concordatarie, deve effettuare comunque il pagamento (quantomeno destinando la somma ad un c/c vincolato all'avente diritto); nel caso in cui l'avente diritto, cioè il creditore irreperibile, non reclami quanto di sua spettanza, decorso il termine prescrizionale, il debitore concordatario, cioè l'assuntore, dovrebbe, in ipotesi, avere pieno diritto di rientrare nella disponibilità della somma depositata.

Sennonchè, il tema risulta di non facile composizione se si pone mente al fatto che il citato art. 8, 1° comma, della L. 17 luglio 1975, n. 400 deroga alla disciplina generale e quindi l'assuntore di un concordato ex art. 214, diversamente da quello di un concordato fallimentare, pur estinguendo con l'omologa un debito proprio, decorso il termine prescrizionale non può rientrare nella disponibilità delle proprie somme, ma deve comunque devolverle ai fini della l. 400/75, cioè distribuirle ai fondi mutualistici.

La questione si complica altresì in considerazione dell'ulteriore criticità costituita dalla necessità di conciliare diversi piani normativi:

a) il disposto dell'art. 8, 1° comma, della L. 17 luglio 1975, n. 400,sopra richiamato;

b) l'art. 117, quinto comma, l. fall. che prevede testualmente quanto segue: << Per i creditori che non si presentano o sono irreperibili le somme dovute sono nuovamente depositate presso l'ufficio postale o la banca già indicati ai sensi dell'articolo 34. Decorsi cinque anni dal deposito, le somme non riscosse dagli aventi diritto e i relativi interessi, se non richieste da altri creditori, rimasti insoddisfatti, sono versate a cura del depositario all'entrata del bilancio dello Stato per essere riassegnate, con decreti del Ministro dell'economia e delle finanze, ad apposita unità previsionale di base dello stato di previsione del Ministero della Giustizia>>;

c) l'art. 2, 2° comma, lettera C-bis, del D.l. 16 settembre 2008, n. 143, che statuisce che sono destinate al fondo di giustizia i proventi "depositati presso Poste Italiane S.p.A., banche e altri operatori finanziari, in relazione a procedimenti civili di cognizione, esecutivi o speciali, non riscossi o non reclamati dagli aventi diritto entro cinque anni dalla data in cui il procedimento si è estinto o è stato comunque definito o è divenuta definitiva l'ordinanza di assegnazione, di distribuzione o di approvazione del progetto di distribuzione ovvero, in caso di opposizione, dal passaggio in giudicato della sentenza che definisce la controversia", il proponente può rientrare nella disponibilità delle proprie somme che ha destinato ai creditori irreperibili appunto dopo cinque anni e non dopo l'ordinario termine prescrizionale di dieci >>.

2. *Il valore portante della matrice costituita dalla procedura fallimentare. Chiusura ordinaria e chiusura concordataria nella procedura fallimentare*

La disciplina del concordato coattivo si avvale oggi, grazie ai rinvii effettuati dai recenti provvedimenti riformatori della normativa di matrice fallimentare (anch'essa in forte evoluzione nell'ultimo decennio e ancora oggi): il modello del concordato coattivo trova sempre più nel concordato fallimentare un punto di riferimento imprescindibile.

L'art. 118 L.fall. prevede ipotesi ordinarie di chiusura della procedura fallimentare; in questo caso, possono residuare somme da destinare comunque ai creditori condizionali ex artt. 55, 96, terzo comma, n. 1, 113, primo comma, n. 1: tali somme sono accantonate e restano di pertinenza dei creditori della procedura.

Nell'ipotesi di chiusura concordataria, invece, le somme non riscosse rientrano nel patrimonio del debitore[1].

Al riguardo, sembra pacifica l'interpretazione della disposizione in esame con riguardo agli effetti che si generano con riguardo al momento della chiusura del fallimento[2]: <<*il fallito ritorna in bonis e in caso di assunzione del concordato da parte di un terzo i beni vengono trasferiti all'assuntore*>>[3].

La sentenza di omologazione non ancora passata in giudicato incide sul vincolo di indisponibilità determinato dal fallimento e consente il trasferimento (sia pure provvisorio, considerato che la sentenza non è ancora passata in giudicato) dei beni dalla massa al fallito o all'assuntore[4].

Si è aggiunto che <<*il trasferimento (del potere di disposizione al fallito o della titolarità dei beni all'assuntore) opera automaticamente alla chiusura del fallimento, anche se per gli adempimenti pubblicitari, come la trascrizio-*

[1] In questo senso, S. PACCHI, *IL concordato fallimentare*, Ipsoa, 2008, p. 123, la quale così prosegue: «*Pertanto, al momento della verificazione della condizione tali somme saranno apprese dal creditore oppure dovranno essere restituite al fallito tornato in bonis se è decorso il termine prescrizionale. Il deposito deve, allora, essere intestato ai creditori con la precisazione che "il deposito è stato tratto dal patrimonio dell'ex fallito, ora concordatario"*».

[2] Questo momento è stato ridefinito a seguito della riforma della legge fallimentare; mentre prima il *dies a quo* della cessazione della procedura fallimentare era costituito dal passaggio in giudicato del provvedimento di omologa del concordato, oggi cessa soltanto, dopo l'approvazione del rendiconto del curatore, con il decreto di chiusura emanato dal Tribunale: così, L.GUGLIELMUCCI, *Art. 135*, in *Codice commentato del fallimento*, diretto da G. Lo Cascio, Ipsoa, Milano,2008,p. 1267.

[3] L.GUGLIELMUCCI, *Art. 135*, in *Codice commentato del fallimento*, diretto da G. Lo Cascio, Ipsoa, Milano,2008,p. 1267.

[4] R.PROVINCIALI- G. RAGUSA MAGGIORE, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padova, 1988,p.673 ss; V. SPARANO, *La chiusura del fallimento e il completamento della liquidazione coatta amministrativa*, Padova, 1994, p.236.

ne nei registri immobiliari può rendersi necessaria la stesura d'un atto di identificazione dei beni ceduti all'assuntore>> per concludere che <<*solo nel caso in cui sia prevista la cessione dei beni ai creditori, o di determinati beni ad una classe di creditori, con la chiusura del fallimento si verifica il trasferimento del potere di disposizione a chi, secondo quanto previsto nella proposta di concordato o quanto disposto dal Tribunale come modalità di sorveglianza dell'esecuzione, dovrà procedere alla liquidazione*>>[5].

E' infatti diverso l'assetto degli interessi in campo nelle due vicende.

La chiusura del fallimento mediante la ripartizione finale vede in campo una serie di interessi che trovano un'esplicita gradazione nella disciplina legislativa: in primo piano, l'interesse dei creditori irreperibili nel rispetto della *par condicio*; in secondo luogo, l'interesse degli altri creditori solo parzialmente soddisfatti ma solerti; solo in terzo luogo, *de residuo*, l'interesse statale a fare "cassa".

La chiusura del fallimento mediante concordato si caratterizza per peculiarità affatto diverse:

- vede attivo un nuovo protagonista: il proponente il concordato;
- vede affidato al piano concordatario il livello di soddisfazione del ceto creditorio, che:

a) di norma sarà fisso, ovvero contenuto nei limiti della percentuale predefinita;

b) eventualmente sarà variabile (cioè suscettibile di accrescimento) solo se il piano preveda un possibile incremento, in forza di una realizzazione dell'attivo migliore rispetto alle previsioni.

Nel primo caso, è chiaro che tutto quanto derivante dall'attivo rea-

[5] L.GUGLIELMUCCI, *Art. 135*, in *Codice commentato del fallimento*, diretto da G. Lo Cascio, Ipsoa, Milano,2008,p. 1268, il quale in precedenza (p. 1267) con riguardo agli effetti correlati alla chiusura aveva ipotizzato possibili cause di differimento: <<*Poiché l'accordo concordatario è bensì definitivamente approvato,ma non è ancora eseguito, è stato talora prospettato il* ***differimento*** *del riacquisto della disponibilità dei beni da parte del debitore o del loro trasferimento all'assuntore al momento dell'adempimento. Anche a voler considerare il "perdurante interesse dei creditori alla conservazione del patrimonio del debitore per il buon fine del concordato medesimo" [invocato da C. 16.2.1982, n. 953, Fa, 1983, 22, per giustificare la persistenza della legittimazione processuale del curatore] deve escludersi che il differimento della cessazione degli effetti del fallimento possa essere automatico od essere disposto dal tribunale come modalità di esecuzione del concordato e si deve considerare ammissibile solo in forza di clausola della proposta di concordato, atteso che "la legge non detta alcuna norma che possa limitare l'autonomia negoziale degli interessati [C 29.11.1977, n. 4159, DF 1978,II,30; sull'ammissibilità del differimento dell'effetto traslativo a favore dell'assuntore in forza di clausola contrattuale v. anche C 29.4.1992, n. 5147,Fa 1992,807]. Su questa base un differimento del trasferimento ed anche la previsione di una liquidazione controllata ad opera del curatore quale garanzia suppletiva dell'esecuzione del concordato [v. sul punto, L. GUGLIELMUCCI (4) 194] è sicuramente ammissibile*>>.

lizzato sarà di pertinenza del proponente al netto di quanto abbiano beneficiato i creditori in base alla percentuale concordataria predefinita.

Nel secondo caso, l'attivo concordatario di cui beneficerà il proponente sarà più o meno ampio a seconda della soddisfazione effettiva assicurata ai creditori concorrenti.

Così stando le cose, l'apparentamento tra la chiusura fallimentare ordinaria e la chiusura affidata alla soluzione concordataria non è possibile.

In questo secondo caso, si assiste alla forza espansiva delle determinazioni di autonomia privata sia in quanto le determinazioni maggioritarie formalizzate in sede concordataria assicurano al piano una efficacia *erga omnes*, sia in quanto sussiste – come si è visto – una stretta relazione di interdipendenza tra beneficio accordato ai creditori (in percentuale fissa o variabile) e beneficio spettante all'assuntore.

Non vi è spazio nel mezzo per terzi beneficiari, proprio in quanto il percorso, nel caso di specie, è segnato indelebilmente dall'autonomia privata.

Di seguito, saranno approfondite le modalità di chiusura nelle procedure di concordato coattivo, anche al fine di verificare l'applicabilità della normativa dettata per il paradigma fallimentare.

Allo scopo di meglio calibrare le notazioni al riguardo, è indispensabile restituire alla storia la ormai datata conformazione del concordato coattivo, vecchia dialettica tra con lo sguardo attento alle vicende che interessano i creditori condizionali e quelli irreperibili, sì da assicurare una visuale completa al lettore interessato alla comprensione del quesito per la parte concernente il destino delle somme non ripartite.

3. *La riforma dell'art. 214 l.fall.*

Un tempo si affermava tranquillamente che l'istituto della liquidazione coatta amministrativa aveva una sua peculiare ragion d'essere in quanto faceva prevalere l'interesse "unitario dell'economia nazionale" rispetto a quello del ceto creditorio[6].

L'interesse pubblico veniva, peraltro, individuato, per di più, nell'interesse alla sollecita estinzione dell'ente[7], obiettivo che oggi ha per-

[6] G. BAVETTA, *La liquidazione coatta amministrativa*, Milano, 1974, p. 36 ss.

[7] A.CANDIAN, *Liquidazioni coatte amministrative*, Milano, 1940,p. 21, cui *adde*, U. BELVISO, *Tipologia e normativa della liquidazione coatta amministrativa*,Napoli, 1973, p. 58 ss. e p. 171; G. NICCOLINI, *op.cit.* , p. 268; V. SPARANO, *La chiusura del fallimento e il completamento della liquidazione coatta amministrativa*, Padova, 1994, p.196; G. BAVETTA, *Profili generali*, in *Le procedure concorsuali. Le procedure minori*, in Trattato diretto da G.Ragusa Maggiore e C. Costa, Torino, 2001, p. 464 ss.

so sicuramente la sua originaria valenza primaria.

La recente rivisitazione dell'art. 214 l.fall. è avvenuta utilizzando il parametro costituito dal concordato fallimentare, così come ci conferma la Relazione illustrativa alla legge di riforma per la parte che interessa[8].

Gli elementi di novità sono costituiti soprattutto dal riconoscimento della possibilità che la proposta di concordato possa essere avanzata non solo dall'impresa in liquidazione ma anche da uno o più creditori o da un terzo nonché dalla estensione esplicita della disciplina dettata dalla legge fallimentare per il concordato fallimentare in materia di effetti del concordato, anche al concordato coattivo.

La prima novità rimescola decisamente gli interessi in gioco: laddove prima si registrava solo la dialettica tra interesse dell'impresa in liquidazione alla prosecuzione dell'attività e quello dei creditori alla tutela del credito mediati dall'interesse pubblico comunque determinante, oggi si registra una dialettica estremamente più complessa che vede come presenti interessi non riconducibili necessariamente a quelli generati dall'esperienza della vita aziendale patologicamente contrapposti tra loro ma anche interessi del tutto esterni alla vicenda pregressa.

La chiusura della l.c.a. trova nuovi percorsi in quanto la presenza del terzo viene incoraggiata sì da creare un nuovo equilibrio tra interessi creditori da soddisfare e interessi creditori e/o di terzi da incoraggiare per una più rapida chiusura della procedura a mezzo del concordato coattivo.

L'interesse del creditore o del terzo proponente il concordato viene vista con favore sia in quanto consente di acquisire l'insieme degli *assets* costituenti il patrimonio da liquidare, con buone possibilità che l'insieme possa servire a dar vita ad una nuova *start up*, sia in quanto consente di reimmettere sul mercato beni prima destinati ad attività produttive[9] e in quanto accelera la definizione della procedura.

[8] Il riferimento è all'art. 18,5° comma, D.Lgs. 12 settembre 2007, n. 169); quivi si legge: <<*Il comma 5 sostituisce l'art. 214 del r.d. allo scopo di adeguare la disciplina del concordato della liquidazione coatta amministrativa, uniformandola per quanto possibile alla nuova disciplina del concordato fallimentare e rendendola più rispettosa delle garanzie della difesa e del contraddittorio*>>.

[9] La posizione qui espressa è simile a quella maturata da G. FAUCEGLIA, *Concordato fallimentare*, cit. , p. 209, per il quale << *può ritenersi che la soddisfazione dell'interesse dei creditori venga collocato proprio nelle prospettive di migliore e più proficua allocazione del patrimonio dell'impresa insolvente, in una logica di "mercato" che privilegia la sopravvivenza, il più possibile unitaria, dell'attivo aziendale*>>. Lo stesso Autore aggiunge: << *In sostanza, assegnando ai creditori e ai terzi il potere di proporre la domanda concordataria, e sottraendo questo potere al solo organo commissariale oppure della sola impresa (così come è previsto ad esempio, dall'art. 93 del testo unico bancario), si concretizza una funzione dell'istituto che è rispondente agli interessi del "mercato". In questo senso a caratte-*

4. *Il concordato coattivo e il trasferimento di beni e diritti al proponente cessionario*

Alla luce delle recenti riforme del concordato fallimentare che, come detto in altra sede in questo scritto, influenzano anche il concordato nella liquidazione coatta amministrativa, è stata approfondita sia la disamina dell'efficacia della proposta di concordato che la chiusura della procedura di concordato coattivo.

Oggi, è ipotizzabile un ritorno *in bonis* dell'impresa insolvente: nel momento in cui si immagina che un creditore o un terzo possano rendersi cessionari dell'attivo in sede concordataria questo vale ovviamente anche per il proponente costituito dall'impresa insolvente, il che smentisce l'assunto un tempo imperante per il quale era esclusa la sopravvivenza del soggetto posto in l.c.a. dopo la chiusura[10].

5. *Gli effetti sostanziali del concordato coattivo*

Il proponente il concordato coattivo fa proprio l'attivo concordatario e limita la propria responsabilità nei riguardi dei creditori della procedura grazie all'esplicito rinvio all'art. 135 l.fall.[11] operato dalla dispo-

rizzare la procedura non vi è solo un piano di regolazione dell'insolvenza ma, soprattutto, un piano di riorganizzazione dell'impresa, così che il dato fondante del concordato coattivo non è più solo l'interesse del debitore o della procedura liquidatoria (i soli soggetti – un tempo – ammessi alla presentazione della domanda, anche nella stessa legislazione speciale), bensì quello dei "creditori" ovvero di qualsiasi interessato, che può perseguire interessi i più diversificati purchè non elidenti l' "interesse" pubblico, valutato in una prospettiva di "compatibilità" dall'Autorità amministrativa. Pertanto, nel concordato coattivo non si pongono i problemi che pure sono stati agitati nel concordato fallimentare, ovvero nel senso della natura privatistica o pubblicistica dell'istituto, qui la prevalenza dell'Autorità amministrativa, con il conseguente esercizio di un potere valutativo squisitamente improntato a "ragioni pubblicistiche" resta evidente, tanto che i poteri dell'autorità giudiziaria in materia risultano assai ridotti>>.

[10] L'esperienza ha sicuramente arricchito il quadro di riferimento, consegnando all'attenzione ipotesi di concordati in procedure di l.c.a. non generate da una causale di insolvenza, laddove si può immaginare una ripresa del percorso fisiologico una volta accolta l'istanza di concordato con cui si immagina di sanare le irregolarità riscontrate.

[11] A chiare lettere, l'art. 135, con una previsione che estende dunque la sua valenza a tutte le procedure concordatarie, chiarisce che <<*il concordato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori all'apertura del fallimento , compresi quelli che non hanno presentato domanda di ammissione al passivo*>>.I creditori non potranno far valere pretese creditorie nei confronti del cessionario se non nei limiti della percentuale di soddisfazione riconosciuta in sede concordataria. La normativa appena richiamata si incrocia, per certi versi, con quella assicurata in tema di chiusura della procedura fallimentare, là dove l'art. 143 l.fall. prevede che <<*Il Tribunale, con il decreto di chiusura del fallimento o su ricorso del debitore…. dichiara inesigibili nei confronti del debitore già dichiarato fallito i debiti concorsuali non soddisfatti integralmente*>>.

sizione dettata dall'art. 214.

Si può enucleare il principio dell'inesigibilità delle pretese creditorie residue rispetto a quanto assicurato in sede concordataria o in sede di riparto finale, vuoi che tale inesigibilità sia frutto di una estinzione del credito sul piano sostanziale[12], vuoi che si tratti di mera vicenda processuale caratterizzata dalla privazione del diritto di azione[13].

Su altro versante (quello della tempistica con cui si fa valere la pretesa creditoria), si deve distinguere un primo fronte costituito ovviamente dai creditori pacificamente riconosciuti tali dal commissario (che li ha inseriti negli elenchi) nonché da coloro che hanno avanzato comunque la loro pretesa tardiva (ma comunque antecedente alla omologa)e dai creditori tempestivi, la cui posizione risulti contestata, ma che all'esito del giudizio riassunto nei confronti del proponente il concordato, vedano riconosciuto comunque il proprio credito in tutto o in parte. Per tutti costoro vale quanto sopra anticipato e cioè che il credito potrà essere soddisfatto in sede concordataria solo nella misura prevista.

Un secondo fronte è costituito, invece, da coloro i quali avanzano la loro pretesa creditoria dopo l'omologazione del concordato: costoro non potranno far valere il loro credito se non – al netto della falcidia da concordato - nei confronti dell'originario debitore, nel caso in cui proponente il concordato risulti un creditore o un terzo che, come normalmente avviene, abbia limitato la propria responsabilità oltre che in senso quantitativo (con riguardo alla misura riconosciuta in seno al concordato) anche in senso soggettivo, nei riguardi dei creditori noti prima dell'omologa.

* * *

Meritano di essere approfonditi alcuni profili che reagiscono sulla risposta al quesito posto alla mia attenzione, con particolare riguardo agli effetti sostanziali possibili a seconda della natura dei cessionari.

Il primo profilo concerne la responsabilità verso i creditori: qui si deve distinguere tra concordato su iniziativa del debitore o di terzi; nel primo caso, contrariamente a quanto ritenuto un tempo, anche nella liquidazione coatta amministrativa è possibile ipotizzare un ritorno *in bo-*

[12] E.NORELLI, Sub *Art. 143*, in *Codice commentato del Fallimento*, diretto da G.Lo Cascio, Ipsoa, 2008, p. 1316; ID., *L'esdebitazione del fallito*, in *Rivista dell'esecuzione forzata*, 2006, p. 721 ss; G. LO CASCIO, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, IV ed. , Milano, 2007, p. 854; A. BONSIGNORI, *Della cessazione della procedura fallimentare*, in *Commentario alla legge fallimentare*, a cura di Scialoja Branca, Bologna-Roma, 1977,p.417 ss.

[13] S. SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1996, p. 393; F. FERRARA, voce *Concordato fallimentare*, in *Enc.dir.*, Milano, 1961, p. 499 ss.; L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare. La nuova disciplina delle procedure concorsuali*, II Ed., Torino, 2007, p. 286.

nis dell'impresa assoggettata alla procedura[14].

Con riguardo all'onere concordatario, è indubbio che il concordato presentato dall'impresa in liquidazione coatta amministrativa deve prendere in considerazione tutti i creditori concorsuali[15], ivi inclusi quelli che non hanno fatto domanda di ammissione al passivo, ciò in forza dell'esplicito richiamo all'art. 135 l.fall. operato dall'art. 214 l. fall. nonché in attuazione del principio della *par condicio creditorum* che, anche in attuazione dell'art. 3 Cost., trova spazio parallelo in sede di disciplina della esdebitazione (v. art. 144 l.fall., là dove, rispetto ai creditori antecedenti all'apertura della procedura, l'esdebitazione ha effetto solo per l'eccedenza rispetto alla percentuale attribuita nel concorso ai creditori di pari grado).

Nel caso in cui il proponente il concordato sia soggetto diverso dall'impresa in liquidazione coatta amministrativa, occorre considerare che questi <<*non succede all'impresa assoggettata alla procedura ma alla massa*>>[16].

Con riguardo a questa seconda ipotesi, si è già fatto cenno al fatto che il proponente il concordato (diverso dal debitore insolvente) può, ai sensi dell'art. 124 l.fall. (esplicitamente richiamato oggi – a differenza del passato - dall'art. 214 l.fall.), limitare l'onere concordatario alla sola debitoria costituita dai debitori riconosciuti al passivo ovvero da quelli che – al tempo della proposta – avevano proposto opposizione o domanda di ammissione, con la conseguenza che per la debitoria non considera-

[14] V. ZANICHELLI, *I concordati giudiziali*, Utet, Torino, 2010, p. 542. In questa ipotesi, << *l'adempimento del concordato non comporta l'estinzione della società (se l'ente sottoposto a procedura ha struttura societaria) se le norme dettate per le singole imprese permettono la prosecuzione dell'attività una volta estinti i debiti*>>: così, F. PLATANIA, Sub *Art. 214*, in *Codice commentato del Fallimento*, diretto da G. Lo Cascio, Ipsoa, 2008, p. 1755, il quale aggiunge: << *Se, invece, accade come per le banche, le assicurazioni e per gli enti finanziari le relative norme non consentono la prosecuzione dell'attività senza il mantenimento della relativa autorizzazione amministrativa (definitivamente revocata per effetto dell'apertura della procedura) la prosecuzione dell'attività è subordinata al cambiamento dell'oggetto sociale. In ogni caso, qualunque sia l'originaria attività svolta dall'ente sottoposto a liquidazione coatta, la ripresa dell'attività economica è subordinata al rispetto delle particolari norme dettate per le singole strutture dell'impresa. Le società di capitali devono ricostituire il capitale sociale (almeno nella misura minima prevista dalla legge) e le cooperative devono comunque rispettare le condizioni relative al numero minimo dei soci ed alla ricostituzione del capitale la cui mancanza costituisce ai sensi dell'art.2545 c.c. causa di scioglimento. Ovviamente ai soci è possibile procedere alla trasformazione della società (anche di quelle cooperative nel rispetto delle disposizioni dell'art. 2545decies e 2545undecies c.c.), anche in società di persone*>>.

[15] A. DI IULIO, *Il nuovo concordato coattivo*, in*Trattato delle procedure concorsuali*, a cura di Ghia, Piccininni e Severini, Utet, vol. V *L'amministrazione straordinaria e la liquidazione coatta amministrativa*, 2011, p. 733.

[16] V. ZANICHELLI, *I concordati giudiziali*, Utet, Torino, 2010, p. 542.

ta continuerà a rispondere la cooperativa ammessa alla procedura di liquidazione coatta amministrativa.

Alla luce di queste considerazioni, l'autorità amministrativa competente in materia di vigilanza potrebbe non approvare la proposta di concordato proprio al fine di evitare che l'impresa tornata *in bonis* torni a collassare sotto il peso dei debiti non considerati in sede concordataria[17].

In altri termini, l'alea concordataria è differente a seconda che proponente il concordato sia il soggetto attratto nella procedura di liquidazione coatta amministrativa o un terzo. Fin qui notazioni concernenti il passivo.

Un secondo profilo di interesse è costituito dalle modalità di acquisizione dell'attivo. E' necessario premettere al riguardo che oggi viene concesso ampio spazio all'autonomia privata, il che spiega innanzitutto come è rimesso al contenuto della proposta la possibilità che al trasferimento dei beni a favore del proponente il concordato possa provvedere anticipatamente lo stesso commissario, anche se il negozio di trasferimento sarà ovviamente corredato da condizione sospensiva che subordina l'efficacia alla verifica dell'avvenuta esecuzione degli obblighi concordatari consacrata in apposito decreto.

Qualora la proposta non contempli l'esecuzione anticipata, questa potrà essere ovviamente collegata al decreto di omologazione[18] oppure <<*nel caso in cui ….la proposta non provenisse dall'imprenditore ma da un creditore o un terzo e comportasse il trasferimento al proponente dei beni il commissario liquidatore potrebbe avere un ruolo attivo se il trasferimento della proprietà non avvenisse per espressa previsione del provvedimento di omologa ma al liquidatore fosse demandato di prestarsi per i necessari atti traslativi*>>[19].

Un terzo profilo da indagare concerne l'ampiezza dell'attivo di cui può impossessarsi il proponente il concordato, con specifico riferimento agli esuberi derivanti dalle somme di cui avrebbero dovuto beneficiare i c.d. creditori irreperibili.

Di seguito l'indagine di dettaglio.

[17] V. ZANICHELLI, *I concordati giudiziali*, Utet, Torino, 2010, p. 535.

[18] Cass. civ., Sez.III, 13 aprile 2007, n. 8832, in *Giust.civ.*, Mass., 2007.

[19] V. ZANICHELLI, *I concordati giudiziali*, Utet, Torino, 2010, p. 547, il quale aggiunge: << Se invero la soluzione concordataria viene presentata dal terzo non in accordo con l'imprenditore non è ipotizzabile una sua spontanea collaborazione all'esecuzione. E' allora da ritenersi che la stessa proposta possa prevedere un intervento attivo del liquidatore, ovviamente nei limiti necessari per l'esecuzione del concordato, ipotesi questa che potrebbe divenire attuale anche in presenza di proposte di concordato complesse che prevedono, ad esempio, operazioni societarie non definibili con il decreto di omologazione>>.

6. *Il deposito delle somme destinate ai creditori contestati, condizionali e irreperibili.*

Ai sensi dell'art. 136 l.fall. <<*le somme spettanti ai creditori contestati, condizionali o irreperibili sono depositate nei modi stabiliti dal giudice delegato*>>.

L'espressione **"creditori contestati"** già in passato era stata intesa in senso ampio, quale comprensiva di tutti i creditori che <<*avessero una pendenza contenziosa con il fallimento, diretta al riconoscimento del proprio credito*>>[20].

La categoria è stata ampliata a seguito della recente modifica della disciplina del concordato fallimentare; il nuovo art. 124, ult. comma, 2° parte, l.fall. non consente al <<*proponente di escludere dai destinatari della proposta di concordato i creditori ammessi solo provvisoriamente, né quelli per i quali penda o un giudizio di opposizione avverso lo stato passivo o un procedimento di accertamento di domanda tardiva*>>[21].

I **"creditori condizionati"**sono quelli ammessi con riserva ai sensi dell'art. 96 l.fall. e per i quali l'art. 113 bis l. fall. prevede che <<*quando si verifica l'evento che ha determinato l'accoglimento di una domanda con riserva, su istanza del curatore o della parte interessata, il giudice delegato modifica lo stato passivo, con decreto, disponendo che la domanda deve intendersi accolta definitivamente*>>[22].

I **"creditori irreperibili"**sono individuati, a mente dell'art. 117 l. fall, in quei soggetti che non possono beneficiare della ripartizione finale in quanto non raggiungibili.

7. *La disciplina dei creditori irreperibili nella versione originaria dell'art. 117 l. fall.*

La vicenda dei creditori irreperibili si presenta come una vicenda patologica delle procedure concorsuali che solo di recente si è cercato di

[20] S. SANZO, Art. 136, in *Il nuovo diritto fallimentare. Commentario* diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, II, Torino, 2007, p. 2076.

[21] E. BERTACCHINI, *Art. 136*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di A. Nigro, M. Sandulli e V. Santoro, II, Torino, 2010, p. 1826, la quale aggiunge: << *Ciò determinerebbe un ampliamento della categoria dei creditori contestati, fino ad includervi, in considerazione delle nuove disposizioni in materia di formazione dello stato passivo, anche i creditori che abbiano subito una impugnazione della propria ammissione. Inoltre, se la proposta di concordato è stata formulata sulla base dell'elenco provvisorio sono da ricomprendere nella categoria dei creditori contestati anche coloro che non sono stati ammessi al voto*>>.

[22] Alla categoria dei crediti condizionati, autorevole magistrato aggiunge anche i crediti che possono essere fatti valere contro il fallito, solo previa escussione del debitore principale: E. NORELLI, *Il concordato fallimentare "riformato" e "corretto"*, in *judicium.it*, 10 marzo 2008, p. 8.

mitigare riducendo il più possibile i casi in questione: al fine di evitare che si possa moltiplicare all'inverosimile il novero dei soggetti irreperibili, il legislatore si è, infatti, premurato di precisare nell'art. 93 novellato della l.fall. che il ricorso per l'insinuazione al passivo, contiene, fra l'altro <<*5) l'indicazione del numero di telefax, l'indirizzo di posta elettronica o l'elezione di domicilio in un comune nel circondario ove ha sede il tribunale, ai fini delle successive comunicazioni. E' facoltà del creditore indicare, quale modalità di notificazione e di comunicazione, la trasmissione per posta elettronica o per telefax ed è onere dello stesso comunicare al curatore ogni variazione del domicilio o delle predette modalità*>>[23].

Prima della recente riforma della disciplina fallimentare, la spettanza delle somme già di pertinenza dei creditori irreperibili era chiaramente riferibile vuoi alla disciplina del fallimento che a quella del concordato[24].

Era pacifico che il fallito tornato *in bonis* e l'assuntore vantavano un diritto a rientrare nella disponibilità della somma depositata, che diveniva attuale al momento dell'inutile decorso del termine prescrizionale[25].

Nel merito si deve osservare che la disposizione originaria dell'art. 117, 3° comma, l. fall. affermava laconicamente che << *Per i creditori che non si presentano o sono irreperibili la somma dovuta è depositata presso un istituto di credito. Il certificato di deposito vale come quietanza*>>.

Era all'epoca indiscusso che le somme depositate dovessero essere intestate direttamente ai creditori irreperibili; a seguito di tale accadimento, l'istituto bancario rilasciava vera e propria quietanza a favore della procedura che così esauriva il suo compito con il successivo deposi-

[23] Sulla funzione di contenimento della patologia dei creditori irreperibili assolta dalla disciplina in questione, v. M.R. GROSSI, *La riforma della legge fallimentare*, Milano, 2007, p. 1592. Nel senso che <<*Detta disposizione, a ben vedere, appare dettata oltre che dalla necessità di far pervenire al creditore ogni comunicazione il più velocemente possibile, anche dall'esigenza di contenere ovvero di ridurre il più possibile, il numero degli eventuali creditori irreperibili*>>, L. GHIA – D. CIARDO, *Creditori irreperibili e conti dormienti*, in *Gli organi del fallimento e la liquidazione dell'attivo*, in *Trattato delle procedure concorsuali* a cura di Ghia, Piccininni e Severini, Utet, 2011, 3, p. 302.

[24] All'epoca, <<*in caso di mancata riscossione delle somme da parte dei legittimi creditori titolari, decorso il termine ordinario di prescrizione decennale previsto dall'art. 2946 c.c., le somme venivano incamerate dalle banche depositarie che vedevano definitivamente affluire nelle loro casse somme di terzi depositate solo a titolo temporaneo ovvero potevano essere legittimamente richieste dal fallito tornato in bonis*>> (L. GHIA – D. CIARDO, *Creditori irreperibili e conti dormienti*, cit., p. 302; v. anche p. 307).

[25] R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1974, p. 1927; A. BONSIGNORI, *Della cessazione della procedura fallimentare*, in *Commentario alla legge fallimentare*, a cura di Scialoja Branca, Bologna-Roma, 1977, § 4.; A. MAFFEI ALBERTI, *Art. 136*, in *Commentario breve alla Legge fallimentare*, Padova, 2000, p. 585 ss.

to presso la cancelleria del Tribunale di apposito verbale da parte del cancelliere che assicurava detta quietanza agli atti della procedura.

Si è giustamente osservato che <<*il deposito delle somme, pertanto, comportava quale logico corollario il trasferimento della disponibilità delle somme medesime dal fallimento a favore degli aventi diritto e, nel contempo, per l'effetto, la liberazione del fallimento da qualsivoglia obbligo e responsabilità atteso che così procedendo si creava un rapporto diretto ed esclusivo tra l'istituto depositario ed i creditori medesimi*>>[26].

La vicenda concorsuale si chiudeva pertanto senza preoccuparsi più di tanto circa la sorte finale delle somme depositate di cui finiva per giovarsi, in caso di mancato introito da parte dei beneficiari formali, la banca stessa (o il fallito tornato *in bonis*, che faceva valere apposita istanza nei confronti dell'istituto bancario).

8. *La disciplina dell'art. 117 dopo la riforma della legge fallimentare e la sua applicabilità al concordato fallimentare*

La nuova disciplina comporta un duplice ordine di novità:

1) la prima, chiaramente apprezzabile sulla base del testo letterale dell'art. 117 l.fall. che prevede nuovi beneficiari, rispetto a quelli prima individuati;

2) la seconda, correlata alla diversa *ratio* e al conseguente diverso trattamento da riconoscere alla procedure fallimentari rispetto a quelle concordatarie, che comporta un diverso ordine di beneficiari nelle due procedure [fallimentare da una parte e concordatarie (fallimentare e coattiva) dall'altra].

Con riguardo al primo profilo, di più semplice definizione, si deve evidenziare il riconoscimento incontrovertibile all'erario di un diritto, sia pure meramente residuale, che matura solo successivamente alla ripartizione finale operata in seno alla procedura fallimentare.

Il diritto in questione discende dalla modifica dell'art. 117 l.fall., quarto comma, introdotta dal d.lgs. 5/2006, che così approccia il tema: <<*Per i creditori che non si presentano o sono irreperibili le somme dovute sono nuovamente depositate presso l'ufficio postale o la banca già indicati ai sensi dell'art. 34. Decorsi cinque anni dal deposito, le somme non riscosse dagli aventi diritto e i relativi interessi, se non richieste da altri creditori, rimasti insoddisfatti, sono versati a cura del depositario all'entrata del bilancio dello Stato per esse-*

[26] L. GHIA – D. CIARDO, *Creditori irreperibili e conti dormienti*, cit. , p. 302.

re riassegnate, con decreti del Ministro dell'economia e delle finanze, ad apposita unità previsionale di base del Ministero della giustizia>>[27].

La destinazione degli esuberi all'erario concorre, però, con possibili iniziative recuperatorie ancora consentite ai creditori irreperibili, nell'ambito di nuova ed ultima procedura distributiva attivabile in sede extrafallimentare, secondo quanto previsto dall'ultimo comma dell'art. 117 l.fall., a mente del quale <<*Il giudice, anche se è intervenuta l'esdebitazione del fallito, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, su ricorso dei creditori rimasti insoddisfatti che abbiano presentato la richiesta di cui al quarto comma, dispone la distribuzione delle somme non riscosse in base all'art. 111 fra i soli richiedenti*>>.

Trattasi, dunque, di diritto che viene riconosciuto solo in via doppiamente subordinata, per l'ipotesi che:

a) si registrino creditori irreperibili rispetto alla ripartizione finale;

e che, anche dopo il decorso di un certo periodo da tale fase

b) non siano pervenute o siano pervenute solo alcune richieste di soddisfo ulteriore da parte di creditori ancora non pienamente soddisfatti.

La nuova disciplina individua quale oggettivo beneficiario di ultima istanza (per il caso che il beneficiario naturale non si giovi dei depositi) lo Stato piuttosto che le banche (o il fallito tornato *in bonis*).

La procedura introdotta di recente è stata oggetto di critiche su due distinti versanti.

Per un verso, si è osservato che la nuova disciplina comporta una sostanziale alterazione della *par condicio* favorendo solo i creditori insoddisfatti più attivi, che abbiano inoltrato espressa richiesta di essere soddisfatti secondo le modalità previste dall'art. 111.

Per altro verso, si è sottolineato che l'*input* operativo dato all'ente depositario di versare allo Stato le somme non incassate dai creditori al termine del quinquennio rischia di spingere i creditori insoddisfatti (i creditori irreperibili e quelli che non si sono presentati per la riscossione, pur essendo stati individuati[28]) ad <<*un'opera di continua sorveglianza delle somme depositate al fine di evitare l'incameramento delle stesse da parte dello Stato*>>[29],

[27] Il quinto comma del medesimo articolo aggiunge: << *Il giudice, anche se è intervenuta l'esdebitazione del fallito, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, su ricorso dei creditori rimasti insoddisfatti che abbiano presentato la richiesta di cui al quarto comma, dispone la distribuzione delle somme non riscosse in base all'art.111 fra i soli richiedenti*>>.

[28] Per questa specificazione, E. BRUSCHETTA, in A. DIDONE (a cura di), *Le riforme della legge fallimentare*, Utet, 2009, p. 1293.

[29] L. GHIA – D. CIARDO, *Creditori irreperibili e conti dormienti*, cit., p. 305; già critico sul punto, P. PERROTTI, sub Art. 117, cit., p. 1909; cui *adde*, più di recente, P. GENOVIVA, *La sorte*, cit. , p. 363.

sempre che non si assicuri spazio ad una tutela preventiva, ritenuta ben possibile da chi ha ritenuto ammissibile avanzare richieste per l'assegnazione delle somme già con la domanda di ammissione al passivo oltre che con istanze autonome successive[30].

Da ultimo, si può aggiungere che la nuova disciplina risulta, comunque, avara di specificazioni circa le concrete modalità di apprensione di dette somme da parte degli aventi diritto.

Vi è chi ritiene che sia necessario apposito ricorso al giudice[31] da parte del creditore interessato (o del curatore), facendo applicazione al caso di specie della disciplina degli accantonamenti; militerebbe in questa direzione l'espressione "giudice" anziché "giudice delegato"[32]oltre che la più generale considerazione che – secondo quanto sottolineato nella Relazione che accompagna la riforma fallimentare – nessun organo sopravviverebbe alla chiusura del fallimento[33]. Conseguente a tale impostazione è che dovrà essere incardinato un procedimento che dovrà rispettare le esigenze del contraddittorio (ritenuto necessario quantomeno con riguardo alla figure dei richiedenti la distribuzione, del fallito e del depositario banca o ufficio postale[34]).

[30] G. BOZZA, *La tutela dei diritti nella ripartizione dell'attivo*, in M. Fabiani – A. Patti (a cura di), *La tutela dei diritti nella riforma fallimentare, Scritti in onore di Giovanni Lo Cascio*, Milano, 2006, p. 205 ss.

[31] In ogni caso, trattasi di giudice ordinario e non di giudice fallimentare, in quanto <<*la relazione alla legge specifica che non vi è alcuna reviviscenza di qualsivoglia organo della procedura essendo ormai i medesimi decaduti ai sensi e per gli effetti dell'art. 120 l.fall., di talchè l'unico organo deputato a vigilare e verificare la legittimità o meno della richiesta del creditore non può che essere il giudice ordinario*>> (L. GHIA – D. CIARDO, *Creditori irreperibili e conti dormienti*, cit., p.303).

[32] In questo senso, ZOPPELLARI, *Ripartizione finale*, p. 578; CLEMENTE, *Ripartizione finale*, p. 724.

[33] Il richiamo alla Relazione viene valorizzato da E. BRUSCHETTA , *La ripartizione dell'attivo*, in A. DIDONE (a cura di) , *Le riforme della legge fallimentare*, Torino, 2009, p. 1293, nota 145, il quale tuttavia eccepisce, sub nota 143, che <<*vi sarebbe da dire che i casi in cui il giudice delegato sopravvive alla chiusura del fallimento sono numerosi; vedi, ad esempio ex art. 136 l. fall.*>>. Più in generale, sul tema, E. NORELLI, *La chiusura del fallimento*, in A. DIDONE (a cura di), *Le riforme della legge fallimentare*, Torino, 2009, p. 1324, il quale richiama la disposizione dell'art. 120 l.fall. (per il quale gli organi del fallimento decadono con la chiusura) ma evidenzia possibili casi di ultrattività, con riguardo alle ipotesi tipiche <<*nelle quali, gli organi fallimentari, pur cessati per ogni altra vicenda, sono chiamati a compiere determinate operazioni o attività o ad emettere determinati provvedimenti necessari al fine di "attuare gli effetti" della chiusura (arg. ex art. 119, 5° co., l.fall.), ovvero prescritti dalla legge per particolari finalità d' interesse pubblico*>> (in nota il riferimento va alla legittimazione del curatore nel procedimento di reclamo avverso la sentenza di fallimento ovvero nell'eventuale successivo giudizio di Cassazione).

[34] MIELE, *Ripartizione finale*, p. 396; E. BRUSCHETTA, *La ripartizione dell'attivo*, cit., p. 1293.

Vi è,tuttavia, chi ritiene che accanto a questo percorso principale la prassi possa legittimarne altro, caratterizzato da minore formalismo, che consenta al depositario, opportunamente sollecitato dall'interessato, di provvedere senz'altro al relativo pagamento[35].

* * *

Prima di arrivare alle conclusioni, occorre ricostruire il modello concordatario delineato in sede di procedura fallimentare, modello che costituisce, come prima anticipato, il paradigma su cui è fondata la procedura di concordato coattivo, anche in ragione dell'esplicito richiamo all'art. 124 l.fall. presente nell'art. 234 l.fall, dedicato al concordato nella liquidazione coatta amministrativa.

Si tratta di capire, in primo luogo, se la disciplina degli esuberi di cui all'art. 117 l.fall. possa essere automaticamente estesa al concordato fallimentare: il nodo deve essere sciolto, innanzitutto, con riguardo al raccordo corrente tra l'art. 136 l.fall. e l'art. 117 l.fall. riformato.

Su questo specifico terreno valgono innanzitutto le conclusioni cui si è pervenuti in precedenza, a mente delle quali nel concordato fallimentare i creditori – a differenza di quanto avviene nella procedura fallimentare ordinaria, che consente riparti supplementari – possono reclamare solo le percentuali pattuite, nel mentre i c.d. esuberi dovrebbero essere di pertinenza dell'ex fallito, dell'assuntore o del garante o del terzo proponente il concordato[36].

Con specifico riguardo alla disciplina dettata dall'art. 136 l.fall., si può osservare che questa trova una sua peculiarità nel fatto che in sede concordataria il deposito, anche in conformità della proposta concordataria, può essere disposto in vari modi, potendosi ammettere anche la prestazione di cauzione a mezzo fideiussione[37]; nel caso in cui il giudice disponga diversamente suggerendo il deposito nelle forme note dell'art. 117, le somme relative anziché essere depositate a nome degli irreperibili (come avveniva in precedenza) saranno versate a nome della procedura presso l'ufficio postale o la banca prescelta (tale deposito non equivale a quietanza, a causa della modifica legislativa che ha eliminato l'inciso in questione dall'art. 117 l.fall.): in tutti e due i casi sopra delineati si impedisce in concreto alle somme di finire al di fuori dell'alveo del-

[35] In quest'ultimo senso, P. PERROTTI, *Art. 117 l.fall.*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, *Commentario* diretto da Jorio e coordinato da Fabiani, Bologna, 2007, p. 1909.

[36] Così, P. GENOVIVA, *La sorte delle somme relitte dai creditori irreperibili tra vecchio e nuovo rito fallimentare*, ne *Il fallimento*, 2009, p. 364; *Sub Art. 136*, in AA. VV., *Codice commentato del fallimento*, diretto da G. Lo Cascio, p. 1271.

[37] L. GUGLIELMUCCI, *L'esecuzione del concordato fallimentare*, ne *Il fallimento*, 1989, p. 198.

l'attivo concordatario.

Operati questi primi chiarimenti si deve necessariamente rinviare ad una fase successiva l'indagine circa l'ulteriore raccordo con la normativa dettata dall'art. 2 L. 181/2008.

Solo in quella occasione sarà possibile, infatti, accertare definitivamente se l'art.117 l.fall. detti, in ordine agli esuberi in discussione, una disciplina insensibile alle ragioni degli interessati all'attivo concordatario.

L'indagine da effettuare al riguardo dovrà tener conto – come si è anticipato – sia delle ragioni di interesse pubblico più generale che portano a far prevalere l'interesse pubblico all'acquisizione delle somme *de quibus* da parte dell'amministrazione dell'erario, sia delle ragioni private ma di interesse collettivo (come si è prima specificato).

Innanzitutto, come si è visto, le ragioni di bilancio statale appena evidenziate devono fare i conti con altra destinazione di pubblico interesse, pure individuata dal legislatore, per l'ipotesi che la liquidazione coatta amministrativa concerna le società cooperative.

Occorre, poi, considerare che – per le ragioni sopra individuate – le procedure concordatarie si raccordano a ragioni di efficienza di mercato che considerano conveniente e di più generale interesse che il soggetto insolvente o il creditore attivo o un terzo possano intraprendere iniziative fruttuose ad un tempo per il proponente (che fa proprio l'attivo della procedura), per gli altri creditori (che realizzano i crediti in tempi più certi e veloci) e per il mercato(che si avvantaggia della riammissione nel circuito dell'azienda ovvero dei suoi *assets*).

I nuovi protagonisti che si affacciano nelle procedure concordatarie sono spinti dalla molla del vantaggio economico costituito dal far proprio l'attivo, quale che ne sia l'entità effettiva; corrono un'alea con i vantaggi e gli svantaggi annessi ed hanno interesse ad annoverare tra i primi gli esuberi già spettanti ai creditori irreperibili.

Si tratta di capire, a questo punto, se questi interessi, concorrono e quindi sono destinati a soccombere rispetto all' interesse erariale contrastante.

9. *Attribuzione degli esuberi ai fondi mutualistici in caso di chiusura ordinaria delle procedure di liquidazione coatta amministrativa concernenti società cooperative*

Con il **primo quesito** si chiede di sapere se << *il citato art. 8, 1° comma, della L. 17 luglio 1975, n. 400 deroghi alla disciplina generale e quindi l'assuntore di un concordato ex art. 214, diversamente da quello di un concordato fallimentare, pur estinguendo con l'omologa un debito proprio, decorso il termine prescrizionale non può rientrare nella disponibilità delle proprie somme,*

ma deve comunque devolverle ai fini della l. 400/75, cioè distribuirle ai fondi mutualistici>>.

La lunga disamina che precede può aiutare ad assicurare risposta al quesito appena esposto, partendo da un punto preliminare che trova la sua giustificazione in altri luoghi di questo parere: ci si riferisce alla peculiarità delle procedure concordatarie (sia che risultino incardinate in procedure fallimentari sia che risultino inserite in procedure di liquidazione coatta amministrativa).

Escludendo, per il momento, in ragione di quanto appena rilevato, l'orizzonte specifico delle procedure concordatarie, si può ben dire che è possibile delimitare le sfere di applicazione, da un canto, della disciplina dettata dall'art. 117 l.fall. (e dall'art. 2 della legge 181/2008) e, dall'altro, di quella prevista dalla legge 400/1975.

Un volta delimitato il primo orizzonte di indagine alle procedure di liquidazione coatta amministrativa di carattere non concordatario, la risposta si presenta dunque semplice: se la liquidazione coatta amministrativa concerne le società cooperative si applicherà la normativa specificamente prevista dall'art. 8, primo comma, l.400/1975; in caso di liquidazione coatta amministrativa concernente altre entità, si applicherà la diversa disciplina dettata dall'art. 117 l.fall. (e dall'art. 2 della legge 181/2008).

Per la liquidazione coatta delle società cooperative, gli esuberi derivanti dal mancato pagamento dei creditori irreperibili tornerà a vantaggio dei fondi mutualistici ma è un vantaggio che si può registrare solo in sede di "***chiusura*** (per così dire, ordinaria) "***delle procedure di liquidazione degli enti cooperativi***": quest'ultima espressione che ricorre alla lettera nell'art. 8, primo comma, della legge 400/1975 è da ritenersi propriamente riferibile solo a procedure concorsuali coattive di carattere liquidatorio ordinario, con esclusione di procedure di liquidazione coatta amministrativa che si chiudono, viceversa, con un concordato coattivo.

Milita a favore di questa conclusione innanzitutto il dettato letterale dell'art. 8, 1° comma, della legge n. 400/1975 (che fa riferimento per l'appunto alla *chiusura delle procedure di liquidazione*) né altri elementi possono ritrarsi in senso contrario dalle altre norme collocate in sede codicistica che si connotano come speciali, in quanto dedicate a fattispecie assolutamente estranee a quelle di cui qui ci si occupa: vedasi la devoluzione ai Fondi mutualistici prevista dall'art. 2514 lett.d) per l'ipotesi di scioglimento dell'ente cooperativo e dall'art. 2545 undecies, per l'ipotesi di trasformazione in società commerciali delle cooperative a mutualità non prevalente. Ragioni ancora più forti discendono da una lettura sistematica ispirata ai valori costituzionali che consenta di assicurare adeguato spazio alla c.d. *ratio legis*, come si dirà fra breve.

10. *Chiusura ordinaria e chiusura concordataria nella liquidazione coatta amministrativa. Mancanza di giusta causa di attribuzione ai fondi mutualistici degli esuberi in caso di chiusura concordataria delle l.c.a. delle cooperative*

A ben vedere, alla luce di quanto chiarito in precedenza, è oggi evidente un *favor legis* per soluzioni concordatarie coattive promosse da terzi o da creditori, che consentano di riattivare le aziende insolventi o comunque di reimmettere nel circuito gli *assets* aziendali, in linea con il principio affermato dall'art. 45 Cost. (per il quale << *la legge … promuove e favorisce l'incremento*>> *della cooperazione*>>).

Nel caso di soluzione meramente liquidatoria, il *favor* per la riattivazione aziendale è indiretto: il beneficio arriva ai fondi mutualistici e da questi arriverà ad altre cooperative.

Nel caso di soluzione concordataria la normativa costituzionale che presidia i rapporti socio-economici trova una più diretta applicazione.

Può verificarsi, in primo luogo, che si dia luogo ad una attuazione più efficace dello stesso art. 45 Cost.: il *favor* per la riattivazione aziendale, in questo caso, risulta diretto e il beneficio delle somme non riscosse (comunque facenti parte dell'attivo concordatario) potrebbe arrivare proprio a colui il quale potrebbe essere l'artefice del riavvio o comunque il portatore di dinamiche positive per la reimmissione sul mercato di quel che resta della vecchia azienda cooperativa[38].

Il concordato coattivo svolge, come si specifica in altro luogo di questo lavoro, anche altre positive funzioni anch'esse meritevoli di apprezzamento con riguardo ai valori costituzionali.

Queste funzioni restano spesso in ombra in quanto finisce per prevalere la luce forte che caratterizza l'esperienza concordataria come una esperienza che, in generale, si candida, nei limiti del possibile, a salvaguardare aziende e/o asset aziendali.

Già in quelle vicende, e massimamente in ipotesi in cui resta possibile solo una gestione di tipo liquidatorio, il concordato coattivo si segnala per altre funzionalità in grado di restituire preminenza a questa opzione rispetto all'alternativa liquidatoria ordinaria: le due funzioni cui ci si riferisce sono quella relativa alla capacità di velocizzare la definizione delle procedure e quella relativa all'efficacia nello smobilizzare i crediti, efficacia che consente di reimmettere sul mercato risorse finanzia-

[38] Qui il *favor legis* è orientato a vantaggio non già di un generale interesse collettivo alla salvaguardia del fenomeno cooperativo, ma a tutela di un interesse più specifico volto a riattivare la cooperativa insolvente ovvero a recuperarne gli *assets*.

rie altrimenti immobilizzate (sia pure temporaneamente).

Nel caso di liquidazione affidata ad una soluzione concordataria si sollecitano nuove dinamiche ed iniziative individuali: si affacciano sul proscenio soggetti creditori nella nuova veste di promotori o addirittura soggetti terzi fin lì estranei all'esperienza cooperativa e a quella liquidatoria ordinaria.

In altri termini, anche nell'ipotesi del concordato meramente liquidatorio emerge una positivo apprezzamento dell'iniziativa individuale, questa volta indirizzato non già a rigenerare un'esperienza cooperativa bensì a condurre una iniziativa economica individuale che non solo non contrasta con l'utilità sociale ma è addirittura coerente con più generali esigenza di crescita civile ed economica: in questa prospettiva il *favor* per la soluzione concordataria coattiva liquidatoria può trovare sponda nei valori affermati dall'art. 41 Cost..

In conclusione, la normativa dettata dall'art. 8, 1° comma, l. 400/75 per la chiusura della liquidazione delle cooperative in liquidazione coatta amministrativa è fuori luogo in materia di concordato coattivo a carattere liquidatorio vuoi perché con riguardo all'art. 45 il *favor* indiretto cede il passo a quello indiretto, vuoi perché, in assenza di spazio per l'attuazione dell'art. 45 Cost., trova comunque attuazione l'affermazione dei valori costituzionali testimoniati dall'art. 41 Cost.

11. *Applicabilità alla procedura fallimentare e concordataria della normativa che attribuisce gli esuberi al Fondo unico di giustizia. Due ipotesi di pari valenza nella composizione del conflitto tra gli interessi tra erario e interessati all'attivo concordatario*

Nella parte finale del quesito posto sub 2, si individuano due elementi potenzialmente ostativi alla riconduzione degli esuberi rinvenienti dalle somme messe a suo tempo a disposizione dei creditori irreperibili: l'art. 117 l. fall. (sopra descritto in dettaglio) e l'art. 2, 2° comma, lettera c-bis d.l. 16 settembre 2008, n. 143.

La legge 13 novembre 2008[39], all'art. 2 (dedicato al "Fondo unico giustizia"), secondo comma, prevede che <<*rientrano nel "Fondo unico giustizia", con i relativi interessi, le somme di denaro ovvero i proventi:…….c-bis) depositati presso Poste Italiane S.p.A., banche e altri operatori finanziari,*

[39] La legge è così intitolata: *"Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 16 settembre 2008, n. 143, recante interventi urgenti in materia di funzionalità del sistema giudiziario"* (Gazz. Uff. n. 268 del 15 novembre 2008).

in relazione a procedimenti civili di cognizione, esecutivi o speciali, non riscossi o non reclamati dagli aventi diritto entro cinque anni dalla data in cui il procedimento si è estinto o è stato comunque definito o è divenuta definitiva l'ordinanza di assegnazione, di distribuzione o di approvazione del progetto di distribuzione ovvero, in caso di opposizione, dal passaggio in giudicato della sentenza che definisce la controversia; c-ter) di cui all'art. 117, quarto comma, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, come sostituito dall'art. 107 del decreto legislativo 9 gennaio 2006, n. 5>>.

La disposizione in parola chiarisce, superando le incertezze che potrebbero altrimenti generarsi, che l'art. 117 l. fall. (cui è dedicato la lettera C-ter dell'art. 2, 2° comma) gode di una sua autonomia rispetto al disposto più generale dettato dalla lettera C-bis dello stesso secondo comma.

Le procedure concorsuali, pur rientrando a pieno titolo tra i *"procedimenti civili…..esecutivi"* di cui è parola nella lettera C-bis, hanno meritato all'evidenza un richiamo specifico che si giustifica per la peculiarità del caso.

A ciò aggiungasi che il decreto legge 16 settembre 2008, n.143 (conv. nella legge 181/2008 cit.) ha modificato nella sostanza ma non nella forma la parte finale del quarto comma dell'art. 117 l.fall., laddove si consideri che mentre quest'ultimo testo destinava le risorse così reperite dall'erario unicamente allo stato di previsione del Ministero della Giustizia, la previsione dell'art. 2, comma 7-ter, della legge 181/2008, le assegna a quest'ultimo solo *pro quota*, sia pure assicurando una priorità relativa alla quota destinata all'amministrazione della giustizia.

Aggiungasi altresì che non risulta modificato né nella forma né nella sostanza, l'art. 117, quarto comma , l.fall., per quel che concerne l'inciso: <<*se non richieste da altri creditori, rimasti insoddisfatti*>>, su cui ci soffermeremo più avanti.

Si deve altresì convenire preliminarmente che la disciplina disposta in via generale *"per i procedimenti civili di cognizione, esecutivi o speciali"*, sicuramente ricomprende nel proprio seno anche le procedure concorsuali; la presenza di normativa di dettaglio in sede fallimentare (il riferimento è agli artt. 117, quarto comma, e 136 l.fall.), non dovrebbe essere configgente con la normativa più generale ora richiamata, in quanto quest'ultima, così come definitivamente modificata dalla l. 13 dicembre 2008, n. 181, ha precisato che l'applicazione si dirige anche in direzione dell'art.117 l.fall. ma omette uno specifico riferimento all'art. 136 l.fall., che si preoccupa –come noto – dello specifico procedimento del concordato fallimentare.

L'omissione di per sé non risulta decisiva, in quanto il tenore dell'espressione utilizzata nella lettera c-bis dell'art. 2, secondo comma, L.

181/2008 è tale da poter agevolmente ricomprendere nel proprio seno anche le procedure concordatarie.

Ciò premesso, si affronteranno di seguito partitamente i due potenziali ostacoli appena individuati, ostacoli che – si può anticipare - non si rivelano sempre insuperabili, come si dirà di seguito.

12. ***Giusta causa di attribuzione degli esuberi all'erario e onere a carico dei creditori proponenti in caso di procedure concordatarie fallimentari o coattive ai sensi dell'art. 117 l.fall.***

Alla luce dei rilievi che precedono, si può ora concentrare l'attenzione sul cuore del problema in esame.

Si ribadisce preliminarmente che manca una specifica previsione che preveda il destino degli esuberi in materia di concordato coattivo.

Si deve osservare che l'art. 214, che si occupa del concordato coattivo, non si limita a richiamare esplicitamente, nella parte finale, gli artt. 129, 130,131 e 135 l.fall. ma chiarisce, al primo comma, che è possibile proporre in seno alla liquidazione coatta amministrativa un concordato, a norma dell'art. 124 l.fall., richiamando così – salvo le variazioni sul tema dettate dalla peculiarità della procedura coattiva – l'intera disciplina concordataria fallimentare.

Quanto a quest'ultima, i punti di riferimento che ci riguardano in questa sede sono costituiti esclusivamente da due disposizioni dettate in materia fallimentare: l'art. 117 (che riguarda la *"Ripartizione finale"*) e l'art. 136 (che riguarda l' *"Esecuzione del concordato"* fallimentare), che – se dovesse prendersi in seria considerazione l'idea di un microsistema concernente la disciplina concorsuale (che comprenda la procedura fallimentare e quella della liquidazione coatta amministrativa) - possono costituire norme cardine del microsistema sopra delineato, consentendo l'applicazione analogica al concordato coattivo di tali previsioni.

Qualora dovesse opinarsi diversamente, nel senso di non assegnare credito all'idea di un vero e proprio microsistema concorsuale, ci sarebbe spazio solo per l'*analogia iuris*.

Si deve avvertire, comunque, che l'applicazione della disciplina dettata dall'art. 117, 4° comma, l. fall. alle ipotesi di concordato fallimentare e/o di concordato coattivo deve essere praticata *cum grano salis*.

L'estensione della disciplina dettata dal quarto comma dell'art. 117 l.fall. ai concordati (fallimentare e coattivo) comporterebbe, in primo luogo, un ingiusto sacrificio delle ragioni dell'assuntore che vedrebbe limitata *ab externo* la sua posizione: l'applicazione dell'art. 117, 4° comma, si risolverebbe innanzitutto <<*in danno dell'assuntore il quale, fino a quando*

il creditore concorrente non riscuote le somme accantonate, ne è proprietario ed ha pertanto diritto di tornare in possesso laddove sia decorso inutilmente il termine di prescrizione>>[40].

Si è aggiunto anche che l'attribuzione all'erario potrebbe procurare altresì, in secondo luogo, un sacrificio ingiustificato della stessa posizione dei creditori irreperibili, come sottolineato da chi ha precisato che i diritti di questi ultimi non potrebbero essere compressi in assenza di previsione di legge e che, comunque, sarebbero soggetti a prescrizione decennale[41].

Queste considerazioni, pur meritorie in quanto cercano di evitare una conseguenza deleteria (il pregiudizio della posizione del proponente il concordato o dell'assuntore cui spetta, di regola, l'attivo nella sua interezza), non sono tuttavia pienamente condivisibili.

Non convince, in primo luogo, la conseguenza cui porta l'approccio appena descritto in merito alla stabilità delle situazioni giuridiche conseguenti alla chiusura della procedura, che porterebbe a distinguere tra una stabilità raggiungibile a breve (nel quinquennio) in sede fallimentare e una stabilità raggiungibile con soluzioni concordatarie solo nel decennio.

Si deve quindi evitare una ricostruzione d'insieme del sistema normativo che, per evitare danni agli assuntori, accetti una situazione di instabilità ingiustificata delle posizioni creditorie per il periodo che corre dalla fine del quinto anno a fine decennio, che potrebbe reagire negativamente sulla stessa appetibilità della soluzione concordataria oltre che comportare impostazioni di principio autoreferenziali.

L'attribuzione degli esuberi è oggi disciplinata in modo non esplicitamente unitario ma – come si è anticipato – è possibile prefigurare una disciplina unitaria informata agli stessi principi; così stando le cose, è pur sempre possibile definire una disciplina coerente, assegnando il giusto ruolo a ciascuna previsione pertinente.

E' bene chiarire che l'attribuzione degli esuberi non costituisce un mero esercizio esegetico ma richiede anche una visione d'insieme dei processi riformatori e delle ragioni sottostanti oltre che un saldo ancoraggio ai principi civilistici concernenti la sussistenza di una giusta causa di attribuzione idonea a giustificare la traslazione di ricchezze.

[40] L. GHIA – D. CIARDO, *Creditori irreperibili e conti dormienti*, cit., p.307 s.

[41] L. GHIA – D. CIARDO, *Creditori irreperibili e conti dormienti*, cit., p.307 s.: <<*si avrebbe da parte dell'erario una illegittima espropriazione delle somme destinate ai creditori irreperibili nel concordato fallimentare in assenza di una specifica legge in tal senso. L'applicazione di tale norma, peraltro, andrebbe … in danno del creditore irreperibile il quale avrebbe diritto di riscuotere le somme ad esso assegnate almeno fintantoché il suo diritto non si è prescritto e, quindi, entro il termine decennale di cui all'art. 2946 c.c. e non entro il termine quinquennale di cui all'art. 117,4° co., l. fall.*>>.

Né è ipotizzabile, tuttavia, che in nome di questi ultimi principi possa predicarsi una soluzione meramente equitativa, in quanto risulta ben possibile applicare in via analogica al concordato fallimentare e, per questa via, al concordato coattivo, la disposizione dettata dall'art. 117 l.fall.

Il ricorso all'*analogia legis* è senz'altro avallata, anche alla luce di quanto rappresentato nella prima parte del lavoro, dalla similitudine tra la fattispecie concordataria fallimentare e quella del concordato coattivo che, per questo aspetto almeno, non solo non denunciano situazioni di incompatibilità ma propongono all'attenzione un esplicito raccordo (v. l'esplicito richiamo nell'art. 214 alla procedura di concordato fallimentare).

Il vero problema sembra trovarsi più a monte, nel delineare la disciplina più appropriata da assegnare al trattamento degli esuberi in seno al concordato fallimentare (dal che discenderà – alla luce di quanto anticipato - anche una coerente estensione al concordato coattivo).

La soluzione equilibrata ricercata può essere rintracciata grazie ad una rilettura del quarto comma dell'art. 117 l.fall. (per la parte di seguito richiamata: << *le somme non riscosse dagli aventi diritto…**se non richieste da altri creditori**….. sono versate a cura del depositario all'entrata del bilancio dello Stato*>>).

Già in precedenza avevamo richiamato l'attenzione sull'inciso riportato in grassetto nel testo di legge che precede.

L'inciso, alla luce della recente riforma della materia fallimentare, che consente la proposizione del concordato coattivo anche al creditore o a un terzo, consente di argomentare nel senso che tra i creditori da soddisfare potrebbe figurare lo stesso proponente il concordato, il quale, in coerenza con la proposta concordataria, potrebbe reclamare naturalmente la volontà di far proprio il residuo attivo costituito dalle somme accantonate, depositate e non riscosse; si tratta di una interpretazione estensiva del dettato letterale dell'art. 117 l.fall., lettura consentita – come noto – allorquando si riesce ad attribuire all'espressione normativa un significato che va oltre il nucleo semantico centrale e si estende fino ai limiti massimi consentiti dall'uso linguistico generale[42]: nel caso che ci occupa, l'espressione *"creditori da soddisfare"* potrebbe identificare, per l'appunto, non solo i creditori della massa da soddisfare ma anche i *"creditori (proponenti il concordato) da soddisfare"*, categoria che costituisce null'altro che un sottoinsieme della prima.

Per coerenza con la parte restante dell'art. 117, quarto comma, l.fall., si deve precisare che il riconoscimento degli esuberi al creditore propo-

[42] Cass. civ. n. 9205/1999 e Cass. civ. n. 10588/1998.

nente non è automatico ma consegue all'esercizio di un vero e proprio onere. Si tratta di interpretazione obbligata dal periodo ipotetico in cui si inserisce l'espressione prima esaminata: "se non richieste…. sono versate a cura del depositario all'entrata del bilancio dello Stato"; in caso di mancata attivazione, il destino delle somme sarebbe quello indicato dal quarto comma e il beneficiario finale sarebbe lo Stato.

13. *Giusta causa di attribuzione degli esuberi all'erario e onere a carico dei c.d. "aventi diritto" in caso di procedure concordatarie fallimentari o coattive ai sensi dell'art. 2 L. 181/2008*

La legge 13 novembre 2008[43], all'art. 2 (dedicato al "Fondo unico giustizia"), secondo comma, prevede che <<*rientrano nel "Fondo unico giustizia", con i relativi interessi, le somme di denaro ovvero i proventi:…….c-bis) depositati presso Poste Italiane S.p.A., banche e altri operatori finanziari, in relazione a procedimenti civili di cognizione, esecutivi o speciali, non riscossi o* ***non reclamati*** *dagli aventi diritto entro cinque anni dalla data in cui il procedimento si è estinto o è stato comunque definito o è divenuta definitiva l'ordinanza di assegnazione, di distribuzione o di approvazione del progetto di distribuzione ovvero, in caso di opposizione, dal passaggio in giudicato della sentenza che definisce la controversia; c-ter) di cui all'art. 117, quarto comma, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, come sostituito dall'art. 107 del decreto legislativo 9 gennaio 2006, n. 5*>>.

Si è evidenziata in grassetto la parte del testo di legge che lascia spazio alla soluzione del problema in linea con le esigenze già più volte richiamate.

Altro studioso, che ha approfondito il tema, si è espresso nel senso che <<anche nel caso delle somme relitte nella fase esecutiva del concordato fallimentare dai creditori irreperibili, condizionali o "contestati, le stesse debbano essere "reclamate" dal proponente il concordato a titolo di restituzione nel termine di decadenza di cinque anni>>[44].

La conclusione sembra condivisibile nell'intento ma eccessiva negli esiti: eccessiva in quanto non delimita l'area dei soggetti legittimati a reclamare gli esuberi.

In conformità a quanto anticipato con riguardo alla disciplina del-

[43] La legge è così intitolata: *"Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 16 settembre 2008, n. 143, recante interventi urgenti in materia di funzionalità del sistema giudiziario"* (Gazz. Uff. n. 268 del 15 novembre 2008).

[44] P. GENOVIVA, *La sorte*, cit. , p. 364.

l'art. 117 l.fall., ci sembra che non possa ricomprendersi in tale area di legittimati il soggetto insolvente, sia per ragioni di opportunità che per ragioni di sistema.

La collocazione in unico contesto (quello dell'art. 2 L. 13 novembre 2008 n. 181) dell'ipotesi delineata dalla lettera c-bis (riferita a tutti i procedimenti civili esecutivi, comprese le procedure fallimentari e concordatarie) e di quella tracciata dalla lettera c-ter (riferita alle procedure fallimentari, che fungono da modello per il concordato fallimentare, come si è visto) non può risultare indifferente, cosicchè i soli legittimati a reclamare le somme de quibus sono solo i creditori e i terzi con esclusione del soggetto insolvente.

Così precisati i termini dei legittimati, si deve ora ribadire che costoro per far prevalere il proprio interesse su quello erariale, debbono far valere il reclamo nel termine decadenziale previsto, altrimenti prevale l'interesse contrario.

14. *Prescrizione dei diritti dei creditori irreperibili*

Operate le precisazioni che precedono, si può ora meglio affrontare il tema residuo concernente la prescrizione dei diritti dei creditori irreperibili, al fine di comprendere se il proponente il concordato può rientrare nella disponibilità delle proprie somme destinate ai creditori irreperibili dopo cinque anni ovvero dopo l'ordinario termine prescrizionale di dieci.

Si deve ovviamente tener conto al riguardo delle diverse normative in campo ma soprattutto si deve verificare l'incidenza dell'art. 2, 2° comma, lettera C-bis, del D.l. 16 settembre 2008, n. 143 che statuisce che sono destinate al fondo di giustizia i proventi "*depositati presso Poste Italiane S.p.A., banche e altri operatori finanziari, in relazione a procedimenti civili di cognizione, esecutivi o speciali, non riscossi o non reclamati dagli aventi diritto entro cinque anni dalla data in cui il procedimento si è estinto o è stato comunque definito o è divenuta definitiva l'ordinanza di assegnazione, di distribuzione o di approvazione del progetto di distribuzione ovvero, in caso di opposizione, dal passaggio in giudicato della sentenza che definisce la controversia*".

Si è già in precedenza fatto riferimento – sia pure con riguardo al diverso profilo costituito dall'incameramento da parte dell'erario - all'opinione dottrinale di chi ha paventato l'idea che la "prescrizione breve" non poteva applicarsi a vantaggio del Fondo di Giustizia in assenza di specifica disposizione di legge in materia concordataria.

A ciò aggiungasi che la disciplina della prescrizione – come noto – risulta inderogabile dall'autonomia privata, costituendo la sua disciplina parte del c.d. ordine pubblico interno, del che è espressione la chia-

ra previsione dell'art. 2936 c.c., che precisa che <<*E' nullo ogni patto diretto a modificare la disciplina legale della prescrizione*>>.

In questa prospettiva risulta ben chiaro che non potrà essere il piano concordatario a costituire la sede per assicurare certezza alla vicenda che ci occupa, nel senso che una eventuale precisazione in tal senso nel patto non avrebbe di per sé la forza di derogare alla normativa inderogabile appena richiamata.

Ovviamente la precisazione avrebbe diritto di cittadinanza qualora per altre vie (ad oggi insussistenti) si arrivasse alla conclusione che il periodo quinquennale è periodo da considerare in sede concordataria quale periodo prescrizionale di riferimento.

A ben vedere, il periodo quinquennale trova giustificazione, in generale, per tutti gli accantonamenti disposti in seno a procedimenti civili di cognizione, esecutivi o speciali e se ne può avvantaggiare sia il fondo di giustizia che i creditori e i terzi proponenti il concordato, per quel che concerne la previsione dettata dall'art. 2,2° comma, lettere C-bis e C-ter, del D.l.16 settembre 2008, n. 143.

Si tratta – come si è anticipato – di normativa che è sicuramente applicabile alla vicenda concordataria per le ragioni tutte esposte in precedenza, là dove abbiamo ben chiarito che il modello del concordato fallimentare funge da paradigma anche per i concordati coattivi.

Anche se la distinzione tra l'istituto della prescrizione e quello della decadenza presenta confini labili, si può precisare che il termine quinquennale di cui al quarto comma dell'art.117 l.fall. sembra costituire più propriamente un termine di decadenza[45], che ci riporta alla fattispecie delineata dall'art. 2964 c.c., la quale non è condizionabile da cause interruttive della prescrizione (il riferimento va, in particolare, al disposto dell'art. 2943 c.c., là dove si consente che la prescrizione possa essere interrotta <<*dalla notificazione dell'atto con il quale si inizia un giudizio…….. (e da) …ogni altro atto che valga a costituire in mora il debitore*>>).

Deve opinarsi per l'inquadramento dell'istituto della decadenza anche in relazione all'ipotesi delineata nella lettera c-bis della legge 181/2008.

Da ultimo, e non solo per ragioni di completezza, conviene accennare alle modalità di deposito delle somme spettanti ai creditori irreperibili, in quanto – secondo un'impostazione – i termini prescrizionali (rectius decadenziali) risulterebbero diversi a seconda delle modalità dei depositi.

Si è scritto, infatti, che <<*nel caso in cui … le somme destinate ai cre-*

[45] In questo senso, già P. GENOVIVA, *La sorte*, cit., p. 361.

ditori irreperibili siano state tutte indistintamente depositate su un libretto bancario o postale intestato alla procedura …..., si deve ritenere che il diritto dei menzionati creditori si prescriva dopo il decorso di un decennio, decorrente dalla scadenza del pagamento>>[46].

Si tratta di conclusione non condivisibile, che contraddice il chiaro disposto letterale dell'art. 2, comma 2, lettera c-bis d.l. n. 143/2008 (così come conv. In l. 181/2008) che non fa riferimento per individuare il *dies a quo* della decorrenza del termine decadenziale di cinque anni ai depositi ma agli atti prodromici.

Contraddice altresì lo stesso art. 117 l.fall. , che non distingue tra i vari depositi possibili (se a nome degli irreperibili o a nome della procedura).

A favore della su indicata conclusione sta anche la *ratio legis*, che mira chiaramente a definire il prima possibile le procedure e che mira ad addossare l'onere della soluzione in un senso o nell'altro alla capacità dei protagonisti potenziali a far valere in concreto le proprie ragioni (*vigilantibus non dormientibus iura succurrunt*).

Così stando le cose, la conclusione può essere pacificamente raggiunta nel senso che il termine decadenziale è pari ad un quinquennio.

15. *Conclusioni*

Da quanto sopra rappresentato, emerge una soluzione delle questioni in campo in grado di contemperare i diversi interessi in modo equilibrato e rispettoso della legge e dei valori (anche costituzionalmente rilevanti) in campo in quanto:

a) in caso di chiusura ordinaria (non concordataria) della liquidazione coatta amministrativa delle cooperative gli esuberi sono assicurati ai fondi mutualistici, in coerenza con il disposto dell'art. 45 Cost. che tutela il fenomeno cooperativo;

b) in caso di chiusura concordataria della liquidazione coatta amministrativa:

- non viene favorita nei confronti dell'erario l'azienda insolvente, che, a somiglianza di quanto previsto per il concordato fallimentare per il fallito, non potrà avvantaggiarsi, in nessun caso,degli esuberi di spettanza dei creditori irreperibili, e potrà fare proprio l'attivo del concorda-

[46] Così, P. GENOVIVA, cit., il quale aggiunge: << *Soltanto dopo l'infruttuoso spirare di tale termine, può sorgere il diritto da parte dell'ex fallito ovvero dell'assuntore o del garante del concordato al rimborso delle somme impegnate per l'esecuzione del concordato fallimentare…*>>:

to fallimentare ad esclusione di tali somme;

- viene favorito il creditore portatore di soluzione concordataria, soggetto prima del 2006 impotente a far valere soluzioni concordatarie, consentendogli di reclamare il diritto sulle somme non riscosse come parte integrante dell'attivo; questa figura risulta titolare di una situazione giuridica soggettiva attiva di doppia valenza (in quanto creditore in ragione della debitoria creata dall'insolvenza e in quanto creditore avente diritto – previo pagamento dell'onere concordatario - a far proprio l'attivo concordatario); nel secondo senso, la posizione si attaglia anche al terzo non creditore originario, il che risolve anche il problema d'appendice costituito dal riconoscimento del diritto all'esubero anche a quest'ultimo, ovviamente previo assolvimento dell'onere.

La soluzione palesata non crea instabilità né incertezze sulla spettanza e sull'attualità dei crediti oltre il periodo di tempo (5 anni) considerato compatibile con la definizione delle procedure concorsuali.

Si ristabilisce un giusto ordine di priorità nella attribuzione delle somme residue nei concordati coattivi: prima i creditori irreperibili, poi i creditori attivi proponenti il concordato e, da ultimo, lo Stato.

Non si disarticola in frammenti altrimenti incomprensibili la disciplina della prescrizione dei diritti spettanti ai creditori irreperibili, evitando che si riconosca cioè una prescrizione dei loro diritti decennale a fronte del riconoscimento degli esuberi a favore del proponente il concordato.

Le soluzioni delineate risultano in linea con i più generali principi del nostro sistema giuridico e, volgendo lo sguardo ad un più ampio orizzonte, anche degli altri moderni ordinamenti che fondano il riconoscimento dell'efficacia del trasferimento alla sussistenza di una giusta causa di attribuzione patrimoniale, nozione che ha spessore diverso rispetto al requisito causale e che si richiede anche per atti diversi dai contratti (si pensi ai pagamenti).

WALTER GHIA

Naturaleza y religión en el antimaquiavelismo de Juan Ginés de Sepúlveda*

Los intelectuales que reaccionan primeros contra un contemporáneo suyo, que luego será considerado un clásico, enfocan cuestiones casi siempre muy vivas, nunca obvias y de mera superficie. En general miran su objeto desde perspectivas particulares, evidenciando cada uno una dimensión específica del autor, pero sus lecturas destacan posturas críticas agudas y penetrantes. He aquí dos textos con que se plantean las primeras reacciones de escándalo contra las obras de Maquiavelo: el *Demócrates I* de Juan Ginés de Sepúlveda y la *Apologia ad Carolum V Caesarem*… de Reginald Pole.

Juan Ginés DE SEPÚLVEDA	REGINALD POLE
Demócrates I, libro III, XXXII. Alfonso, si buscamos la verdad, esta denuncia del hombre de armas [que pone de relieve los obstáculos planteados por el cristianismo contra la dignidad de la profesión militar] tiene sus raíces en la ambición y no en la rectitud y en la justicia; frente a esta es algo similar la otra queja más bien engendrada por la impiedad que por la inteligencia: es el argumento de los que inútilmente se ingenian en condenar a la religión cristiana, porque hace a los hombres cobardes e ineptos a mandar. Y ellos más claramente muestran su ignorancia junto con su impiedad,	*Apologia ad Carolum V Caesarem*... Vamos a escuchar primero lo que [Maquiavelo] aconseja acerca de la religión ... [Él] ante todo persuade a los príncipes a que no den muestras de descuidar la religión; él quiere que se considere útil y por lo tanto apropiada para aquellos que bien entienden su uso... La utilidad de la religión se deriva del hecho de que el pueblo y todos los hombres la perciben como más soportable que cualquier otro medio para orientar las acciones, en virtud de la esperanza que es propia de todas las almas religiosas. [Claro está que Maquiavelo entiende esta idea desde

* L'intervento è stato pronunciato nell' ambito del convegno *Maquiavelo y sus Críticos. A 500 años de "El Príncipe"* del 7 al 11 de junio de 2010 en la Ciudad de México (Universidad Autónoma Metropolitana, Universidad Autónoma de la Ciudad de México, Istituto italiano di cultura, BENM, ffyl - UNAM)

cuando inculpan la injusticia de la religión sin más motivos que el de impedir proteger la tiranía por medio de engaños, mentiras, crímenes de hombres astutos y malos. [1]	una perspectiva impía: él desea] que este mandamiento se entienda a su manera, porque para los que no saben aprender lo que los hechos mandan, sus creencias acerca de la religión son un obstáculo más que ventaja. Para quien mira con seriedad y determinación a los preceptos de la religión, así como se prescribe en sus libros, no hay nada que pueda resultar más dañino, porque las normas de la religión casi nunca son oportunas para actuar con utilidad entre los hombres y de hecho son tales que rara vez se pueden observar con ventaja. Para quien siempre quiere seguir las reglas de la religión, no hay manera de vivir a salvo de engaños. ... [2]

[1] J. G. de SEPÚLVEDA, *De convenientia militaris disciplinae cum christiana religione dialogus, qui inscribitur, Democrates, Roma, Blado*, 1535, p. 10-11. Coteja el pasaje de Maquiavelo en el libro II de los *Discorsi*: «Pensando dunque donde possa nascere che in quegli tempi antichi, i popoli fossero più amatori della libertà che in questi, credo nasca da quella medesima cagione che fa ora gli uomini manco forti; la quale credo sia la diversità della educazione nostra da l'antica. Perché, avendoci la nostra religione mostro la verità e la vera via, ci fa stimare meno l'onore del mondo; onde i Gentili, stimandolo assai, et avendo posto in quello il sommo bene, erano nelle attioni loro più feroci. Il che si può considerare da molte loro constituzioni, cominciandosi dalla magnificenza de' sacrifizii loro, alla umiltà de' nostri; dove è qualche pompa più delicata che magnifica, ma nessuna attione feroce o gagliarda. Qui non mancava la pompa né la magnificenza delle cerimonie, ma vi si agiugneva l'attione del sacrificio pieno di sangue e di ferocità, ammazandovisi moltitudine d'animali; il quale aspetto, sendo terribile, rendeva gli uomini simili a lui. La religione antica, oltre a di questo, non beatificava se non uomini pieni di mondana gloria; come erano capitani di eserciti e principi di republiche. La nostra religione ha glorificato più gli uomini umili e contemplativi, che gli attivi. Ha dipoi posto il sommo bene nella umiltà, abiettione, e nel dispregio delle cose umane: quell'altra lo poneva nella grandezza dello animo, nella forteza del corpo, ed in tutte le altre cose apte a fare gli uomini fortissimi. E se la religione nostra richiede che tu abbi in te forteza, vuole che tu sia atto a patire più che a fare una cosa forte. Questo modo di vivere, adunque, pare che abbi renduto il mondo debole e datolo in preda agli uomini scelerati; i quali sicuramente lo possono maneggiare, veggiendo come l'università degli uomini (per andarne in Paradiso) pensa più a sopportare le sue battiture che a vendicarle.» (N. MACHIAVELLI, *Opere*, a cura di R. Rinaldi, Torino, Utet, vol.I t. II, 1999, p. 1205.)

[2] *Apologia ad Carolum V Caesarem super quator libris a se scriptis de unitate ecclesia*, in *Epistolarum Reginaldi Poli SRE Cardinalis et aliorum ad ipsum*, per A. M Querini, Brixiae, Rizzardi, 1744-1752, vol. I, p. 138.

Sepúlveda y Pole subrayan dos diferentes caras de la "impiedad" de Maquiavelo. Sepúlveda ante todo pelea contra la idea maquiaveliana que el triunfo de la religión cristiana encierra en sí el abatimiento de la "virtud" – entendiendo esta como patriotismo, virtud civil y militar –; es decir contra la afirmación de que el cristianismo engendra hombres que no saben identificarse con la empresa política. Maquiavelo es un hombre impío, porque afirma que la religión cristiana es negación previa, por lo que atañe a la vida civil, de los esplendores y de las virtudes del mundo clásico. Solo en segundo lugar aparece en Sepúlveda el tema de la transgresión de las normas religiosas por parte del político maquiavélico.

Es diferente la reacción de Reginald Pole[3]: su indignación surge de la manipulación de la religión para perseguir los blancos de la acción política. Maquiavelo es un hombre que bien conoce el papel que la religión desarrolla para que los hombres vivan bajo reglas sociales, pero coloca esta verdad en un ideario que es una auténtica obra de Satanás: construye la imagen de un príncipe que, a pesar de dar muestras de devoción, jamás persigue los blancos de la religión, ni tampoco se obliga a respetar sus imperativos. Reginald Pole intuye el perfil de una doctrina que diferencia y separa entre el nivel de la estrategia de legitimación de los actos políticos y el nivel de los fines que realmente se pretende conseguir, los cuales no tienen ninguna colocación en el marco de un saber cuya cumbre es la teología. Él ve la personificación de esta doctrina en Thomas Cromwell, el secretario de Enrique VIII de Inglaterra: la tarea del consejero del rey, después de que ha entendido el fin al que apunta la voluntad del príncipe «es buscar el camino para conseguir el éxito, sin que se origine la evidencia de un pecado o que se dé muestra de alejarse de la religión».[4]

Cinco años antes Sepúlveda había sido impresionado por otra cara del ideario maquiaveliano: como se dijo, por su aserción de la discordia entre los valores cristianos y la gloria militar. Aún así, puesto que esta fue su lectura de la obra del "segretario fiorentino", ¿Cómo respondió Sepúlveda contra Maquiavelo? Porque, claro está, su manera de ser contra Maquiavelo es correlativa de cómo él había leído a

[3] Sobre el tema véase Adriano Prosperi, *Il principe, il cardinale, il papa. Reginald Pole lettore di Machiavelli*, en: *Cultura e scrittura di Machiavelli*. Atti del Convegno di Firenze-Pisa, 27-30 ottobre 1997, Roma, Salerno Editrice, 1998, pp. 241-262, y en particular pp. 260-261.

[4] *Apologia ad Carolum V Caesarem super quator libris a se scriptis de unitate ecclesia*, in *Epistolarum Reginaldi Poli SRE Cardinalis et aliorum ad ipsum*, cit., p. 138.

Maquiavelo. El Doctor andaluz responde que no es conforme a verdad lo que se lee en Maquiavelo en torno a la relación entre cristianismo y gloria: por lo que atañe a la vida civil – e incluyendo pues los temas vinculados a la paz y a la guerra - no se distingue entre las normas que obligan al hombre antiguo y las normas que obligan al hombre cristiano. Las reglas que obligan a los cristianos no son más que las de la *lex naturae*, que a su vez procede de la *lex aeterna*, la cual como tal no está sujeta a los tiempos de la historia.

> [Bien se subraye]... que las leyes naturales por valer más allá de cualquier distinción temporal pertenecen a las leyes divinas: es evidente que las leyes naturales proceden de mente inmortal y manan de fuente perenne, de la ley eterna que Agustín define voluntad de Dios: la cual manda que guardemos el orden de la naturaleza y prohíbe violarlo.[5]

Cuando tropieza con las obras de Maquiavelo – digo "las obras" porque sin duda él conocía los *Discorsi*, pero tal vez también *Il Principe*, –[6] Sepúlveda reitera su oposición fundamental contra su principal y original enemigo: Erasmo de Rotterdam. Erasmo y Maquiavelo comparten una actitud muy crítica frente a las ideas recibidas; miran a las jerarquías entre los hombres desde una perspectiva nueva, que no se resuelve sin más en la estructura social estamental que prevalece en Europa. Ambos son hijos de civilizaciones que tienen sus núcleos primarios en las ciudades, de Holanda uno, de Italia el otro. Por otra parte desarrollan proyecciones ideales muy diferentes hacia el futuro, pero dibujan imágenes de la civilización cristiana que comparten algo similar, valorándola uno de forma positiva, y el otro negativa: uno y otro piensan que el hombre, en cuanto cristiano, cultiva (o tendría que cultivar) valores de mansedumbre, de apacibilidad. Según Erasmo los cristianos auténticos tienen que hacer guerra a la guerra trayendo inspiración de la doctrina de la paz que se encuentra en el Evangelio y en la vida de Jesús. Según Maquiavelo es precisamente esta misma doctrina de la paz y de la imitación de Cristo la que coloca a los hombres

[5] J. G. de SEPÚLVEDA, *De convenientia militaris disciplinae cum christiana religione dialogus, qui inscribitur, Democrates, Roma, Blado*, 1535, p. 10-11.

[6] Sobre el tema véase A. COROLEU, *Il Democrates primus di Juan Ginés de Sepúlveda: una nuova prima condanna contro il Machiavelli*, "Il Pensiero Politico", 1992, n. 2, pp. 263-268, y también mi libro *Tra Spagna, Italia e Nuovo Mondo: il pensiero politico di Juan Ginés de Sepúlveda*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007.

cristianos en una postura que no puede coexistir con la aspiración antigua – en primer lugar romana – hacia la realización de empresas en este mundo, que apunten a la gloria y al valor para los hombres de la ciudad. Para Maquiavelo la libertad – el derecho de compartir las decisiones públicas – y el servicio armado a la patria en vista de su grandeza son correlativos y colaboran a la identidad fuerte del ciudadano-patriota.

Sepúlveda pelea contra uno y contra otro - contra Erasmo y contra Maquiavelo - cuando afirma que el cristiano no tiene en su vida civil más obligaciones que las que manda la ley natural.

Naturaleza, *lex naturae*, derecho natural, *jus naturae*: todas son palabras que recurren en las obras jurídico-políticas tanto de la Edad Media como de la primera edad moderna. Pero son muy diferentes los sentidos a los que remiten las mismas palabras.

En Sepúlveda no hay nada del derecho natural de los filósofos de los siglos XVII y XVIII, cuyo recurso a la naturaleza anuncia y prepara la codificación positiva de los derechos individuales.[7] Ni la visión de la *lex naturae* que plantea Sepúlveda va a coincidir con las ideas de la *Summa Theologiae* de Tomás de Aquino. Son otras las inquietudes mentales con las que él se confronta y son otras las funciones que la idea de naturaleza desenvuelve en sus obras.

> ...o volvamos a las normas del decálogo: si tú, Leopoldo] puedes admitir que ellas todavía mantienen su vigencia en la ley evangélica, ellas son tales, porque se consideran al mismo tiempo leyes naturales. Asimismo, cuando se compruebe de cualquier ley natural que ya se usaba por los Padres del Antiguo Testamento, ¿como puede creerse que Cristo la abrogó?[8]

Esta articulación específica de cuatro órdenes normativos - *lex naturae* y ley divina, ley antigua y ley nueva - es el fundamento básico, del que parte el argumentar de Sepúlveda. Hay que reflexionar en torno a la tarea que desempeña en Sepúlveda la referencia repetida y frecuente a la naturaleza. En la circunstancia específica de las disputas a las que se entrega Sepúlveda la tarea que absuelve la noción de naturaleza es refrenar, contener y en resumidas cuentas refutar a los que interpretan el cristianismo dando gran relieve a la vertiente de la *charitas* y de la

[7] Véase N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Edizioni di Comunità, 1972.

[8] J. G. de Sepúlveda, *De convenientia militaris disciplinae cum christiana religione...* cit., p. 10.

imitatio Christi: ellos forzosamente concluyen con una postura crítica hacia la iglesia y la sociedad come realmente se dan, y al final ponen límites al ímpetu victorioso de una catolicidad unitaria y expansiva.

Por supuesto, hay algo problemático en esta perspectiva: cabe preguntarse en que difieren los deberes del cristiano frente a los de los judíos. Sin duda alguna el catolicismo de Sepúlveda es muy "legalista" y tienen gran trascendencia las obligaciones sacramentales y los rituales. Pero no sería leal poner de relieve este carácter como único rasgo distintivo suyo. En efecto, en el *Demócrates I* puede hallarse un intento de aclarar el tema, mediante la distinción entre la dimensión de la vida práctica y la de la vida teorética. Por otra parte, éste es un camino que parece trasladar al territorio de la teoría incluso actitudes que a menudo se exaltan como practicas de la vida cristiana: según el Doctor andaluz, los que exaltan en el cristianismo la búsqueda de la paz, que proponen ejemplos de la primera comunidad apostólica se ponen como obstáculo a la victoria final, cuando alaban normas que solo valen para los "perfectos" – es decir para los que viven en el monasterio, y que se entregan al ejercicio de la *theoria* – pero que no hallan aplicación en este mundo.

Al fin y al cabo, se puede afirmar lisa y llanamente que la *lex naturae* es en Sepúlveda la vía para recobrar la epopeya guerrera del Antiguo Testamento: « ¡Contesta Leopoldo a mi pregunta! ¿Es lícito hacer guerra siguiendo la naturaleza? Si es que lo es, y si queremos razonar con coherencia, entonces la misma razón que permitía pelear a los hebreos, asimismo se lo permite a los cristianos.»[9]

Esta postura se origina en el anhelo de confutar a Erasmo y a Maquiavelo y de demonstrar la concordia básica entre cristianismo y guerra, pero explica sus éxitos allende de este intento polémico. Sus efectos se perciben evidentes cuando se plantea la cuestión de los indios.

La identificación entre ley de la naturaleza y ley divina no es de ninguna manera distintiva de Sepúlveda, como puede averiguarse en la sucesión de los autores cristianos. Pero se registran diferentes matices, de los que se derivan diferentes actitudes éticas y políticas. Tomás acerca del *Decálogo*, introdujo distinciones complejas entre diferentes ámbitos de los mandamientos y entre los diferentes caminos para acceder a ellos:

> "Honra a tu padre y a tu madre", "No matarás", "No hurtarás"... estos preceptos pertenecen en sentido absoluto a la ley natural. En cambio hay otros preceptos en relación a los cuales

[9] Idem

> los sabios juzgan necesaria una investigación más fina. Y estos, aunque sean de ley natural, necesitan que se imparta alguna enseñanza por parte de hombres sabios: tal es por ejemplo el precepto "Ante a las canas ponte de pie. Honra al hombre viejo". Luego hay otros preceptos para cuyo juicio la razón humana necesita la enseñanza de Dios, que Él nos instruya en las materias divinas, como por ejemplo son estos: "No te harás escultura ni imagen alguna"; "No tomarás el nombre de Dios en vano".[10]

Si la ley divina en cuanto revelada no se recibe íntegra mediante la razón, un mandamiento como el primero del Decálogo tendrá vigencia atenuada entre los que nunca recibieron la Palabra de Dios, como las gentes de América. Pero si la ley divina y la *lex natura* se sobreponen perfectamente, entonces contra los indios - que son idolatras - puede aplicarse lo que la palabra de Dios manda en *Números*, 31, 7 y ss.:

> Tal como el Señor se lo había ordenado a Moisés, los israelitas entraron en batalla y mataron a todos los madianitas. Pasaron a espada a Eví, Requen, Zur, Jur y Reba, que eran los cinco reyes de Madián, y también a Balán hijo de Beor. Capturaron a las mujeres y a los niños de los madianitas, y tomaron como botín de guerra todo su ganado, rebaños y bienes. A todas las ciudades y campamentos donde vivían los madianitas les prendieron fuego, y se apoderaron de gente y de animales.[11]

Y hay más. Si la ley divina en cuanto revelada no se recibe íntegra mediante la razón, no es sabio pronunciar juicios sobre la suerte última de los que están fuera de la iglesia. Siguiendo esta línea Tomás de Aquino se había expresado con menor rigidez que Sepúlveda: "… los que no tienen fe, aunque *actu* no pertenezcan a la iglesia, le pertenecen todavía *in potentia*. La cual *potentia* estriba en dos pilares: primero, en la virtud de Jesús que es de por sí bastante para la salvación de todos los hombres; en segundo lugar, en el libero arbitrio."[12]

En Sepúlveda triunfa rotundamente la tesis que se atribuye a Cipriano "*Sine ecclesia nulla salus*". Cada indio que muere sin conversión es réprobo y está condenado para siempre. Más bien, en la obra del doctor andaluz la tesis se desarrolla y se acomoda para surtir efecto

[10] *Summa Theologiae*, I, II, q. 100, a. 1.

[11] Véase *Numeri*, 31,7 y ss., y la cita de Sepúlveda en *Apologia pro libro de iustis belli causis* (*Obras completas*, Pozoblanco, Cordoba, Ayuntamento de Pozoblanco, 1995 -…vol. III VI, 2001, p. 199).

[12] *Summa Theologiae*, III, quaestio 8, a3, ad I.

contra Las Casas, que - sin que aparezca su nombre - parece ser el blanco de la afirmación tajante (y que implica la imputación de herejía): «No es, pues, cristiano, aquel que duda de que morirán de muerte eterna todos los que vagan fuera de la religión cristiana».[13]

He aquí otro apoyo básico al que se agarra la legitimación de la guerra contra los indios: nada se puede objetar sin caer en el pecado más grave, el de la heterodoxia.

Hoy el teólogo Vito Mancuso invierte puntual la tesis de Sepúlveda. Sin más ni más, nos dice: «Quien piensa que para los que no son cristianos está cerrado el camino hacia la salvación – también cuando su nombre es san Agustín - él no piensa como un cristiano, porque niega el principio de que Dios es padre de todos los hombres».[14]

Claro está, ésta de Vito Mancuso es una afirmación atrevida. Pero, mientras se disputaba, en Valladolid Domingo de Soto apuntaba para su *Sumario* que en torno al tema de la salvación el padre Las Casas se había apelado al lugar sobre alegado de Tomás de Aquino (el cual, incidentalmente, es la misma cita que hallamos en años recientes – 1964 - en la encíclica *Lumen gentium*): su sentido es que no corresponde a los hombres (porque corresponde a Dios) juzgar en torno a las condiciones últimas de la salvación. Por otra parte se puede averiguar que Sepúlveda se apela a un lugar de la *Carta a Vincenzo* de Agustín, para comprobar una dialéctica medios-fines bastante paradójica, y más aún en el primero de los antimaquiavélicos. La conformidad de los medios a las normas éticas, incluso cuando se ponen en cuestión muerte y vida de los hombres, puede ser sacrificada a la excelencia de los fines. Según Sepúlveda, Agustín, peleando contra los herejes donatistas, ya lo había aclarado: «Mira que no hay que considerar a qué se obliga a cada uno, sino cómo es lo a que se obliga, si bueno o malo, no porque cualquiera pueda ser bueno a la fuerza, sino porque temiendo lo que no quiere sufrir, o abandona la animosidad que se le opone, o es impelido a conocer la verdad ignorada, para que temiendo rechace la falsedad que defendía o busque la verdad que desconocía».[15]

[13] J. G. de Sepúlveda, *Apologia pro libro de iustis belli causis*, cit, p. 203.

[14] Vito Mancuso, *L'anima e il suo destino*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 2007, p. 174 e ss.

[15] J. G. de Sepúlveda, *Apologia pro libro de iustis belli causis,* cit. p. 204. La cita procede del derecho canónico (*Decr. Grat,, Secunda Pars*, caus. 23, quaest. 6, can.3 : *Non est considerandum quod quisque cogitur, sed quo cogitur*). El texto original del pasaje completo de la carta de Agustín puede verse en PL 33, *Epistolae*, 93,5.16: «Vides itaque iam, ut opinor, non esse considerandum quod quisque cogitur, sed quale sit illud quo cogitur,

Se aclara aquí otro lado de la doctrina de Sepúlveda: con terminología de hoy esta actitud mental se puede denominar "consecuencialismo". Una acción se considera conforme a justicia cuando tiene como resultado consecuencias justas (o por lo menos sienta las condiciones para obtenerlas). No se ha de considerar que alguien es sujeto a constricción, más bien hay que ver cuál es la materia a que se obliga el hombre, si es buena o mala: de esta manera el fin (la salvación) "santifica" la violencia de los medios. No es el consecuencialismo de Maquiavelo en cuanto al contenido, pero es técnicamente una doctrina consecuencialista: el fin excelente no es la conservación del estado, ni su expansión; el fin excelente es la salvación. Cabe decir que una "razón de salvación" se sustituye a una "razón de estado", o para estar más adherentes a Maquiavelo a una "razón de la empresa histórico-política".[16]

Y en torno al tema, la indignación de Sepúlveda es grande. Se puede entender su punto de vista: ¿cómo puede decirse uno cristiano, cuando no antepone a todas la razones, la de la salvación, incluso de una sola alma: un valor infinito, que no tiene comparación frente a la muerte corporal (de uno o de muchos)? En el *Epistolario* la misma idea manifiesta su perfil aún más distintamente: «...[Agustín] afirma que hay que dolerse más si una sola alma se pierde al dejar su cuerpo sin bautismo que por la muerte de incontables cuerpos, incluso inocentes».[17]

Es ésta una perspectiva en que los tiempos rápidos en la obra de conversión ocupan el lugar primario, y en relación a esos se define el quehacer político. Así son diferentes los medios para difundir la fe según la postura que ocupa la Iglesia en relación al poder político:

utrum bonum an malum: non quo quisque bonus possit esse invitus; sed timendo quod non vult pati, vel relinquit impedientem animositatem, vel ignoratam compellitur cognoscere veritatem, ut timens vel respuat falsum de quo contendebat, vel quaerat verum quod nesciebat, et volens teneat iam quod nolebat. Superfluo hoc fortasse diceretur quibuslibet verbis, si non tam multis ostenderetur exemplis. Non illos aut illos homines, sed multas civitates videmus fuisse donatistas, nunc esse catholicas, detestari vehementer diabolicam separationem, diligere ardenter unitatem: quae tamen timoris huius qui tibi displicet occasionibus, catholicae factae sunt per leges imperatorum, a Constantino apud quem primum vestri ultro Caecilianum accusaverunt, usque ad praesentes imperatores, qui iudicium illius quem vestri elegerunt, quem iudicibus episcopis praetulerunt, iustissime contra vos custodiendum esse decernunt».

[16] *Della ragion di Stato* – como saben todos - es obra de Botero (1589), y desarrolla ideas muy diferentes de las de Maquiavelo.

[17] J. G. DE SEPÚLVEDA, *Epistolario*, Carta 82, a Melchor Cano, en *Obras completas*, vol. IX, 2, cit., p. 246.

> …al oponer le el hereje Donato a este propósito el ejemplo de los primeros tiempos, Agustín le respondió: ¿no te das cuenta de que entonces la Iglesia brotaba con un nuevo germen y que aún no se había cumplido la profecía que dice "le adorarán todos los reyes de la tierra y le servirán todas las gentes?" En la medida en que esto se va cumpliendo, de tanto más poder se sirve la Iglesia para invitar y aun para obligar al bien…[18]

Así, en particular, si los indios serán sometidos, la obra de conversión será más rápida. Aquí también Sepúlveda nos propone un pasaje de Agustín para sustentar sus ideas:

> Téngase…presente que los infieles sometidos a los cristianos son guiados más fácilmente a abrazar nuestras costumbres y nuestra religión; por lo tanto, no sólo se debe recurrir a la predicación y a la persuasión en relación a herejes y paganos, como ocurría en la Iglesia primitiva, cuando no había ningún príncipe creyente, sino que, de ser posible, se debe añadir alguna fuerza útil y permitida... Es ésta una manera muy expeditiva para convertir a las gentes a la fe de Cristo, como en todo tiempo lo han demostrado los hechos y los ejemplos... [19]

Así la doctrina de la conformidad a la *lex naturae* – según la cual, en cuanto al uso de la violencia, no se configuran para los cristianos más deberes, diferentes de los de los judíos y de los mismos paganos – se combina con el deber cristiano del proselitismo. De las premisas se saca la conclusión: una actitud mental que exalta el principio de la máxima eficacia, y su aplicación en las cuestiones de fe: al final naturalismo y teología confluyen juntos en una inexorable contabilidad de las almas:

> Todas estas incomodidades y dificultades se eliminan fácilmente con la conquista de los indios: y así en un mes se conseguirán más éxitos en la conversión que en cien años por efecto de la sola predicación dirigida hacia bárbaros que no han sido sujetados. Pues no creo que en nuestros días acierten más los predicadores sin milagros que en tiempos pasados los apóstoles "Cuando cooperaba con ellos el Señor". Tales señales no hay por qué pedírselas a Dios, cuando nos es posible siguiendo su

[18] J. G. de Sepúlveda, *Apologia pro libro de iustis belli causis,* cit., p. 203.
[19] J. G. de Sepúlveda, *Apologia pro libro de iustis belli causis,* cit., p. 207.

precepto obligar a los bárbaros al convite evangélico.[20]

Sin embargo lo que diferencia Sepúlveda frente a Maquiavelo no es la preocupación de huir el empleo de medios violentos. En rigor lo que vale leyendo a Sepúlveda vale también leyendo a otros antimaquiavélicos, cuyo escándalo frente a la estrategia del príncipe maquiaveliano es a menudo apariencia de superficie. El meollo de las doctrinas de los enemigos de Maquiavelo está en otro lugar. Bien lo dijo Rafael del Águila: «El antimaquiavelismo reubica al sujeto, le coloca en el cosmos, le dota de un lugar (ley, religión, tradición), le ofrece "unos altos fines", un sentido en el que integrarse, un orden superior que conservar y defender".[21] El tema de los medios de la acción política es abrumado por la majestad de un ordenado y jerarquizado aparato de nobles fines que no admite alternativa alguna.

Sin más, algo de esta postura se registra también en las obras del doctor andaluz. Pero por otra parte su obra es más atrevida, en el sentido que no disimula el empleo de la violencia, sino frecuentemente lo alumbra. Aquí cabe subrayar una peculiaridad que es propia de Sepúlveda. Su lectura de Maquiavelo es muy precoz - en torno a 1534 - y su desafío a la doctrina del Florentín no se dibuja en el marco de una visión ético-política conservativa y defensiva – como en las teorías de la "razón de estado" que seguirán en los años -, sino en el marco de una visión agresiva y expansiva, que posiblemente se origina de la espera de cumplir con la gran misión católica en la historia inminente. Así el naturalismo y la ley antigua se juntan en su obra para inyectar en el hombre y en las instituciones católicas los gérmenes de una actitud al ejercicio del poder y a la empresa político-militar que se enfrenta a la "gloria" de los paganos, a la vez que borra todo rasgo de las objeciones erasmianas ante la guerra.

[20] J. G. de Sepúlveda, *Apologia pro libro de iustis belli causis*,cit., pp. 211- 212. El texto subrayado carece en la traducción citada. El texto latín es el siguiente: «...et sic plus uno mense in ipsorum conversione proficitur, quam centum annis per solam praedicationem...». La cita entre comillas procede de *Marcos*, 16, 20.

[21] Rafael del Águila y Sandra Chaparro, *La república de Maquiavelo*, Madrid, Editorial Tecnos, 2006, p. 100.

MARIA ANTONELLA GLIATTA

Il referendum deliberativo: la rinascita di un istituto dimenticato

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Il *referendum* in Assemblea Costituente. - 3. Il principio partecipazionista in Costituzione. Breve *Excursus* sugli strumenti di partecipazione popolare. - 4. Il referendum *deliberativo*: dalla Commissione Bozzi alla Bicamerale D'Alema. Le ragioni a sostegno delle riforme.

1. *Introduzione*

Il dibattito politico che impegna con sempre maggiore frequenza gli organi di governo locali e regionali stimola l'attenzione verso un istituto che ha conosciuto sorti alterne nella storia costituzionale italiana: il referendum propositivo o deliberativo. Insabbiato nei lavori in Assemblea Costituente e poi riproposto in non più fortunati disegni di riforma costituzionale, l'istituto gode oggi di un rinnovato dinamismo nelle sedi di decisione politica comunali e regionali. E' del 24 settembre 2012 la proposta dell'assessore alla democrazia partecipativa del Comune di Napoli di modifica dello Statuto comunale nella parte relativa ai *referendum* e di adozione di regolamenti di attuazione finalizzata al dichiarato intento di interrompere lo stato di latente ineffettività delle disposizioni del titolo II[1]. La valorizzazione dello strumento referendario, *tout court* e nella sua declinazione propositiva, è presente non solo in altri statuti comunali[2], ma anche

[1] Per le tipologie referendarie già previste (art. 10 *referendum* deliberativo, art. 12 *referendum* consultivo) si propone una più efficace procedimentalizzazione. Il dibattito ha riguardato, tra gli altri aspetti, la razionalizzazione della fase di raccolta delle firme, una maggiore pubblicizzazione tra gli elettori, una ridefinizione dei quorum e dei poteri del Comitato dei garanti. La proposta contiene, poi, l'introduzione del *referendum* abrogativo. Questa è stata presentata e discussa in seno agli organi consultivi predisposti con delibera consiliare n. 8 del 18 aprile 2012, nota come delibera sul Laboratorio Napoli- Costituente per i beni comuni. Che l'attività di organi pensati come veicolo di forme di partecipazione non istituzionale si indirizzi sulla valorizzazione di strumenti partecipativi, al contrario, istituzionali è quanto meno degno di nota. Il verbale della discussione è rinvenibile su www.comune.napoli.it.

[2] E' il caso del Comune di Torino che dedica il titolo II alla partecipazione popolare e l'art. 13 alle proposte di deliberazione popolare.

in disposizioni statutarie regionali. Valga l'esempio dello statuto campano, approvato con l. r. n. 6 del 2009 il cui titolo III, rubricato "Partecipazione, trasparenza e referendum", garantisce la partecipazione democratica dei cittadini attraverso *referendum* abrogativi, consultivi e approvativi.

Che, poi, gli istituti in questioni siano, spesso, confinati in uno stato di evidente inoperatività è altra cosa. Gli statuti regionali cd di nuova generazione[3] e, ora, il dibattito per la riforma di alcuni statuti comunali impongono una riflessione sulla partecipazione popolare e, più da vicino, sulle forme di consultazione referendaria che si diversificano rispetto al più noto effetto abrogativo. Se gli statuti regionali e comunali introducono moduli di partecipazione popolare che si differenziano dalla richiesta abrogativa rifacendosi a precedenti storici, allora di quei precedenti è d'obbligo la ricostruzione. Ma l' indagine diacronica sul *referendum* cd deliberativo non è solo animata dall'interesse per la ricostruzione. L'attenzione verso gli strumenti di partecipazione popolare è, infatti, spesso motivata dal tentativo di dare risoluzione alla insistita perdita di legittimazione del sistema rappresentativo e alla sua crisi. La verifica del rapporto fra la valorizzazione degli strumenti partecipativi e la risoluzione della questione istituzionale pare, allora, imprescindibile.

2. *Il* **referendum** *in Assemblea Costituente*

I lavori dell'Assemblea Costituente mostrarono da subito che la questione della partecipazione popolare sarebbe stato un passaggio fondamentale. Questa, però, non era collegata solo alla scelta del modello democratico, ma anche alla complicata delineazione della forma di governo italiana.

Il progetto Mortati, relatore in Seconda Sottocommissione poneva, infatti, il corpo elettorale al centro del rapporto tra Governo e Parlamento in funzione, si è soliti dire, equilibratrice. I prevedibili conflitti costituzionali dovuti all'ideato vincolo biennale di mantenimento della fiducia parlamentare al Governo prescelto, suggerivano, infatti, di fissare il principio per cui «in ogni caso dovrà intervenire il popolo come giudice del dissidio»[4].

L'istituto referendario era, così, originariamente pensato in chiave arbitrale nella dinamica conflittuale tra gli organi dello Stato. L'idea, però,

[3] Ci riferiamo alla stagione statutaria che si è aperta dopo le leggi costituzionali n. 1 del 1999 e n. 2 del 2001.

[4] *Atti Ass. Cost.* Iª ed., II Sottocommissione, seduta del 3 settembre 1946, pag. 85.

fu subito censurata in sede di discussione e fu, inoltre, stroncato sul nascere un suo possibile utilizzo in chiave di delegittimazione plebiscitaria delle istituzioni[5] .

Le potenzialità del *referendum* nel progetto Mortati erano, in realtà, ben altre. La posizione del quesito referendario non avrebbe svolto solo la funzione di perno riequilibratore dei rapporti fra organi costituzionali, ma avrebbe avuto la capacità di «influire sui partiti» e «di costringerli ad un maggiore contatto col popolo per problemi concreti, con un temperamento di quella che si è chiamata l'onnipotenza dei partiti».[6]

Bocciato il principio dell'iniziativa presidenziale per le evidenti suggestioni weimariane e per i timori di un indebolimento dell'organo elettivo, nella seduta del 17 gennaio 1947 Mortati propose due ipotesi di *referendum* : una ad iniziativa del Governo e un'altra ad iniziativa del popolo.

Quanto alle prime, il Governo poteva chiedere la *sospensione* di una legge approvata dalle Camere (*referendum* sospensivo) o l'*approvazione* di una legge da esse respinta (*referendum* approvativo). A queste due, si aggiungeva l'ipotesi del *referendum* in caso di dissidio tra i due rami del Parlamento.

Il popolo poteva, invece, arrestare un procedimento legislativo già esaurito, provocare l'abrogazione di una legge già entrata in vigore ed esercitare l'iniziativa delle leggi.

La complessa articolazione delle tipologie referendarie incontrò, già in sede di discussione generale, molte perplessità. Si procedette comunque all'esame dell'articolato.

L'art. 1 prevedeva che «oltre che nel caso previsto dall'articolo 38, il Capo dello Stato ha facoltà di indire il *referendum* su una legge a lui sottoposta per la promulgazione, nel termine prescritto per procedere a questa.

Analoga facoltà compete al capo dello Stato per disegni di legge rigettati dal Parlamento. Egli può usarne nel termine di un mese dalla deliberazione di rigetto». L'articolo non fu approvato, così come la successiva formulazione che prevedeva l'iniziativa presidenziale anche nell'ipotesi di dissenso tra i due rami del Parlamento.

I timori non riguardarono invero la consultazione popolare, ma il potenziale conflitto che si sarebbe innestato dall'assunzione di una posizione antitetica del Capo dello Stato rispetto all'organo rappresentativo.

Fu, allora, messo in votazione l'art. 2 ai sensi del quale «Nel termi-

[5] M. Luciani, *La formazione delle leggi. Art. 75. Il referendum abrogativo*, in G. Branca – A. Pizzorusso, *Commentario alla Costituzione*, Bologna–Roma, 2005, pag. 148.

[6] *Atti Ass. Cost.* I[a] ed., II Sottocommissione seduta del 3 settembre 1946, pag. 94.

ne prescritto per la promulgazione, un ventesimo degli elettori iscritti potrà richiedere che sia indetto un *referendum* su una legge approvata dal Parlamento». Qui le perplessità sollevate si riferivano prevalentemente alla sospensione, prevista di almeno tre mesi, di una legge votata dalle Camere in attesa che fosse esercitata l'iniziativa referendaria.

La votazione riguardò, quindi, solo il principio, generico, che ammetteva un quesito referendario su una legge approvata dal Parlamento e su progetti di legge respinti. Alla seduta del 20 gennaio il rafforzamento delle posizioni critiche provocò l'incisivo intervento di difesa di Mortati. «O si ammette che la sovranità risiede nella volontà del popolo, e allora si dovrà ammettere il veto popolare mediante *referendum,* oppure si parte da una premessa opposta, e allora, ma solo in questo caso, sarà logico opporsi a questa scelta». L'*aut - aut* condusse alle votazioni che confermarono la posizione di rilievo assunta dall'istituto referendario.

La Sottocommissione licenziò, infatti, una formulazione che prevedeva la richiesta di cinquecentomila elettori o di sette consigli regionali; la sospensione del termine di promulgazione della legge, se entro 15 giorni dalla promulgazione, cinquantamila elettori o tre consigli regionali avessero dichiarato di assumere l'iniziativa del referendum; l'inammissibilità del *referendum* in caso di dichiarazione di urgenza della legge, a maggioranza assoluta delle Camere. Quanto al *referendum* abrogativo passò, sorprendentemente la previsione della *diretta* sottoposizione del quesito al corpo elettorale, senza il tentativo di mediazione dell'organo rappresentativo.

La discussione in Commissione fu celere. Gli attacchi al *referendum* arbitrale d'iniziativa presidenziale e al *referendum* sospensivo furono molti e consistenti; se per il primo si riproponevano dubbi già manifestati, per il secondo, Grassi si riferì ad esso addirittura come strumento antigiuridico e antidemocratico. I timori nascosti erano, in realtà, quelli di una facile strumentalizzazione da parte dei partiti che avrebbero sfruttato la disabitudine democratica dei cittadini italiani per trasformare uno strumento di diretta espressione della volontà popolare in mezzo di lotta partitica.

Al termine della discussione in Commissione le tipologie referendarie erano, però, ancora più d'una; restavano il *referendum* arbitrale in caso di contrasto tra le due Camere, il *referendum* sospensivo e quello abrogativo.

In Assemblea, tra gli altri, fu Mortati a firmare l'emendamento soppressivo del *referendum* arbitrale, ormai convinto che sarebbe stato tutt'al più un'occasione di accentuazione del conflitto e di delegittimazione dell'assemblea elettiva. Egli stesso affermò che «la soluzione prescel-

ta dal popolo porta a screditare la Camera condannata da questo verdetto popolare», costringendola allo scioglimento[7].

Rimase solo il *referendum* abrogativo trasfuso nell'attuale formulazione dell'art. 75 Cost., ma non senza che venisse svolta una delle più incisive perorazioni all'istituto. Il Presidente della Commissione dei 75, on. Ruini, parlò del *referendum* come «espressione piena di democrazia, sua guarentigia»[8] . E, in effetti, la Costituzione italiana sarebbe stata, fra le costituzioni europee del secondo dopoguerra, quella che avrebbe dato maggior rilievo all'istituto [9].

E' evidente che nel disegno costituente l'espressione della volontà popolare fosse affidata ai canali rappresentativi, come è evidente l'intenzione che fossero i partiti politici ad assumersi il compito di costruzione della domanda politica, ancora prima della sua posizione ai titolari della funzione di indirizzo politico[10]. Ma l'una cosa non escludeva l'altra e, infatti, i Costituenti erano ben consapevoli della necessaria articolazione del potere in una democrazia che si voleva matura[11]. Sottrassero, quindi, alle Camere il monopolio sulla produzione legislativa e decisero di riconoscere e garantire il pluralismo delle sedi di decisione politica.

È, infatti, pur vero che dei *referendum* presentati dal progetto Mortati sopravvisse solo quello che poteva maggiormente amalgamarsi con i principi della rappresentanza politica, ma è allo stesso modo innegabile la valenza tipicamente *oppositiva* e spesso praticamente *propositiva* che lo stesso può assumere.

L'opzione dell'Assemblea Costituente non riguardò tanto la scelta tra due modelli di democrazia, non trattandosi in realtà di preferire l'una e rinnegare l'altra. Nel modello costituzionale, infatti, i meccanismi della delega politica si fondono in maniera perfettamente complementare con quelli di esercizio diretto della sovranità popolare [12] .

[7] *Atti Ass. Cost*. Iª ed., VIII, pag. 1244.

[8] *Atti Ass. Cost.* Iª ed., VII, pag. 355.

[9] Per una ricostruzione esaustiva dei passaggi in Assemblea Costituente, M. LUCIANI, *op. cit.*, pag 141 e ss.

[10] Sulla posizione del partito politico come imprescindibile strumento di formazione della domanda politica, ancor prima della sua trasmissione al sistema istituzionale- rappresentativo, M. DELLA MORTE, *Rappresentanza vs. partecipazione. L'equilibrio costituzionale e la sua crisi*, Milano, 2012.

[11] Sulla corretta lettura da dare all'intera vicenda della discussione in Costituente, ancora, M. LUCIANI, *op. cit.* pag 180 e ss.

[12] Sul rapporto non conflittuale tra *referendum* e democrazia rappresentativa, M. LUCIANI, *op. cit.* pag 31 e ss, dove è il sottomodello rappresentativo – referendario a descrivere gli innesti di rami *partecipativ*i sul tronco della rappresentanza.

Il dibattito, piuttosto, riguardò l'individuazione del punto di equilibrio tra rappresentanza e partecipazione, ovvero il *quantum* di sovranità da lasciare alla manifestazione diretta della volontà popolare. Il carattere meramente abrogativo, e quindi successivo, del *referendum ex* art. 75 Cost. rispondeva a questo equilibrio.

3. *Il principio partecipazionista in Costituzione. Breve* Excursus *sugli strumenti di partecipazione popolare*

Dalla lettura dei lavori preparatori possiamo agevolmente desumere una definizione in negativo della partecipazione popolare. E' emerso chiaramente che questa, come pensata dai Costituenti, è attività che *non* si esaurisce nel voto e che non coincide solo con l'investitura politica dei rappresentanti. Questo, però, è solo un punto di lontana approssimazione ad un definizione positiva del fenomeno partecipativo.

Siamo, invero, di fronte ad una nozione complessa che rifugge da una rigorosa qualificazione giuridica, essendo la sua comprensione condizionata da elementi di natura economica, sociale e politica[13]. Le difficoltà di inquadramento teorico hanno spinto la maggior parte della dottrina ad adottare un approccio tipicamente empirico.

Le ricostruzioni scientifiche si sono, quindi, incentrate sulla descrizione degli istituti di partecipazione popolare e sul loro pratico funzionamento. Se, da un lato, tale prospettiva permette di avere un quadro preciso della resa effettiva degli strumenti partecipativi, anche in vista di proposte di riforma, dall'altro trascura la necessaria costruzione di un complesso teorico di regole e principi[14]. Sembra, quindi, opportuno ricercare un inquadramento formale del fenomeno.

Nelle scienze politiche e sociali la partecipazione è intesa in senso ampio come instaurazione di una relazione di *influenza* tra l'agire partecipativo e le decisioni assunte dai detentori del potere politico[15]. Sono

[13] In questi termini, M. Della Morte, *Profili della partecipazione popolare nell'ordinamento rappresentativo,* in G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere - Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Napoli 2009, pag.1876 e ss.

[14] Insiste sulla necessità di posizione di regole per assicurare le precondizioni e i presupposti della partecipazione, quali ineludibili strumenti di garanzia di effettività delle istanze e dei diritti ad essa sottesi, A. Valastro, *Partecipazione, politiche pubbliche, diritti,* in *Le regole della democrazia partecipativa. Itinerari per la costruzione di un metodo di governo,* Napoli, 2010, pag. 3 e ss.

[15] Per una definizione di partecipazione politica, M. Della Morte, *Rappresentanza vs. partecipazione*, *op. cit.*.

strumento di creazione della suddetta relazione un'amplissima pluralità di comportamenti, dei singoli o dei gruppi, come il prender parte ad una discussione politica, alle attività di un partito, ad un comizio o ad una manifestazione. In questa prospettiva, insomma, rileva il complesso delle attività volontarie attraverso le quali i cittadini, direttamente o indirettamente, svolgono un ruolo nella formazione della politica[16].

E' questa la partecipazione che la dottrina definisce come partecipazione *alla* politica[17] e che funziona come strumento di incremento del regime democratico e di garanzia dell'esercizio delle libertà e dei diritti previsti in Costituzione (*ex* art. 17, 18, 21, 49 Cost. etc..).

La partecipazione politica di cui si parla ha, poi, una duplice rilevanza. Per un verso è considerata quale fattore che assicura le condizioni di equilibrio del sistema, attraverso la garanzia del consenso e della legittimazione sociale del potere, ma per un altro assume un significato più pregnante. L'opportunità per i cittadini di prender parte alle decisioni, infatti, non permette solo il funzionamento del sistema di governo, ma rappresenta l'esito di un processo di autodeterminazione sociale [18].

In altri termini non è solo *metodo* di governo, ma ne è il *fine*, lo scopo.

Quella relazione tra società e istituzioni pubbliche, frutto di un progetto di emancipazione democratica, non può non trovare, poi, facile supporto normativo nei principi fondamentali del sistema costituzionale.

La partecipazione politica sembra, infatti, presupposta sia dalla previsione dell'art. 1 Cost., che affida al popolo l'esercizio della sovranità popolare, sia dai principi personalistico, pluralistico e solidaristico espressi dall'art. 2 Cost.

Ma è il collegamento con la previsione dell'art. 3, secondo comma,

[16] Il coinvolgimento dei cittadini attraverso forme ulteriori rispetto a quelle del circuito elettorale-rappresentativo o del *referendum* è la formula che riassume, pur nella diversità, le molteplici esperienze partecipative; si pensi ai bilanci partecipativi, alle giurie civiche berlinesi, all'urbanistica partecipata, all'esperienza francese del *débat pubblic,* sulle quali, U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa e processi di democratizzazione,* in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere - Scritti in onore di Lorenza Carlassare,* pag. 1687 e ss.

Sulla necessità che tali esperienze abbiano una connotazione dal "basso" e che non si risolvano in strumenti di anestetizzazione del dissenso politico , A. ALGOSTINO, *L'Osservatorio per il collegamento ferroviario Torino- Lione come* case study *sulla democrazia e sul dissenso,* in www.costituzionalismo.it 2009, in riferimento all'esperienza dell'Osservatorio per la costruzione della Tav in Val di Susa.

[17] Differenzia la partecipazione alla politica e la cd. partecipazione istituzionale, M. LUCIANI, *op. cit. 38 e ss.*

[18] V. ATRIPALDI, *Contributo alla definizione del concetto di partecipazione nell'art. 3 della Costituzione,* in Strutture di potere, democrazia e partecipazione, Napoli, 1974, pag 20 e ss.

Cost. che apre alle più interessanti riflessioni. Nella ricostruzione critica tale disposizione sembra aver rilevato due modelli di società alternativi, una da instaurare e una da rifiutare. Viene respinto il modello di società esistente in quanto fondato su valori che impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori alla vita politica, economica e sociale; mentre viene indicata la struttura della nuova società nella quale sono realizzati ideali di libertà e eguaglianza sociale. Ma non solo. La disposizione costituzionale ha altresì individuato i mezzi in grado di attivare il processo di trasformazione sociale evocato.

L'*effettiva* partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese rappresenta, infatti, lo strumento elettivo di trasformazione della società esistente in quella prefigurata[19].

Il programma di rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale e di realizzazione dell'uguaglianza di fatto, iscritto in Costituzione all'art. 3, secondo comma, si realizza proprio attraverso quella stretta relazione tra cittadini e istituzioni pubbliche che diventa, di conseguenza, l'elemento caratterizzante della società.

Per l'oggetto dell'indagine risulta, però, più utile adottare un punto di vista diverso da quello delle *political sciences*.

La dottrina costituzionalistica isola un altro significato dell'attività partecipativa che intreccia più da vicino il tema in discussione.

La partecipazione cui si ha riguardo quando l'analisi ha ad oggetto gli istituti referendari non è, infatti, quella che instaura una relazione di *influenza* tra cittadini e azione di governo. La risposta popolare ad un quesito referendario è molto più di un atto di *influenza*, è un atto di *decisione* nel senso stretto del termine. Non è un caso che parte della dottrina si riferisce al *referendum* come strumento di co-determinazione dell'indirizzo politico, anche nella sua versione meramente abrogativa[20].

Gli istituti cui è demandata in Costituzione la trasmissione diretta della volontà popolare, ovvero *referendum,* iniziativa legislativa e petizione, sono strumenti non di partecipazione politica in senso lato, ma di partecipazione cd. *istituzionale*.

Solo con quest'ultima ci si riferisce ad un'attività esercitata tramite forme giuridicamente previste; diretta all'attivazione, completamento e integrazione dell'attività decisionale degli organi rappresentativi; at-

[19] Esattamente in questi termini V. ATRIPALDI, *op. cit.,* pag. 11 e ss.

[20] A. CARIOLA, *Referendum abrogativo e giudizio costituzionale. Contributo allo studio di potere sovrano nell'ordinamento pluralista,* Milano, 1994, pag. 357 e ss.

tributiva di specifici diritti politici ed esercitabile da qualunque cittadino, indipendentemente dall'appartenenza a gruppi o ad altre dimensioni associative[21].

Ognuna di queste caratteristiche consente di restringere il campo di indagine solo a quelle attività che incidono sul sistema rappresentativo, alterandolo.

Del resto solo queste - non uno sciopero, né una manifestazione di piazza – pongono il problema di definire il punto di equilibrio con la rappresentanza e di fissare il grado di alterazione sopportabile affinché questa non risulti compromessa.

Ma l'attenzione verso tali forme di partecipazione non deve tradursi solo in termini di difesa dei canali decisionali della rappresentanza. E, infatti, proprio il loro potenziale di attivazione, integrazione e completamento dei circuiti politici ne suggerisce un utilizzo in termini di dinamizzazione del sistema stesso[22], pur nel rispetto dell'equilibrio fissato.

Non rimane, quindi, che verificare se la disciplina costituzionale, così come pensata dai nostri Costituenti, sia idonea a valorizzare questa funzione o se, al contrario, deprima le potenzialità degli istituti partecipativi.

Ai sensi dell'art. 50 Cost. tutti i cittadini possono rivolgere petizioni alle Camere per chiedere provvedimenti legislativi o esporre comuni necessità.

Nel passaggio dallo stato liberale allo stato democratico, l'istituto si è progressivamente trasformato da strumento di riparazione dei torti dei singoli, surrogato dell'azione giudiziaria, a libertà politica tesa all'arricchimento del dialogo tra cittadini e assemblee elettive.

Il consolidamento del partito politico come strumento di canalizzazione della domanda politica ha, però, inevitabilmente condotto ad una progressiva marginalizzazione, se non complessiva irrilevanza dell'istituto.

Del resto, già il dibattito in Assemblea Costituente rilevava un atteggiamento incerto sulla funzione della petizione popolare in presenza di strumenti molto più efficaci di espressione dell'opinione pubblica (non solo i partiti, ma anche l'iniziativa legislativa e il *referendum*). Non è facile, quindi, stabilire se la scelta di mantenere in vita l'istituto sia stato solo un omaggio alla tradizione liberale, oppure sia stata suggerita dalla convinzione che questo potesse esprimere una qualche utilità anche

[21] E' questa la definizioni di partecipazione istituzionale che fornisce M. LUCIANI, *op. cit.* pag. 38 e ss.

[22] Parla, tra le altre, di funzione dinamizzante del *referendum,* M. LUCIANI, *op. cit.* pag. 82 e ss.

nel moderno quadro costituzionale[23].

Qualunque fosse l'*original intent*, l'istituto è condannato all'irrilevanza anche a causa della mancata previsione, in Costituzione come nei regolamenti parlamentari, di un obbligo d'esame nel merito per le Camere.

Con ben maggiore articolazione di argomenti e, forse, con maggiori speranze di funzionamento i Costituenti inserirono, come ulteriore strumento di democrazia partecipativa, l'iniziativa popolare delle leggi. L'art. 71, secondo comma Cost. prevede, infatti, che il popolo esercita l'iniziativa delle leggi, mediante la proposta, da parte di almeno cinquantamila elettori, di un progetto redatto in articoli.

In Assemblea Costituente Mortati segnalò chiaramente la necessità di garantire efficacemente l'istituto, considerandolo «opportuno allo scopo di frenare e limitare l'arbitrio della maggioranza».

Rilevava, infatti, come «non sia detto che la maggioranza sia espressione sempre della volontà popolare, ed è quindi opportuno concedere al popolo un mezzo concreto per esprimere efficacemente un proprio orientamento, anche in difformità con l'orientamento governativo»[24].

Nonostante l'enfasi che accompagnò la discussione in Costituente, anche l'iniziativa popolare delle leggi risulta inevitabilmente frustrata dall'assenza di un vincolo operativo in capo alle Camere[25].

Il complessivo malfunzionamento sia della petizione popolare che dell'iniziativa legislativa di cui all'art. 71, secondo comma, Cost. ha finito inevitabilmente con il forzare la natura normativa o, che dir si voglia, propositiva del *referendum ex* art. 75 Cost., istituto che, nella ricostruzione dottrinale, chiude il novero degli strumenti partecipativi previsti in Costituzione.

4. *Il referendum* deliberativo*: dalla Commissione Bozzi alla Bicamerale D'Alema. Le ragioni a sostegno delle riforme*

Le debolezze strutturali che caratterizzano il complessivo sistema di partecipazione popolare in Costituzione sono, di frequente, motivo di

[23] Art. 50, *Commentario breve alla Costituzione,* a cura di S. Bartole, R. Bin, Milano, 2008; su un nuovo utilizzo del diritto di petizione negli Statuti regionali, C. Bertolino, *Il diritto di petizione negli Statuti regionali. Un istituto obsoleto o nuove ipotesi di sua utilizzazione?* in www.federalismi.it. n. 17/2011.

[24] *Ass. Cost.,* II Sottocommissione, seduta del 24 ottobre 1946, in www.legislature.camera.it

[25] Sulla qualificazione dell'iniziativa legislativa popolare come strumento di partecipazione propositiva e sui problemi sollevati dall'assenza di un obbligo di esame e di un divieto di emendabilità della proposta popolare, M. Della Morte, *Rappresentanza vs. partecipazione*, *op. cit.*

censura e di insoddisfazione nelle ricostruzioni dottrinali[26]. Ma sono le stesse che hanno ispirato molteplici tentativi di riforma costituzionale.

Il primo progetto che dà al *referendum* deliberativo, o approvativo che dir si voglia, un ruolo di primo piano nel dibattito sulle riforme alla forma di governo è quello presentato dalla Commissione Bozzi nel 1983. La discussione non riguardò, però, direttamente la previsione dell'art. 75 Cost., ma l'opportunità di congegnare un meccanismo complesso di rafforzamento dell'iniziativa legislativa popolare, noto appunto come iniziativa legislativa indiretta[27].

La relazione finale congedò, in realtà, un testo che prevedeva semplicemente l'innalzamento del *quorum* a centomila elettori e un generico obbligo di esame gravante sulle Camere entro un anno dalla presentazione della proposta di legge popolare. Ma in Commissione si levarono voci a favore dell'introduzione di un *referendum* popolare che "sanzionasse" il mancato esame da parte delle Camere o l'approvazione di un testo di legge che tradisse, con modifiche significative, l'*intentio* dei promotori.

Oscurato nel progetto di riforma della Commissione De Mita-Jotti, il *referendum* propositivo ritrova, poi, rinnovata vitalità nei lavori della Bicamerale D'Alema del 1997. L'art. 105 del testo base approvato nel mese di giugno prevedeva la possibilità di indizione di un *referendum* per l'approvazione di un progetto di legge di iniziativa popolare presentato da almeno ottocentomila elettori, quando entro diciotto mesi dalla presentazione le Camere non avessero deliberato su di esso. La Corte Costituzionale avrebbe, poi, verificato sull'ammissibilità del quesito, decorso il termine previsto.

Il fallimento dei lavori di riforma organica della parte seconda della Costituzione segna, però, il temporaneo accantonamento del tentativo di valorizzazione della proposta popolare. E' solo del 2009 un successivo progetto di legge costituzionale di riforma degli art. 70 e ss. Cost. Nella relazione di accompagnamento al progetto di legge n. 1428 si legge che «fra i principali motivi per potenziare gli strumenti referendari (iniziativa popolare legislativa e referendum confermativo facoltativo) si trova la necessità`di aprire nuovi spazi di partecipazione ai cittadini, dando seguito all'articolo 118, quarto comma, della Costituzione e recuperando la spinta di impegno attivo per il bene comune»[28].

[26] G. Ferrara, *L'altra riforma, nella Costituzione, op. cit.* , pag. 47 e ss.

[27] Per una chiara definizione definizione, M. Luciani, *op. cit.*, p. 203 e ss.

[28] Che la nozione di *bene comune* faccia, oggi, parte del lessico della politica e, in specie, della politica più sensibile alle istanze partecipazioniste è dato inconfutabile. Per una

Il meccanismo è più complesso di quelli congegnati in precedenza. Il "nuovo" art. 73 avrebbe previsto, infatti, che ove una proposta di legge popolare non avesse trovato seguito alle Camere entro un congruo periodo di tempo da stabilire con legge, ci sarebbe stata l'indizione di un *referendum* popolare, previa dichiarazione di ammissibilità della Corte Costituzionale. Qualora, invece, il Parlamento avesse modificato la proposta di legge o approvato un proprio disegno di legge in materia, il comitato promotore dell'iniziativa popolare, composto da un numero minimo di elettori stabilito per legge, avrebbe deciso a maggioranza se ritirare il disegno di legge o chiedere la votazione referendaria. In quest'ultimo caso il quesito avrebbe avuto natura trilemmatica. L'elettore avrebbe scelto o la proposta popolare o la controproposta parlamentare e, in ultima istanza, la proposta cd. di ballottaggio.

Pur nella diversità, i progetti di legge costituzionale appena richiamati condividono le stesse ragioni. La necessità di una effettiva applicazione del principio partecipazionista sembra animare tutti i firmatari dei progetti di riforma.

Nonostante gli sfortunati esiti parlamentari le ragioni delle riforme sono, poi, sostenute con forza da attenta dottrina.

La grande portata progressista dei principi normativi contenuti nell' art. 3, secondo comma, e negli stessi artt. 1 e 2 Cost., sembra ai più amputata dalla cautela della disciplina approntata nella seconda parte della Carta Costituzionale.

Per Baldassarre, ciò che avrebbe impedito ai Costituenti di essere pienamente consequenziali con le affermazioni di principio contenute nella prima parte del testo costituzionale sarebbe stato il contesto culturale che caratterizzava l'Italia di fine anni '40. Sebbene il risultato complessivo raggiunto in Assemblea Costituente fu quello di una democrazia, nei suoi tratti essenziali, pluralista, tuttavia sui singoli punti - la disciplina del *referendum* e degli altri istituti partecipativi – sarebbero prevalsero altre concezioni.

Era diffusa, in effetti, l'idea che il popolo non potesse avere una configurazione a sé stante, né una propria identità in grado di contrapporsi, dialetticamente, alle istituzioni pubbliche. Il popolo non era che un elemento dello Stato e la sua volontà inesistente senza le potenzialità unificanti degli apparati statali[29].

ricostruzione giusfilosofica della categoria, A. FARANO, R. MELE, *Oltre l'individualismo proprietario? Note giusfilosofiche per uno studio sui beni comuni,* in corso di pubblicazione, Napoli, 2012

[29] Per questa ricostruzione dell'orizzonte culturale in cui si trovarono ad operare i Costituenti, A. BALDASSARRE, *Referendum e legislazione, op. cit.* pag. 36 e ss..

Il risultato di questo radicamento culturale fu che l'iniziativa legislativa non venne garantita da nessun obbligo di esame da parte delle Camere e che il *referendum* ammesso fu solo quello abrogativo. L'autore sostiene, quindi, la necessità che si rimedi niente di più che ad una congiuntura politica e culturale ancora impermeabile alle istanze di partecipazione democratica.

Allo stesso modo per Ferrara le modifiche costituzionali permetterebbero di dare voce alla maturazione democratica dei cittadini e ridurre la frattura ideologica all'interno del sistema[30].

Ma le posizioni si diversificano.

L'opportunità di riforme che declinino il *referendum* in forme propositive è sostenuto anche da Luciani, ma per motivazioni- diremmo- tecniche. Di fronte al sostanziale malfunzionamento degli istituti prima elencati, le domande di partecipazione cd propositiva avrebbero, infatti, finito per gravare interamente sul *referendum* abrogativo previsto dall'art. 75 Cost., forzandone la natura.

La tensione partecipazionista avrebbe contribuito, infatti, al moltiplicarsi dei quesiti manipolativi che accentuano impropriamente la portata normativa dello strumento referendario, a discapito di quella meramente abrogativa. Ciò avrebbe, nella ricostruzione, provocato una indubbia torsione del dettato costituzionale.

La modifiche gli art. 71 e ss. potrebbero, per un motivo in più, contribuire al corretto funzionamento del disegno costituzionale [31].

Ma le ragioni sostenute non sono solo di struttura o di resa interna del sistema già esistente.

Per Barbera l'introduzione di un istituto di partecipazione propositiva potrebbe rispondere, infatti, ai problemi sollevati dalla cd. crisi del sistema rappresentativo[32]. E'sono proprio queste le argomentazioni più forti, ma anche le più critiche.

La perdita di centralità dei partiti politici[33] e la delegittimazione del sistema politico pongono, senza dubbio, una questione istituzionale.

La soluzione della quale, però, muta notevolmente a seconda di come

[30] Sottolinea l'inadeguatezza degli istituti referendari alla attuale maturazione democratica e alle diffuse domande di partecipazione diretta alla politica in G. FERRARA, *L'altra riforma, nella Costituzione, op. cit.* , pag. 47 e ss.

[31] In questo senso, M. LUCIANI, *op. cit.*, pag. 203 e ss.

[32] A. BARBERA, *La rappresentanza politica. Un mito in declino?*, *op. cit.*.

[33] Sulla crisi dei partiti politici, G. AZZARITI, *La crisi dei partiti come crisi della loro capacità rappresentativa,* in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P.VERONESI (a cura di) *La Costituzione come regola e limite al potere - Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, cit., pag. 1777 e ss.

si intenda la crisi stessa. In dottrina si è soliti rinvenire una distinzione fra crisi di sistema e crisi di efficacia[34].

La cd. crisi di sistema, che coinvolge le istituzioni di governo, è data dalla loro incapacità di farsi portavoce dell'interesse generale della comunità e di intercettare i valori e le istanze che questa esprime. Il Parlamento appare incapace di realizzare un progetto di semplificazione della disarticolazione sociale e di operare quella mediazione tra interessi confliggenti che dovrebbe costituire il *proprium* della funzione normativa[35]. E', questa, non solo crisi del parlamentarismo, ma crisi della legge[36].

Il referendum propositivo, per questa via, ridurrebbe lo scollamento tra società civile e sistema partito, coadiuvando quelle domande politiche che spesso giacciono inevase. E' questa la prospettiva di analisi di certo più interessante in cui il sistema rappresentativo è perfettamente integrato dai meccanismi di partecipazione popolare.

Ma è anche *una* prospettiva. L'entusiasmo per un innesto perfetto fra dimensione rappresentativa e dimensione partecipativa non può far tacere i dubbi che la crisi di cui parliamo non sia effettivamente una crisi, come abbiamo detto, strutturale. Non è da escludere l'ipotesi per cui non siamo di fronte ad una inadeguatezza costitutiva del sistema rappresentativo, ma ad una crisi- che definiremmo- di converso, di efficacia.

Gli organi della rappresentanza non verserebbero in uno stato di decadenza per motivi di inadeguatezza strutturale, ma solo politica.

In questa visione, il rafforzamento della dimensione partecipativa potrebbe poco o nulla. Al contrario, la degenerazione politica degli organi inquinerebbe anche le più autentiche ambizioni partecipazioniste. Ma è davvero verosimile che solo di contingenza politica si tratti? La durata, ormai più che ventennale del dibattito[37], ci indizia che non sia, o comunque solo, un problema congiunturale, ma endemico del sistema istituzionale e ciò ridà interesse a quelle riforme costituzionali che, rafforzando gli strumenti di partecipazione popolare, ne tentano un completamento.

[34] Per una distinzione tra crisi di sistema e crisi di efficacia del sistema parlamentare, M. DELLA MORTE, *Rappresentanza vs. partecipazione, op. cit.*

[35] Parla della crisi della rappresentanza come crisi della legge, P. BARCELLONA, *Legislazione e consenso sociale ,* in *Il Parlamento tra crisi e riforma, op. cit.* pag 35 e ss.

[36] F. MODUGNO, *A mò di introduzione: considerazioni sulla "crisi" della legge,* in *Trasformazioni della funzione legislativa.* Vol. 2 *Crisi della legge e sistema delle fonti,* a cura di F. MODUGNO, Milano, 2000, pag. 1-71.

[37] E' il 1985 quando Hans Kelsen scrive nella sua *La democrazia* « oggi- non lo si può nascondere- ci si è un po' stancati del Parlamento», parla della crisi del parlamentarismo e pensa alla sua riforma.

FABIO IACOBONE

Il patto di prova

SOMMARIO: 1. Funzione e natura. - 2. Campo di applicazione. - 3. Forma e contenuto. - 4. Durata della prova. - 5. Diritti ed obblighi delle parti. - 6. Regime del recesso.

1. *Funzione e natura*

La possibilità per il datore di lavoro di verificare se il dipendente sia dotato delle conoscenze tecniche e delle attitudini personali necessarie per svolgere l'oggetto del contratto di lavoro assume, oggi, particolare rilievo alla luce dei mutamenti economici e strutturali del sistema produttivo e nel quadro di un mercato del lavoro flessibile sotto il profilo della gestione delle risorse umane.

Nella stipulazione del contratto di lavoro le parti possono inserire una clausola con cui subordinano l'assunzione definitiva del lavoratore all'esito positivo di un periodo di prova (art. 2096 cod. civ.)[1].

La causa del patto di prova va individuata nella tutela dell'interesse comune di entrambe le parti contrattuali a sperimentare la reciproca convenienza alla instaurazione del rapporto di lavoro[2].

[1] Sul patto di prova, v., in generale, C. ASSANTI, *Il contratto di lavoro a prova*, Giuffrè, Milano, 1957; L. BONARETTI, *Il patto di prova nel rapporto di lavoro privato*, Milano, Giuffrè, 1987; F. CARINCI – R. DE LUCA TAMAJO – P. TOSI – T. TREU (a cura di), *Diritto del lavoro*, II, *Il rapporto di lavoro subordinato*, Torino, Utet, 2003; V. CASSÌ, *Il rapporto di lavoro in prova*, Milano, Giuffrè, 1950; R. DEL PUNTA, *Lavoro in prova*, in *Enc. giur. Treccani*, XVIII, Roma, 1990; E. GHERA, *Diritto del lavoro*, Bari, Cacucci, 2002; L. MENGHINI, *La clausola di prova*, in C. CESTER (a cura di), *Diritto del lavoro. Commentario* diretto da F. CARINCI, II, *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, Torino, Utet, 1998; L. MONTUSCHI, *La costituzione del rapporto di lavoro e il collocamento*, in *Tratt. Rescigno*, 15, I, Torino, Utet, 1986; L. RIVA SANSEVERINO, *Dell'impresa in generale*, in *Commentario al codice civile*, diretto da A. SCIALOJA – G. BRANCA, *sub. artt. 2060-2134*, Bologna-Roma, 1977; F. SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, Jovene, 1976; G. SUPPIEJ, *Il rapporto di lavoro*, Padova, Cedam, 1982; P.A. VARESI, *Prova (patto di)*, in *Digesto, Disc. priv., Sez. comm.*, XI, Torino, 1995, 423; G. ZANGARI, *Il contratto di lavoro con clausola di prova*, Milano, Giuffrè, 1965.

[2] V. Cass. 8 gennaio 2008, n. 138, secondo cui "la causa del patto di prova va individuata nella tutela dell'interesse comune alle due parti del rapporto di lavoro, in quanto diretto ad attuare un esperimento mediante il quale sia il datore di lavoro che il lavoratore possono verificare la reciproca convenienza del contratto, accertando il primo le capacità del lavoratore e quest'ultimo, a sua volta, valutando l'entità della prestazione

In particolare, la clausola di prova consente:

- al datore di lavoro, di accertare le capacità e le attitudini professionali del lavoratore e la sua complessiva idoneità alle mansioni affidate nell'ambito del contesto aziendale;

- al lavoratore, di valutare l'entità della prestazione lavorativa richiestagli e le condizioni di svolgimento del rapporto di lavoro.

La clausola di prova costituisce un elemento accidentale del contratto di lavoro, il quale può essere stipulato direttamente in via definitiva. Qualora si preveda un periodo di esperimento, l'assunzione in prova del prestatore di lavoro deve risultare da atto scritto (art. 2096, co. 1, cod. civ.).

Durante il periodo di prova, l'imprenditore ed il prestatore di lavoro sono rispettivamente tenuti a consentire e a fare l'esperimento che forma oggetto del patto di prova (art. 2096, co. 2, cod. civ.) e ciascuna delle parti può recedere dal contratto, senza obbligo di preavviso o di indennità (art. 2096, co. 3, cod. civ.).

Scaduta la prova, qualora entrambe le parti ne ritengano favorevole l'esito, l'assunzione diviene definitiva ed il periodo prestato si computa nell'anzianità di servizio del lavoratore (art. 2096, co. 4, cod. civ.).

Riguardo alla funzione del periodo di prova, la giurisprudenza ha affermato che il patto di prova può essere apposto anche nel caso in cui siano intercorsi fra le stesse parti precedenti rapporti di lavoro, purché risulti ancora funzionale allo scopo – non realizzato compiutamente in precedenza – e consentire alle parti di valutare, all'esito di un periodo adeguato di esperimento, la reciproca convenienza del nuovo rapporto di lavoro[3]; viceversa l'apposizione del patto di prova al contratto di lavoro è illegittima quando non sia funzionale alla sperimentazione della reciproca convenienza al contratto, per essere questa già intervenuta con esito positivo in un precedente rapporto di lavoro tra le parti aventi ad oggetto le medesime mansioni[4].

richiestagli e le condizioni di svolgimento del rapporto". In senso conforme, cfr. Cass. 29 luglio 2005, n. 15960, in "Repertorio del foro italiano", 2005, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1105; Cass. 2 dicembre 2004, n. 22637, in "Notiziario di giurisprudenza del lavoro", 2005, p. 176; Cass. 5 maggio 2004, n. 8579, in "Guida al lavoro", 2004, n. 28, p. 22; Cass. 11 marzo 2004, n. 5016, in "Diritto e pratica del lavoro", 2004, p. 2158.

[3] V. Cassì, n. 15960/2005; Cass. 24 luglio 1990 n. 7493, in "Giurisprudenza italiana", 1992, I, col. 970. Per la giurisprudenza di merito, v. Trib. Roma 28 aprile 2005, in "Massimario della giurisprudenza italiana", 2005. *Contra*, Cass. 17 novembre 2008, n. 27330, secondo cui non è necessaria un'ulteriore verifica se le parti si sono già "sperimentate".

[4] Cfr. Cass. 17 novembre 2008, n. 27330, in "Guida al lavoro", 2008, n. 50, p. 24, secondo cui "il patto di prova apposto al contratto di lavoro mira a tutelare l'interesse di entrambe le parti contrattuali di sperimentare la reciproca convenienza al contratto, con

Sulla natura giuridica del patto di prova la dottrina ha prospettato diverse tesi.

L'orientamento maggioritario[5] qualifica il patto di prova in termini di condizione sospensiva potestativa nella quale l'evento dedotto in condizione è ravvisato nel gradimento delle parti.

Secondo questo indirizzo, la stipulazione del patto di prova dà luogo alla costituzione di un rapporto di lavoro provvisorio e incompleto, la cui efficacia obbligatoria rimane sospesa in attesa che il verificarsi dell'evento dedotto in condizione (cioè il gradimento delle parti o comunque il mancato recesso di una delle due parti) lo renda definitivo.

All'interno di tale posizione si deve, però, distinguere la tesi di coloro che sostengono che il patto di prova rappresenti una condizione sospensiva e coloro per i quali la condizione sarebbe risolutiva.

Secondo il primo indirizzo[6] il rapporto di lavoro si trasformerebbe da provvisorio in definitivo in seguito al compimento del periodo di prova o al mancato recesso di una delle parti. Per il secondo[7], il rapporto di lavoro sarebbe sottoposto alla condizione risolutiva della dichiarazione di recesso; ossia, la risoluzione avrebbe effetto al verificarsi della condizione, trattandosi di contratto ad esecuzione continuato (art. 1360 c.c.).

Altri Autori[8], invece, ravvisano nel patto di prova la combinazione dei due elementi del termine e della condizione: ad un rapporto di

la conseguenza che deve ritenersi illegittimamente apposto un patto che non sia funzionale alla suddetta sperimentazione per essere questa già intervenuta con esito positivo, attraverso lo svolgimento di un precedente rapporto di lavoro tra le parti, avente ad oggetto le medesime mansioni" (in senso conforme, cfr. Cass. 5 maggio 2004, n. 8579, in "Repertorio del foro italiano", 2004, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1313; Cass. 11 marzo 2004, n. 5016, in "Diritto e pratica del lavoro", 2004, p. 2158; Cass. 7 dicembre 1998 n. 12379, in "Massimario di giurisprudenza del lavoro", 1999, p. 285). Per la giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Vigevano 30 marzo 2007, n. 57, in "Note Informative", 2007, n. 39, p. 51, fattispecie relativa all'illegittimità del patto di prova dopo un precedente impiego come lavoratore temporaneo; Trib. Milano 11 luglio 2006, in "Il lavoro nella giurisprudenza" 2007, 5, p. 530; Trib. Milano 29 novembre 2004, in "Rivista critica di diritto del lavoro", 2005; Trib. Pavia 26 gennaio 2003, in "Massimario della giurisprudenza italiana", 2003.

[5] V., *ex plurimis*, V. Cassì, *Il rapporto di lavoro in prova*, cit., p. 139;

[6] V. L. Barassi, *Corso di diritto del lavoro*, II, Milano, 1936, Giuffrè, p. 188; L. Riva Sanseverino, *Dell'impresa in generale*, in *Commentario al codice civile*, cit., p. 258; D. Napoletano, *Il licenziamento dei lavoratori nella nuova disciplina legislativa*, Torino, Utet, 1966, p. 31; nello stesso senso cfr: E. Ghera, *Diritto del lavoro*, Bari, Cacucci, 2000, p. 131; *contra* G. Suppiej, in Suppiej, De cristofaro, Cester, *Diritto del lavoro, Il rapporto individuale*, Padova, Cedam, 1998.

[7] V. L. Mengoni, *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, in *Il Contratto di lavoro nei Paesi C.E.E.*, Milano, 1965, p. 476; M.L. Loi, *Brevi considerazioni sul rapporto di lavoro in prova*, in "Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale", 1976, p. 696.

[8] F. Santoro Passarelli, *op. cit.*, p. 62; V. Cassì, *op. cit*., p. 139.

lavoro provvisorio (a termine finale incerto) seguirebbe un rapporto definitivo (sottoposto alla condizione sospensiva potestativa del gradimento o del mancato recesso) che tiene conto del primo ai fini dell'anzianità.

Secondo un'altra impostazione[9], il contratto di lavoro con patto di prova sarebbe addirittura un contratto speciale.

La giurisprudenza[10], dando scarsa rilevanza al dibattito dottrinale, si è limitata ad affermare che l'apposizione del patto di prova subordina il rapporto di lavoro ad una condizione sospensiva potestativa.

2. *Campo di applicazione*

Il patto di prova può trovare applicazione nell'ambito di qualsiasi rapporto di lavoro, pubblico e privato; specifiche disposizioni riguardano, poi, gli apprendisti (la cui durata della prova non può superare il termine di 2 mesi[11]) e i lavoratori domestici[12].

Inoltre, il patto di prova è compatibile con il contratto di lavoro a tempo determinato[13], in quanto anche nel caso di fissazione di un termine di scadenza del rapporto, possono essere perseguite le finalità del

[9] In tal senso, C. Assanti, *Il contratto di lavoro a prova*, Milano, Giuffrè, 1957, pp. 27 e ss.

[10] Cfr., Cass. 6 febbraio 1984, n. 913, in "Massimario di giurisprudenza civile", 1984, fasc. 2, secondo cui "il rapporto di lavoro subordinato, costituito con patto di prova, è sottratto, per il periodo massimo di sei mesi, alla disciplina sui licenziamenti individuali ed è caratterizzato da un potere di recesso dal datore di lavoro, la cui discrezionalità - avverandosi la condizione sospensiva potestativa cui è sottoposto il negozio di assunzione – si esplica senza obbligo di fornire al lavoratore alcuna motivazione, neppure in caso di contestazione, sulla valutazione della capacità e del comportamento professionale del medesimo". Nello stesso senso. V. Corte Cost. 28 luglio 1976, n. 204, in Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale", 1976, II, p. 691; Cass. 17 gennaio 1977, n. 232, in "Orientamenti di giurisprudenza del lavoro", 1977, p. 627; Cass. 27 gennaio 1978, n. 400, in "Massimario di giurisprudenza del lavoro", 1978; In senso conforme più recentemente Cass. 11 novembre 1988, n. 6096, in "Diritto e pratica del lavoro", 1989, p. 596.

[11] Cfr. art. 9, L. 19 gennaio 1955, n. 25, secondo cui la funzione della prova è volta, non a verificare le capacità del prestatore, ma l'idoneità a conseguirle.

[12] L'art. 2242 del c.c. prevede, in particolare, che il patto di prova si presume per i primi otto giorni. L'art. 5, della legge 2 aprile 1958, n. 339 stabilisce, inoltre, che i lavoratori domestici, intesi come coloro che prestano a qualsiasi titolo la loro opera per il funzionamento della vita familiare, sono soggetti ad un periodo di prova, la cui durata non può eccedere il mese, nel caso di lavoratori con mansioni impiegatizie o analoghe funzioni, otto giorni, nel caso di prestatori d'opera manuale specializzata o generica o aventi simili mansioni.

[13] Tuttavia, il patto di prova deve avere una durata inferiore a quella complessiva del contratto a termine. Secondo la giurisprudenza, infatti, non è giuridicamente

patto[14] e con il contratto somministrazione di lavoro[15], in cui la durata della prova è stabilita dalla contrattazione collettiva.

Nel part-time è possibile prevedere un periodo di prova nei limiti e con le modalità previste per il lavoratore a tempo pieno. I contratti collettivi possono provvedere a modulare la durata del periodo di prova qualora l'assunzione avvenga con contratto di lavoro a tempo parziale di tipo verticale[16].

Nel lavoro ripartito (*job sharing*), la disciplina della prova è demandata alla contrattazione collettiva[17]. Generalmente, la prova dovrà essere svolta da entrambi i *job-sharers*. Si potrebbe prospettare, però, la particolare ipotesi in cui i *job-sharers* si accordino nel suddividere la prestazione in modo tale da alternarsi sul lavoro con cadenza bimestrale, con la conseguenza che, nel caso in cui le parti abbiano stabilito un periodo di prova pari a 2 mesi, l'esperimento della stessa avvenga da parte di un unico dipendente, facendo ricadere, in tal modo, sul datore di lavoro il rischio di una "incompatibilità" al lavoro dell'altro prestatore.

La giurisprudenza non ha, invece, ritenuto legittima l'apposizione del patto di prova al contratto di lavoro a progetto, specificando che l'art. 2096 c.c. si applica ai rapporti di lavoro subordinato[18].

Numerose pronunce si sono avute anche con riferimento alla legittimità dell'apposizione del patto di prova nei confronti dei lavoratori disabili assunti con il sistema del collocamento obbligatorio[19]. Dati i connotati particolari del rapporto in questione, l'esperimento deve riguardare mansioni compatibili con lo stato di invalidità del soggetto avviato ed essere limitato alla residua capacità lavorativa dell'invalido, per cui la valutazione della prova non deve essere influenzata da considerazioni concernenti il minor rendimento derivante dalle menomazioni del la-

configurabile un patto di prova che abbia la stessa durata del contratto a tempo determinato in cui è inserito. In tal senso, cfr. Trib. Pistoia 11 gennaio 2008, in "Rivista critica di diritto del lavoro", 2008, p. 560, con nota di Alvaro, *Su natura e funzione del patto di prova apposto a un contratto a termine e ancora sull'assunzione con contratto a termine ai sensi dell'art. 8, 2° comma, l. 223/91*; Trib. Milano 14 ottobre 2004, in "Rivista critica di diritto del lavoro", 2004, p. 904.

[14] Cfr. Cass. 24 febbraio 1982, n. 1175, in "Massimario di giurisprudenza del lavoro", 1982, p. 359.

[15] Artt. 20 e ss., D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276.

[16] Art. 4, co. 2, lett. a), D.Lgs. 25 febbraio 2000, n. 61.

[17] Art. 43, co. 1, D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276.

[18] Trib. Roma, 6 dicembre 2006, in "Rivista critica di diritto del lavoro", 2007, p. 754.

[19] V. Cass. 17 dicembre 2001, n. 15943, in "Guida al lavoro" 2002, n. 8, p. 19; Cass. 4 dicembre 2001, n. 15315, *ivi*, 8, p. 20.

voratore.

Nel sistema del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni (lavoro pubblico), il periodo di prova è obbligatorio e le assunzioni sono assoggettate all'esito positivo dello stesso [20].

Nel contratto di formazione e lavoro (CFL), attualmente utilizzabile solo nell'ambito del lavoro pubblico (art. 86, co. 9, secondo periodo, D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276), il patto di prova, diversamente dalla sua funzione tradizionale, è finalizzato a verificare la capacità del lavoratore ad acquisire la professionalità richiesta. La prova dovrà, pertanto, svolgersi in relazione alla qualifica attribuita al lavoratore all'atto dell'assunzione e non in riferimento a quella superiore prevista al termine del periodo di formazione.

3. *Forma e contenuto*

Sulla base di quanto precedentemente affermato, risulta che l'assunzione del prestatore di lavoro per un periodo di prova deve risultare da atto scritto (art. 2096, co. 1, cod. civ.). La clausola può essere inserita direttamente nel contratto di lavoro o in un atto separato.

Secondo l'orientamento prevalente della dottrina[21], la forma scritta è richiesta *ad substantiam* e non semplicemente *ad probationem.*

A sostegno di tale indirizzo è stato sottolineato come il requisito di forma sia eccezionalmente richiesto dal legislatore a tutela della parte meno forte del rapporto (il lavoratore) rispetto alle conseguenze di una clau-

[20] V. art. 17, co. 1, D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, e successive modifiche ed integrazioni. Sulla particolare funzione del patto di prova nel lavoro pubblico, cfr. Cass. 2 agosto 2010, n. 17970, in "Massimario di giurisprudenza civile", 2010, p. 1172; Cass. 13 agosto 2008, n. 21586, secondo cui l'istituto della prova nel rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni è regolato da una *lex specialis*, che deroga, rendendo inapplicabile l'art. 2096 c.c. ed i principi elaborati dalla giurisprudenza sulla base di detta norma. Per la giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Milano 26 gennaio 2012, in "Il lavoro nella giurisprudenza", 2012, p. 413, secondo cui il patto di prova nel rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni si configura non solo come prodotto della libera autonomia negoziale delle parti, ma come atto *ex lege*, adottato cioè in attuazione di un obbligo previsto dalla legge, nell'ambito del quale l'autonomia contrattuale è limitata alla determinazione della sola durata del periodo di prova.

[21] Sul punto, cfr.: F. Santoro Passarelli, *Nozioni*, *cit.*, p. 128; V. Cassì, *op. cit*., pp. 29-30; G. Pera, *Lezioni di diritto del lavoro*, Padova, 1984, Cedam, p. 534; L. Bonaretti, *op. cit*., p. 59; P.A. Varesi, *Il patto di prova nel rapporto di lavoro*, in *Le assunzioni. Prova e termine nei rapporti di lavoro, Il Codice Civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, Giuffrè, 1990, p.16. G. Zangari, *op. cit*., p.10.

sola che ne sottolinea la debolezza[22].

L'inosservanza della forma scritta comporta la nullità del patto, il quale viene considerato come non apposto al contratto di lavoro, con l'automatica ed immediata conversione dell'assunzione in definitiva sin dall'inizio del rapporto[23].

Dal momento che la forma scritta è richiesta dalla legge, essa deve essere rispettata anche qualora i contratti collettivi non la prevedano[24]. La stipulazione scritta del patto di prova deve essere anteriore o, quanto meno, contestuale alla costituzione del rapporto di lavoro[25].

Nel silenzio della legge, la giurisprudenza ritiene che il patto di prova stipulato successivamente all'assunzione è nullo ed il rapporto di lavoro assume immediatamente carattere definitivo[26].

Il requisito della forma scritta del patto di prova deve sussistere sin dall'inizio del rapporto di lavoro[27], senza alcuna possibilità di equipol-

[22] G. Amoroso, V. Di Cerbo, A. Maresca, *Il diritto del lavoro, Costituzione, Codice Civile e Leggi Speciali*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2007, p. 613.

[23] In giurisprudenza, v. Cass. 29 luglio 2011, n. 16806, in "Guida al lavoro", 2011, n. 38, p. 59; Cass. 11 gennaio 2011, n. 458, in "Notiziario di giurisprudenza del lavoro", 2011, p. 195; Cass. 22 ottobre 2010, n. 21758, in "Guida al lavoro" 2010, n. 45, p. 40; Cass. 12 gennaio 2005, n. 427, in "Orientamenti di giurisprudenza del lavoro", 2005, I, p. 258; Cass. 3 giugno 2002, n. 8038, in Notiziario di giurisprudenza del lavoro", 2002, p. 578; Cass. 14 aprile 2001, n. 5591, in "Massimario della giurisprudenza italiana", 2001; Cass. 13 ottobre 2000, n. 13700, in "Orientamenti di giurisprudenza del lavoro", 2000, p. 988; Cass. 26 maggio 1995, n. 5811, in "Giurisprudenza italiana massimario", 1996, I, col. 27; Cass. 24 gennaio 1994, n. 681, in "Giustizia civile massimario", 1994, p. 73; Cass. 19 novembre 1993, n. 11427, in "Diritto del lavoro", 1994, II, p. 48; Cass. 24 agosto 1991, n. 9101, in "Diritto e pratica del lavoro", 1991, p. 2937; Cass. 20 agosto 1987, n. 6982, in "Giustizia civile", 1988, I, p. 106; Cass. SS.UU. 9 marzo 1983, n. 1756, in "Giustizia civile", 1983, I, p. 1723. Trib. Siracusa 28 marzo 2002, n. 464, in "Massimario della giurisprudenza italiana", 2002. Per la tesi minoritaria secondo cui la forma è richiesta *ad probationem*, in dottrina cfr: C. Assanti, *op. cit*., p. 50, F. Pergolesi, *Diritto del lavoro*, Bologna, Zanichelli, 1949, p. 93. In giurisprudenza, v. Cass. 25 maggio 1982, n. 3192, in "Massimario della giurisprudenza italiana", 1982; Cass. 24 maggio 1979, n. 3015, in "Foro italiano", 1980, I, p. 2089.

[24] V. Cass. 6 luglio 1982, n. 4018, in "Massimario della giurisprudenza italiana", 1982.

[25] V. Cass. 26 novembre 2004, n. 22308, in "Guida al lavoro" 2005, n. 4, p. 20; Cass. 14 ottobre 1999, n. 11597, *ivi*, 1999, 46, p. 33; Cass. 3 gennaio 1995, n. 25, in "Giustizia civile massimario" 1995, p. 3. Per la giurisprudenza di merito, v. Trib. Bassano del Grappa 13 settembre 2006, in "Guida al lavoro" 2007, n. 5, p. 27.

[26] V. Cass. 14 ottobre 1999 n. 11597, cit. Per la giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Bolzano 21 novembre 2007, in "Guida al lavoro" 2008, n. 14, p. 41, secondo cui la mancata contestualità con l'effettiva assunzione della previsione del patto di prova determina la nullità dello stesso e, conseguentemente, l'illegittimità dell'eventuale licenziamento intimato nel corso del periodo di prova.

[27] V. Cass. 26 novembre 2004, n. 22308, in "Repertorio del foro italiano", 2004, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1312; Cass. 17 giugno 1982 n. 3699, in "Massimario della giurisprudenza italiana", 1982.

lenti o sanatorie[28].

Il datore di lavoro, pertanto, non può validamente licenziare un lavoratore per mancato superamento del periodo di prova qualora questi non abbia sottoscritto la lettera di assunzione contenente la relativa clausola[29].

La giurisprudenza non richiede, invece, che il patto di prova debba essere approvato specificatamente come clausola vessatoria ai sensi dell'art. 1341 c.c., in quanto, essendo finalizzato ad attuare un esperimento attraverso il quale sia il datore di lavoro che il lavoratore possono verificare la reciproca convenienza del contratto, lo stesso mira a tutelare un interesse di entrambe le parti, a differenza delle clausole vessatorie che operano unilateralmente a favore di chi le ha predisposte[30].

Secondo i giudici di legittimità, un ulteriore requisito di validità del patto è costituito dalla specifica indicazione delle mansioni affidate al lavoratore ed oggetto della prova[31], atteso che la facoltà del datore di la-

[28] V. Cass. 26 luglio 2002, n. 11122, in "Il lavoro nella giurisprudenza" 2003, p. 356; Cass. 14 aprile 2001, n. 5591, *cit*.; Cass. SS.UU. 9 marzo 1983, n. 1756, *cit*.

[29] V. Cass. 24 gennaio 1997 n. 730, in "Massimario della giurisprudenza italiana", 1997.

[30] Cass. 21 giugno 1991, n. 6988 in "Massimario di giurisprudenza del lavoro", 1991, p. 919; Cass. 16 luglio 1988, n. 4678 in "Giustizia civile massimario", 1988, fasc. 7; Cass. 20 dicembre 1985, n. 6575, in "*Diritto e pratica del lavoro*", 1986, p. 1028. In dottrina, v. G. Bascherini, *Il patto di prova, in Il Diritto privato nella giurisprudenza,* (a cura di P. Cendon), Torino, Utet, p. 525.

[31] Nel senso che l'indicazione specifica delle mansioni oggetto della prova costituisce, dunque, uno dei requisiti di validità del patto, sebbene non espressamente indicato nell'art. 2096 cod. civ., cfr. Cass. 17 novembre 2010 n. 23224; Cass. 14 ottobre 2009 n. 21784; Cass. 20 maggio 2009, n. 11722, in "Massimario di giurisprudenza del lavoro", 2009, p. 757, e in "Diritto e pratica del lavoro", 2010, p. 460; Cass. 29 settembre 2008, n. 24492; Cass. 19 agosto 2005, n. 17045; Cass. 12 gennaio 2005, n. 427, *cit*.; Cass. 13 settembre 2003, n. 13498, in "Notiziario di giurisprudenza del lavoro", 2004, p. 286; Cass. 4 dicembre 2001, n. 15307, in "Rivista italiana di diritto del lavoro", 2002, II, p. 903; Cass. 6 dicembre 2000, n. 15473, in "Guida al lavoro" 2001, n. 7, p. 34; Cass. 18 novembre 2000, n. 14950, in "Il lavoro nella giurisprudenza", 2001, p. 439; Cass. 22 marzo 2000, n. 3451, in "Massimario della giurisprudenza italiana", 2000; Cass. 7 marzo 2000, n. 2579, *ivi*, 2000; Cass. 24 dicembre 1999, n. 14538, *ivi*, 1999; Cass. 26 maggio 1995, n. 5811, in "Giustizia civile massimario", 1995, p. 1076. Per la giurisprudenza di merito, v. Trib. Vicenza 21 settembre 2010, n. 271, in "Guida al lavoro", 2011, n. 11, p. 36; Trib. Genova 1 marzo 2010, n. 306, in "Guida al lavoro", 2011, n. 5, p. 40; Trib. Milano 20 ottobre 2008; Trib. Parma 1 luglio 2008; Trib. Milano 20 dicembre 2007; App. Milano 24 aprile 2007, n. 372, in "Guida al lavoro", 2007, n. 26, 58; Trib. Milano 18 settembre 2006, in "Il lavoro nella giurisprudenza", 2007, p. 633; Trib. Padova 4 luglio 2006, in "Guida al lavoro", 2007, n. 8, 44; Trib. Nocera Inferiore 19 gennaio 2006, *ivi*, 2006, 30, 42; Trib. Brescia 22 maggio 2003, n. 342, in "Massimario della giurisprudenza italiana", 2003; in senso contrario si è espressa parte minoritaria della giurisprudenza: Cass. 20 febbraio 1999, n. 1464, in "Rivista italiana di diritto del lavoro", 2000, II, p. 342; App. Milano, 16 novembre 2000, in "Il lavoro nella giurisprudenza", 2001, p. 695; Trib. Milano, 28 settembre 2001, in "Il lavoro nella giurisprudenza", 2002, p. 690; Trib. Milano, 31 gennaio 1997, in "Rivista italiana di diritto del lavoro", 1998, II, p. 791.

voro di esprimere la propria insindacabile valutazione sull'esito della prova presuppone che questa debba effettuarsi in ordine a mansioni esattamente identificate e indicate.

A tal fine, alcune pronunce hanno precisato che il riferimento al sistema classificatorio[32] della contrattazione collettiva è sufficiente ad integrare il requisito della specificità dell'indicazione delle mansioni del lavoratore in prova, purché, nella scala definitoria di categorie, qualifiche[33], livelli, profili professionali, il richiamo contenuto nel patto di prova sia fatto alla nozione più dettagliata[34].

La nullità del patto di prova per mancata indicazione specifica delle mansioni può essere rilevata anche d'ufficio dal giudice, sia in primo grado che in grado di appello[35]. Nel giudizio di appello, ai fini della rilevabilità d'ufficio della nullità occorre che il lavoratore abbia richiesto in primo grado l'attuazione del contratto (sia nella forma del risarcimento del danno sia nella forma della domanda di inadempimento) e il datore di lavoro abbia contrastato tale domanda, facendo valere gli effetti impeditivi connessi all'esercizio da parte sua di una facoltà di recesso fondata sul patto di prova, e facendo così valere il patto di prova stesso.

Poiché, l'art. 2096 c.c. richiede l'osservanza della forma scritta "salvo diversa disposizione delle norme corporative", si è posto il proble-

[32] Cfr. Trib. Roma 15 maggio 2008, n. 8650, in "Guida al lavoro" 2008, n. 23, p. 42, secondo cui le mansioni oggetto della prova devono ritenersi esattamente identificate "quando nel relativo patto esse siano individuate mediante riferimento al livello contrattuale, ove nel contratto individuale di lavoro tale livello sia determinato con riferimento alla contrattazione collettiva e sia indicata pure la qualifica di assunzione del dipendente".

[33] Cfr. Cass. 9 aprile 2008, n. 9249, secondo cui "la specifica indicazione delle mansioni oggetto del patto di prova, può essere operata anche "*per relationem*" alla qualifica di assunzione, ove questa corrisponda ad una declaratoria del contratto collettivo che definisca le mansioni comprese nella qualifica".

[34] Sulla necessaria presenza nel patto di prova, a pena di nullità, della specifica indicazione delle mansioni, eventualmente individuabili anche mediante rinvio alla contrattazione collettiva, purché questa risulti sufficientemente dettagliata sul punto, cfr. Cass. 27 gennaio 2011, n. 1957; Cass. 10 ottobre 2006, n. 21698; Cass. 9 giugno 2006, n. 13455, in "Massimario della giurisprudenza italiana", 2006; Cass. 19 agosto 2005, n. 17045, cit.; Cass. 24 settembre 2004, n. 19279, in "Massimario della giurisprudenza italiana", 2004; Cass. 18 novembre 2000, n. 14950, in "Il lavoro nella giurisprudenza", 2001, p. 439. Per la giurisprudenza di merito, v. App. Roma 1 marzo 2006, in "Massimario della giurisprudenza italiana", 2006; App. Milano 10 maggio 2004, in "Il lavoro nella giurisprudenza", 2004, p. 1309; App. Torino 22 luglio 2003, in "Il lavoro nella giurisprudenza", 2003, p. 1173; Trib. Pavia 27 aprile 2006, in "Rivista critica di diritto del lavoro", 2006, 458; Trib. Velletri 2 novembre 2005, in "Guida al lavoro", 2006, n. 1, p. 38; Trib. Busto Arsizio 22 gennaio 2002, in "Rivista critica di diritto del lavoro", 2002, p. 345.

[35] Cass. 19 novembre 2007, n. 23906, in "Diritto e pratica del lavoro", 2008, p. 1647.

ma di stabilire se tale riserva si riferisca solo ai contratti collettivi corporativi o anche agli attuali contratti collettivi di diritto comune.

In un primo momento, dottrina e giurisprudenza ritenevano che il rinvio alle norme corporative riguardasse anche i vigenti contratti collettivi[36].

Successivamente, invece, è stato affermato che tale previsione si riferisce ai contratti collettivi corporativi e non anche ai contratti collettivi postcorporativi, sia di diritto comune, sia aventi efficacia *erga omnes* ai sensi della legge 14 luglio 1959, n. 741[37].

4. *Durata della prova*

La durata del periodo di prova, di norma, è stabilita dai contratti collettivi in relazione alla categoria e livello di inquadramento professionale del lavoratore in prova[38].

L'art. 2096 c.c. non stabilisce un termine di durata massima del periodo di prova[39]; pertanto, si deve fare riferimento ad altre fonti che, sul punto, integrano la disciplina fissata dalla norma codicistica.

Innanzitutto, l'art. 4, comma 4, del Regio Decreto Legge 13 novembre 1924, n. 1825 (Disposizioni relative all'impiego privato), stabilisce che il periodo di prova non può superare il limite massimo di sei mesi per i dirigenti e gli altri impiegati con funzioni direttive e di tre mesi per tutti gli altri impiegati.

Un'altra disposizione legislativa a cui fare riferimento per la determinazione del limite massimo di durata del periodo di prova, è l'art. 10 della legge 15 luglio 1966, n. 604 (in materia di "Disciplina dei licenziamenti individuali"), che stabilisce l'applicazione delle norme della stes-

[36] In dottrina, in tal senso si sono espressi: G. Pera, *op. cit*, 524; P.A. Varesi, *Il patto… cit.*, p. 19. In giurisprudenza, Cass. 24 maggio 1979, n. 3015, in "Foro Italiano", 1980, I, p. 2089; Trib. Milano, 8 marzo 1975, in "Orientamenti di giurisprudenza del lavoro", 75, p. 377.

[37] Sul punto, in dottrina, v. C. Assanti, *op. cit*., p. 56; in giurisprudenza: Cass. 4 febbraio 1997, n. 1045, in "Il lavoro nella giurisprudenza", 1997, p. 958; Cass. 19 novembre 1993, n. 11417, in "Diritto e pratica del lavoro", 1994, 6, p. 368; Cass. 9 ottobre 1985, n. 4906, in "Foro italiano"., 1987, I, p. 1870.

[38] Cfr., in dottrina, P.A. Varesi e M. Roccella, *Prova e termine nel rapporto di lavoro*, in Commentario al Codice Civile, a cura di P. Schlesinger, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 20 ss; R. Del Punta, *Lavoro..., cit*. In giurisprudenza, v. Cass. 13 ottobre 2000, n. 13700, in "Orientamenti di giurisprudenza de. Lavoro", 2000, I, p. 988.

[39] Nell'ambito di un contratto di lavoro subordinato al quale sia stato apposto un patto di prova, è possibile anticipare l'esito positivo del medesimo rispetto al termine iniziale. Ai fini dell'anticipazione è tuttavia necessario il consenso del lavoratore. In tal senso, v. Trib. Milano 1 giugno 2007, in "Guida al lavoro", 2007, n. 48, p. 36.

sa legge agli impiegati ed agli operai e, per i lavoratori assunti in prova, dal momento in cui l'assunzione diviene definitiva e, in ogni caso, quando sono decorsi 6 mesi dall'inizio del rapporto di lavoro. Ciò comporterebbe la nullità delle disposizioni contrattuali che prevedono un periodo di prova superiore[40].

L'introduzione di tale limite, come ha precisato la giurisprudenza della Corte di Cassazione[41], è stata determinata da una valutazione a priori del carattere sfavorevole, per il lavoratore, del patto di prova e, pertanto, lo stesso limite riveste carattere perentorio, non disponibile dalle parti.

Ai sensi dell'art. 2096 cod. civ., le parti possono prevedere una durata minima del periodo di prova, prima della quale non è consentito esercitare la facoltà di recesso. In tale ultimo caso, il recesso è consentito solo per giusta causa.

Secondo la giurisprudenza, la durata minima della prova coincide con il tempo sufficiente a dimostrare la mancanza di un minimo di conoscenze tecniche da parte del lavoratore[42].

Inoltre, sempre secondo la giurisprudenza, il contratto individuale di lavoro può aumentare, nel rispetto del limite di sei mesi di cui all'art. 10 della L. n. 604/1966, la durata del periodo di prova prevista dal contratto collettivo di categoria, qualora il prolungamento sia giustificato dalla particolare complessità delle mansioni affidate al lavoratore[43].

La maggiore durata del periodo di prova, infatti, non è sempre pregiudizievole per il lavoratore e, pertanto, la clausola contrattale individuale che la stabilisce non deve necessariamente essere sostituita di diritto da quella del contratto collettivo[44].

Le parti possono prorogare consensualmente la durata iniziale del periodo di prova nel rispetto dei limiti previsti dalla contrattazione collettiva e dalla legge[45].

In particolare, la giurisprudenza ha considerato nulla la pattuizione di una proroga del periodo di prova già inizialmente fissata nella misura massima di 6 mesi, dal momento che il legislatore presume come sfavorevole al lavoratore un esperimento di durata superiore al semestre.

Per quanto riguarda i criteri di computo del periodo di prova, bi-

[40] G. Ghezzi - U. Romagnoli, Il *rapporto di lavoro*, Bologna, Zanichelli, 1987, p. 102.
[41] Cass. 13 marzo 1992, n. 3093, in "Massimario di giurisprudenza del lavoro", 1992, p. 176.
[42] Cass. 20 dicembre 1982 n. 7031, in "Massimario della giurisprudenza italiana", 1982.
[43] V. Cass. 19 giugno 2000, n. 8295, in "Massimario della giurisprudenza italiana", 2000.
[44] V. Pret. Milano 28 gennaio 1997, in "Massimario della giurisprudenza italiana", 1997.
[45] V. Cass. 13 marzo 1992, n. 3093, in "Diritto e pratica del lavoro", 1992, p. 1453; App. Firenze 27 maggio 2008, in "Toscana lavoro giurisprudenza", 2008, n. 3, p. 281.

sogna tenere presente che quando la contrattazione collettiva non stabilisce se i giorni del periodo di prova sono da considerarsi di effettivo lavoro o di calendario (ipotesi molto diffusa), occorre fare riferimento ai criteri elaborati dalla giurisprudenza.

Qualora il periodo è stabilito in mesi, il calcolo deve essere effettuato secondo il comune calendario, considerando l'attività effettivamente svolta, senza tener conto dei periodi di sospensione dell'attività per determinati eventi (malattia, infortunio, gravidanza e puerperio, permessi, sciopero e ferie[46]), con la sola esclusione dei riposi settimanali[47] e delle festività, che devono invece essere conteggiati[48].

5. *Diritti ed obblighi delle parti*

Durante il periodo di prova, i diritti e gli obblighi delle parti sono quelli propri di ogni rapporto di lavoro subordinato.

Il datore di lavoro ha l'obbligo di consentire l'esperimento che forma oggetto del patto di prova (art. 2096, co. 2, cod. civ.). In attuazione di tale obbligo, deve consentire al lavoratore di dimostrare le sue capacità professionali e la sua affidabilità personale (art. 2096, co. 2, cod. civ.) e non può, pertanto (salvo l'ipotesi di una giusta causa), interrompere la prova prima che sia trascorso un periodo tale da consentire l'effettività della prova stessa o una durata minima eventualmente garantita[49].

Il lavoratore ha l'obbligo di effettuare l'esperimento che forma oggetto del patto di prova (art. 2096, co. 2, cod. civ.) ed è, pertanto, tenuto a dare concreta esecuzione al patto di prova, osservando le clausole generali di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 cod. civ. ed adempiendo agli obblighi tipici di ogni rapporto di lavoro, tra cui quelli di diligenza, correttezza e fedeltà (artt. 2104 e 2105 cod. civ.).

Per il lavoratore in prova vige il principio della parificazione economica e normativa rispetto al lavoratore assunto in via definitiva[50].

[46] Le ferie interrompono la decorrenza del periodo di prova, che si prolunga per i giorni fruiti dal lavoratore, salvo che la loro fruizione non fosse stata prevista preventivamente all'interno del patto, cfr. Cass. 22 marzo 2012, n. 4573, in *"Guida al lavoro"* 2012, n. 19, 35.

[47] V. Cass. 18 luglio 1998, n. 7087, in "Massimario della giurisprudenza italiana", 1998.

[48] V. Cass. 24 ottobre 1996, n. 9304, in "Massimario di giurisprudenza del lavoro", 1996, p. 220.

[49] V. Trib. Milano 4 giugno 2007, in "Orientamenti di giurisprudenza del lavoro", 2007, p. 579.

[50] V. Corte Cost. 22 dicembre 1980, n. 189, in "Foro italiano", 1981, I, col. 308.

Di conseguenza, durante il periodo di prova, al lavoratore spetta: il trattamento di fine rapporto (TFR), le ferie retribuite, le quote di mensilità differite (es. tredicesima ed eventuale quattordicesima) e il decorso dell'anzianità di servizio.

6. *Regime del recesso*

Durante il periodo di prova, ciascuna delle parti può recedere dal contratto, senza obbligo di preavviso (salvo diversa previsione del contratto individuale[51]) e senza attendere la scadenza del contratto (art. 2096, co. 3, cod. civ.). Tuttavia, se le parti hanno previsto una durata minima garantita del periodo di prova, il recesso può essere esercitato solo dopo la scadenza di detto termine.

Sul recesso durante il periodo di prova è intervenuta la Corte Costituzionale[52], la quale ha dichiarato la legittimità della facoltà di recesso, senza motivazione, durante il periodo di prova, da parte del datore, precisando che il recesso non deve essere assolutamente arbitrario.

Successivamente alla pronuncia della Corte, è ormai consolidato l'orientamento della giurisprudenza secondo cui, durante il periodo di prova, il datore di lavoro può recedere liberamente dal contratto senza alcuna giustificazione[53] e senza obbligo di preavviso (licenziamento *ad nutum*),

[51] Sulla facoltà del contratto individuale di prevedere un obbligo di preavviso per il recesso durante il periodo di prova, cfr. App. Genova 2 febbraio 2007, in "Guida al lavoro", 2007, n. 22, p. 57.

[52] Corte Cost. 22 dicembre 1980, n. 189, in "Foro italiano", 1981, I, c. 308.

[53] Secondo Cass. 14 ottobre 2009, n. 21784, "il licenziamento intimato nel corso o al termine del periodo di prova, avendo natura discrezionale, non deve essere motivato, neppure in caso di contestazione in ordine alla valutazione della capacità e del comportamento professionale del lavoratore stesso; incombe, pertanto, sul lavoratore licenziato, che deduca in sede giurisdizionale la nullità di tale recesso, l'onere di provare, secondo la regola generale di cui all'art. 2697 cod. civ., sia il positivo superamento del periodo di prova, sia che il recesso è stato determinato da motivo illecito e quindi, estraneo alla funzione del patto di prova". In senso conforme, cfr. Cfr. anche Cass. 14 ottobre 2009, n. 1784; Cass. 13 agosto 2008, n. 21586; Cass. 1 dicembre 2008, n. 28531 e Cass. 5 novembre 2007, n. 23061, secondo cui la motivazione ha la funzione di dimostrare sinteticamente che il recesso è stato determinato effettivamente da ragioni specifiche inerenti all'esito dell'esperimento in prova (che costituisce la causa del patto) e che non è dovuto a ragioni illecite, o comunque estranee al rapporto, ed in particolare a forme di discriminazione. In senso conforme, cfr. Cass. 22 giugno 2006, n. 14462, in "Guida al lavoro", 2006, n. 38, p. 25; Cass. 12 marzo 1999, n. 2228, in "Repertorio del foro italiano", 1999, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1312; Cass. 11 novembre 1988, n. 6096, in "Giurisprudenza italiana", 1989, I, col. 89. Per la giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Milano 7 marzo 2012, n. 1261, in "Guida al lavoro", 2012, n. 16, p. 24;Trib. Bergamo 10 marzo 2010, n. 697, in "Guida al lavoro", 2010, n. 17, p. 40.

ovvero di corresponsione dell'indennità sostitutiva dello stesso.

Inoltre, il recesso può essere intimato al lavoratore in prova anche in forma orale, in quanto l'obbligo di comunicazione scritta del licenziamento sorge solo dal momento in cui l'assunzione del lavoratore diviene definitiva e, in ogni caso, decorsi sei mesi dall'inizio del rapporto di lavoro[54].

Tuttavia, la libertà discrezionale di recesso del datore di lavoro incontra alcuni significativi limiti elaborati dalla giurisprudenza.

In particolare, il recesso del datore di lavoro è ritenuto illegittimo quando:

- il lavoratore non sia stato posto in grado di sostenere la prova. Tale circostanza si verifica quando al lavoratore non sono state concretamente attribuite le mansioni che ne costituiscono l'oggetto o, quando, di tali mansioni, egli abbia potuto svolgere la parte meno qualificante[55]; oppure, il lavoratore sia stato in concreto adibito allo svolgimento di mansioni diverse rispetto a quelle indicate all'atto dell'assunzione[56].

- il licenziamento del lavoratore in prova sia riconducibile ad un motivo illecito (ad es. una ragione discriminatoria) o estraneo al rapporto di lavoro (ad es. sopravvenuta esigenza aziendale). In tal caso, per ottenere l'annullamento del recesso, il lavoratore deve dimostrare l'esistenza di una di queste particolari situazioni. Se il lavoratore dimostra che il licenziamento è avvenuto per un motivo estraneo all'esperimento lavorativo, ma non qualificabile come motivo illecito (come la sopravvenienza di un'esigenza aziendale di ridimensionamento di un reparto e la conseguente soppressione di un posto di lavoro), il giudice sarà chiamato a valutare il motivo giustificativo dello stesso al fine di accertare l'idoneità o meno del recesso a porre fine alla prova ed a risolvere il rapporto[57].

- il lavoratore in prova sia stato licenziato durante il periodo in cui è assente per malattia[58].

Riguardo alle conseguenze della nullità o dell'illegittimità del recesso durante il periodo di prova, la giurisprudenza prevalente ritiene non applicabili, pur in presenza dei requisiti numerici[59], le disposizioni

[54] V. Corte Cost. 4 dicembre 2000 n. 541, in "Massimario della giurisprudenza italiana", 2000.

[55] V. Trib. Milano 17 novembre 2004, in "Rivista critica di diritto del lavoro", 2005, p. 149.

[56] V. Cass. 5 dicembre 2007, n. 25301; Cass. 12 dicembre 2005, n. 27310, in "Guida al lavoro" 2006, n. 5, p. 56; Pret. Milano 16 giugno 1987, in "Lavoro '80", 1987, p. 832.

[57] V. Cass. 17 febbraio 2000 n. 1762, in "Massimario della giurisprudenza italiana", 2000.

[58] V. Cass. 21 gennaio 1988, n. 461, in "Massimario della giurisprudenza italiana", 1988.

[59] Imprenditore o non imprenditore, che in ciascuna sede, stabilimento, filiale, ufficio

previste dalla legge 15 luglio 1966, n. 604 e dall'art. 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300.

Pertanto, in caso di esperimento omesso o di durata insufficiente o inferiore a quella minima pattuita, la sanzione è solo lo svolgimento o la prosecuzione della prova per il periodo mancante, onde consentire al datore di lavoro di effettuare la valutazione dovuta.

Ove ciò non sia possibile, al lavoratore spetta il risarcimento del danno, adottando quale parametro, ai fini del ristoro del pregiudizio sofferto, le retribuzioni non percepite fino al compimento della prova, salva la rilevanza, secondo i principi generali dell'art. 1227 c.c. dell'eventuale concorso del fatto colposo del lavoratore medesimo[60].

Nonostante il consolidato orientamento delle giurisprudenza della Suprema Corte, vi sono alcune isolate pronunce della giurisprudenza (minoritarie) secondo cui, nel caso di annullamento del recesso intimato durante la prova, può essere disposta la reintegrazione del lavoratore, dopo la quale il rapporto prosegue senza il condizionamento del patto di prova, avendo il datore di lavoro oramai consumato, con il recesso ritenuto illegittimo, il potere di trarre dall'esperimento eventuali conseguenze negative per il lavoratore.[61]

Al pari del datore di lavoro, durante il periodo di prova il lavoratore può liberamente recedere dal contratto, senza obbligo di motivazione e senza obbligo di dare il preavviso o di pagare la relativa indennità sostitutiva (art. 2096, co. 2, cod. civ.).

Anche il lavoratore può essere tenuto al risarcimento del danno qualora receda dal patto di prova con violazione degli obblighi di correttez-

o reparto autonomo nel quale ha avuto luogo il licenziamento occupa alle sue dipendenze più di quindici lavoratori o più di cinque se si tratta di imprenditore agricolo, nonché al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, che nell'ambito dello stesso comune occupa più di quindici dipendenti e all'impresa agricola che nel medesimo ambito territoriale occupa più di cinque dipendenti, anche se ciascuna unità produttiva, singolarmente considerata, non raggiunge tali limiti, e in ogni caso al datore di lavoro, imprenditore e non imprenditore, che occupa più di sessanta dipendenti

[60] V. Cass. 17 novembre 2010, n. 23231, in "Massimario di giurisprudenza del lavoro", 2011, p. 451 (M), e in "Diritto e pratica del lavoro", 2011, p. 1207; Cass. 18 novembre 1995, n. 11934, in "Diritto e pratica del lavoro", 1996, p. 962; Cass. 15 dicembre 1992, n. 12814, in "Notiziario di giurisprudenza del lavoro", 1992, p. 775; Cass. 13 febbraio 1985, n. 1250, in "Foro italiano", 1985, I, p. 1342; Cass. 21 gennaio 1985, n. 233, in "Rivista italiana di diritto del lavoro", 1985, II, 315.

[61] Cfr. Cass. 24 novembre 1997, n. 11735, in "Il diritto del lavoro", 1998, II, p. 528; Trib. Milano 4 giugno 2007, in "Il lavoro nella giurisprudenza", 2008, p. 320, secondo cui nell'ipotesi di illegittimità del licenziamento del lavoratore in prova per esito negativo della stessa ove l'esperimento non sia effettuato per un periodo di tempo sufficiente a

za e buona fede, per esempio, senza dare esecuzione al patto di prova per un periodo adeguato.

Al termine del periodo di prova le parti possono liberamente recedere dal contratto, alle condizioni sopra descritte, o continuare il rapporto.

Se il rapporto continua, il datore di lavoro non dovrà effettuare nessuna comunicazione. Basterà che la prestazione venga svolta, anche solo per un breve periodo oltre la scadenza della prova, perché il rapporto si consideri consolidato e il periodo prestato in pendenza dell'esperimento si computi ai fini dell'anzianità di servizio.

Lo svolgimento di attività lavorativa dopo la scadenza del periodo di prova comporta l'automatica conversione del rapporto di lavoro in rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato[62].

consentire al datore di lavoro una corretta valutazione dell'esperimento medesimo, è applicabile l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, dato che con il patto di prova è apposta al contratto di lavoro una "condizione sospensiva" e che il recesso *ante tempus* del datore di lavoro rientra nella previsione del 1359 c.c. per il quale la condizione - nella specie, il superamento della prova - si considera avverata qualora sia mancata per causa imputabile alla parte che aveva interesse contrario all'avveramento di essa. In senso conforme si registrano in giurisprudenza alcuni precedenti - peraltro datati - secondo cui "l'inadeguatezza della durata del periodo di verifica delle capacità professionali del prestatore di lavoro integra un caso d'illegittimità del licenziamento intimato durante la prova per violazione dell'obbligo previsto dall'art. 2096, comma 2 c.c. Il patto di prova è da qualificare come un contratto sottoposto a condizione sospensiva, al quale è applicabile l'art. 1359 c.c., con la conseguenza che la condizione stessa si ha per avverata (ovvero il superamento della prova si ha per avvenuto), in quanto il datore di lavoro, che aveva un interesse contrario, per cause a lui imputabili, ne ha impedito l'avveramento stesso. Il rapporto di lavoro deve intendersi pertanto definitivo sin dall'origine ed assoggettato alla disciplina della legge n. 604/1966 e n. 300/1970" (Pret. Napoli, 24 dicembre 1982, in "Orientamenti di giurisprudenza del lavoro", 1984, p. 135; Pret. Milano 25 febbraio 1976, in "Foro italiano", 1976, I, p. 1103).

[62] Trib. Milano 15 gennaio 2007, in "Orientamenti di giurisprudenza del lavoro", 2007, p. 317.

ILARIA KUTUFÀ

Note in tema di effetti del fallimento sulle obbligazioni solidali

SOMMARIO: 1. I pagamenti parziali antecedenti alla dichiarazione di fallimento. - 2. Il diritto di regresso e la specialità della disciplina. - 3. Il diritto del creditore all'assegnazione della quota del coobbligato adempiente. - 4. Gli altri poteri del creditore in conseguenza del subingresso. - 5. La fattispecie *ex* art. 63 l. fall. - 6. Il procedimento *ex* art. 63 l. fall.

1. *I pagamenti parziali antecedenti alla dichiarazione di fallimento*

L'art. 62 l. fall. coniuga, come la norma che lo precede, la disciplina che regolamenta la pretesa del creditore nei confronti del coobbligato fallito con quella che incide sui rapporti interni tra i condebitori e, segnatamente, sull'esercizio dell'azione di regresso.

Tuttavia, con riferimento al primo dei profili indicati, l'art. 62, comma 1°, l. fall. traccia una profonda linea di demarcazione rispetto alla disposizione antecedente: ed invero, a differenza dell'art. 61 l. fall., secondo cui il diritto di mantenere l'ammissione al passivo del fallimento di ogni condebitore spetta al creditore – in deroga alla regola comune dell'efficacia estintivo-liberatoria dell'adempimento parziale – «sino al totale pagamento»[1], la norma in esame si riconcilia con i principi civilistici attuativi della solidarietà. Più precisamente, in assoluta coerenza con il disposto di cui all'art. 1292 c.c., l'art. 62, comma 1°, l. fall., ritenuto «espressione del criterio di cristallizzazione del credito derivante dalla dichiarazione di fallimento»[2], limita il diritto di insinuazione al passivo del creditore parzialmente soddisfatto in epoca anteriore al fallimento alla sola porzione di credito non riscossa. Da ciò deriva inequivocabilmente che lo speciale principio dell'irrilevanza endofallimentare dei pagamenti parziali, sancito dall'art. 61, comma 1°, l. fall., risulta relegato alla sola

[1] Per un'approfondita analisi della disciplina dedicata dall'art. 61 l. fall. all'attuazione dell'obbligazione solidale nell'ipotesi in cui sopravvenga il fallimento di uno o più coobbligati, v. PISCITELLO, *Il regresso del* solvens in bonis *nei confronti del ccobbligato fallito*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1991, I, 191 ss.

[2] L'espressione è di FERRARI, *Art. 62*, in *Commentario breve alla Legge Fallimentare*, diretto da A. Maffei Alberti, Padova, 2009, 300.

ipotesi in cui detti pagamenti siano effettuati successivamente al fallimento del coobbligato[3].

Ai fini del ripristino dell'attuazione della regola di diritto comune è pertanto decisiva la determinazione dell'anteriorità del pagamento parziale rispetto all'apertura della procedura concorsuale. A tale proposito, si è precisato che, conformemente al disposto di cui all'art. 16 l. fall. (che, com'è noto, fa discendere gli effetti del fallimento dalla data di pubblicazione della sentenza dichiarativa), l'eventuale pagamento parziale ricevuto il giorno dell'emissione del provvedimento conserva la sua efficacia estintiva, impedendo al creditore di insinuarsi per le somme riscosse[4]. Di contro, i pagamenti ricevuti prima della proposizione della domanda di ammissione al passivo, ma pur sempre dopo la pubblicazione della sentenza dichiarativa di fallimento, risultano inidonei ad obbligare il creditore ad una corrispondente riduzione del *quantum* insinuabile[5], a meno che non siano intervenuti nel lasso temporale intercorrente tra la data di pubblicazione della sentenza e la data della sua iscrizione nel Registro delle Imprese: in questo caso, infatti, pare doversi applicare il disposto conclusivo dell'art. 16 l. fall. (che, com'è noto fa discendere gli effetti del fallimento nei confronti dei *terzi* dalla data di iscrizione della sentenza nel Registro delle Imprese), quantomeno nell'ipotesi in cui il creditore comune non coincida con il creditore istante e, quindi, possa essere riconosciuta (anche) ad esso la qualità di *terzo*, attribuibile in ogni caso al coobbligato solvente.

Il principio della deduzione dal credito del pagamento parziale anteriore al fallimento non trova, tuttavia, applicazione con riferimento al creditore cambiario: la peculiarità delle regole che governano ed informano la solidarietà cambiaria giustifica, infatti, la specialità della modificazione operata rispetto al regime in esame[6].

2. *Il diritto di regresso e la specialità della disciplina*

Il secondo profilo, contemplato dalla norma in commento, della regolamentazione nella procedura fallimentare dei rapporti interni all'ob-

[3] Cfr. Di Corrado, *Art*. 62, in *La Legge Fallimentare. Commentario*, a cura di Ferro, Padova, 2011, 690; F.S. Martorano, *Art. 62*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, a cura di Jorio, Bologna, 2006, 861.

[4] Cfr. Ferrari, *Art. 62*, cit., 300; in giurisprudenza, v. Trib. Verona, 19 marzo 1991, in *Giur. merito*, 1991, 707.

[5] Così, Bonfatti, *Il coobbligato del fallito nel fallimento*, Milano, 1989, 16.

[6] Cfr. F.S. Martorano, *Art. 62*, cit., 861, nt. 1; Ferrari, *Art. 62*, cit., 300; in giurisprudenza, v. Trib. Milano, 24 marzo 1958, in *Giur. it*., 1958, II, 908.

bligazione solidale torna a mostrare la sua specialità rispetto ai principi di diritto comune.

Più precisamente, l'art. 62, comma 2°, l. fall. disciplina la partecipazione al concorso del coobbligato solidale che, dopo aver soddisfatto parzialmente il creditore in epoca anteriore al fallimento, esercita il diritto di regresso verso il condebitore fallito, insinuandosi «per la somma pagata».

La prima alterazione delle regole generali in materia di obbligazioni solidali è, in effetti, evidente. In deroga al disposto di cui all'art. 1299 c.c., la disposizione in esame riconosce il diritto di regresso in capo al coobbligato parzialmente adempiente, nonostante il mancato integrale soddisfacimento del creditore comune[7]. La specialità di una simile previsione pare, tuttavia, giustificarsi in ragione della natura concorsuale del credito di regresso: se è vero, infatti, che nei rapporti regolati dal diritto comune il divieto di rivalsa prima della definitiva tacitazione della pretesa creditoria mira a preservare la solvibilità degli altri condebitori nell'interesse esclusivo del creditore comune[8], in ambito fallimentare assume importanza preminente l'esigenza di assicurare ad un creditore concorsuale, quale il coobbligato parzialmente solvente in epoca anteriore al fallimento, di «partecipare tempestivamente e utilmente» al concorso con gli altri creditori[9], ferma comunque restando la tutela accordata al creditore comune dalla previsione di cui al successivo comma 3°.

La seconda alterazione dei principi civilistici della solidarietà passiva pare, invece, più apparente che reale. Secondo un'interpretazione strettamente letterale, la previsione della partecipazione al concorso del coobbligato (parzialmente) adempiente «per la somma pagata» sembrerebbe consentire allo stesso il diritto di insinuarsi nel passivo del fallimento del coobbligato per un importo corrispondente all'integrale somma pagata, comprensiva quindi *anche* della quota posta, nella regolamentazione dei rapporti interni, a suo esclusivo carico[10]. Una simile soluzione si pone in aperto contrasto con il disposto di cui all'art. 1299 c.c., che, com'è noto, consente al coobbligato (integralmente) adempiente di ripetere dai condebitori «soltanto la parte di ciascuno di essi». Si lascia, per-

[7] Sul punto, di recente, cfr. Trib. Milano, 15 maggio 2008, in *Riv. dott. comm.*, 2008, 1237.

[8] Cfr. Inzitari, *Degli effetti del fallimento per i creditori*, in *Commentario alla Legge Fallimentare Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1986, 251; F.S. Martorano, *Art. 62*, cit., 863.

[9] Così Di Corrado, *Art. 62*, cit., 691.

[10] Cfr. Coppola, *Art. 62*, in *La Legge Fallimentare dopo la riforma*, a cura di Nigro-Sandulli-Santoro, Torino, 2010, 875; Ciampi, *Fallimento del debitore prinicpale e credito di regresso del fideiussore*, in *Fall.*, 1986, 489. Per una completa panoramica delle possibili soluzioni interpretative, v. Fabiani, *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, Bologna, 2011, 305.

tanto, preferire l'interpretazione correttiva del dato letterale, secondo cui la partecipazione al concorso del coobbligato (parzialmente) adempiente è limitata alla porzione di debito dallo stesso pagata in eccedenza rispetto alla quota posta, nella regolamentazione dei rapporti interni, a suo esclusivo carico[11]. E ciò per un duplice ordine di ragioni: in primo luogo, in quanto la soluzione qui criticata costituirebbe un mero artificio per contrastare la falcidia fallimentare, non potendosi di certo ammettere che in sede di riparto il *solvens* ottenga – in violazione (ingiustificabile, nonostante lo speciale contesto fallimentare) della disciplina di diritto comune – il rimborso (anche) della quota di debito sullo stesso gravante; in secondo luogo, in quanto soltanto nei prospettati termini e, quindi, a condizione che il *solvens* abbia versato più di quanto ad esso spettante in base alla ripartizione interna dell'obbligazione solidale, con ciò maturando una pretesa creditoria, si giustifica la limitazione della legittimazione alla partecipazione al concorso, operata dalla disposizione in esame, al solo «coobbligato che ha diritto di regresso». Sulla scorta di tale orientamento, ma in applicazione ancor più rigorosa del principio sancito dall'art. 1299 c.c., è stato peraltro sostenuto che già al momento della proposizione della domanda di ammissione al passivo il coobbligato che agisce in regresso dovrebbe limitare la propria pretesa alla sola eccedenza rappresentante la percentuale di debito effettivamente a carico del fallito[12].

La specialità della regola che riconosce il diritto di regresso pur in presenza di un pagamento parziale e la necessità dell'interpretazione correttiva della lettera della norma in merito alla somma regredibile si riferiscono esclusivamente alla posizione del condebitore ad interesse comune. Il fideiussore e, in via generale, il condebitore senza interesse all'assunzione del debito sono al contrario legittimati, già in forza dei principi di diritto comune, ad esercitare, da una parte, l'azione di regresso in ipotesi di pagamento soltanto parziale del creditore garantito ed a pretendere, dall'altra, la restituzione dell'intera somma pagata[13].

[11] Cfr. Bonsignori, *Il fallimento*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, IX, Padova, 1986, 409 s.; Inzitari, *Degli effetti del fallimento per i creditori*, cit., 252; Vaccarella, *La solidarietà passiva nel fallimento*, in *Dir. fall.*, 1967, 61.

[12] Così, Bonfatti, *Il coobbligato del fallito nel fallimento*, cit., 38 ss.

[13] Sull'applicabilità del diverso precetto di cui all'art. 61 l. fall. al fideiussore, v. Piscitello, *Il regresso del* solvens in bonis *nei confronti del ccobbligato fallito*, cit., 193 s.; in senso contrario cfr. Pisani Massamormile, *Il «regresso» del fideiussore nel fallimento del debitore principale*, in *Dir. e giur.*, 1984, 357 ss.

3. *Il diritto del creditore all'assegnazione della quota del coobbligato adempiente*

Il terzo comma della norma in esame riconosce al creditore comune il diritto all'assegnazione della quota di riparto, spettante al coobbligato, fino al completo soddisfacimento di quanto ancora dovutogli.

In questo modo, appare mitigata la deroga disposta dal comma precedente alla disciplina ordinaria del regresso[14]: il coobbligato parzialmente adempiente resta, infatti, debitore del creditore comune sino all'integrale estinzione dell'obbligazione solidale. Altrimenti detto, il precetto è volto ad impedire che l'eventuale pagamento del creditore di regresso pregiudichi il completo soddisfacimento del creditore originario[15]. Per questo motivo, si è sottolineato, da un lato, che la priorità garantita al creditore comune contribuisce al «rafforzamento nel fallimento dei principi e della funzione della solidarietà»[16], ma non si è al contempo trascurato di evidenziare, dall'altro, che il trattamento riservato al *solvens* non attenua il suo interesse ad insinuare il proprio credito di rivalsa, in considerazione del fatto che il suo adempimento parziale non lo sottrae al rischio di essere nuovamente escusso da parte del creditore comune insoddisfatto[17].

Se la *ratio* della disposizione appare chiara nel contemperamento degli interessi in gioco, assai più problematiche risultano le questioni inerenti alla natura e alle condizioni d'esercizio del diritto di assegnazione del creditore comune.

In particolare, si discute se tale diritto rappresenti una speciale applicazione nell'esecuzione concorsuale dello strumento che nell'esecuzione individuale consente, *ex* art. 511 c.p.c., al creditore «di un creditore avente diritto alla distribuzione» di sostituirsi ad esso[18]; ovvero se costituisca una peculiare prerogativa attribuita al creditore comune in virtù della posizione creditoria dallo stesso assunta non tanto nei confronti del coobbligato parzialmente adempiente, quanto piuttosto nei confronti del fallito[19]. Verso la seconda soluzione pare condurre il pacifico rilievo dell'inessenzialità della presentazione da parte del creditore comune

[14] V. Stella, *Art. 62*, in *Commentario alla Legge Fallimentare*, diretto da Cavallini, Milano, 2010, 1225.

[15] Così, Di Corrado, *Art. 62*, cit., 692.

[16] Naldini, *Ammissione del credito del fideiussore del fallito*, in *Fall.*, 1993, 863.

[17] Bonfatti, *Il coobbligato del fallito nel fallimento*, cit., 46.

[18] Così, Inzitari, *Degli effetti del fallimento per i creditori*, cit., 254.

[19] Così, Bonfatti, *Il coobbligato del fallito nel fallimento*, cit., 49 ss.

di una nuova istanza di ammissione al passivo, essendo sufficiente che lo stesso, già insinuatosi con titolo autonomo, proponga specifica domanda di attribuzione della quota di riparto, che, in difetto, verrebbe liquidata in favore del coobbligato concorrente[20]. In altri termini, nello speciale contesto fallimentare non è richiesta al creditore comune, il cui credito risulti già ammesso allo stato passivo per il suo integrale soddisfacimento, la proposizione di una specifica istanza d'intervento, diversamente prescritta nell'esecuzione individuale. Valorizzando tale elemento differenziale, si è sostenuto che il creditore comune assumerebbe una posizione privilegiata nell'esecuzione concorsuale rispetto agli altri creditori del coobbligato surrogatisi nel diritto di regresso allo stesso spettante[21]: detto vantaggio si sostanzierebbe, segnatamente, nel soddisfacimento preferenziale del creditore comune durante la ripartizione dell'attivo.

Non vi è, al contrario, divergenza di opinioni in ordine alla possibilità per il creditore comune di esperire l'azione surrogatoria *ex* art. 2900 c.c. in caso di inerzia del coobbligato solvente ad insinuare il proprio credito di regresso[22].

Da ultimo, la disposizione in esame precisa, a dimostrazione del mantenimento da parte del *solvens* della posizione di condebitore per l'obbligo solidale residuo, che il creditore comune parzialmente insoddisfatto, nonostante l'azionato subingresso, conserva integra la propria pretesa nei confronti del coobbligato.

4. *Gli altri poteri del creditore in conseguenza del subingresso*

La norma tace sulla possibile estensione degli effetti del subingresso del creditore comune nell'esercizio degli strumenti processuali e degli altri diritti connessi alla partecipazione al concorso.

É pertanto dubbio se il creditore comune possa sostituirsi al coobbligato nell'instaurazione del (o nella resistenza nel) giudizio di opposizione allo stato passivo e se lo stesso sia legittimato ad esercitare, in luogo del coobbligato, il diritto di voto in presenza di una proposta di concordato fallimentare.

Quanto al potere di voto, è tuttavia opinione comune e pacifica che detta prerogativa non spetti al creditore comune, ma sia di esclusiva com-

[20] Cfr. F.S. Martorano, *Art. 62*, cit., 865; Di Corrado, *Art. 62*, cit., 692.

[21] V. in part. Di Corrado, *Art. 62*, cit., 692.

[22] V. Bonfatti, *Il coobbligato del fallito nel fallimento*, cit., 100 s.; F.S. Martorano, *Art. 62*, cit., 865.

petenza del solo coobbligato: e ciò in ragione dell'assorbente considerazione secondo cui, costituendo il voto espressione di una posizione creditoria all'interno della procedura ed essendo pertanto il creditore comune già legittimato a votare in forza dell'intero credito da lui insinuato, il riconoscimento in suo favore anche di un potere "sostitutivo" implicherebbe un'indebita duplicazione della medesima pretesa[23].

Con riferimento, invece, alla legittimazione processuale nei giudizi di opposizione allo stato passivo, è opinione prevalente (e preferibile) che il creditore comune abbia un potere (seppur non esclusivo, bensì concorrente con quello del coobbligato) di tutelare la propria aspettativa all'assegnazione della quota di riparto, difendendo la pretesa del condebitore ovvero, attraverso la contestazione di pretese altrui, salvaguardandone l'entità[24].

5. *La fattispecie* ex *art. 63 l. fall.*

L'art. 63 l. fall. contempla la partecipazione al concorso del coobbligato o del fideiussore del fallito, titolari, a garanzia dell'esercizio dell'azione di regresso, di un diritto di pegno o d'ipoteca sui beni di quest'ultimo.

Tale previsione, se non aggiunge alcunché rispetto alle ipotesi individuate dagli artt. 61 e 62 l. fall., delinea, invece, una soluzione del tutto originale nel caso in cui il coobbligato (o il fideiussore) non abbia adempiuto neanche parzialmente all'obbligazione assunta nei confronti del creditore[25]. E ciò in quanto, il precetto in esame – derogando sensibilmente ai principi della solidarietà passiva enunciati dal diritto comune – consente al coobbligato di ottenere un'immediata ammissione al passivo per la somma garantita, pur in assenza di un'estinzione, anche solo parziale, del debito solidale. In altri termini, la norma – con una previsione connotata da una specialità ancor più accentuata rispetto a quella stabilita dall'art. 62, comma 2°, l. fall. – ammette la partecipazione al concorso del coobbligato (o del fideiussore) garantito prima ancora che sorga il credito di regresso.

La *ratio* dell'eccezionalità di tale disposizione risulta chiarita dalla lettura del secondo comma, che assegna il ricavato della vendita dei beni oggetto della garanzia al creditore comune, in deduzione della somma

[23] Cfr. in part. F.S. Martorano, *Art. 62*, cit., 866; Di Corrado, *Art. 62*, cit., 693.

[24] Così, Bonfatti, *Il coobbligato del fallito nel fallimento*, cit., 63; F.S. Martorano, *Art. 62*, cit., 866; Ferrari, *Art. 62*, cit., 301; in posizione dubitativa, v. Di Corrado, *Art. 62*, cit., 692.

[25] Così, Bonfatti, *Il coobbligato del fallito nel fallimento*, cit., 283 s.

allo stesso dovuta. É così confermato quel «rafforzamento della tutela»[26] degli interessi del creditore, che permea l'intera disciplina dedicata dalla legge fallimentare all'attuazione dell'obbligazione solidale nell'ipotesi in cui sopraggiunga il fallimento di uno o più coobbligati: ed invero, la specialità della previsione in esame è evidentemente finalizzata ad assicurare al creditore un più celere soddisfacimento delle proprie pretese, posto che la garanzia finisce per operare nel concorso – in ragione di una duplice traslazione di tipo surrogatorio (sia nel credito vantato dal coobbligato che nella prelazione ad esso spettante) – come se fosse stata prestata in suo favore[27]; al contempo, tuttavia, il coobbligato, che pur si vede sottratto il vantaggio *diretto* della prelazione, gode del beneficio *indiretto* della diminuzione del rischio della sua escussione in ragione della realizzata maggior soddisfazione del creditore. E ciò in quanto la disposizione in oggetto non prevede alcun *beneficium excussionis* in favore del coobbligato garantito[28], che resta quindi esposto «alla perdurante possibilità di una richiesta di pagamento da parte del creditore»[29].

6. *Il procedimento* ex *art. 63 l. fall.*

L'art. 63 l. fall. nulla dispone in merito al procedimento attraverso cui il credito di regresso del coobbligato (o del fideiussore) garantito è collocato sul ricavato dalla vendita del bene ipotecato od oppegnorato.

Secondo parte della dottrina, il credito insinuato dal coobbligato (o dal fideiussore) garantito avrebbe natura condizionale e l'ammissione al passivo si verificherebbe, pertanto, con riserva dell'effettivo pagamento del creditore comune[30]. Altra parte della dottrina è, invece, dell'avviso secondo cui l'insinuazione non dipenda da una simile condizione, ma avvenga puramente e semplicemente[31]. Tale orientamento, nonostante l'atteggiamento ondivago della giurisprudenza[32], appare preferibile per ra-

[26] Così, AA.VV., *Diritto fallimentare. Manuale breve*, Milano, 2008, 295.

[27] Guglielmucci, *Diritto fallimentare*, Torino, 2011, 198 s.

[28] Cfr. Bonfatti, *Il coobbligato del fallito nel fallimento*, cit., 288, nt. 112.

[29] F.S. Martorano, *Art. 63*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, a cura di Jorio, Bologna, 2006, 868.

[30] Così, tra gli altri, Inzitari, *Degli effetti del fallimento per i creditori*, cit., 255; Coppola, *Art. 63*, in *La Legge Fallimentare dopo la riforma*, a cura di Nigro-Sandulli-Santoro, Torino, 2010, 878; Fabiani, *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, cit., 305.

[31] Così, tra gli altri, Bonfatti, *Il coobbligato del fallito nel fallimento*, cit., 286 ed ancora Bonfatti-Censoni, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2011, 140.; F.S. Martorano, *Art. 63*, cit., 868.

[32] A sostegno della prima tesi, cfr. Cass., 5 luglio 1988, n. 4419, in *Fall.*, 1988, 1093; App. Roma, 13 ottobre 1987, in *Foro it.*, 1988, I, 603; a sostegno della seconda tesi, cfr. Cass., 17

gioni sia formali sia sostanziali: ed invero, privilegiando un'interpretazione strettamente letterale, si nota che la norma in esame non contiene alcun riferimento al requisito (altrimenti necessario) dell'attualità del regresso; valorizzando, al contrario, la *ratio* sottesa alla disposizione in oggetto, si rileva che (diversamente opinando) verrebbe oltremodo indebolita la (manifesta) funzione di acceleramento dei tempi di soddisfazione della pretesa del creditore comune.

A tale proposito ed ad ulteriore conferma del *favor* che la norma riserva al creditore comune, è pressochè pacifico che il congegno satisfattivo così delineato possa essere innescato anche in caso di inerzia del coobbligato[33]: si discute, tuttavia, se a tal fine sia necessaria la presentazione da parte del creditore comune di una specifica domanda di ammissione al passivo in via surrogatoria *ex* art. 2900 c.c., ad integrazione di quella spiegata per l'insinuazione del credito originario[34]; ovvero se il disposto di cui all'art. 63 l. fall. operi, in suo favore, indipendentemente da una simile (ulteriore) istanza, attraverso l'automatico accantonamento della somma ricavata dalla vendita del bene su cui insiste la garanzia[35]. A sostegno di quest'ultima tesi accorrerebbe nuovamente la constatazione secondo cui la norma è finalizzata a consentire il soddisfacimento del creditore comune, con ciò dovendosi concludere che la partecipazione al concorso del coobbligato (o del fideiussore) garantito è intesa ad evitare, attraverso il pagamento diretto del creditore stesso, l'attuazione del (futuro ed eventuale) diritto di regresso e non a rappresentarne un esercizio anticipato[36].

Nell'ipotesi in cui il ricavato dalla vendita del bene ipotecato od oppegnorato non estingua integralmente il credito principale, è opinione comune – e più coerente con il dettato di cui al secondo comma – che il creditore debba provvedere alla riduzione della propria pretesa in proporzione a quanto ricevuto[37]. Appare, invece, controverso se il diritto all'assegnazione della quota di riparto costituisca in suo favore un privi-

gennaio 2008, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 53; Trib. Milano, 12 gennaio 1987, in *Fall.*, 1987, 985; Trib. Roma, 29 ottobre 1981, in *Dir. Fall.*, 1982, II, 181.

[33] Tra i molti, cfr. Ferrara *jr*-Borgioli, *Il fallimento*, Milano, 1995, 369.

[34] V. Bozza-Schiavon, *L'accertamento dei crediti nel fallimento e le cause di prelazione*, Milano, 1992, 456 s.

[35] V. Bonfatti, *Il coobbligato del fallito nel fallimento*, cit., 295 ss.

[36] Così, Bozza-Schiavon, *L'accertamento dei crediti nel fallimento e le cause di prelazione*, cit., 457; *contra*, nel senso del riconoscimento in capo al coobbligato garantito di un diritto di «regresso anticipato», Celentano, *Effetti del fallimento per i creditori*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da Fauceglia-Panzani, Torino, 2009, 526.

[37] Cfr. F.S. Martorano, *Art. 63*, cit., 869; Vaccarella, *La solidarietà passiva nel fallimento*, cit., 63; Bonfatti, *Il coobbligato del fallito nel fallimento*, cit., 298.

legio rispetto agli altri (eventuali) creditori del coobbligato *in bonis*[38]. A tale proposito, detto condebitore, qualora esso non abbia – coerentemente con l'ipotesi contemplata dalla norma – provveduto ad effettuare alcun pagamento in favore del creditore comune, limiterà la sua partecipazione al concorso esclusivamente con riferimento alla collocazione sul ricavato dalla liquidazione fallimentare dei beni oggetto della garanzia, non potendo avanzare alcuna pretesa, neanche in via chirografaria, per la porzione non soddisfatta in via privilegiata, attesa la mancata maturazione in suo favore di un credito di rivalsa. Sotto il descritto profilo, infatti, solo il fideiussore (o, più genericamente, il coobbligato senza interesse all'assunzione del debito) pare poter esercitare, in caso di inerzia del creditore, l'azione di rilevazione per liberazione *ex* art. 1953 c.c. Da ciò consegue che il coobbligato ad interesse comune garantito potrà concorrere per beneficiare *direttamente* del ricavato dalla vendita dei beni, oggetto della garanzia, e/o degli altri beni del fallito, solo se: (*i*) ha soddisfatto integralmente, prima o dopo la dichiarazione di fallimento del condebitore, il creditore comune, potendo così esercitare il diritto di regresso per far valere un proprio credito e non per agevolare l'estinzione di un credito altrui[39]; (*ii*) ha adempiuto parzialmente prima della dichiarazione di fallimento del condebitore, potendo – nei limiti dell'azione di regresso e salvo il diritto del creditore comune all'assegnazione della quota di riparto *ex* art. 62, comma 3°, l. fall. – giovarsi, da una parte, dell'eventuale residuo del ricavato dalla vendita dei beni concessi in garanzia e concorrere, dall'altra, in via chirografaria per l'ipotetica porzione ulteriormente insoddisfatta[40]; (*iii*) ha adempiuto parzialmente dopo la dichiarazione di fallimento del condebitore, potendo esercitare il proprio diritto di regresso (in senso stretto) ovvero – nei limiti dell'esercizio della propria azione di rivalsa – surrogandosi al creditore solidale, solo dopo che lo stesso, legittimato *ex* art. 61 l fall. a mantenere la propria insinuazione originaria, sia stato integralmente soddisfatto[41].

[38] In senso favorevole, cfr. VACCARELLA, *La solidarietà passiva nel fallimento*, cit., 65; BONFATTI, *Il coobbligato del fallito nel fallimento*, cit., 301 s.; in senso contrario, cfr. INZITARI, *Degli effetti del fallimento per i creditori*, cit., 1986, 256 s.; TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2006, 255.

[39] Cfr. DI CORRADO, *Art. 63*, cit., 696.

[40] Cfr. VACCARELLA, *La solidarietà passiva nel fallimento*, cit., 1967, 63.

[41] Cfr. BOZZA-SCHIAVON, *L'accertamento dei crediti nel fallimento e le cause di prelazione*, cit., 460.

MARIA ROSARIA MAURO

Il rispetto del principio di legalità nella repressione dei crimini internazionali

SOMMARIO: 1. La nozione di crimine internazionale. - 2. La repressione dei crimini internazionali. - 3. Il principio di legalità nel diritto internazionale. - 4. Prime affermazioni del principio di legalità nel diritto internazionale: gli strumenti di tutela dei diritti umani. - 5. L'applicazione del principio di legalità da parte dei tribunali penali internazionali e la giurisprudenza in materia del Tribunale penale internazionale per la ex Iugoslavia. - 6. Il principio di legalità nello Statuto della Corte penale internazionale. - 7. Il principio di legalità nei processi nazionali per crimini internazionali. - 8. Alcune considerazioni conclusive.

1. *La nozione di crimine internazionale*

L'ordinamento internazionale si è fondato, tradizionalmente, sullo Stato; vi sono, tuttavia, settori del diritto internazionale in cui è riconosciuta all'individuo una posizione centrale, che si ispirano nel loro funzionamento a logiche proprie del diritto interno[1]. Per determinate materie, quindi, potrebbe apparire superata la configurazione precedente di un sistema in cui diritto interno e diritto internazionale esaurivano l'intero universo giuridico, dal momento che, per la loro disciplina, si vanno affermando regimi specifici e sottosistemi giuridici che sembrano risentire dell'influenza di entrambi.

In un tale contesto si collocano, ad esempio, il diritto internazionale penale e il sistema di giustizia penale internazionale.

Il diritto internazionale penale rappresenta un fenomeno dalle caratteristiche peculiari nell'ordinamento giuridico internazionale, poiché per la prima volta l'individuo è stato posto al centro di tale ordinamento, non solo come destinatario di diritti, ma soprattutto in quanto titolare di obblighi. La centralità dell'individuo e l'attribuzione a giurisdizioni statali della potestà punitiva per violazioni di norme internaziona-

[1] Secondo BASSIOUNI, *The Philosophy and Policy of International Criminal Justice*, in BOHLANDER (ed.), *Globalization of Criminal Justice*, Aldershot, 2010, p. 194, l'ordinamento internazionale sempre più spesso tende ad applicare regole e procedimenti degli ordinamenti giuridici interni.

li hanno comportato perciò, nel settore penale, una configurazione particolare del diritto internazionale. Invero, il diritto internazionale penale si presenta come un sistema normativo complesso, dai caratteri eterogenei, poiché hanno influito sulla sua genesi e sul suo sviluppo approcci giuridici differenti, derivanti da fonti sia internazionali sia nazionali. Incidono su tale sistema, dunque, logiche talvolta opposte, che sottostanno al diritto internazionale, cui formalmente il diritto internazionale penale appartiene, e al diritto penale, cui il diritto internazionale penale va collegato dal punto di vista sostanziale. Infatti, mentre il primo si ispira al principio della sovrana uguaglianza dei suoi soggetti, il secondo si caratterizza invece per la verticalità dei rapporti tra società e autorità preposta alla tutela degli interessi collettivi su cui la prima si fonda.

La disciplina sostanziale e processuale relativa ai crimini internazionali trae la propria origine, quindi, dalla sintesi e dalle interazioni di due differenti ordinamenti: quello internazionale e quello penale interno.

Dal momento che il diritto internazionale penale risente dell'influenza del diritto penale interno, recependo da quest'ultimo regole, principi e *modi operandi* estranei al diritto internazionale, esso si contraddistingue per caratteristiche proprie, per certi versi diverse rispetto a quelle tipiche dell'ordinamento giuridico internazionale, in cui esso pure ha origine e si sviluppa, assumendo in tale ambito una connotazione autonoma[2].

D'altronde, il diritto internazionale penale, in quanto disciplina relativamente nuova, spesso ha esigenza di rivolgersi a un sistema giuridico maggiormente completo e organico quale il diritto penale interno.

Tali peculiarità rendono il settore penale e, in particolare, le norme relative alle gravi violazioni dei diritti umani qualificate come crimini internazionali, l'ambito in cui maggiormente si assiste a un processo di osmosi tra ordinamento interno e ordinamento internazionale, determinato anche dalla circostanza che si è in presenza di una responsabilità penale di individui per fatti che ledono o mettono a rischio beni e valori propri della comunità internazionale.

La nozione di crimine internazionale si è affermata a seguito delle atrocità commesse nel corso del XX secolo e, in particolare, tra le due guerre mondiali e durante tali conflitti. Con questa espressione si indicano, perciò, le violazioni particolarmente gravi del diritto internazionale, che

[2] Cfr. al riguado Lüder, *Some Preliminary Thoughts on the Legal Nature of the International Criminal Court*, in Fischer, Kreß, Lüder (eds.), *International and National Prosecution of Crimes under International Law. Current Developments*, Berlin, 2001, pp. 47-58. (in particolare, p. 53).

colpiscono valori e interessi dell'intera comunità internazionale.

L'individuazione delle gravi violazioni che rientrano tra i crimini internazionali e la definizione propria delle singole fattispecie hanno spesso diviso la dottrina. D'altronde, nozioni diverse rispetto allo stesso crimine sono talvolta accolte nel diritto interno e in quello internazionale; le fattispecie criminose contemplate nelle convenzioni internazionali, infatti, sono di norma definite in termini generici, sia perché frutto dei compromessi degli Stati partecipanti alla negoziazione, sia perché si tratta di reati che non sempre si prestano a essere individuati in maniera rigorosa. Si verifica così, di frequente, che il legislatore nazionale, nel recepire l'accordo internazionale, ne chiarisca le norme e ne precisi il contenuto[3].

Difformità nelle definizioni dei vari crimini si riscontrano anche nell'ambito dello stesso diritto internazionale tra regole consuetudinarie e norme convenzionali[4].

Va osservato, altresì, che la dottrina distingue talvolta tra due categorie di crimini internazionali: i crimini commessi da individui che agiscono indipendentemente da uno Stato e quelli compiuti da individui organi dello Stato o che agiscono con il consenso, la partecipazione o l'acquiescenza di organi statali[5].

I primi sono oggetto di norme internazionali non tanto per il tipo di bene giuridico tutelato, quanto perché attraverso la cooperazione internazionale degli Stati risultano più facilmente perseguibili le condot-

[3] Si veda, ad esempio, la legge italiana n. 962 del 9 ottobre 1967, "Prevenzione e repressione del delitto di genocidio", con cui il nostro ordinamento ha recepito la Convenzione per la prevenzione e la repressione del delitto di genocidio del 1948. Andando oltre quanto previsto dalla Convenzione, il nostro legislatore ha preso in considerazione anche la deportazione a fine di genocidio (art. 2), l'imposizione di marchi o segni distintivi indicanti l'appartenenza a un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso (art. 6), l'incitamento diretto e pubblico a commettere genocidio (art. 8).

[4] L'art. 7, par. 2, lett. *a*), dello Statuto della Corte penale internazionale, ad esempio, nel definire i "crimini contro l'umanità", inserisce un riferimento esplicito agli attacchi contro le popolazioni civili in seguito o in attuazione del disegno politico di uno Stato o di un'organizzazione. Analogamente, nel caso *Pinochet*, l'Audiencia nacional spagnola ha fatto riferimento alla nozione di genocidio contenuta nella Convezione del 1948, che va oltre quella tradizionalmente accolta dal diritto consuetudinario (cfr. l'*auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional confirmando la jurisdicción de España para conocer de los crímenes de genocidio y terrorismo cometidos durante la dictadura chilena*, del 5 novembre 1998, consultabile nel sito http://www.derechos.org/nizkor/chile/juicio/audi.html, in particolare *fundamento de derecho quinto*).

[5] Cfr. sul tema Gaeta, *Crimini internazionali*, in Cassese S. (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. II, Milano, 2006, pp. 1688-1701. Invero, non vi è accordo nell'individuazione dei crimini internazionali a causa della pluralità dei metodi utilizzati per qualificare un reato come tale.

te criminali in questione. In tale categoria rientrerebbero, ad esempio, la pirateria e altre fattispecie criminose che si contraddistinguono per la loro natura transnazionale, come il terrorismo, la tratta degli schiavi, delle donne e dei bambini e il traffico di stupefacenti.

Vi sono poi altri crimini che colpiscono beni fondamentali della comunità internazionale nel suo insieme e che, pertanto, sono i crimini internazionali propriamente detti, commessi da organi dello Stato o con la loro partecipazione o in un contesto di violenza diffusa e generalizzata[6].

Questa seconda categoria, inizialmente definita nell'Accordo di Londra del 1945, istitutivo del Tribunale di Norimberga[7], è stata poi codificata nello Statuto della Corte penale internazionale[8], che fa rientrare nella com-

[6] Secondo BASSIOUNI, *The History of Universal Jurisdiction and Its Place in International Law*, in MACEDO (ed.), *Universal Jurisdiction. National Courts and the Prosecution of Serious Crimes under International Law*, Philadelphia, 2004, p. 46, il diritto internazionale penale includerebbe 28 categorie di crimini, che sono confermate da 281 convenzioni concluse tra il 1815 e il 1999, in particolare: l'aggressione; il genocidio; i crimini contro l'umanità; i crimini di guerra; il possesso e/o l'uso illecito di armi; il furto di materiale nucleare; il mercenarismo; l'apartheid; la schiavitù e le prassi collegate; la tortura; le sperimentazioni illecite sugli esseri umani; la pirateria; il dirottamento di aerei; gli atti illeciti contro la navigazione marittima civile; l'uso illecito della forza contro le persone internazionalmente protette; i crimini contro le Nazioni Unite e il personale associato; la cattura di ostaggi civili; l'uso illecito della posta; gli attacchi con esplosivi; il finanziamento del terrorismo; il traffico illecito di droga e reati connessi; il crimine organizzato; la distruzione e/o il furto di tesori nazionali e del patrimonio culturale; gli atti illeciti contro l'ambiente; il traffico internazionale di materiale osceno; la falsificazione e la contraffazione; l'interferenza illecita con cavi sottomarini; la corruzione di funzionari pubblici stranieri.

[7] Cfr. l'art. 6 della Carta del Tribunale militare internazionale di Norimberga, allegata all'Accordo di Londra dell'8 agosto 1945, che estende la giurisdizione del Tribunale a tre categorie di crimini: crimini contro la pace, crimini di guerra e crimini contro l'umanità.

[8] Come è noto, dopo la seconda guerra mondiale la Commissione di diritto internazionale venne incaricata dall'Assemblea generale di predisporre un progetto di Codice dei crimini internazionali e di Statuto di una Corte penale internazionale. In particolare, la risoluzione 177 (II), *Formulation of the Principles Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal*, del 21 novembre 1947, diede l'incarico alla Commissione di preparare un progetto di Codice dei crimini contro la pace e la sicurezza dell'umanità; successivamente, con la risoluzione 260 (III), *Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, del 9 dicembre 1948, l'Assemblea generale invitò la Commissione a studiare la possibilità di istituire un organo giudiziario internazionale per giudicare le persone accusate di genocidio o di altri crimini per i quali tale organo sarebbe stato competente in virtù di convenzioni internazionali. La Commissione elaborò entrambi i progetti tra il 1950 e il 1954, i quali tuttavia non vennero approvati per i contrasti sorti tra gli Stati e, in particolare, la contrapposizione tra Stati Uniti e Unione Sovietica. Solo nel 1981 l'Assemblea generale ha invitato la Commissione di diritto internazionale a riprendere nuovamente i lavori sul progetto di Codice dei crimini contro la pace e la sicurezza dell'umanità e successivamente, nel 1989, a riesaminare il progetto relativo all'istituzione di una corte internazionale competente sui crimini contro l'umanità. Nel 1994 la Commissione ha sottoposto all'Assemblea generale la versione finale del pro-

petenza della Corte quattro tipi di crimini: il genocidio, i crimini contro l'umanità, i crimini di guerra e il crimine di aggressione, che può considerarsi il principale crimine contro la pace[9]. I crimini suddetti sono vietati dal diritto consuetudinario e, in alcuni casi, sono oggetto di convenzioni specifiche.

2. *La repressione dei crimini internazionali*

La gravità delle violazioni commesse e l'universalità dei valori e degli interessi tutelati, aspetti che contraddistinguono i crimini internazionali, hanno determinato l'esigenza di elaborare, sul piano internazionale, norme e principi specifici per consentirne la repressione, che esulano dal contesto tradizionale del diritto internazionale, per contenuto, modalità di attuazione e garanzie del rispetto[10]. Contrariamente a quanto accade per i reati comuni, infatti, in presenza di crimini internazionali valgono, ad esempio, principi quali il divieto di amnistie, l'imprescrittibilità, l'impossibilità di invocare l'immunità dalla giurisdizione degli altri Stati, nonché la possibilità di un'applicazione meno rigorosa di principi fondamentali del diritto penale quali *nullum crimen sine lege* e *nulla poena sine lege*[11].

getto di Statuto della Corte penale internazionale e, nel 1996, il progetto del Codice dei crimini contro la pace e la sicurezza dell'umanità. Nel secondo progetto, composto da 20 articoli, si specifica che i crimini considerati sono tali «under international law and punishable as such», anche qualora non lo siano per il diritto nazionale (art. 1); si prevede la responsabilità individuale per ogni tipo di partecipazione alla commissione dei crimini in questione (art. 2); si contempla la giurisdizione di ogni Stato indipendentemente da chi o dove il crimine sia stato commesso, rimettendo peraltro la competenza in materia di aggressione a un tribunale penale internazionale o allo Stato nazionale dei responsabili (art. 8); si stabilisce l'obbligo *aut dedere aut iudicare* e si disciplina la questione dell'estradizione (articoli 9 e 10); si contemplano alcune importanti garanzie giudiziarie (art. 11); si fa, infine, riferimento a principi specifici, quali la regola del *ne bis in idem* (art. 12) e il principio dell'irretroattività (art. 13).

[9] Cfr. gli articoli 5-8 dello Statuto della Corte penale internazionale.

[10] Si vedano sul tema Sperduti, *Crimini internazionali*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XI, Milano, 1962, pp. 337-354; Francioni, *Crimini internazionali*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. IV, Torino, 1989, pp. 464-479; Ronzitti, *Crimini internazionali*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. X, Roma, 1995; Gaeta, *op. cit.*, pp. 1688-1701.

[11] Cfr. al riguardo Greppi, *I crimini di guerra e contro l'umanità nel diritto internazionale*, Torino, 2001, p. 50, secondo il quale «È, dunque, un ambito "di frontiera", alla confluenza di sfere differenti e, spesso, divergenti, dal momento che sono in gioco i tradizionali limiti della comunità internazionale (società anorganica, priva di organi centralizzati deputati alla produzione di norme giuridiche, alla loro esecuzione e alla loro attuazione giudiziaria), l'altrettanto tradizionale pretesa ad una competenza giurisdizionale esclusiva da parte degli Stati, l'obbligo del rispetto del divieto di ingerenza negli affari interni dello Stato, l'esclusività del rapporto che lega lo Stato ai cittadini sudditi». Si veda su tali temi anche Del Vecchio, *I Tribunali internazionali tra globalizzazione e localismi*, Bari, 2009, pp. 179-233.

L'interesse universale alla repressione dei crimini internazionali giustifica, inoltre, una disciplina specifica anche per quanto concerne l'esercizio della giurisdizione: infatti, accanto a una possibile responsabilità internazionale dello Stato, emerge una responsabilità individuale dell'autore della violazione, il quale può pertanto essere giudicato e punito da una giurisdizione internazionale o dai tribunali nazionali sulla base dei criteri giurisdizionali tradizionali[12] e/o del principio dell'universalità della giurisdizione[13].

Il processo di affermazione della responsabilità individuale per gravi violazioni del diritto internazionale e la parallela ricerca del giudice competente sul piano internazionale hanno avuto origine attorno alla fine della prima guerra mondiale[14]. Secondo quanto stabilito dal Trattato di pace di Versailles del 28 giugno 1919, infatti, il Governo tedesco avrebbe dovuto permettere alle potenze alleate di processare davanti a tribunali militari gli autori di atti compiuti in violazione delle leggi e consuetudini di guerra[15]; in realtà, i processi per i crimini di guerra non vennero poi celebrati dai tribu-

[12] Si tratta, in particolare, dei principi di territorialità, nazionalità attiva, nazionalità passiva e protezione o difesa. Si veda in argomento Shaw, *International Law*, 6° ed., Cambridge, 2008, p. 652 ss.

[13] Si veda in argomento Mauro, *Il principio di giurisdizione universale e la giustizia penale internazionale*, Padova, 2012.

[14] Può essere considerato un precedente storico dei tribunali penali internazionali il *panel* speciale di giudici di vari Paesi costituito nel 1474 per processare Peter von Hagenbach per le atrocità da questi commesse nella città fortificata di Breisach (sull'Alto Reno) nel periodo in cui era sotto la sua responsabilità, in virtù dell'incarico ricevuto dal Duca Carlo di Borgogna (noto come Carlo il Sanguinario o Carlo il Terribile). I giudici, che provenivano dall'Austria e da Stati suoi alleati, lo processarono per omicidio, stupro, spergiuro e "altri crimini contro le leggi di Dio e dell'uomo", privandolo del regno e condannandolo a morte. Si veda al riguardo Greppi, *op. cit.*, pp. 4-5. L'istituzione di un tribunale penale internazionale, tuttavia, è stata prevista per la prima volta nel contesto della Società delle Nazioni, nell'ambito della quale, il 16 novembre 1937, vennero approvate la Convenzione per la prevenzione e la repressione del terrorismo e la Convenzione di Ginevra per l'istituzione di una Corte penale internazionale per il processo ai responsabili di terrorismo. Le due Convenzioni non sono, però, mai entrate in vigore; la seconda, in particolare, è stata firmata solo da dieci Stati e ratificata esclusivamente dall'India. Entrambe le Convenzioni erano state promosse dal Governo francese successivamente all'attentato contro il Re Alessandro di Iugoslavia e il Primo ministro francese Barthou, che ebbe luogo a Marsiglia il 9 ottobre 1934. Si veda al riguardo Recchia, *La Convenzione di Ginevra per una corte penale internazionale sui crimini di terrorismo (1937): un documento da tornare a leggere*, in Ungari, Pietrosanti Malintoppi (a cura di), *Verso un tribunale internazionale sui crimini contro l'umanità. Precedenti storici e prospettive di istituzione*, Roma, 1998, pp. 49-57.

[15] Cfr. l'art. 228 del Trattato, secondo il quale «The German Government recognises the right of the Allied and Associated Powers to bring before military tribunals persons accused of having committed acts in violation of the laws and customs of war. Such persons shall, if

nali militari delle potenze alleate, bensì dalla Corte suprema di Lipsia.

Il Trattato di Versailles aveva previsto anche l'istituzione di un tribunale speciale, composto da cinque giudici nominati da Francia, Italia, Giappone, Gran Bretagna e Stati Uniti, che avrebbe dovuto giudicare l'imperatore Guglielmo II, accusato di avere commesso il crimine supremo contro la "morale internazionale e l'autorità sacra dei trattati"[16]. Tuttavia, pure tale processo non venne mai celebrato, poiché i Paesi Bassi si rifiutarono di estradare l'Imperatore.

Il primo concreto esempio di giurisdizione penale internazionale, perciò, è rappresentato dal Tribunale militare internazionale di Norimberga, istituito dall'Accordo di Londra del 1945 per processare i responsabili dei crimini commessi in Europa durante la seconda guerra mondiale. Secondo quanto affermato espressamente dal Tribunale, la sua competenza si fondava sul diritto internazionale, infatti: «The Charter is not an arbitrary exercise of power on the part of the victorious nations, but in the view of the Tribunal … it is the expression of International Law existing at the time of its creation; and to that extent is itself a contribution to International Law»[17]. Ciò nonostante, il Tribunale di Norimberga, come anche il Tribunale militare internazionale per l'Estremo Oriente[18], sebbene definiti generalmente "internazionali", agirono in realtà come organi comuni delle potenze vincitrici della seconda guerra mondiale.

found guilty, be sentenced to punishments laid down by law. This provision will apply notwithstanding any proceedings or prosecution before a tribunal in Germany or in the territory of her allies. The German Government shall hand over to the Allied and Associated Powers, or to such one of them as shall so request, all persons accused of having committed an act in violation of the laws and customs of war, who are specified either by name or by the rank, office or employment which they held under the German authorities».

[16] Cfr. l'art. 227 del Trattato, secondo il quale «The Allied and Associated Powers publicly arraign William II of Hohenzollern, formerly German Emperor, for a supreme offence against international morality and the sanctity of treaties. A special tribunal will be constituted to try the accused, thereby assuring him the guarantees essential to the right of defence. It will be composed of five judges, one appointed by each of the following Powers: namely, the United States of America, Great Britain, France, Italy and Japan. In its decision the tribunal will be guided by the highest motives of international policy, with a view to vindicating the solemn obligations of international undertakings and the validity of international morality. It will be its duty to fix the punishment which it considers should be imposed. The Allied and Associated Powers will address a request to the Government of the Netherlands for the surrender to them of the ex-Emperor in order that he may be put on trial».

[17] Cfr. al riguardo la sentenza del Tribunale militare internazionale di Norimberga del 1° ottobre 1946, in *American Journal of International Law*, 1947, p. 216.

[18] Anche il Tribunale di Tokyo fu istituito dopo la seconda guerra mondiale per processare i criminali di guerra nemici. Si veda al riguardo RÖLING, CASSESE A., *The Tokyo Trial and beyond*, Cambridge, 1993.

Molto più recentemente, poi, sono stati istituiti, da parte del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, il Tribunale penale internazionale per la ex Iugoslavia e il Tribunale penale internazionale per il Ruanda[19].

A tali Tribunali si è aggiunta nel 2002, come strumento di *direct enforcement*, la Corte penale internazionale, istituita da un accordo internazionale tra Stati. Più di recente, poi, si è fatto ricorso a uno strumento di natura "ibrida", rappresentato dai cosiddetti tribunali penali "misti" e dai tribunali "internazionalizzati", organi interni o collegati al sistema giurisdizionale statale, che hanno però un carattere internazionale per la base giuridica, la selezione dei giudici e dei procuratori o il diritto che applicano[20], che sono la Corte speciale per la Sierra Leone, le Camere straordinarie per la Cambogia, le Sezioni specializzate per i crimini internazionali istituite in seno alle Amministrazioni delle Nazioni Unite a Timor Est (UNTAET - United Nations Transitional Administration in East Timor) e in Kosovo (UNMIK - United Nations Interim Administration Mission in Kosovo), e il Tribunale speciale per il Libano.

I tribunali penali internazionali costituiscono il sistema di repressione diretta dei crimini internazionali, al quale si aggiunge un sistema di repressione indiretta affidato agli organi giurisdizionali nazionali, che agiscono sulla base dei criteri tradizionali di giurisdizione e/o del principio dell'universalità della giurisdizione penale.

3. *Il principio di legalità nel diritto internazionale*

Il tema della repressione dei crimini internazionali a opera dei tribunali internazionali e degli organi giurisdizionali nazionali induce a interrogarsi sulla possibilità e le modalità di applicazione, in tale contesto, di principi fondamentali della giustizia penale, quali i principi di legalità, certezza del diritto, irretroattività della norma penale, coerenza e prevedibi-

[19] Con la risoluzione 1966 (2010) del 22 dicembre 2010 il Consiglio di sicurezza ha deciso di istituire l'*International Residual Mechanism for Criminal Tribunals*, per completare il lavoro intrapreso dai due Tribunali *ad hoc*, che dovrebbe essere ultimato, secondo la risoluzione, entro il 31 dicembre 2014.

[20] I tribunali penali "misti", in particolare, pur nella loro diversità, hanno alcune caratteristiche comuni: il coinvolgimento delle Nazioni Unite nella loro istituzione; la composizione mista del collegio giudicante formato sia da giudici nazionali sia da giudici internazionali; l'applicazione di norme sostanziali e processuali sia interne sia internazionali; l'esercizio di una competenza *ratione temporis*, *ratione materiae* e *ratione loci* ben definita. I tribunali penali "internazionalizzati", invece, sono tribunali che appartengono all'ordinamento interno e applicano il diritto interno, ma sono composti da giudici sia nazionali sia internazionali e hanno la propria fonte giuridica nel diritto internazionale.

lità. Il modo di formazione e il funzionamento del diritto internazionale penale, infatti, potrebbero incidere sul rispetto di tali basilari principi.

Come si è osservato, nell'ambito del diritto internazionale, il diritto internazionale penale si contraddistingue per alcune sue peculiarità, poiché risente nella sua natura e nel suo *modus operandi* dell'influenza del diritto penale interno. Le sue fonti sono di diritto internazionale e alla luce dei criteri ermeneutici di tale ordinamento vanno perciò interpretate; tuttavia, non solo le conseguenze della sua applicazione sono quelle tipiche del diritto penale interno, ma soprattutto alcuni principi propri dei sistemi penali interni sono divenuti gradualmente principi di diritto internazionale.

Ora, in materia penale, prevale sempre l'esigenza di norme sostanziali con un contenuto chiaro e ben definito, dal momento che in tale contesto il diritto può incidere su quello che è considerato il bene supremo: ovvero la libertà della persona. Tuttavia, tali requisiti spesso sono assenti nelle norme del diritto internazionale per la natura e le caratteristiche proprie di quest'ultimo. Questa circostanza potrebbe incidere sull'applicazione del principio di legalità, che comporta il divieto dell'irretroattività dell'incriminazione e della pena, in virtù del quale la responsabilità penale può sorgere solo se si è in presenza di una condotta considerata un reato all'epoca in cui tale condotta è stata tenuta.

Peraltro, anche sul piano internazionale si è da tempo riconosciuto che il principio di legalità rappresenta uno strumento indispensabile per la tutela delle libertà individuali e la difesa della persona da eventuali comportamenti arbitrari dello Stato[21].

[21] Cfr. al riguardo il parere consultivo della Corte permanente di giustizia internazionale del 4 dicembre 1935 sulla *Consistency of Certain Danzig Legislative Decrees with the Constitution of the Free City*, *P.C.I.J.*, *Publications*, *Series A/B*, *No. 65*, pp. 56-57, in cui si osserva: «It is true that a criminal law does not always regulate all details. By employing a system of general definition, it sometimes leaves the judge not only to interpret it, but also to determine how to apply it. The question as to the point beyond which this method comes in conflict with the principle that fundamental rights may not be restricted except by law may not be easy to solve. But there are some cases in which the discretionary power left to the judge is too wide to allow of any doubt but that it exceeds these limits … The problem of the repression of crime may be approached from two different standpoints, that of the individual and that of the community. From the former standpoint, the object is to protect the individual against the State: this object finds its expression in the maxim *Nulla poena sine lege.* From the second standpoint, the object is to protect the community against the criminal, the basic principle being the notion *Nullum crimen sine poena* … the fundamental rights of the individual … may indeed be restricted … in the general public interest, but only in virtue of a law which must itself specify the conditions of such restriction, and, in particular, determine the limit beyond which an act can no longer be justified as an exercise of a fundamental liberty and becomes a punishable offence. It must be possible for the individual to know, beforehand, whether his acts are lawful or liable to punishment».

Il principio di legalità, tradizionalmente espresso con il brocardo latino *nullum crimen sine lege nulla poena sine lege,* ha in realtà gradualmente acquisito un significato molto più ampio di quello originario, non implicando solo che certi fatti siano puniti e sanzionati prima della loro commissione da una norma (non retroattività del diritto penale), ma anche che tale norma sia chiara e precisa (principio di precisione) e accessibile.

Nella sua accezione più ampia, dunque, il principio in questione include il rispetto del principio di non retroattività (*nullum crimen, nulla poena sine lege previa*); il divieto di analogia (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*); il principio di certezza (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*); e il divieto dell'applicazione di norme penali non scritte (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*)[22]. Il giudice, quindi, è tenuto a interpretare la norma penale in modo restrittivo; tale condizione vale nell'ordinamento interno, ma andrebbe rispettata anche in quello internazionale[23].

Nella repressione dei crimini internazionali, la questione del rispetto del principio di legalità risulta essere talvolta più complessa, sia per la gravità insita in tale tipo di violazioni, sia per le caratteristiche proprie del diritto internazionale [24].

Il problema principale che si pone è se, alla luce delle fonti del diritto internazionale, dei modi di produzione di tale diritto e delle sue caratteristiche, il diritto internazionale penale possa fare proprio il principio di legalità nella sua accezione tipica, accolta tradizionalmente negli ordinamenti interni.

Invero, da quando, nel 1946, l'Assemblea generale delle Nazioni Unite ha confermato i principi di diritto internazionale riconosciuti nello Statuto del Tribunale di Norimberga e nella sentenza di tale Tribunale[25] e dall'epoca del loro recepimento da parte della Commissione di diritto internazionale, nel 1950[26], il procedimento consuetudinario di formazione del

[22] Si veda al riguardo Kreß, *Nulla poena nullum crimen sine lege*, in *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. VII, Oxford, 2012, p. 890.

[23] Si veda al riguardo quanto affermato dal Tribunale penale internazionale per la ex Iugoslavia nella sentenza del 29 novembre 2002, nel caso *Prosecutor* v. *Mitar Vasiljevic*, IT-98-32-T, consultabile nel sito http://www.icty.org/x/cases/vasiljevic/tjug/en/vas021129.pdf, paragrafi 193-204.

[24] Si veda Sivakumaran, *The Principle of Legality in International Criminal Law - Introductory Remarks*, in *American Society of International Law Proceedings*, 2009, p. 101.

[25] Cfr. la risoluzione 95(I), *Affirmation of the Principles of International Law Recognised by the Charter of the Nürnberg Tribunal*, dell'11 dicembre 1946.

[26] Cfr. *Principles of International Law Recognised in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 1950, vol. II, pp. 374-378.

diritto internazionale penale ha prevalso. Tale scelta è stata, in realtà, obbligata; infatti, il clima di ostilità e la divisione tra gli Stati in due blocchi, che hanno caratterizzato il secondo dopoguerra, hanno ostacolato ogni negoziazione di norme internazionali in materia, impedendo la conclusione di un accordo internazionale.

La natura consuetudinaria di numerose regole del diritto internazionale penale potrebbe ostacolare il rispetto del principio di legalità[27]. Il contenuto in genere poco dettagliato di tali norme, infatti, rende più difficile stabilire se una concreta violazione possa configurarsi come un crimine internazionale vietato dal diritto internazionale al momento della sua commissione. L'indeterminatezza e la genericità che caratterizzano il processo di formazione del diritto internazionale penale potrebbero, perciò, incidere sull'applicazione di tale branca del diritto internazionale.

Va aggiunto, altresì, che quello penale è uno di quei settori del diritto internazionale in cui la formazione della consuetudine è rimessa principalmente all'elemento dell'*opinio juris*, poiché la *necessità* della regola sembrerebbe rendere meno importante l'elemento della prassi[28].

[27] Si vedano al riguardo CRYER, FRIMAN, ROBINSON, WILMSHURT, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 2° ed., Cambridge, 2010, p. 17. Cfr. anche ROBINSON, *The Identity Crisis of International Criminal Law*, in *Leiden Journal of International Law*, 2008, pp. 925-963. Secondo l'a. vi sono aspetti problematici nel diritto internazionale penale e, in particolare, in riferimento all'applicazione del principio di legalità, derivanti dall'incidenza su tale sottostistema normativo di presupposti propri delle norme internazionali in materia di diritti umani, per cui vi sarebbe una distorsione, che si verifica in tre diversi modi: «One mode is the influence of *interpretive approaches* from human rights and humanitarian law, such as victim-focused teleological reasoning, which not only undermines strict construction but also foster sweeping interpretations that run afoul of culpability and fair labelling. The second mode is *substantive and structural conflation* – that is, the assumption that criminal norms must be coextensive with similar norms in human rights law or humanitarian law, overlooking the different structure and consequences of these areas of law, and thus neglecting the special principles necessary for blame and punishment of individuals. A third mode will … be outlined, showing how *ideological assumptions* about progress and sovereignty can foster a preference for broader doctrines and a neglect of fundamental principles» (p. 929).

[28] Secondo una parte della dottrina la formazione del diritto consuetudinario, in questo specifico settore del diritto internazionale, avverrebbe piuttosto in virtù di un processo deduttivo, in cui assumerebbero una rilevanza primaria le dichiarazioni degli Stati. Si veda al riguardo REYDAMS, *Universal Jurisdiction. International and Municipal Legal Perspectives*, Oxford, 2003, pp. 7-8, secondo il quale «According to the traditional understanding of customary international law, it was considered to come about through the emergence of a general (or extensive) uniform, consistent, and settled practice, more or less gradually joined by a sense of legal obligations, the *opinio juris*. For the purpose of verification, practice took priority over *opinio juris*; deeds were what counted, not just words. Traditional custom is evolutionary and is identified through an *inductive* process in which a general

Si è spesso sostenuto, in realtà, che nel diritto internazionale penale non rileva l'accezione classica della legalità dei delitti e delle pene e che il suddetto principio dovrebbe avere in tale ambito un'applicazione meno rigorosa. Tale tesi si giustificherebbe, in primo luogo, per la gravità dei fatti commessi che sono oggetto del diritto internazionale penale. Inoltre, la repressione dei crimini internazionali dovrebbe rispecchiare comunque i caratteri dell'ordinamento internazionale e, in particolare, tenere presente il ruolo che la fonte consuetudinaria ha in tale ordinamento. In altri termini, nel diritto internazionale il principio in questione potrebbe essere interpretato in senso meno rigido, poiché esso non può essere basato solo sul diritto scritto, come accade nella maggior parte dei sistemi giuridici interni, proprio per la rilevanza che il diritto consuetudinario ha nell'ordinamento giuridico internazionale. Sul piano internazionale verrebbero meno, quindi, la necessità del carattere scritto della fonte dell'incriminazione e il rispetto dell'elemento della tipicità. Infatti, pure se alcuni autori sostengono l'esigenza della piena tipicità, altri invece accolgono una concezione più flessibile di legalità, fino a negare ogni rilevanza nel diritto internazionale all'elemento suddetto o a distinguere tra legalità e tipicità. Il principio della tipicità, in effetti, è strettamente connesso al principio di separazione dei poteri cui si deve conformare un'organizzazione statale; infatti, l'individuazione dei fatti criminosi a opera dell'organo legislativo impedisce che il giudice decida quali sono i comportamenti che devono essere puniti, poiché è solo il legislatore che può limitare le libertà dell'individuo e stabilire quali condot-

practice is derived from specific instances of practice. By contrast, modern custom is derived by a *deductive* process that starts from words – the text of a General Assembly declaration, the provision of a treaty or of a draft convention – rather than from particular instances of practice. This approach emphasizes *opinio juris* rather than State practice because it relies primarily on statements rather than actions. Modern custom can develop quickly because it is deduced from multilateral treaties and declarations by international fora». Cfr. sul tema anche Kreß, *Universal Jurisdiction over International Crimes and the* Institut de Droit international, in *Journal of International Criminal Justice*, 2006, pp. 573-574, secondo il quale «Looking back to the developments since the 1990s there is ample evidence for the fact that customary international law has rather evolved along the lines of the … approach that includes the attribution of significant weight also to 'verbal' state practice and the deduction of detailed rules from general principles as they emerge from the development of the law in general or, at least, in related areas of the law». Si vedano, infine, Simma, Paulus, *The Responsibility of Individuals for Human Rights Abuses in Internal Conflicts: a Positivist View*, in *American Journal of International Law*, 1999, pp. 302-316, i quali fanno riferimento a un approccio "modern positivist" del processo di formazione del diritto internazionale.

te siano da punire[29]. Tale requisito non si giustificherebbe, perciò, in un ordinamento quale quello internazionale in cui, non essendovi un organo centralizzato dotato di potere legislativo, il principio di tipicità perderebbe la sua ragione d'essere principale[30]. D'altronde, è evidente che proprio nel campo del diritto internazionale penale si è assistito all'affermarsi del ruolo del giudice internazionale quale *law-maker*[31].

In realtà, il principio di legalità ha avuto origine e si è sviluppato nel contesto di una dimensione statuale del potere, venendo inteso, pertanto, come limitazione del potere sovrano; mentre, sul piano internazionale, si è andata delineando un concezione della legalità ispirata all'esigenza di affermare e non di limitare la sovranità, poiché non vi era un potere di punire da parte della comunità internazionale prima dell'istituzione dei tribunali penali internazionali[32].

4. *Prime affermazioni del principio di legalità nel diritto internazionale: gli strumenti di tutela dei diritti umani*

Un contributo fondamentale all'affermazione del principio di legalità nell'ordinamento internazionale si deve allo sviluppo di un sistema di tutela internazionale dei diritti umani. Infatti, nel 1948, l'Assemblea generale delle Nazioni Unite ha espressamente consacrato tale principio nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo[33].

[29] Cfr. l'art. 25, 2°comma, della Costituzione italiana, secondo cui «Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso». Secondo PITTARO, *Articolo 25*, in BARTOLE, BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, p. 253, paragrafo III.1, «Nella prospettiva garantistica emerge nitido il privilegio che la Costituzione assegna alla **legge come fonte del diritto penale**, e la conseguente sfiducia che viene ad investire il potere esecutivo (nonché …quello giurisdizionale), in quanto solo il potere legislativo trae legittimazione dall'estrazione e dalla rappresentatività popolare …».

[30] Cfr. al riguardo BORSARI, *Diritto punitivo sovranazionale come sistema*, Padova, 2007, pp. 284-285.

[31] A favore di un approccio più restrittivo in relazione al ruolo dei giudici nello sviluppo del diritto internazionale si veda MERON, *Revival of Customary Humanitarian Law*, in *American Journal of International Law*, 2005, p. 825. Si veda in argomento anche KOLB, *Selected Problems in the Theory of Customary International Law*, in *Netherlands International Law Review*, 2003, p. 128.

[32] Cfr. al riguardo FOFFANI, *La giustizia penale internazionale: un sistema penale «antimoderno»?*, in DELMAS-MARTY, FRONZA, LAMBERT-ABDELGAWAD (sous la direction de), *Les sources du droit international pénal. L'expérience des Tribunaux pénaux internationaux et le Statut de la Cour pénale internationale*, Paris, 2004, p. 372.

[33] Cfr. l'art. 11, par. 2.

Successivamente, il principio di legalità è stato codificato in numerosi accordi internazionali, quali la Convenzione (III) di Ginevra del 1949 relativa al trattamento dei prigionieri di guerra[34], la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950[35], il Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966[36], la Convenzione americana sui diritti umani del 1969[37], la Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli del 1981[38], la Convenzione sui diritti dell'infanzia del 1989[39] e, infine, lo Statuto della Corte penale internazionale del 1998[40].

Peraltro, risulta subito evidente la tendenza a giustificare, in presenza di crimini internazionali, un'applicazione del principio meno rigorosa. Già nei "Principi di Norimberga" del 1950, ad esempio, si afferma che, anche qualora il diritto interno non imponga una pena per un'azione che è considerata un crimine sulla base del diritto internazionale, ciò non esonera la persona che ha compiuto tale azione dalla responsabilità secondo il diritto internazionale[41].

In maniera analoga, sia la Convenzione europea dei diritti dell'uomo[42] sia il Patto sui diritti civili e politici[43], che pure come si è detto af-

[34] Cfr. l'art. 99. Si vedano anche gli articoli 65 e 67 della Convenzione (IV) di Ginevra del 1949 relativa alla protezione delle persone civili in tempo di guerra.

[35] Cfr. l'art. 7.

[36] Cfr. l'art. 15.

[37] Cfr. l'art. 9.

[38] Cfr. l'art. 7, par. 2.

[39] Cfr. l'art. 40, par. 2, lett. *a*).

[40] Cfr. gli articoli 22 e 23.

[41] Cfr. il principio II dei *Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal*, cit.

[42] Secondo l'art. 7 della Convenzione «1. No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence under national or international law at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the criminal offence was committed. 2. This article shall not prejudice the trial and punishment of any person for any act or omission which, at the time when it was committed, was criminal according the general principles of law recognized by civilized nations».

[43] Secondo l'art. 15 del Patto internazionale sui diritti civili e politici «1. No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence, under national or international law, at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time when the criminal offence was committed. If, subsequent to the commission of the offence, provision is made by law for the imposition of the lighter penalty, the offender shall benefit thereby. 2. Nothing in this article shall prejudice the trial and punishment of any person for any act or omission which, at the time when it was committed, was criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations».

fermano chiaramente il divieto di retroattività della norma penale, ammettono che tale divieto non impedisce il rinvio a giudizio o anche la condanna di una persona, se una data condotta poteva essere qualificata, al momento in cui è stata tenuta, come un crimine sulla base dei principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili. Si evince da tali disposizioni, quindi, che un individuo può essere perseguito, senza che vi sia una violazione del principio *nullum crimen sine lege*, anche qualora il diritto nazionale non criminalizzi una determinata condotta, se tale condotta era vietata dal diritto internazionale all'epoca in cui è stata tenuta.

Perciò, i trattati richiamati tendenzialmente contengono una definizione del principio di legalità che, da una parte, vuole assicurare la tutela dell'accusato, dall'altra, non impedisce che gli autori di crimini internazionali vengano giudicati[44].

Sin da queste prime considerazioni, quindi, sembra emergere la predilezione, sul piano internazionale, per una nozione ampia di legalità e un'interpretazione non rigida del principio, che comporta da parte dell'organo giudicante, chiamato a pronunciarsi, un'analisi dell'illecito non limitata alla mera valutazione della previsione normativa di un certo comportamento come crimine o alla precisa individuazione del contenuto della pena, pur nel rispetto dell'esigenza di chiarezza e precisione[45].

In realtà, sia i tribunali penali internazionali, come si vedrà, sia gli organi internazionali competenti in materia di tutela dei diritti umani sembrerebbero avere spesso optato per un'applicazione non rigorosa del principio.

La questione dell'applicazione del principio di legalità è stata presa in considerazione in numerose occasioni, ad esempio, dalla Corte eu-

[44] La stessa Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato, riguardo al par. 2 dell'art. 7 della Convenzione di Roma, nella sentenza del 17 maggio 2010, nel caso *Kononov* v. *Latvia*, consultabile nel sito http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/hudoc, par. 186: «Finally, the two paragraphs of Article 7 are interlinked and are to be interpreted in a concordant manner (*Tess v. Latvia* (dec.), no. 34854/02, 12 December 2002). Having regard to the subject matter of the case and the reliance on the laws and customs of war as applied before and during the Second World War, the Court considers it relevant to recall that the *travaux préparatoires* to the Convention indicate that the purpose of the second paragraph of Article 7 was to specify that Article 7 did not affect laws which, in the wholly exceptional circumstances at the end of the Second World War, were passed in order to punish, *inter alia*, war crimes so that Article 7 does not in any way aim to pass legal or moral judgment on those laws (*X. v. Belgium*, no 268/57, Commission decision of 20 July 1957, Yearbook 1, p. 241). In any event, the Court further notes that the definition of war crimes included in Article 6(b) of the IMT Nuremberg Charter was found to be declaratory of international laws and customs of war as understood in 1939 …».

[45] Cfr. al riguardo Masucci, *Garanzie di legalità nel diritto penale internazionale*, in Mezzetti (a cura di), *Diritto penale internazionale. Casi e materiali*, vol. I, Torino, 2006, pp. 9, 10, 17.

ropea dei diritti dell'uomo, nella cui giurisprudenza è più volte confermata la centralità dell'art. 7, par. 1 nel sistema di tutela previsto[46].

La Corte ha espressamente valutato l'applicazione del principio anche in riferimento alla commissione di crimini internazionali, dovendo decidere se la repressione di tali crimini, in virtù di leggi nazionali adottate successivamente alla loro commissione, fosse contraria all'art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Celebre, ad esempio, è il caso *Kononov*, in cui la Corte europea dei diritti dell'uomo ha escluso che la condanna del ricorrente da parte della Corte suprema lettone per crimini di guerra commessi durante la seconda guerra mondiale comportasse la violazione dell'art. 7. La Corte, infatti, ha ritenuto che, considerato lo stato del diritto internazionale nel 1944, vi fosse una base giuridica sufficientemente chiara per la condanna di Kononov per crimini di guerra in quanto comandante dell'unità responsabile dell'attacco; si è respinta, in tal modo, la tesi del ricorrente, secondo cui all'epoca dei fatti i suoi comportamenti non erano ancora considerati crimini di guerra alla luce del diritto internazionale[47].

La Corte europea dei diritti dell'uomo si è espressa sull'applicazione del principio di legalità anche in riferimento a gravi violazioni commesse successivamente alla seconda guerra mondiale. Nel caso *Streletz, Kessler and Krenz*[48], ad esempio, essa si è pronunciata sul ricorso presentato da tre ex membri del Consiglio nazionale della difesa della Repubblica democratica tedesca, condannati per avere preso parte alle decisioni del suddetto organo relative al controllo del confine. L'attuazione di tale politica di vigilanza ha comportato, infatti, l'uccisione di molte persone che tentavano di attraversare la frontiera e fuggire nella Repubblica federale tedesca. Nel caso specifico, la Corte costituzionale tedesca aveva rigettato l'appello dei ricorrenti basandosi sulla cosiddetta "Formula di Radbruch" e ritenendo che la politica di confine attuata costituisse una "estrema ingiustizia"[49]. Tale Formula si fonda sull'idea che, qualora la legge scrit-

[46] Di recente, ad esempio, la rilevanza del principio di legalità è stata ribadita nella sentenza del 20 gennaio 2009, nel caso *Sud Fondi srl et autres* c. *Italie*, consultabile nel sito http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/hudoc, paragrafi 105-110, e nella sentenza del 17 settembre 2009, nel caso *Scoppola* v. *Italy*, consultabile nello stesso sito, paragrafi 92-95.

[47] Cfr. la sentenza del 17 maggio 2010, nel caso *Kononov* v. *Latvia*, cit, par. 227.

[48] Cfr. la sentenza del 22 marzo 2001, nel caso *Streletz*, *Kessler and Krenz* v. *Germany*, consultabile nel sito http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/hudoc. In argomento si veda Geiger, *The* German Border Guard Cases *and International Human Rights*, in *European Journal of International Law*, 1998, pp. 540-549.

[49] Cfr. la sentenza della Corte costituzionale federale tedesca del 24 ottobre 1996, par. 1(b)(cc)(2), riprodotta in lingua inglese nella sentenza della Corte europea dei diritti dell'uo-

ta sia incompatibile con i principi di giustizia sostanziale a un livello intollerabile o sia stata adottata in aperto contrasto con il principio di uguaglianza, che costituisce il fondamento di tutta la giustizia, deve essere disapplicata dal giudice per ragioni di giustizia sostanziale. La Formula è stata alla base di numerose pronunce della Corte costituzionale tedesca. Nel caso in questione, Streletz, Kessler e Krenz hanno fatto poi ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo, sostenendo la violazione dell'art. 7, par. 1, della Convenzione di Roma, poiché non era prevedibile che venissero perseguiti per la condotta tenuta. I tre ricorrenti hanno affermato che l'interpretazione *ex post facto* della legge della Repubblica democratica tedesca da parte dei tribunali della Germania unita non era corretta, che le loro tesi erano state ingiustamente respinte in quanto contrarie alla Legge fondamentale della Repubblica federale tedesca e che la Formula di Radbruch rappresentava una «statutory injustice»[50]. Inoltre, secondo i ricorrenti, gli atti in questione non costituivano crimini secondo il diritto internazionale all'epoca in cui erano stati commessi. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto, invece, che la politica di vigilanza del confine fosse contraria ai diritti umani, in particolare al diritto alla vita, e inoltre che l'art. 7, par. 1, della Convenzione di Roma non fosse applicabile in tale circostanza, poiché tale politica non poteva essere considerata come "diritto" secondo la Convenzione[51].

mo del 22 marzo 2001, nel caso *Streletz, Kessler and Krenz* v. *Germany*, cit., par. 22, in cui si afferma: « The Federal Constitutional Court has so far had to deal with the problem of 'statutory injustice' [*gesetzliches Unrecht*] only in spheres other than that of the criminal law. It has taken the view that in cases where positive law is intolerably inconsistent with justice the principle of legal certainty may have to yield precedence to that of objective justice. In that connection it has referred to the writings of Gustav Radbruch [Gustav Radbruch (1878-1949): German professor of law who considerably influenced the philosophy of law. Following the crimes of the Nazis, he formulated the principle, also known as "Radbruch's formula" (*Radbruch'sche Formel*), that positive law must be considered contrary to justice where the contradiction between statute law and justice is so intolerable that the former must give way to the latter] ... and, in particular, to what has become known as Radbruch's formula ... On that point it has repeatedly stressed that positive law should be disapplied only in absolutely exceptional cases and that a merely unjust piece of legislation, which is unacceptable on any enlightened view, may nevertheless, because it also remains inherently conducive to order, still acquire legal validity and thus create legal certainty... However, the period of National-Socialist rule had shown that the legislature was capable of imposing gross 'wrong' by statute ... so that, where a statutory provision was intolerably inconsistent with justice, that provision should be disapplied from the outset ...».

[50] Cfr. la sentenza del 22 marzo 2001, nel caso *Streletz, Kessler and Krenz* v. *Germany*, cit., par. 47.

[51] *Ibidem*, paragrafi 87-89. Cfr. anche la *Communication No. 960/2000* del Comitato per i diritti dell'uomo delle Nazioni Unite del 31 luglio 2003, nel caso *Baumgarten* v. *Germany*, consultabile nel sito http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/3d64d5140e79d576c1256db10032cdc0?Opendocument.

La questione del rispetto del principio di legalità in riferimento alla repressione di crimini commessi dopo la seconda guerra mondiale è stata presa in considerazione dalla Corte europea dei diritti dell'uomo anche nel caso *Kolk and Kyslyiy*. In tale circostanza la Corte ha ritenuto che la condanna in Estonia di due individui per crimini contro l'umanità, a causa della deportazione di civili verso l'Unione Sovietica nel 1949, non fosse contraria al principio di legalità. Secondo la Corte, infatti, all'epoca i crimini contro l'umanità erano già vietati e la responsabilità per tali crimini non poteva essere limitata ai cittadini solo di certi Paesi o agli atti commessi durante la seconda guerra mondiale. Perciò, pur sostenendo i ricorrenti che i fatti all'origine della condanna non erano vietati dal diritto sovietico dell'epoca della loro commissione, la Corte ha dichiarato irricevibile il ricorso presentato sulla base del diritto internazionale penale, in particolare dell'art. 6 dello Statuto del Tribunale di Norimberga[52] e della Convenzione delle Nazioni Unite sulla non applicabilità delle prescrizioni ai crimini di guerra e ai crimini contro l'umanità del 1968[53].

La Corte europea dei diritti dell'uomo, infine, ha anche riconosciuto la possibilità di avallare un significato del crimine meno favorevole all'accusato, qualora l'interpretazione data possa ragionevolmente considerarsi compatibile con l'essenza di un dato reato. Nel caso *Jorgić*, ad esempio, tale Corte ha accolto l'ampia definizione di genocidio cui avevano fatto riferimento i tribunali tedeschi[54], valutando la condotta dello Stato interessato con particolare elasticità.

5. *L'applicazione del principio di legalità da parte dei tribunali penali internazionali e la giurisprudenza in materia del Tribunale penale internazionale per la ex Iugoslavia*

Per quanto riguarda l'applicazione del principio di legalità da parte dei tribunali penali internazionali, in realtà, sembra che spesso si sia fatto ricorso a specifici strumenti interpretativi o scelte metodologiche al

[52] Si noti che in tale articolo la deportazione è indicata tra i crimini contro l'umanità.

[53] Cfr. la decisione sulla ricevibilità del 17 gennaio 2006, nel caso *Kolk and Kyslyiy* v. *Estonia*, consultabile nel sito http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/hudoc. Si veda anche la decisione sulla ricevibilità del 24 gennaio 2006, nel caso *Penart* v. *Estonia*, consultabile nello stesso sito.

[54] Cfr. la sentenza del 12 luglio 2007, nel caso *Jorgić* v. *Germany*, consultabile nel sito http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/hudoc, paragrafi 89-116, in particolare par. 114.

fine di giustificare il mancato o parziale rispetto del principio in questione, nonostante esso sia stato generalmente invocato nei procedimenti davanti a tali organi.

Infatti, si è sostenuto, ad esempio, che il principio *nullum crimen sine lege* non avrebbe, nell'ambito del diritto internazionale penale, intensità ed effetti identici a quelli che gli sono riconosciuti negli ordinamenti giuridici interni, a causa delle modalità differenti attraverso cui una data condotta viene criminalizzata dal diritto interno e da quello internazionale. La natura consuetudinaria di numerose norme del diritto internazionale penale, in particolare, impedirebbe un'applicazione rigorosa del principio. Allo stesso tempo, proprio per l'indeterminatezza di molte norme del diritto internazionale penale, sembrerebbe essere stato inevitabile lo sviluppo di una funzione creativa del diritto da parte dei giudici internazionali, attraverso una più attiva interpretazione giudiziaria. In definitiva, optando per un approccio teleologico ampio, il principio di legalità sembrerebbe essere spesso inteso dai tribunali penali internazionali come un principio di giustizia "flessibile"[55], la cui applicazione può essere limitata dal rispetto di altri principi e valori ritenuti fondamentali.

Sembrerebbe, pertanto, che i tribunali penali internazionali abbiano tentato, in via generale, di contemperare l'esigenza di assicurare l'equità e la correttezza del procedimento alla persona accusata di un dato crimine e la difesa dei suoi diritti, quali l'accessibilità e la precisione della norma, con la necessità di sanzionare le gravi violazioni dei diritti umani, far valere la responsabilità penale personale degli autori di tali violazioni e tutelare le vittime, assicurando a queste ultime una giusta soddisfazione[56]. Infatti, spesso si è privilegiata la ricerca di una giustizia sostanziale a scapito di un'applicazione rigorosa del principio di legalità.

L'applicazione del principio di legalità è stata al centro del dibattito sulla legittimità dei processi di Norimberga e di Tokyo, in particolare poiché risultava essere molto controversa, allora, l'esistenza del crimine di aggressione e dei crimini contro l'umanità.

Perciò, già durante il processo di Norimberga gli imputati invocarono l'inesistenza, all'epoca della commissione degli illeciti, di norme che

[55] Il Tribunale penale internazionale per la ex Iugoslavia nella sentenza del 10 dicembre 1998, nel caso *Prosecutor* v. *Anto Furundžija*, IT-95-17/1-T, consultabile nel sito http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf, par. 184, lo indica come un principio generale.

[56] Si veda in argomento Van Schaack, *The Principle of Legality in International Criminal Law - Legality & International Criminal Law*, in *American Society of International Law Proceedings*, 2009, p. 102.

vietassero penalmente gli atti loro attribuiti. Tuttavia, il Tribunale di Norimberga, come anche quello di Tokyo, di fronte all'obiezione secondo cui gli atti di accusa degli imputati si basavano su incriminazioni *ex post facto*, sostenne che determinate condotte erano vietate dal diritto internazionale consuetudinario, qualificando inoltre il principio di legalità come un principio di giustizia[57].

Il Tribunale di Norimberga, quindi, facendo riferimento ai principi di umanità e ai trattati internazionali concernenti, in particolare, il crimine di guerra di aggressione o i delitti di guerra, o altre gravi violazioni dei diritti umani, negò la violazione del divieto di retroattività. Il Tribunale di Tokyo ha sostenuto tesi analoghe a quelle accolte dal Tribunale di Norimberga[58].

Tali Tribunali hanno dato, in tal modo, priorità all'attuazione di una giustizia sostanziale piuttosto che a una rigorosa applicazione del diritto; in tale ottica, una condotta, che è socialmente dannosa o costituisce un pericolo per la società, dovrebbe essere vietata e punita, anche qualora essa non sia già stata criminalizzata al momento in cui è stata tenuta[59].

Proprio per evitare i dubbi di legittimità collegati all'operare del Tribunale di Norimberga e del Tribunale di Tokyo, si è affermata in seguito la tesi della necessaria esistenza di una previa norma incriminatrice.

Perciò, all'epoca dell'istituzione del Tribunale penale internazionale per la ex Iugoslavia, il Segretario generale delle Nazioni Unite ha voluto specificare che l'applicazione del principio *nullum crimen sine lege* richiede ai tribunali internazionali di applicare le regole di diritto internazionale umanitario che hanno senza alcun dubbio natura consuetudinaria, anche per aggirare la questione dell'eventuale adesione alle convenzioni in materia da parte solo di alcuni Stati[60].

Tuttavia, lo Statuto del Tribunale penale internazionale per la ex Iu-

[57] Cfr. la sentenza del Tribunale militare internazionale di Norimberga del 1° ottobre 1946, cit., pp. 172-333, in particolare p. 217.

[58] Cfr. però anche l'opinione dissenziente del Giudice Pal relativa al caso *The United States of America and Others* v. *Araki Sadao and Others*, consultabile nel sito http://www.ne.jp/asahi/unko/tamezou/nihon/history/TokyoTrial/DissentientJudgment/index.html, in cui si afferma l'inammissibilità di un'applicazione retroattiva della legge e l'inesistenza del crimine di aggressione all'epoca in cui erano stati commessi i fatti di cui gli imputati erano accusati.

[59] Si veda al riguardo, Cassese A., *Balancing the Prosecution of Crimes against Humanity and Non-Retroactivity of Criminal Law. The* Kolk and Kislyiy v. Estonia *Case before the ECHR*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2006, pp. 416-417.

[60] Cfr. *Report of the Secretary-General pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993)*, del 3 maggio 1993, UN Doc S/25704, par. 34.

goslavia e quello del Tribunale penale internazionale per il Ruanda non contengono alcun riferimento specifico al principio di legalità; né sono in essi contenute disposizioni apposite di natura penale che criminalizzano determinate condotte, essendo state inserite essenzialmente norme di natura procedurale che affermano la giurisdizione dei due Tribunali *ad hoc* sui crimini già esistenti nel diritto internazionale penale. Inoltre, negli Statuti di entrambi i Tribunali *ad hoc* sono presenti clausole che sembrano implicare un rinvio al diritto consuetudinario preesistente per la descrizione delle fattispecie incriminatrici[61] e, allo stesso tempo, nella giurisprudenza di tali Tribunali si ha di frequente il rinvio a norme generali per giustificare l'esercizio della loro giurisdizione.

Invero, anche i due Tribunali *ad hoc* sembrano avere accolto, in genere, un'interpretazione non rigida del principio di legalità, che peraltro si è limitata tendenzialmente ad assicurare il rispetto di due delle manifestazioni di tale principio, ovvero la massima *nullum crimen sine lege* e il principio di non retroattività.

La questione principale affrontata dai due Tribunali in materia concerne la determinazione delle fonti del diritto internazionale penale in virtù delle quali accertare il rispetto del principio di legalità e, in particolare, del principio *nullum crimen sine lege*.

Nel citato rapporto del Segretario generale delle Nazioni Unite sull'istituzione del Tribunale penale internazionale per la ex Iugoslavia si evidenzia che lo Statuto non intende creare nuovi crimini e che il Tribunale deve applicare il diritto internazionale umanitario esistente, sia consuetudinario sia convenzionale[62].

Come si è osservato, poi, nello stesso rapporto si specifica che, per evitare eventuali problemi derivanti dall'adesione solo di alcuni Stati a convenzioni specifiche, il principio *nullum crimen sine lege* richiede al Tribunale per la ex Iugoslavia di applicare quelle regole di diritto internazionale umanitario che hanno certamente natura consuetudinaria[63].

Il Tribunale ha definito il contenuto del principio *nullum crimen sine lege* per la prima volta nel caso *Tadic*. In tale occasione si è posta la questione dell'eventuale giurisdizione del Tribunale sulle violazioni del di-

[61] Cfr. ad esempio gli articoli 5, lett. *i*) e 3 lett. *i*) rispettivamente dello Statuto del Tribunale penale internazionale per la ex Iugoslavia e dello Statuto del Tribunale penale internazionale per il Ruanda, nei quali, nell'elencazione dei crimini contro l'umanità di competenza delle Corti, si includono anche genericamente "altri atti disumani".

[62] Cfr. *Report of the Secretary-General pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993)*, del 3 maggio 1993, cit., paragrafi 29 e 33.

[63] *Ibidem*, par. 34.

ritto internazionale umanitario, che non siano *grave breaches* delle Convenzioni di Ginevra, sulla base dell'art. 3 dello Statuto, che fa riferimento genericamente alle violazioni delle leggi o consuetudini di guerra. La Camera di appello ha ammesso la competenza del Tribunale, riconoscendo l'esistenza di crimini di guerra commessi in conflitti armati non internazionali sulla base del diritto consuetudinario[64]; secondo la Camera di appello, inoltre, sia la consuetudine sia il diritto convenzionale sono fonti del diritto internazionale penale, dovendo entrambe essere considerate nel valutare il rispetto del principio *nullum crimen sine lege*[65].

In altre occasioni, invece, la Camera di appello ha interpretato il principio di legalità, e in particolare il principio *nullum crimen sine lege,* tenendo conto esclusivamente del diritto consuetudinario, ad esempio nelle decisioni nei casi *Strugar*[66], *Ojdanić*[67], *Hadzihasanovic*[68] e *Stakić*[69]. Tale interpretazione del principio *nullum crimen sine lege* è stata fondata proprio su quanto affermato nel rapporto del Segretario generale, in cui, come si è osservato, si chiede al Tribunale di applicare solo quelle regole che fanno parte senza incertezze del diritto consuetudinario, dovendo pertanto essere determinato l'ambito di giurisdizione *ratione materiae* del Tribunale in virtù del suo Statuto e del diritto consuetudinario. Ne discenderebbe che il Tribunale può giudicare solo in presenza di una condotta che, al momento della sua commissione, era considerata un crimine dal diritto consuetudinario[70]. Tale orientamento accentua la diversità del-

[64] Cfr. la *Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction* del 2 ottobre 1995, nel caso *Prosecutor* v. *Dusko Tadic a/k/a "Dule"*, IT-94-1, consultabile nel sito http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm, paragrafi 96-135.

[65] *Ibidem*, par. 143.

[66] Cfr. la *Decision on Interlocutory Appeal* del 22 novembre 2002, nel caso *Prosecutor* v. *Pavle Strugar, Miodrag Jokić & Others*, IT-01-42-AR72, consultabile nel sito http://www.icty.org/x/cases/strugar/acdec/en/021122.pdf, paragrafi 9, 10 e 13.

[67] Cfr. la *Decision on Dragoljub Ojdanić's Motion Challenging Jurisdiction – Joint Criminal Enterprise* del 21 maggio 2003, nel caso *Prosecutor* v. *Milan Milutinović, Nikola Šainović & Dragoljub Ojdanić*, IT-99-37-AR72, consultabile nel sito http://sim.law.uu.nl/sim/caselaw/tribunalen.nsf/9d94f9a60bad3716c12571b5003d6aef/a991f5eab23542d7c12571fe004d323c/$FILE/Milutinovic,%20Ojdanic,%20Sainovic.pdf, par. 9.

[68] Cfr. la *Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility* del 16 luglio 2003, nel caso *Prosecutor* v. *Enver Hadzihasanovic, Mehmed Alagic and Amir Kubura*, IT-01-47-AR72, consultabile nel sito http://www.icty.org/x/cases/hadzihasanovic_kubura/acdec/en/030716.htm, par. 32.

[69] Cfr. la sentenza del 22 marzo 2006 nel caso *Prosecutor* v. *Milomir Stakić*, IT-92-24-A, consultabile nel sito http://www.icty.org/x/cases/stakic/acjug/en/sta-aj060322e.pdf, par. 62.

[70] Cfr. la *Decision on Dragoljub Ojdanić's Motion Challenging Jurisdiction – Joint Criminal Enterprise* del 21 maggio 2003, nel caso *Prosecutor* v. *Milan Milutinović, Nikola Šainović & Dragoljub Ojdanić*, cit., par. 9.

l'interpretazione del principio di legalità negli ordinamenti interni e nel diritto internazionale penale: infatti, da una parte, la Camera di appello non sembra dare alcuna rilevanza al diritto convenzionale nel considerare una condotta quale crimine internazionale; dall'altra, si trascura in tal modo la circostanza che, in diversi ordinamenti giuridici interni, la consuetudine non è considerata una fonte del diritto penale, poiché si ritiene che essa non soddisfi i requisiti della specificità e della prevedibilità alla base del principio di legalità[71].

D'altronde, la Camera di appello del Tribunale penale internazionale per la ex Iugoslavia sembra avere inteso le nozioni di prevedibilità e accessibilità/specificità in maniera generica e meno restrittiva rispetto a quanto accade abitualmente nell'ambito degli ordinamenti interni. Nel caso *Ojdanić*, ad esempio, essa ha evidenziato che, nell'interpretare tali requisiti, va tenuta presente la specificità del diritto internazionale penale[72]. La Camera di appello ha altresì osservato che, non essendo il diritto consuetudinario sempre codificato, la sua accessibilità non è sempre scontata, circostanza che, però, non impedisce al diritto consuetudinario di fornire indicazioni sufficienti riguardo alla condotta che darà origine a una responsabilità penale individuale[73].

Nel caso *Galić*, infine, la Camera di appello ha osservato che, anche quando vi è una specifica disposizione convenzionale, i tribunali internazionali devono sempre accertare che essa sia dichiarativa del diritto consuetudinario[74].

Dunque, risulta evidente dalla giurisprudenza del Tribunale penale internazionale per la ex Iugoslavia che la rilevanza della consuetudine nel diritto internazionale[75] ha spesso indotto ad applicare in manie-

[71] Si veda al riguardo Olásolo, *A Note on the Evolution of the Principle of Legality in International Criminal Law*, in *Criminal Law Forum*, 2007, pp. 316-317.

[72] Cfr. la *Decision on Dragoljub Ojdanić's Motion Challenging Jurisdiction – Joint Criminal Enterprise* del 21 maggio 2003, nel caso *Prosecutor* v. *Milan Milutinović, Nikola Šainović & Dragoljub Ojdanić*, cit., par. 39.

[73] *Ibidem*, par. 41,

[74] Cfr. la sentenza del 30 novembre 2006, nel caso *Prosecutor* v. *Stanislav Galić*, IT-98-29-A, consultabile nel sito http://www.icty.org/x/cases/galic/acjug/en/gal-acjud061130.pdf, par. 85, in cui si afferma: «The Appeals Chamber rejects Galić's argument that the International Tribunal's jurisdiction for crimes under Article 3 of the Statute can only be based on customary international law. However, while binding conventional law that prohibits conduct and provides for individual criminal responsibility could provide the basis for the International Tribunal's jurisdiction, in practice the International Tribunal always ascertains that the treaty provision in question is also declaratory of custom».

[75] *Ibidem*, par. 83, in cui si afferma: «However, while conventional law can form the basis for the International Tribunal's jurisdiction, provided that the above conditions are

ra meno rigorosa il principio di legalità. Tuttavia, in alcuni casi, il riferimento al diritto consuetudinario ha rappresentato un freno all'operato dei giudici piuttosto che la via per giungere a interpretazioni ampie ed elastiche del principio di legalità. Ad esempio, nel caso *Hadzihasanovic*, la Camera di appello del Tribunale penale internazionale per la ex Iugoslavia ha ritenuto che la particolare forma di responsabilità da comando, per la quale Hadzihasanovic era stato condannato, non fosse chiaramente stabilita nel diritto consuetudinario all'epoca in cui era stato commesso il presunto crimine, ribaltando le conclusioni cui era giunta la Camera di prima istanza[76]. Mentre, nel caso *Stakić*, la Camera di appello ha ritenuto che la definizione di deportazione accolta dalla Camera di prima istanza fosse più ampia di quella prevista dal diritto internazionale consuetudinario, sostenendo che un trasferimento forzato non era un motivo sufficiente per una condanna per deportazione[77].

In relazione al tema considerato, va ricordato che, come si è già osservato, il diritto internazionale penale è uno di quei settori in cui si è affermato il ruolo del giudice quale *law-maker*, dal momento che, in tale campo, egli assume un ruolo determinante non solo nel rilevare l'esistenza di una consuetudine, nello stabilire il rispettivo peso dato alla prassi e all'*opinio juris* e nel delimitare l'applicabilità di tale regola consuetudinaria, ma anche nel contribuire allo sviluppo del diritto internazionale penale. Infatti, pure qualora si ritenga esistente una norma consuetudinaria che vieti una certa condotta, l'ambito di applicazione e il contenuto preciso di tale

met, an analysis of the jurisprudence of the International Tribunal demonstrates that the Judges have consistently endeavoured to satisfy themselves that the crimes charged in the indictments before them were crimes under customary international law at the time of their commission and were sufficiently defined under that body of law. This is because in most cases, treaty provisions will only provide for the prohibition of a certain conduct, not for its criminalisation, or the treaty provision itself will not sufficiently define the elements of the prohibition they criminalise and customary international law must be looked at for the definition of those elements. In the *Kordić and Čerkez* case, for example, while the Trial Chamber held that "the International Tribunal […] has jurisdiction over violations which are prohibited by international treaties", it based itself on customary international law to determine that the conduct gave rise to individual criminal responsibility. On appeal, the Appeals Chamber followed the same approach. It confirmed that a treaty can serve as a basis for the International Tribunal's jurisdiction, but had recourse to customary international law to establish that individual criminal responsibility attached to the prohibition of attacks directed against the civilian population».

[76] Cfr. l'*Interlocutory Appeal on Decision on Joint Challenge to Jurisdiction* del 27 novembre 2002, nel caso *The Prosecutor* v. *Enver Hadzihasanovic, Mehmed Alagic and Amir Kubura,* IT 01-47-PT, consultabile nel sito http://www.icty.org/x/cases/hadzihasanovic_kubura/acdec/en/021127.htm.

[77] Cfr. la sentenza del 22 marzo 2006, nel caso *Prosecutor* v. *Milomir Stakić*, cit., paragrafi 288-303, 320-321.

norma spesso devono essere determinati dal giudice.

L'attività del giudice, dunque, si è gradualmente evoluta, in quanto non si limita più alla sua funzione tradizionale di *ius dicere*, svolgendo questi sempre più spesso, attraverso l'interpretazione, un ruolo creativo di produzione normativa. Tale fenomeno, che è in realtà generale, è particolarmente evidente nei settori, quale quello internazionale penale, ancora poco definiti e, addirittura, lacunosi. In diverse occasioni, in effetti, il Tribunale penale internazionale per la ex Iugoslavia ha posto l'attenzione sul ruolo attivo che può essere svolto dai giudici nell'interpretazione delle norme. Ad esempio, nel caso *Delalic*, tale Tribunale, riferendosi al precedente caso *Aleksovski*[78], ha concluso che il principio *nullum crimen sine lege* non impedisce a una corte di interpretare e chiarire gli elementi di un particolare crimine[79].

Nel caso *Ojdanić*, inoltre, la Camera di appello ha osservato che, sebbene il principio *nullum crimen* vieti al Tribunale di creare nuove norme e interpretare quelle esistenti oltre i ragionevoli limiti di un chiarimento accettabile, ciò non ostacola lo sviluppo progressivo del diritto da parte del Tribunale[80].

Nel caso *Kupreškić*, infine, il Tribunale penale internazionale per la ex Iugoslavia ha evidenziato che alcuni principi di diritto umanitario possono formarsi nel diritto internazionale consuetudinario anche se la prassi degli Stati è limitata o, finanche, inesistente, se «the demands of humanity or the dictates of public conscience» indicano l'esigenza di una

[78] Cfr. la sentenza del 24 marzo 2000, nel caso *Prosecutor* v. *Zlatko Aleksovski*, IT-95-14/1-T, consultabile nel sito http://www.icty.org/x/cases/aleksovski/acjug/en/aleasj000324e.pdf, paragrafi 126-127.

[79] Cfr. la sentenza della Camera di appello del 20 febbraio 2001, nel caso *Prosecutor* v. *Zejnil Delalic, Zdravko Mucic (aka "Pavo"), Hazim Delic and Esad Landžo (aka "Zenga")*, IT-96-21-A, consultabile nel sito http://www.icty.org/x/cases/mucic/acjug/en/celaj010220.pdf, par. 173.

[80] Cfr. la *Decision on Dragoljub Ojdanić's Motion Challenging Jurisdiction – Joint Criminal Enterprise* del 21 maggio 2003, nel caso *Prosecutor* v. *Milan Milutinović, Nikola Šainović & Dragoljub Ojdanić*, cit., paragrafi 37-38. Si veda in argomento SHAHABUDDEEN, *Does the Principle of Legality Stand in the Way of Progressive Development of Law*?, in *Journal of International Criminal Justice*, 2004, pp. 1007-1017. In relazione all'esigenza di un ruolo attivo dei giudici nell'interpretare il diritto cfr. anche la sentenza del 22 novembre 1995 della Corte europea dei diritti dell'uomo, nel caso *S.W.* v. *the United Kingdom*, consultabile nel sito http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/hudoc, par. 37 ss., in cui la Corte ha concluso che, sebbene non fosse ancora in vigore nel Regno Unito una legge che vietasse lo stupro nel matrimonio, la Corte di appello e la House of Lords non avevano violato il principio *nullum crimen sine lege*, *nulla poena sine lege* ritenendo l'accusato responsabile di una tale condotta, poiché lo stupro va condannato in tutte le situazioni per i valori che si sono affermati nella società.

tale regola consuetudinaria[81].

In alcune circostanze, peraltro, il Tribunale ha ritenuto opportuno evidenziare l'esigenza di un'applicazione rigorosa del principio di legalità, ad esempio nel caso *Vasiljevic*, in cui esso ha sostenuto che il crimine di cui una persona è accusata deve essere definito con sufficiente chiarezza dal diritto consuetudinario e la natura penale del reato e la sua gravità devono essere prevedibili e accessibili. Perciò, se non vi è una definizione sufficientemente precisa di un dato crimine, il Tribunale non può esercitare la propria giurisdizione[82].

[81] Cfr. la sentenza del 14 gennaio 2000, nel caso *Prosecutor* v. *Kupreškić et al.*, IT-95-16-T, consultabile nel sito http://www.icty.org/x/cases/kupreskic/tjug/en/kup-tj000114e.pdf, par. 527.

[82] Cfr. la sentenza del Tribunale penale internazionale per la ex Iugoslavia del 29 novembre 2002, nel caso *Prosecutor* v. *Mitar Vasiljevic*, cit., paragrafi 193, 199, 201, 202, in cui si afferma: «… the Trial Chamber must further satisfy itself that the criminal conduct in question was sufficiently defined and was sufficiently accessible at the relevant time for it to warrant a criminal conviction and sentencing under the criminal heading chosen by the Prosecution, in this case "violence to life and person". From the perspective of the *nullum crimen sine lege* principle, it would be wholly unacceptable for a Trial Chamber to convict an accused person on the basis of a prohibition which, taking into account the specificity of customary international law and allowing for the gradual clarification of the rules of criminal law, is either insufficiently precise to determine conduct and distinguish the criminal from the permissible, or was not sufficiently accessible at the relevant time. A criminal conviction should indeed never be based upon a norm which an accused could not reasonably have been aware of at the time of the acts, and this norm must make it sufficiently clear what act or omission could engage his criminal responsibility … The Trial Chamber must be satisfied that a given act is criminal under customary international law … The Trial Chamber may also … be satisfied that … those acts were "criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations". For criminal liability to attach, it is not sufficient, however, merely to establish that the act in question was *illegal* under international law, in the sense of being liable to engage the responsibility of a state which breaches that prohibition, nor is it enough to establish that the act in question was a crime under the domestic law of the person who committed the act … Once it is satisfied that a certain act or set of acts is indeed criminal under customary international law, the Trial Chamber must satisfy itself that this offence with which the accused is charged was defined with sufficient clarity *under customary international law* for its general nature, its criminal character and its approximate gravity to have been sufficiently foreseeable and accessible. When making that assessment, the Trial Chamber takes into account the specificity of international law, in particular that of customary international law. The requirement of sufficient clarity of the definition of a criminal offence is in fact part of the *nullum crimen sine lege* requirement, and it must be assessed in that context. If customary international law does not provide for a sufficiently precise definition of a crime listed in the Statute, the Trial Chamber would have no choice but to refrain from exercising its jurisdiction over it, regardless of the fact that the crime is listed as a punishable offence in the Statute. This is so because, to borrow the language of a US military tribunal in Nuremberg, anything contained in the statute of the court in excess of existing customary international law would be a utilisation of power and not of law».

Un aspetto fondamentale, collegato al rispetto del principio di legalità, è la delicata questione della determinazione della pena per l'individuo giudicato colpevole. In virtù del principio *nulla poena sine lege*, la pena relativa a una determinata condotta criminale deve essere previamente definita, poiché gli individui responsabili di determinate azioni avrebbero dovuto conoscere non solo il reato ma anche le eventuali sanzioni legate alle infrazioni commesse. Tale principio ha trovato una graduale attuazione pure nel diritto internazionale penale[83], sebbene essa possa talvolta rivelarsi complessa.

Un problema importante che si pone in tale contesto, ad esempio, è quello dell'esistenza, negli ordinamenti nazionali e negli statuti dei tribunali penali internazionali, di pene di diverso grado per lo stesso crimine per il quale siano competenti sia le giurisdizioni nazionali sia tali tribunali. Gli Statuti dei Tribunali penali internazionali per la ex Iugoslavia e per il Ruanda non contengono, in realtà, norme specifiche in relazione alle pene che devono essere comminate ai colpevoli. Al fine di rispettare il principio *nulla poena sine lege*, si è previsto che le Camere decidano la pena da infliggere tenendo conto della prassi giudiziaria rispettivamente della ex Iugoslavia e del Ruanda[84]. L'applicazione pratica di tale principio è stata, però, particolarmente complessa, per cui il rinvio alla prassi nazionale è inteso ormai dai due Tribunali come indicativo e non vincolante[85]. Nel caso dei crimini commessi in Ruanda, ad esempio, i tribunali ruandesi possono infliggere la pena di morte, mentre ciò non è consentito al Tribunale penale internazionale per il Ruanda. In realtà, le disposizioni in materia contenute negli Statuti dei due Tribunali penali *ad hoc* hanno suscitato perplessità e sono state criticate dalla dottrina per la mancanza di precisione[86].

La rilevanza del rispetto del principio *nulla poena sine lege* nei processi penali internazionali è stata messa in luce dal Tribunale penale in-

[83] Cfr. LAMB, Nullum crimen, nulla poena sine lege *in International Criminal Law*, in CASSESE A., GAETA, JONES (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary*, vol. 1, Oxford, 2002, p. 756 ss.; CACCIARI, *Principio di legalità e determinazione della pena nel processo dinanzi alla Corte penale internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2007, p. 132 ss.

[84] Cfr. l'art. 24 dello Statuto del Tribunale penale internazionale per la ex Iugoslavia e l'art. 23 dello Statuto del Tribunale penale internazionale per il Ruanda.

[85] Cfr. al riguardo ZAPPALÀ, *La giustizia penale internazionale*, Bologna, 2005, pp. 61-62. Secondo l'a., «Occorre ... rilevare che la disparità di trattamento sanzionatorio emersa nei sistemi dei Tribunali *ad hoc* delle Nazioni Unite fa sorgere dubbi circa la possibilità di riscontrare una razionalità interna al sistema, in assenza di precise linee guida» (p. 107).

[86] Si vedano in argomento BASSIOUNI, MANIKAS, *The Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Irvington-on-Hudson (NY), 1996, p. 689; SCHABAS, *Sentencing by International Tribunals: a Human Rights Approach*, in *Duke Journal of Comparative & International Law*, 1997, p. 469 ss.

ternazionale per la ex Iugoslavia nel caso *Tadic*, in particolare nell'opinione individuale del giudice Cassese allegata alla sentenza del 2000[87], in cui si attribuiscono al principio in questione tre scopi: specificare il grado di disapprovazione o di condanna, da parte di un sistema sociale, di determinati esempi di condotte riprovevoli; assicurare la certezza del diritto limitando il potere discrezionale dei giudici; determinare un'uniformità e un'armonizzazione nell'applicazione delle pene[88]. Peraltro, nella sua opinione individuale, il giudice Cassese notava che, sebbene tale principio fosse accolto nella maggior parte dei sistemi giuridici nazionali, esso era ancora inapplicabile nel diritto internazionale penale[89].

6. *Il principio di legalità nello Statuto della Corte penale internazionale*

Progressi per colmare il divario tra l'interpretazione del principio di legalità propria del diritto penale interno e quella accolta nel diritto internazionale sono stati fatti con l'adozione dello Statuto della Corte penale internazionale. Peraltro, come emerge dai lavori preparatori dello Statuto, non è stato facile giungere a un accordo tra gli Stati sul principio di legalità. Infatti, le delegazioni dei Paesi di *common law* temevano che un eccessivo formalismo, determinato dall'applicazione del principio di legalità, potesse ostacolare il perseguimento di una giustizia sostanziale; perciò, alcuni Stati avevano proposto l'adozione di uno Statuto con disposizioni non eccessivamente dettagliate, per il timore che norme del genere potessero sia pregiudicare la convivenza tra sistemi giuridici differenti sia ostacolare l'intervento della Corte[90].

[87] Cfr. la sentenza della Camera di appello del 26 gennaio 2000, nel caso *Prosecutor* v. *Dusko Tadic*, IT-94-1-A e IT-94-1-A*bis*, consultabile nel sito http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-asj000126e.pdf.

[88] Cfr. l'opinione individuale allegata alla sentenza del 26 gennaio 2000, cit., par. 4, in cui si afferma: «This principle is clearly intended to achieve three main objectives: (i) to spell out the varying degree of disapproval or condemnation of certain instances of misbehaviour by the social order. Clearly, the more reprehensible a course of conduct is considered, the heavier the penalty imposed on persons engaging in that conduct. Thus, if a national legal system provides for a penalty of 25 years' imprisonment for murder whereas it envisages 10 years for theft, this signifies that this legal system attaches greater importance to human life than to private property. (ii) to ensure legal certainty by reducing the discretionary power of courts (*arbitrium judicis*). (iii) to bring about some relative uniformity and harmonisation in the application of penalties».

[89] *Ibidem*.

[90] Si veda in argomento Bassiouni (ed.), *The Legislative History of the Statute of the International Criminal Court. Summary Records of the 1998 Diplomatic Conference*, vol. 3, Ardsley, New York, 2005.

In ogni caso, con lo Statuto di Roma si ha per la prima volta una codificazione dei crimini internazionali[91] e il tentativo di dare vita a un corpo normativo organico nel rispetto del principio della certezza del diritto.

Sono state introdotte nello Statuto, inoltre, varie disposizioni il cui scopo specifico è di assicurare il rispetto del principio di legalità[92]. In primo luogo, è stabilito che la giurisdizione della Corte si esercita solo sui crimini commessi dopo l'entrata in vigore dello Statuto[93]. È contemplato espressamente, poi, il principio *nullum crimen sine lege*, essendo previsto che nessuna responsabilità penale individuale possa sorgere se la condotta, nel momento in cui è stata tenuta, non costituiva un crimine su cui la Corte ha giurisdizione[94]. Si afferma, altresì, che la definizione di un crimine è di stretta interpretazione e non va estesa per analogia, inoltre, in caso di dubbio, tale definizione va interpretata in favore della persona indagata, imputata o condannata[95]. È poi riconosciuto espressamente il principio *nulla poena sine lege*, in virtù del quale una persona condannata dalla Corte può essere punita solo in conformità dello Statuto[96]. Infine, è sancito il principio dell'irretroattività delle norme penali, venendo stabilito che nessuna persona è penalmente responsabile per una condotta precedente all'entrata in vigore dello Statuto[97].

La rilevanza dei principi contenuti nello Statuto è stata ribadita dalla Corte nel primo caso di cui si è occupata, relativo al crimine di reclutamento e uso di "bambini-soldato": il caso *Lubanga*. In particolare, nella decisione di conferma delle accuse nei confronti di Thomas Lubanga Dylo del 2007, la Corte ha affermato che non vi era alcuna violazione del principio di legalità, se la Camera esercitava il proprio potere di decidere se rinviare a giudizio Lubanga sulla base di norme penali scritte preesistenti approvate dagli Stati parti dello Statuto di Roma, che definivano le condotte vietate e la pena collegata e che non potevano essere interpretate per analogia *in malam partem*[98].

[91] Cfr. gli articoli 6-8 dello Statuto.

[92] Si vedano in argomento Caianello, Fronza, *Il principio di legalità nello Statuto della Corte penale internazionale*, in Carlizzi, Della Morte, Laurenti, Marchesi (a cura di), *La Corte penale internazionale. Problemi e prospettive*, Napoli, 2003, pp. 159-191.

[93] Cfr. l'art. 11 dello Statuto.

[94] Cfr. l'art. 22, par. 1, dello Statuto.

[95] Cfr. l'art. 22, par. 2, dello Statuto.

[96] Cfr. l'art. 23 dello Statuto.

[97] Cfr. l'art. 24, par. 1, dello Statuto.

[98] Cfr. la *Décision sur la confirmation des charges* della Camera per la procedura preliminare del 29 gennaio 2007, nel caso *Le Procureur* c. *Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, consultabile nel sito http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc247813.PDF, par. 303.

Rispetto agli Statuti dei due Tribunali *ad hoc*, lo Statuto di Roma sembra fornire ai giudici indicazioni più chiare in relazione alla pena da comminare e, in tal modo, potere assicurare un maggiore rispetto del principio *nulla poena sine lege*. Tuttavia, secondo alcuni autori, anche le norme contenute nello Statuto della Corte penale internazionale risultano essere troppo generiche e ambigue[99]. Invero, le difformità tra i sistemi penali degli Stati hanno indotto a evitare, anche in tali norme, riferimenti specifici sulle pene e a non fissare minimi e massimi in relazione ai singoli crimini. Lo Statuto prevede la possibilità di comminare una pena detentiva al massimo di 30 anni o l'ergastolo per i crimini più gravi, nonché la possibilità che la Corte proceda per il risarcimento dei danni[100]. Durante la Conferenza diplomatica di Roma, si è discusso anche dell'introduzione della pena di morte tra le pene applicabili e come soluzione di compromesso si è deciso che, sebbene essa dovesse essere esclusa dal sistema della Corte, ciò non avrebbe avuto influenza sull'ordinamento giuridico nazionale degli Stati che invece la prevedono.

Va ritenuta, infine, un'ulteriore garanzia di applicazione del principio di legalità da parte della Corte penale internazionale la previsione, nello Statuto, di una gerarchia tra le norme applicabili, che potrebbe limitare la facoltà dei giudici della Corte di riferirsi alle più ampie disposizioni di diritto internazionale penale di natura consuetudinaria. Infatti, la Corte è tenuta ad applicare, in primo luogo, lo Statuto e il Regolamento di procedura e di prova; in secondo luogo, e solo qualora necessario, essa farà riferimento ai trattati applicabili e ai principi e alle norme di diritto internazionale, compresi i principi generalmente riconosciuti dal diritto internazionale dei conflitti armati; infine, in mancanza, si applicheranno i principi generali di diritto elaborati dalla Corte in base alla

[99] Secondo Dana, *Beyond Retroactivity to Realizing Justice: a Theory on the Principle of Legality in International Criminal Law Sentencing*, in *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 2009, p. 926: « Although the ICC sentencing provisions mark an improvement over their counterparts in the statutes of the ad hoc tribunals to the extent that the ICC Statute contains a clear ceiling on sentences for a term of years, the ICC provisions nevertheless continue to carry the fundamental weaknesses of the earlier statutes—generality and ambiguity—into the most recent code for international criminal justice. They do not provide specific maximums for particular crimes or categories of crimes and they rely on ambiguous criteria. Sentencing frameworks that rely almost entirely on general notions like "gravity of the offense" without providing further guidelines must be seen as relics of a nascent period in international war crimes prosecutions. In the ICC sentencing provisions, particular concern surrounds the consistent application of life imprisonment. The qualification of "extreme gravity of the crime" is too elastic to satisfy the *lex certa* requirement of *nulla poena*, especially given the severity of the sanction».

[100] Cfr. l'art. 77 dello Statuto.

normativa interna dei sistemi giuridici del mondo, purché non in contrasto con lo Statuto, con il diritto internazionale e con le norme e i criteri internazionalmente riconosciuti[101]. In tal modo, da una parte, si limita la discrezionalità dei giudici della Corte nell'individuazione delle norme da applicare, dall'altra, si assicura una maggiore certezza del diritto, consentendo agli individui di conoscere previamente gli obblighi e i divieti a loro carico.

Lo Statuto della Corte penale internazionale rappresenta, dunque, il primo importante tentativo di superare la dicotomia tra la nozione giuridica interna del principio di legalità e quella internazionale[102]. Tuttavia, il principio di legalità non sembra trovare piena attuazione neanche nello Statuto di Roma[103], in particolare, come si è osservato, per quanto riguarda il rispetto del principio *nulla poena sine lege*. Infatti, non venendo effettuato alcun collegamento vincolante tra la fattispecie penale astratta e un dato tipo di pena[104], continua a esservi un'eccessiva discrezionalità dei giudici della Corte nella determinazione della punizione[105].

7. *Il principio di legalità nei processi nazionali per crimini internazionali*

Come si è osservato, la punizione dei responsabili di crimini internazionali è affidata sia a un sistema di repressione diretta, in cui gli organi giurisdizionali internazionali applicano il diritto internazionale penale senza la mediazione dei sistemi giuridici nazionali, sia a un meccanismo di repressione indiretta, in cui gli Stati danno attuazione al diritto internazionale penale, determinando le procedure applicabili e le pene necessarie a tal fine.

Il problema del rispetto del principio di legalità nei processi per crimini internazionali si può porre, dunque, anche nei casi in cui tali processi si svolgano davanti a giurisdizioni nazionali, le quali si trovano spesso ad applicare contemporaneamente regole nazionali e norme internazionali.

Invero, mentre il diritto internazionale rappresenta, almeno inizial-

[101] Cfr. l'art. 21, par. 1, dello Statuto.

[102] Si veda al riguardo Olásolo, *op. cit.*, p. 303.

[103] Si veda al riguardo quanto osservato da Pulvirenti, *L'esecuzione delle pene detentive inflitte dalla Corte penale internazionale: un difficile equilibrio tra effettività e garanzie costituzionali*, in Cassese A., Chiavario, De Francesco (a cura di), *Problemi attuali della giustizia penale internazionale*, Torino, 2005, p. 471.

[104] *Ibidem*, p. 473.

[105] Si veda Fronza, *Le sanzioni*, in Lattanzi, Monetti (a cura di), *La corte penale internazionale. Organi, competenza, reati, processo*, Milano, 2006, p. 525.

mente, la fonte in via esclusiva delle norme materiali, cioè quelle riguardanti i crimini internazionali, nonché dell'obbligo di attuare tali norme, il diritto interno costituisce il meccanismo prioritario di attuazione e la fonte principale delle norme procedurali.

La questione del rispetto del principio di legalità ha ricevuto particolare attenzione nella giurisprudenza tedesca successiva alla seconda guerra mondiale, in cui si è affermata, attraverso l'applicazione della già citata formula di Radbruch[106], l'idea secondo cui il divieto di retroattività della norma penale vale esclusivamente in situazioni normali, in cui vi sono le condizioni affinché il diritto penale sia considerato espressione dello Stato di diritto e, pertanto, in grado di soddisfare le esigenze di giustizia sostanziale[107]. Nelle altre circostanze, invece, il divieto di retroattività della norma penale non avrebbe valore.

In ogni caso, un aspetto fondamentale del problema del rispetto del principio di legalità in presenza di crimini internazionali riguarda la necessità della criminalizzazione di una determinata condotta anche da parte del diritto interno dello Stato del foro oltre che di quello internazionale. Secondo alcuni, infatti, sulla base del principio di legalità nessuno può essere perseguito dai giudici nazionali per atti che, al momento in cui sono stati commessi, pur essendo considerati crimini dal diritto internazionale, non lo erano per il diritto interno dello Stato in cui si svolge il processo.

Negli ultimi anni, in realtà, si è assistito a una graduale "nazionalizzazione" del diritto internazionale penale. Infatti, mentre inizialmente lo sviluppo del diritto internazionale penale si è caratterizzato per l'affermazione di regole nell'ambito dell'ordinamento internazionale e per il tentativo di istituire giurisdizioni penali internazionali, dopo l'adozione dello Statuto della Corte penale internazionale l'attenzione si è concentrata sempre più sul ruolo e sul coinvolgimento delle giurisdizioni nazionali nella repressione dei crimini internazionali.

A tal fine numerosi Stati hanno adottato legislazioni in materia di crimini internazionali, sia proprio perché il principio di complementarietà previsto dallo Statuto di Roma[108] contempla un sistema di giustizia penale in-

[106] Si vedano al riguardo RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in S*üddeutsche Juristenzeitung*, 1946, p. 107; VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale*, Milano, 2001; DEL VECCHIO, *op. cit.*, pp. 187-188.

[107] Cfr. la sentenza della Corte costituzionale federale tedesca del 24 ottobre 1996, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1997, p. 929.

[108] Il principio di complementarietà è indicato nel decimo considerando del preambolo, nell'art. 1 e, in maniera dettagliata, negli articoli 15, 17, 18 e 19 dello Statuto della Corte penale internazionale.

ternazionale decentralizzato in cui i giudici nazionali sono gli attori principali, comportando quindi l'esigenza di una legislazione nazionale in materia, sia perché, attraverso l'adozione di leggi apposite, gli Stati hanno inteso dare prova di volere assicurare il rispetto del diritto internazionale penale.

Le nuove legislazioni inseriscono, in genere, la categoria dei crimini internazionali nell'ordinamento giuridico interno, per la quale è prevista una disciplina specifica.

Ciò nondimeno, sebbene ormai diversi Stati si siano dotati di norme che riconoscono la specificità e la gravità di tali violazioni, consentendo ai propri giudici di esercitare la giurisdizione penale nei confronti degli autori di crimini internazionali, il quadro giuridico previsto in alcuni casi può essere inadeguato. In questo senso si può dire che il diritto internazionale penale incide sui procedimenti nazionali per crimini internazionali in maniera diversa da Stato a Stato.

Invero, i procedimenti nazionali nei confronti di responsabili di crimini internazionali sono spesso ostacolati da carenze e lacune negli ordinamenti interni. Infatti, pure in presenza di norme internazionali che sanzionano determinati crimini e che autorizzano od obbligano gli Stati a perseguirli, la repressione dei responsabili può dimostrarsi complessa, sia per un problema di adattamento degli ordinamenti giuridici interni a tali norme, sia per la questione dell'armonizzazione delle relative norme presenti nei vari ordinamenti nazionali.

In tale contesto, quindi, la questione del rispetto del principio di legalità da parte dei giudici nazionali è collegata al più ampio problema della diretta applicabilità del diritto internazionale penale nell'ambito degli ordinamenti interni e della possibilità per i giudici nazionali di determinare la responsabilità penale individuale esclusivamente sulla base di norme internazionali. Infatti, poiché tali norme, come si è osservato, sono spesso poco definite, viene nuovamente messa in discussione la possibilità di un'applicazione rigorosa del principio di legalità, in particolare quando i giudici nazionali rinviano al diritto internazionale consuetudinario, dal momento che norme internazionali generiche e indeterminate possono suscitare problemi sia di rilevazione sia di interpretazione.

La possibilità per i tribunali nazionali di applicare direttamente il diritto internazionale dipende chiaramente dallo stesso ordinamento interno. In alcuni casi i giudici possono applicare direttamente i trattati internazionali, mentre in altri il diritto internazionale convenzionale deve essere stato previamente recepito nel diritto interno. Per il diritto consuetudinario, invece, in genere è previsto un adattamento automatico e permanente; i tribunali nazionali, peraltro, in generale si sono dimostrati poco propensi a perseguire esclusivamente sulla base del diritto consuetudi-

nario, anche qualora esso venga recepito automaticamente negli ordinamenti giuridici dei rispettivi Stati di appartenenza. Ad esempio, nel caso *Thompson*, la Corte federale australiana ha ritenuto che il diritto internazionale consuetudinario non fosse parte integrante dell'ordinamento giuridico nazionale e che, pertanto, il genocidio non potesse essere considerato un crimine secondo il diritto australiano in assenza di un'apposita legislazione nazionale che lo dichiarasse tale; di conseguenza, ha escluso che vi fosse la possibilità di perseguire davanti a tribunali nazionali i responsabili di genocidio[109].

Inoltre, alcuni Stati, come la Germania, proprio in virtù di un'applicazione rigorosa del principio di legalità, non contemplano la possibilità di un diritto penale non scritto; altri ancora, come il Regno Unito, pur non esprimendo tali riserve e consentendo l'applicazione diretta del diritto internazionale consuetudinario a opera dei giudici nazionali, non ammettono però che possano avere origine dal diritto internazionale generale, indipendentemente dall'intervento degli organi legislativi nazionali, reati previsti nell'ordinamento giuridico interno[110].

In generale, l'analisi della prassi degli Stati sembra indicare la tendenza dei tribunali interni a non applicare direttamente il diritto internazionale allorquando una condotta non venga considerata espressamente come un crimine internazionale dalla legislazione nazionale, anche nel caso si tratti di convenzioni internazionali. Ad esempio, la Corte di cassazione francese ha ritenuto che le disposizioni contenute nelle Convenzioni di Ginevra del 1949 avessero un carattere troppo generale per creare direttamente norme atte ad autorizzare una giurisdizione penale extraterritoriale[111].

[109] Cfr. la sentenza della Corte federale di Australia del 1° settembre 1999, nel caso *Nulyarimma* v. *Thompson*, in *International Legal Materials*, 2000, pp. 20-68.

[110] Cfr. al riguardo Capps, *The Court as Gatekeeper: Customary International Law in English Courts'*, in *Modern Law Review*, 2007, p. 458 ss.

[111] Cfr. la sentenza della Corte di cassazione francese, Chambre criminelle, del 26 marzo 1996, n. 95-81527, nel caso *Javor*, in *Bulletin criminel*, 1996, n° 132, p. 379. Si veda anche quanto sostenuto dalla Corte di appello di Parigi nella sentenza del 6 novembre 1995, nel caso *Reporters sans frontières* v. *Mille Collines*, citata in Cassese A., *International Criminal Law*, Oxford, New York, 2003, p. 304, secondo cui «in the absence of provisions of domestic law international custom cannot have the effect of extending the extraterritorial jurisdiction of the French courts. In that respect, only the provisions of international treaties are applicable under the national legal system, provided they have been duly approved or ratified by France and, on account of their contents, the provisions of such treaties produce a direct effect». Analogamente, nella sentenza del 1° settembre 1999, nel caso *Nulyarimma* v. *Thompson*, cit., la Corte federale australiana ha respinto i *claims* di genocidio avanzati da membri della comunità aborigena, ritenendo che, sebbene il genocidio fosse vietato da norme internazionali cogenti e dalla Convenzione sul genocidio del 1948 e, nonostante fossero state adottate norme appo-

Nel caso *Habré*, poi, la Corte di appello di Dakar ha sostenuto che i tribunali nazionali non avevano competenza a giudicare l'ex dittatore del Ciad, rifugiatosi in Senegal, per crimini contro l'umanità, in quanto il diritto senegalese non ne prevedeva la punizione[112]. Inoltre, nello stesso caso, i giudici senegalesi hanno concluso che Habré non poteva essere perseguito per crimini di tortura, poiché, sebbene la legislazione penale senegalese contemplasse la tortura come crimine, essa non prevedeva espressamente l'esercizio della giurisdizione per tali atti sulla base del principio dell'universalità. La Corte di cassazione del Senegal ha dichiarato, quindi, il difetto di giurisdizione dei giudici senegalesi per i crimini commessi da uno straniero fuori dal territorio nazionale, poiché ciò non era previsto dal diritto interno, nonostante il Senegal avesse ratificato la Convenzione contro la tortura e altri trattamenti o punizioni crudeli, inumani o degradanti[113] e la Costituzione contemplasse l'incorporazione del diritto internazionale[114].

site nell'approvare la ratifica della Convenzione, i tribunali australiani non avevano giurisdizione nei confronti di tale crimine, poiché non vi era alcuna legislazione che consentisse il processo in Australia di persone accusate di genocidio. Cfr. infine la sentenza della chambre d'accusation della Corte di appello di Parigi del 24 novembre 1994, nel caso *Javor ed altri* c. *X*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1995, pp. 826-829; e la sentenza della chambre d'accusation della Corte di appello di Nîmes del 20 marzo 1996, nel caso *Wencelas Munyeshyaka*, in *Revue générale de droit international public*, 1996, p. 1084 ss.

[112] Cfr. la sentenza della Corte di appello di Dakar (chambre d'accusation) del 4 luglio 2000, n. 135, nel caso *Hissène Habré*, consultabile nel sito http://www.hrw.org/french/themes/habre-decision.html, in cui si afferma: «Considérant que le droit positif sénégalais ne renferme à l'heure actuelle aucune incrimination de crimes contre l'humanité, qu'en vertu du principe de la légalité des délits et des peines affirmé à l'article 4 du Code Pénal, les juridictions sénégalaise ne peuvent matériellement connaître de ces faits; considérant par contre que par la loi 96-16 du 28 août 1996 complétant l'article 295-1 du Code Pénal le législateur sénégalais a érigé en infraction autonome les actes de torture qui jusque là n'étaient connus que comme circonstances aggravantes des crimes ou des délits visés par l'article 288 du Code Pénal».

[113] Cfr. la sentenza della Corte di cassazione del Senegal del 20 marzo 2001, in *International Law Reports*, vol. 125, pp. 577-579.

[114] Cfr. l'art. 98 della Costituzione, secondo il quale «Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie». Si veda al riguardo Broomhall, *International Justice and the International Criminal Court: between Sovereignty and the Rule of Law*, Oxford, 2004, p. 119, nota 49. A seguito dell'incriminazione dell'ex dittatore del Ciad da parte dei giudici belgi nel 2005, il Senegal ha deciso di modificare le proprie leggi per potere perseguire Habré. Nel 2006 il Comitato delle Nazioni Unite contro la tortura ha ritenuto che il Senegal avesse violato i propri obblighi convenzionali nel non perseguire o estradare Habré, tesi condivisa dal Comitato di giuristi africani istituito *ad hoc* dall'Unione africana. Nonostante l'adozione, nel 2007, dal parte del Senegal della legislazione e, successivamente, degli emendamenti costituzionali necessari per consentire ai giudici nazionali di perseguire i crimini contro l'umanità, il genocidio e i cri-

Nella decisione relativa al caso *Almatov*[115], infine, il Procuratore federale tedesco ha ritenuto di dovere chiudere il caso, poiché la maggior parte dei crimini di cui era accusato l'ex Ministro degli affari interni dell'Uzbekistan era stata commessa prima dell'entrata in vigore del Codice tedesco di crimini contro il diritto internazionale[116].

Invero raramente, anche di fronte a disposizioni precettive e complete, il giudice nazionale ha riconosciuto effetti diretti alla norma penale internazionale. L'effetto diretto del diritto internazionale penale è stato ipotizzato, ad esempio, nel caso *Barbie*, in cui la Corte di cassazione francese ha affermato di volere dare applicazione al "diritto di Norimberga"[117], e nel caso *Pinochet*, in cui la House of Lords ha sostenuto che il divieto di commettere atti di tortura, in quanto principio di diritto internazionale penale, è una norma direttamente efficace negli ordinamenti statali[118].

Nel caso *Scilingo*, poi, i tribunali spagnoli hanno ritenuto che il militare argentino Scilingo dovesse essere condannato per crimini contro l'umanità, nonostante tali crimini non fossero previsti dal Codice pena-

mini di guerra, non vi è stato tuttavia da parte di tale Stato alcun procedimento penale nei confronti di Habré. Il Belgio ha perciò adito, nel 2009, la Corte internazionale di giustizia, accusando il Senegal di avere violato la Convenzione contro la tortura e altri trattamenti o punizioni crudeli, inumani o degradanti del 1984 e chiedendo che venisse imposto a tale Stato di processare Habré o di estradarlo in Belgio. Nel novembre 2010, intanto, la Corte di giustizia della Comunità economica degli Stati dell'Africa occidentale ha ritenuto necessario istituire un tribunale speciale per processare Habré; il Senegal, peraltro, dopo avere inizialmente accettato di istituire tale tribunale con l'Unione africana e con il Ciad, si è rifiutato di collaborare. L'Unione africana, infine, ha chiesto al Senegal di estradare Habré in Belgio, ma il primo Stato, pur avendo alla fine acconsentito, ha di fatto respinto varie volte la domanda di estradizione avanzata dal Belgio. Il 20 luglio 2012 la Corte internazionale di giustizia ha reso la sua sentenza sul caso, in cui si riconosce la violazione da parte del Senegal della Convenzione contro la tortura, per non avere tale Stato perseguito l'ex dittatore del Ciad (cfr. la sentenza nel caso *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite*, consultabile nel sito http://www.icj-cij.org/docket/files/144/17064.pdf).

[115] Cfr. la decisione del 31 marzo 2006. Si veda al riguardo Zappalà, *The German Federal Prosecutor's Decision not to Prosecute a Former Uzbek Minister. Missed Opportunity or Prosecutorial Wisdom?*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2006, p. 602 ss.

[116] Il Codice, collegato al processo di attuazione dello Statuto della Corte penale internazionale, è stato adottato il 26 giugno 2002. Secondo la sez. 1 del Codice le autorità tedesche possono indagare e perseguire i presunti autori di gravi reati penali contro il diritto internazionale anche se commessi all'estero e senza relazione alcuna con la Germania.

[117] Cfr. la sentenza della Cour de cassation, Chambre criminelle, del 26 gennaio 1984, in *International Law Reports*, vol. 78, p. 132 ss.; si veda anche la precedente sentenza relativa allo stesso caso del 6 ottobre 1983, in *Recueil Dalloz*, 1984, p. 113.

[118] Cfr. quanto affermato da Lord Browne-Wilkinson nella sentenza del 24 marzo 1999, nel caso *Regina* v. *Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet*, *Regina* v. *Evans and Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet*, in *International Legal Materials*, 1999, pp. 582-595.

le spagnolo all'epoca della loro commissione[119]. Infatti, sebbene il principio di legalità sia espressamente garantito dalla Costituzione spagnola[120], l'Audiencia nacional ha ritenuto che tale regola avesse, nel diritto internazionale penale, una formulazione e un'applicazione distinte rispetto a quelle tipiche del diritto interno. In particolare, l'Audiencia ha sostenuto che il principio andasse formulato come *nullum crimen sine iure*, dal momento che il termine *ius* può avere un significato più ampio del termine *lex*. Inoltre, secondo tale organo, sebbene per effetto del principio di tassatività la norma penale debba determinare concretamente la fattispecie criminosa, con caratteri precisi e parametri facilmente individuabili, nel diritto internazionale penale, essendo i crimini previsti sovente da norme consuetudinarie, la precisione del contenuto e la tassatività della fattispecie, che è propria del diritto penale interno, potrebbero mancare[121].

Il Tribunale spagnolo ha anche osservato che, pur essendo le norme interessate di natura consuetudinaria, e quindi necessariamente meno definite, ciò non comprometteva però la loro natura vincolante. Perciò, secondo l'Audiencia, essendosi formate sin dagli anni '70 norme internazionali consuetudinarie sui crimini contro l'umanità, tali crimini potevano essere oggetto della giurisdizione dei tribunali interni senza che venisse violato il principio *nullum crimen sine lege*[122], concludendo che erano da escludersi interpretazioni eccessivamente restrittive del principio in questione con il rischio di lasciare impuniti i responsabili di crimini efferati.

La posizione accolta dall'Audiencia nacional nel caso *Scilingo* è stata, però, da alcuni contestata proprio a causa dell'applicazione diretta di norme consuetudinarie fatta dal Tribunale spagnolo[123], poiché tali norme, non prevedendo la pena con cui sanzionare la condotta vietata, non sarebbero *self-executing* e non potrebbero, quindi, essere applicate diret-

[119] La disciplina dei crimini contro l'umanità è stata introdotta nell'ordinamento giuridico spagnolo con la *Ley orgánica* n. 15/2003 del 25 novembre 2003.

[120] Cfr. l'art. 9, par. 3, della Costituzione spagnola.

[121] Si veda al riguardo Van Schaack, *Crimen Sine Lege: Judicial Law Making at the Intersection of Law and Morals*, in *The Georgetown Law Journal*, 2008, p. 144, secondo cui «Where CIL [customary international law] satisfies the principle of legality, NCSL [*nullum crimen sine lege*] is effectively reformulated as *nullum crimen sine jure*, where *jure* includes other than positively enacted law».

[122] Cfr. la *sentencia por crímenes contra la humanidad en el caso Adolfo Scilingo* dell'Audiencia nacional del 19 aprile 2005, n. 16/2005, consultabile nel sito http://www.derechos.org/nizkor/espana/juicioral/doc/sentencia.html, *fundamento de derecho primero*, paragrafi 2 e 4.

[123] Cfr. Gil Gil, *La sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo*, in *Revista electrónica de ciencia penal y criminologia*, 2005, consultabile nel sito http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-r1.pdf.

tamente dai giudici interni. Si è osservato, inoltre, che queste norme acquisirebbero la tassatività necessaria per poter essere fonte di diritto penale solo una volta codificate nel diritto interno.

Nel caso *Arklöv*, infine, la Corte distrettuale di Stoccolma ha condannato l'imputato per gravi crimini contro il diritto internazionale per le violazioni dei diritti umani commesse durante il conflitto nella ex Iugoslavia, dando applicazione diretta al diritto internazionale, in conformità a quanto stabilito nel Codice penale svedese, che effettua un rinvio al diritto internazionale[124]. In tale occasione, la Corte distrettuale di Stoccolma, dopo avere osservato che il diritto internazionale opera una distinzione tra conflitti armati internazionali e quelli non internazionali[125], ha ritenuto che il conflitto nella ex Iugoslavia presentasse elementi di natura sia internazionale, la relazione tra la Serbia e la Croazia, che interna, la relazione tra i serbi/croati bosniaci e i mussulmani, però dovesse essere considerato come un conflitto armato interno in relazione alle regole internazionali da applicare. Secondo la Corte, pertanto, le uniche disposizioni convenzionali applicabili erano l'art. 3 comune alle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949 e il II Protocollo addizionale alle Convenzioni stesse, relativo alla protezione delle vittime dei conflitti armati non internazionali, del 1977. Tuttavia, essa ha ritenuto anche che diverse regole del diritto internazionale umanitario, il cui ambito di applicazione principale è costituito dai conflitti armati internazionali, fossero applicabili nel caso in questione in virtù del diritto consuetudinario e sulla base di queste considerazioni ha condannato Arklöv.

Quindi, talvolta, i tribunali interni esercitano la propria competenza riguardo ai crimini internazionali anche in assenza di una legislazione interna specifica; in tal caso, i giudici nazionali applicano direttamente le norme internazionali in materia di crimini e di responsabilità penale individuale[126]. L'applicazione del principio di legalità, però, potrebbe

[124] Cfr. il cap. 22, sez. 6, del *Brottsbalken* (Codice penale), secondo cui: «A person guilty of a serious violation of a treaty or agreement with a foreign power or an infraction of a generally recognised principle or tenet relating to international humanitarian law concerning armed conflicts shall be sentenced for *crime against international Law* to imprisonment for at most four years … If the crime is gross, imprisonment for at most ten years, or for life shall be imposed. In assessing whether the crime is gross, special consideration shall be given to whether it comprised a large number of individual acts or whether a large number of persons were killed or injured, or whether the crime occasioned extensive loss of property».

[125] Cfr. la sentenza del 18 dicembre 2006, nel caso *Prosecutor* v. *Jackie Arklöv*. Si veda in argomento Klamberg, *International Criminal Law in Swedish Courts: the Principle of Legality in the* Arklöv *Case*, in *International Criminal Law Review*, 2009, pp. 395-409.

[126] Cfr. al riguardo la sentenza della House of Lords del 29 marzo 2006, nel caso *R.* v. *Jones et al.*, in *International Legal Materials*, 2006, pp. 992-1014, in particolare pp. 998-999, par. 22.

rendere complesso in questi casi l'intervento del giudice nazionale, poiché egli non solo non ha a disposizione una norma incriminatrice definita, ma soprattutto non vi è una sanzione a essa ricollegabile, sebbene tale principio sia accolto nel diritto internazionale penale tendenzialmente in un'accezione sostanziale e non formale.

Perciò, il recepimento delle norme internazionali in materia di crimini internazionali sembrerebbe fondamentale per consentire ai giudici nazionali di esercitare la propria giurisdizione nei confronti dei responsabili di tali crimini. Infatti, sebbene la norma internazionale incriminatrice abbia come destinatari gli individui, l'esercizio della potestà punitiva statale nei confronti delle condotte vietate dal diritto internazionale richiede, tuttavia, che le stesse siano considerate come penalmente illecite pure dall'ordinamento nazionale, che vi collega le relative sanzioni, conformemente al principio di legalità. Proprio per soddisfare tale esigenza diverse convenzioni internazionali prevedono l'obbligo per gli Stati parti di adottare norme interne per consentire l'esecuzione degli obblighi derivanti dal trattato internazionale[127].

Nel perseguire e reprimere i crimini internazionali, quindi, il giudice nazionale tendenzialmente dovrebbe applicare il diritto interno, che talvolta, però, non corrisponde esattamente a quanto previsto dalle norme internazionali. Invero, le lacune presenti nelle legislazioni interne di esecuzione delle norme internazionali in materia costituiscono uno dei maggiori ostacoli alla repressione effettiva dei crimini internazionali[128]. Diversi aspetti, infatti, possono contrastare tale repressione, ad esempio, il fatto che le leggi in materia non sempre facciano espressamente riferimento alla giurisdizione sui crimini commessi all'estero. Anche quando tale eventualità sia contemplata, inoltre, le leggi a volte mancano di definire in maniera dettagliata i crimini nei confronti dei quali si può o si deve esercitare la giurisdizione o, ancora, non stabiliscono le pene che dovranno poi essere comminate. In realtà, in molti ordinamenti non vi è neanche una definizione specifica di "crimine internazionale"; finan-

[127] Cfr. ad esempio l'art. V della Convenzione per la prevenzione e la repressione del delitto di genocidio; l'art. 49, 1° comma, della Convenzione (I) per il miglioramento delle condizioni dei feriti e malati delle forze armate in campagna; l'art. 50, 1° comma, della Convenzione (II) per il miglioramento delle condizioni dei feriti, malati e naufraghi delle forze armate sul mare; l'art. 129, 1° comma, della Convenzione (III) relativa al trattamento dei prigionieri di guerra; l'art. 146, 1° comma, della Convenzione (IV) relativa alla protezione delle persone civili in tempo di guerra.

[128] Cfr. ILA – Committee on International Human Rights Law and Practice, *Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rigths Offences*, consultabile nel sito http://www.ila-hq.org/, pp. 10-12.

che Stati che hanno ratificato lo Statuto di Roma non hanno introdotto una definizione di questo tipo nelle loro legislazioni nazionali[129].

Va osservato, infine, che il rispetto del principio di legalità comporta che venga data rilevanza alle restrizioni di natura temporale e/o spaziale cui le leggi nazionali in materia sono soggette.

Ad esempio, nella decisione del 24 marzo 1999 relativa al caso *Pinochet*, l'House of Lords, nel decidere se il generale cileno potesse essere estradato in Spagna, ha ritenuto che l'estradizione non potesse essere concessa per gli atti di tortura commessi prima del settembre 1988, poiché solo il 29 settembre 1988 era entrata in vigore la sez. 134 del *Criminal Justice Act*, con cui si dava esecuzione alla Convenzione contro la tortura e altri trattamenti o punizioni crudeli, inumani o degradanti del 1984. Prima di quella data la tortura non era punibile nel Regno Unito e l'*Extradiction Act* del 1989 autorizzava l'estradizione solo per i fatti costituenti un reato per il diritto britannico al momento in cui erano avvenuti e non al momento in cui l'estradizione era richiesta[130].

In senso diverso, invece, si è espressa la Corte di cassazione francese nel caso *Ely Ould Dah*[131], pronunciandosi sulla base del principio di giurisdizione universale, introdotto nell'ordinamento giuridico francese con l'inserimento dell'art. 689-1 nel Codice di procedura penale. In questo caso, la difesa ha sostenuto che vi fosse stata un'applicazione retro-

[129] Cfr. al riguardo Human Rights Watch, *Universal Jurisdiction in Europe. The State of the Art*, giugno 2006, vol. 18, n. 5(D), consultabile nel sito http://hrw.org/reports/2006/ij0606/ij0606web.pdf, p. 24. Così, atti che possono costituire casi di genocidio o di crimini contro l'umanità, pur se criminalizzati e perseguiti negli ordinamenti giuridici nazionali, sono considerati in alcuni di tali ordinamenti meramente reati comuni gravi. L'autore di tali crimini, pertanto, potrà eventualmente essere perseguito in quello Stato al massimo per reati comuni gravi, contrariamente a quanto accadrebbe in altri Stati o davanti a giurisdizioni penali internazionali. Il ritenere gli obblighi contenuti nella Convenzione per la prevenzione e la repressione del delitto di genocidio come reati comuni, ad esempio, ha indotto i giudici australiani a concludere che il genocidio non fosse previsto nell'ordinamento interno e non potesse, perciò, essere perseguito. Cfr. la sentenza della Corte federale di Australia del 1° settembre 1999, nel caso *Nulyarimma* v. *Thompson*, cit. Mentre, nel 2004, un tribunale danese ha incriminato un cittadino ugandese per crimini di guerra, accusandolo però di rapina a mano armata e rapimento, sulla base del Codice penale danese. Cfr. al riguardo REDRESS, FIDH, S*trategies for the Effective Investigation and Prosecution of Serious International Crimes: the Practice of Specialised War Crimes Units*, dicembre 2010, consultabile nel sito http://www.fidh.org/IMG/pdf/The_Practice_of_Specialised_War_Crimes_Units_Dec_2010.pdf, p. 19.

[130] Cfr. la sentenza del 24 marzo 1999 della House of Lords, cit. pp. 585-588.

[131] Cfr. la sentenza della Cour de cassation, Chambre criminelle, del 23 ottobre 2002, ricorso n. 02-85379, consultabile nel sito http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnDocument?base=CASS&nod=CXRXAX2002X10X06X00195X000. Ely Ould Dah, ufficiale mauritano, era stato accusato di avere torturato alcuni militari negro-africani nel 1990 e nel 1991.

attiva dell'art. 222-1 del Codice penale, relativo alla tortura e agli atti di barbarie, poiché esso era stato adottato il 1° marzo 1994, mentre le accuse si riferivano al periodo 1990-1991. Tuttavia, sia la Corte di appello sia la Corte di cassazione hanno ritenuto che il principio di legalità non si opponesse nel caso di reato previsto da un trattato internazionale, nell'ipotesi specifica la Convenzione contro la tortura del 1984, poiché, in virtù dell'art. 55 della Costituzione francese, i trattati regolarmente ratificati prevalgono sempre sulle leggi interne. Nel caso in questione, in particolare, pur essendo stata la tortura prevista come reato autonomo nel diritto penale francese solo nel marzo 1994, con l'adozione dell'art. 222-1 del Codice penale, tuttavia, la Convenzione del 1984, su cui era stato fondato il ricorso, era stata ratificata dalla Francia il 12 novembre 1985 ed era entrata in vigore il 26 giugno 1987. Si è concluso, quindi, che non vi era stata alcuna applicazione retroattiva del principio della giurisdizione universale in relazione agli atti di tortura commessi da Ely Ould Dah[132].

Il problema dell'eventuale applicazione retroattiva delle norme relative ai crimini internazionali è risolto, talvolta, espressamente nelle leggi in materia, spesso adottate per dare attuazione agli obblighi contenuti nello Statuto della Corte penale internazionale. Ad esempio, secondo il *Crimes against Humanity and War Crimes Act* canadese del 2000, i crimini commessi fuori dal territorio nazionale possono essere perseguiti retroattivamente, ma se tali crimini sono stati commessi prima dell'adozione dello Statuto di Roma (17 luglio 1998), ciò è consentito solo se essi erano vietati dal diritto consuetudinario all'epoca della loro commissione[133]. Mentre, l'*International Crimes and International Criminal Court Act* della Nuova Zelanda del 2000 consente l'esercizio della giurisdizione dalla data in cui lo Stato ha ratificato la Convenzione per la prevenzione e la repressione del delitto di genocidio per tale specifico crimine e da quella di inizio della competenza del Tribunale penale internazionale per la ex Iugoslavia per i crimini contro l'umanità[134].

[132] Già prima del 1994, inoltre, la tortura era considerata dal Codice penale francese una circostanza aggravante di altri reati. Il processo in contumacia si è aperto davanti alla Corte di assise di Nîmes il 30 giugno 2005 e il 1° luglio 2005 Ely Ould Dah è stato condannato a 10 anni di reclusione. Invero, l'art. 5, par. 2, della Convenzione contro la tortura del 1984 richiede la presenza del presunto colpevole nel territorio dello Stato del foro; tale condizione è stata peraltro ritenuta soddisfatta nel presente caso in quanto Ely Ould Dah era in Francia al momento dell'avvio dei procedimenti.

[133] Cfr. la sez. 6.

[134] Cfr. la sez. 8, par. 4.

8. *Alcune considerazioni conclusive*

Il principio di legalità, come si è osservato, si è affermato quale strumento di tutela della libertà personale dell'individuo, considerata un bene supremo. Invero, tale principio, con i suoi corollari dell'irretroattività, della riserva di legge, della determinatezza e tassatività della fattispecie incriminatrice, è ritenuto la garanzia fondamentale di ogni sistema penale.

Esso ha trovato gradualmente applicazione anche nell'ordinamento internazionale, inizialmente attraverso la sua codificazione in numerosi strumenti internazionali in materia di diritti umani, che ne impongono agli Stati il rispetto nell'ambito dei processi nazionali, e successivamente nel diritto internazionale penale. Sembrerebbe potersi affermare, pertanto, che il principio di legalità abbia ormai acquisito natura consuetudinaria nell'ordinamento internazionale, come provano sia l'adesione da parte di numerosi Stati ai trattati internazionali che lo contemplano sia la sua previsione tendenzialmente uniforme negli ordinamenti interni[135]. Secondo un'opinione dottrinale tale principio avrebbe, altresì, iniziato ad affermarsi nel diritto internazionale come norma di *jus cogens*[136].

Il principio di legalità, dunque, trova applicazione anche in riferimento alla repressione dei crimini internazionali, peraltro, in tale contesto, diversi fattori hanno inciso sull'interpretazione data al principio in oggetto. Dall'analisi svolta, infatti, sembra doversi concludere che la configurazione del principio di legalità e le sue modalità di applicazione mutino in riferimento al diritto internazionale penale[137].

In realtà, il principio di legalità e le correlate regole della tassatività, determinatezza, tipicità e precisione, volti di norma a evitare arbitri nell'applicazione di misure limitative del bene supremo, costituito dalla libertà personale, che caratterizzano il diritto penale interno, in riferimento al diritto internazionale penale non sempre riescono a trovare una piena applicazione, dovendo tali regole essere intese necessariamen-

[135] Si veda al riguardo Kreß, *Nulla poena*, cit., p. 894. Si noti che, nel celebre caso *Eichmann*, la Corte suprema di Israele ha negato che il principio *nullum crimen sine lege*, *nulla poena sine lege* fosse all'epoca una regola di diritto internazionale consuetudinario. Cfr. la sentenza della Corte suprema di Israele del 29 maggio 1962, nel caso *Attorney-General of the Government of Israel* v. *Adolf Eichmann*, in *International Law Reports*, vol. 36, p. 281.

[136] Si veda Gallant, *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law*, Cambridge, 2008, p. 402.

[137] Secondo Borsari, *op. cit.*, pp. 86-87, «… la codificazione contenuta nello Statuto della Corte penale internazionale e l'attività, consistente e perspicua, della giurisprudenza internazionale, specie dei Tribunali *ad hoc*, contribuiscono in maniera determinante alla costruzione di un sistema di principi e regole, avvicinabile alla parte generale tipica del diritto internazionale e rispettoso delle esigenze di legalità … pur non rigidamente interpretate».

te in maniera più elastica.

Ciò sarebbe dovuto a diversi fattori, in primo luogo, alla rilevanza nel diritto internazionale della consuetudine e al fatto che, avendo il diritto consuetudinario spesso un contenuto poco preciso, verrebbe lasciata al giudice un'ampia discrezionalità nell'interpretare le norme applicabili.

Inoltre, inciderebbe sull'applicazione del principio di legalità l'assenza, nell'ordinamento internazionale, di una distinzione tra potere legislativo, potere esecutivo e potere giudiziario, rispetto ai quali si pone l'esigenza della riserva di legge quale elemento di equilibrio istituzionale. D'altronde, come si è osservato, è evidente che, in questo settore del diritto internazionale, i giudici tendono a svolgere un ruolo di *law-maker*, circostanza che incide ulteriormente sull'applicazione del principio di legalità.

Infine, secondo alcuni l'accezione meno rigida del principio sarebbe spiegabile con l'influenza sul diritto internazionale penale delle tradizioni giuridiche di *common law*.

Va aggiunto altresì che, sul piano procedurale, ha inciso indubbiamente sulla particolare configurazione del principio di irretroattività nel diritto internazionale penale anche l'esperienza storica dell'istituzione di giudici straordinari *ex post facto*[138].

Ma, l'attenuato rispetto del principio di legalità nella repressione dei crimini internazionali sembra essere imputabile, in realtà, soprattutto alla gravità delle violazioni commesse e all'esigenza imperativa di punire i responsabili dei crimini internazionali, attraverso la ricerca di una giustizia sostanziale, che ha prevalso, in genere, sul rispetto assoluto del principio di legalità e, quindi, sull'esistenza di una norma speciale incriminatrice scritta in vigore all'epoca della commissione del fatto.

Nella repressione dei crimini internazionali, dunque, il giudice deve affrontare un problema fondamentale: come contemperare l'esigenza del rispetto pieno del principio di legalità, ovvero dell'applicazione di una stretta legalità, con la necessità di impedire l'impunità. In altri termini, si pone la questione dell'opportunità di un'applicazione rigorosa del principio di legalità nella repressione dei crimini internazionali, poiché se, da una parte, si avverte il bisogno di assicurare la certezza del diritto, e quindi la necessità di una norma scritta che descriva in dettaglio il crimine internazionale specifico, dall'altra, si avverte fortemente la necessità del perseguimento di una giustizia sostanziale, nel rispetto di principi, an-

[138] Si veda al riguardo MANCINI, *Il principio di irretroattività nello Statuto della Corte penale internazionale. Aspetti sostanziali e giurisdizionali*, in MEZZETTI (a cura di), *Diritto penale internazionale, Studi,* vol. II, appendice, Torino, 2008, pp. 2-3.

che di natura consuetudinaria, da cui potere ricavare il carattere criminale di una data condotta[139].

È evidente, pertanto, che nella repressione dei crimini internazionali l'esigenza di assicurare l'accessibilità e la prevedibilità delle norme penali si contrappone al bisogno di punire i responsabili di gravi violazioni dei diritti umani.

Per molto tempo, in realtà, è prevalsa l'idea che un'applicazione meno rigorosa del principio potesse giustificarsi per la gravità dei crimini commessi e l'impossibilità di lasciarne impuniti gli autori[140], anche qualora non vi fossero chiare regole giuridiche all'epoca in cui i crimini in questione erano stati commessi o sostenendo che le regole internazionali generali di natura penale potessero prevalere sul diritto interno, comportando perciò il divieto di una condotta ritenuta lecita sulla base della legislazione nazionale. Si è privilegiata, in tal modo, la ricerca di una giustizia sostanziale a scapito del perseguimento della stretta legalità.

Ciò nondimeno, si può concludere che, in contrapposizione all'orientamento favorevole a un'applicazione decisamente non rigorosa del principio di legalità, seguito dal Tribunale di Norimberga, dal Tribunale di Tokyo e, in misura minore, dai Tribunali penali per la ex Iugoslavia e per il Ruanda, lo Statuto della Corte penale internazionale sembra avere favorito sensibilmente una più rigida applicazione del principio di legalità nella repressione dei crimini internazionali, limitando in vari modi, come si è osservato, la discrezionalità dei giudici.

Peraltro, nonostante gli sviluppi nella giustizia penale internazionale, sembra probabile che considerazioni di natura non propriamente giuridica e fattori emotivi possano continuare ad avere in futuro un peso nella repressione dei crimini internazionali, sia a livello interno sia a livello internazionale.

[139] Si veda al riguardo CATENACCI, *"Legalità" e "tipicità del reato" nello Statuto della Corte penale internazionale*, Milano, 2003, p. 55.

[140] Nel caso *Finta*, ad esempio, la Corte suprema canadese, nel giudicare un ex generale ungherese accusato di crimini di guerra e crimini contro l'umanità, ha ribadito, citando Kelsen, che punire gli individui moralmente responsabili per il crimine internazionale della seconda guerra mondiale poteva certamente essere considerato più importante del rispettare la regola che si oppone alle leggi *ex post facto*, soggetta del resto a numerose eccezioni. Cfr. la sentenza della Corte suprema del Canada del 24 marzo 1994, nel caso *Regina* v. *Finta*, in *International Law Reports*, vol. 104, p. 402. Si veda anche KELSEN, *Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?*, in *The International Law Quarterly*, 1947, p. 165.

GIANMARIA PALMIERI

Principio di proporzionalità, diritti particolari dei soci e autonomia statutaria nella s.r.l.

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Autonomia statutaria *vs*. proporzionalità dei diritti sociali: il rilievo dell'art. 2468, comma 3, c.c. - 3. Autonomia statutaria *vs*. «rilevanza centrale del socio »? - 4. I «diritti particolari dei soci » come fattispecie aperta. - 5. (*Segue*): diritti particolari quantitativi e diritti particolari aggiuntivi. - 6. Diritti particolari riguardanti la distribuzione gli utili. - 7. Diritti particolari riguardanti l'amministrazione. - 8. Diritto di voto e principio di proporzionalità. - 9. Ammissibilità di quote fornite di diritti particolari.

1. *Premessa*

Nelle riflessioni sull' *Essenza della società a responsabilità limitata*, contenute nel suo *Trattato del nuovo diritto commerciale* del 1953, Lorenzo Mossa osservava con qualche fastidio, a proposito dei diversi progetti elaborati tra gli anni venti e quaranta del secolo scorso in vista dell'unificazione dei codici, come fossero scarsamente producenti le discussioni «sulla natura di società collettiva od individualistica, capitalistica o personale della s.r.l.», sorprendendosi che tali *espressioni* potessero continuare «a correre senza riflessione le diverse dottrine nazionali e non nazionali», in quanto, indipendentemente dalla matrice *personalistica* o *capitalistica* eventualmente prescelta dal legislatore, la s.r.l. «per la libertà statutaria, sempre riconosciuta», nella pratica si può *trasformare* in un modello opposto[1]. Si tratta di un fenomeno, notava il Maestro pisano, ricorrente anche nella s.p.a., ma che nella s.r.l. è più intensamente significativo, in virtù del carattere *bifido* o *anfibio* di quest'ultima[2].

I rilievi di Mossa, contrario alla scelta operata nel 1942 di regolare il tipo s.r.l., intendevano mettere in evidenza quanto elevato fosse il rischio che il nuovo modello societario, per l'elasticità organizzativa che

[1] L. MOSSA, *Trattato del nuovo diritto commerciale, III. Società a responsabilità limitata*, Padova, 1953, 87.

[2] L. MOSSA (nt. 1), 87.

lo contraddistingueva e l'esiguità del capitale minimo richiesto per la sua costituzione, finisse col consentire troppo «a buon mercato»[3], l'accesso al beneficio della responsabilità limitata, esteso ad «un tipo d'impresa commerciale nel quale c'è un'attiva partecipazione dei soci non troppo diversa da quella della società in nome collettivo» e che anzi, mediante apposite clausole statutarie, può organizzarsi in tutto e per tutto come società in nome collettivo, «fuori che per il nome» [4].

La moderna evoluzione del diritto dell'impresa non consente più di percepire l'evenienza paventata da Mossa come un pericolo in sé. L'ordinamento ha, già da tempo, elevato la limitazione della responsabilità a *valore* fruibile dall'imprenditore individuale[5], incoraggiando, nel contempo, l'abbandono dei modelli societari fondati sulla responsabilità illimitata dei soci, a favore di quelli capitalistici[6]. Da ultimo, l'accesso al beneficio della responsabilità limitata per i debiti d'impresa, è stato ulteriormente facilitato, vuoi con l'introduzione, ad opera della l. n. 27/2012, della s.r.l. semplificata (art. 2463-*bis* c.c.), vuoi con la previsione di una nuova figura non societaria, la rete d'impresa cd. associativa (art. 3, comma 4-*ter*, l. 9 aprile 2009, n. 33, come ora modificato dall' art. 45, del d. l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con l. 7 agosto 2012, n. 134)[7], utilizzabile dagli imprenditori per *esercitare in comune* attività economica, anche a scopo di lucro, senza dover porre il proprio patrimonio personale a garanzia dei creditori della stessa. Figura cui la legge riconosce espressamente autonomia patrimoniale perfetta e soggettività giuridica, unitamente ad una flessibilità organizzativa analoga a quella propria delle società con soci a responsabilità illimitata[8].

[3] L. Mossa (nt. 1), 99.

[4] V., ancora, L. Mossa (nt. 1), 108.

[5] Per tutti, A. Piras, *Le nuove frontiere dell'unipersonalità societaria: Saturno non divorerà più i suoi figli?,* in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso,* diretto da P. Abbadessa – G.B. Portale, 1, 2006, 349; M. Libertini, *Scelte fondamentali di politica legislativa e indicazioni di principio nella riforma del diritto societario del 2003. Appunti per un corso di diritto commerciale*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, Padova, 2010, 1424-1425.

[6] Particolarmente significativa al riguardo è, come noto, la previsione di cui all'art. 2500-*ter,* comma 1, c.c. che considera sufficiente una decisione approvata dai soci a maggioranza, anziché all'unanimità, per trasformare una società di persone in società di capitali . E v., ampiamente, L. Pisani, *Il principio di maggioranza nella nuova disciplina della trasformazione di società di persone*, in *Riv. dir. comm*, 2005, I, 397 ss.

[7] Su questa nuova figura, con varietà di posizioni, v. fra gli altri, G. D. Mosco, *Frammenti ricostruttivi sul contratto di rete*, in *Giur. comm*., 2010, I, 839 ss.; R.Santagata, *Il "contratto di rete" fra (comunione) di impresa e società (consortile)*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, 323 ss.; nonché, se si vuole, G. Palmieri, *Lineamenti generali del contratto di rete*, in AA. VV., *Reti d'impresa: profili giuridici, finanziamento e* rating, Milano, 2011, 3 ss.

[8] G. Palmieri (nt. 7), 11 ss.

Restano tuttavia attualissimi i suoi penetranti rilievi sulla elasticità del modello s.r.l., sulla sua capacità di assecondare le più disparate esigenze organizzative dei soci e sulla sua fisiologica, ma non esclusiva, destinazione a dare forma ad imprese in cui i soci partecipano attivamente alla vita e agli affari sociali. Rilievi che, senza necessità della benché minima integrazione, varrebbero a delineare l'*essenza della società a responsabilità limitata* anche dopo il cospicuo intervento riformatore del 2003, che ha ancor più accentuato siffatti caratteri della s.r.l.

Basti richiamare al riguardo il notissimo passo della *Relazione* al d.lgs. n. 6/2003 in cui si legge che con la riforma la s.r.l. dovrebbe cessare di essere una piccola società per azioni per diventare una società di persone con soci a responsabilità limitata; passo che, seppur fuorviante[9], rende bene l'impronta dell'intervento riformatore del 2003 sulla s.r.l., ispirato, come enunciato nell'art. 3, comma 1, della legge delega (l. 3 ottobre 2001, n. 366), dai tre seguenti criteri generali: *a)* rilevanza centrale del socio e dei rapporti contrattuali tra i soci; *b)* ampia autonomia statutaria; *c)* libertà delle forme organizzative.

Tali criteri, come noto, hanno trovato puntuale e diffusa applicazione nelle disposizioni introdotte con il d.lgs. n. 6/2003; basti pensare al ricorrente richiamo, nel corpo delle disposizioni in tema di s.r.l., "alla diversa disposizione dell'atto costitutivo", ovvero all'ampia possibilità offerta ai soci di scegliere tra schemi alternativi di organizzazione dell'attività sociale, sia in relazione al profilo dell'assunzione delle proprie decisioni, sia con riguardo alla gestione dell'impresa, o, ancora, alle nuove regole in tema di conferimenti d'opera (art. 2462, comma 6, c.c.), di recesso (2473 c.c.) o esclusione (art. 2473-*bis* c.c.) , in cui la figura del socio pare effettivamente assumere quella "rilevanza centrale" della quale parla la legge delega[10].

[9] Al riguardo, v. le considerazioni di M. Sciuto, *Società di persone e società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2009, 1382, che sottolinea l'analogia del menzionato passo della Relazione con quanto già indicato nella *Relazione* introduttiva alla *GmbH* tedesca del 1892, ove si collocava il tipo in parola in posizione intermedia tra oHG e AG

[10] Sul tema del rapporto tra i principi della legge delega e le scelte operate nella concreta definizione delle norme sulla nuova s.r.l., soprattutto con riguardo al profilo della "personalizzazione" del rapporto, v., fra i molti, con accenti diversi, M. Perrino, *La «rilevanza del socio» nella s.r.l.: recesso, diritti particolari, esclusione*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 810 ss.; G. Zanarone, *Introduzione alla nuova società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2003, 58 ss.; N. Salanitro, *Profili sistematici della società a responsabilità limitata*, Milano, 2005, 1 ss.; G. Olivieri, *Conferimenti assicurati e capitale di rischio nelle società a responsabilità limitata*, *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso,* diretto da P. Abbadessa – G.B. Portale, 3, 2006, 355; G. Presti, *Art. 2462. Responsabilità, in Codice commentato delle s.r.l.*, diretto da P. Benazzo e S. Patriarca, Torino 2006, 32 ss.; O. Cagnasso, *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato*

Tuttavia, tra le norme che meglio esprimono l'impronta della riforma in materia di s.r.l spicca, senz'altro, l'art. 2468, comma 3, c.c. che consente l'attribuzione a singoli soci, mediante apposita clausola dell'atto costitutivo, di "diritti particolari riguardanti l'amministrazione della società o la distribuzione degli utili". Si tratta di una disposizione a cui correttamente si attribuisce una funzione polivalente, risultando utilizzabile per molteplici obbiettivi: agevolare il finanziamento dell'impresa con capitale di rischio, attenuando gli effetti del divieto che incombe sulle s.r.l. di ricorrere al mercato dei capitali [11]; garantire a taluni soci, anche nella prospettiva di una *governance* di gruppo[12] o della partecipazione pubblica[13], un controllo stringente e stabile sulla gestione dell'attività e sulla destinazione dei risultati della stessa; preservare l'impronta familiare o, comunque, ristretta a un determinato gruppo di persone, dell'iniziativa economica, ad *instar* di quanto accade nell'accomandita per azioni, o addirittura in misura ancor più efficace rispetto a quest'ultima[14].

La disposizione, infatti, combina tutti i principi generali indicati nell'art. 3, comma 1, della legge delega, in quanto l'attribuzione a singoli soci di diritti particolari, che esprime il principio della rilevanza centrale del socio e dei rapporti contrattuali tra i soci (lett. *a*)[15], costituisce non solo,

di diritto commerciale diretto da G. Cottino, V, Padova, 2007, 33 ss.; E. Ginevra, *Conferimenti e formazione del capitale sociale nella costituzione della s.r.l.*, in *Riv. soc.*, 2007, 102 ss.; M. Speranzin, *Partecipazioni senza diritto di voto nella s.r.l.*, in *La struttura finanziaria e i bilanci delle società di capitali*, *Scritti in onore* di G. E. Colombo, Torino, 2011, 213 ss.

[11] L'attribuzione a taluni soci di "diritti particolari" consentirebbe, in altri termini, di aumentare le *chances* dell'impresa di attrarre capitale di rischio, pur in un contesto privo di un mercato della partecipazioni sociali: in tal senso, fra gli altri, M. Maugeri, *Quali diritti particolari per il socio di società a responsabilità limitata ?*, in *Riv. soc.*, 2006, 1483; A. Blandini, *Categorie di quote, categorie di soci*, Milano 2009, 8 ss. La tecnica di cui all'art. 2468, comma 3, c.c., garantirebbe, infatti, ai soci "sovventori", non esclusi gli investitori istituzionali, specifici poteri nella ideazione, monitoraggio e realizzazione dell'intrapresa [così, R. Santagata, *I diritti particolari dei soci*, in *S.r.l. Commentario dedicato a G. B. Portale*, Milano, 2011, 284], oltre che vantaggi patrimoniali non direttamente commisurati al valore dell'investimento effettuato.

[12] Mettono bene in luce la rilevanza dell'istituto nell'ambito dei gruppi di società, M. Maugeri (nt. 11), 1485; A. Blandini (nt. 11) 126 ss.; U. Tombari, *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, 2010, 130; R. Santagata, (nt.11), 285

[13] M. Cossu, *L'amministrazione nella s.r.l. a partecipazione pubblica*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 650.

[14] R. Santagata (nt.11), 285.

[15] Fra gli altri, v. M. Perrino (nt. 10), 810 ss.; A. Tricoli, *Sull'ammissibilità di quote di s.r.l. dotate di particolari diritti*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, I, 1051; A. Daccò, *I diritti particolari del socio nelle s.r.l.*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum G. F. Campobasso*, 3, Torino, 2006, 396; R. Santagata, (nt.11), 284; ricollega, invece, la fattispecie dei diritti particolari al divieto di incorporare le partecipazioni in azioni (art. 2468, comma 1, c.c.), G. D'Attorre, *Il principio di eguaglianza tra soci nelle società per azioni*, Milano, 2007, 121.

come comunemente si afferma, manifestazione evidente dell' autonomia statutaria (lett. *b*)[16], ma anche, a ben vedere, della libertà delle forme organizzative (lett. *c*), almeno nel caso in cui il diritto particolare attenga all'amministrazione.

La circostanza che la disposizione in parola sia riconducibile a tutti i *principi generali* fissati dalla legge delega per la s.r.l., se ne valorizza il rilievo sistematico, la rende, come è facile intuire, fonte di delicati problemi interpretativi. Da un lato, i criteri che la ispirano non sempre sono destinati ad armonizzarsi tra loro: in particolare, il criterio della rilevanza centrale del socio e quello di autonomia statutaria[17] talvolta paiono collidere, imponendo una scelta sulla loro gerarchia[18]. Dall'altro, essendo concepita e formulata come deroga al principio di proporzionalità[19], la norma tocca inevitabilmente la questione di vertice dei limiti alla derogabilità di quest'ultimo nell'ambito della s.r.l. e quella, connessa, del rapporto tra autonomia privata e parità di trattamento, nella misura in cui tale principio sia da considerare vigente anche con riguardo al tipo regolato nell'art. 2462 c.c.[20].

[16] E. v. R. Rosapepe, *Appunti su alcuni aspetti della nuova disciplina della partecipazione nella s.r.l.*, in *Giur. comm*., 2003, 485 s.; A. Daccò (nt. 15), 397;

[17] Sulla correttezza dell'uso del sintagma "autonomia statutaria" anche con riguardo alla s.r.l., per tutti, G. Zanarone, *Della società a responsabilità limitata*, tt. I e II, in *Il Codice Civile. Commentario* fondato da P. Schlesinger diretto da F. Busnelli, Milano, 2010, 74, nt. 132

[18] L'ineluttabilità, in materia, di una precisa opzione interpretativa emerge chiaramente da quanto osserva R. Santagata (nt.11), 285, secondo cui nell'art. 2468, comma 3, c.c., si può ravvisare "la più ampia libertà dei soci nella definizione dei diritti particolari, *nei soli limiti delle norme imperative e della struttura della società a responsabilità limitata, imperniata sulla rilevanza centrale della persona del socio*" (corsivo nostro); in senso analogo, G. Zanarone (nt. 17), 521 s. Affermazione che, là dove individua nel criterio della rilevanza della persona del socio un limite all'autonomia statutaria, postula l'esistenza nella disciplina della s.r.l. di un principio di prevalenza, invero opinabile, del primo sulla seconda.

[19] E v., efficacemente, G. Zanarone (nt. 17), 520-521.

[20] Sembra affermarlo A. Blandini (nt. 11), 52 nota 38 [ma v. anche la puntualizzazione dello stesso A. (nt. 11), 58, nt. 51], secondo cui "nella società a responsabilità limitata l'uguaglianza si deve rinvenire nella proporzionalità dei diritti dei soci, che può essere alterata (..) esclusivamente mediante lo strumento dei diritti particolari: ma non già che in questa società il principio di uguaglianza sia genericamente e bellamente pretermesso"; di diposizione di dubbia utilità e comunque non certo coerente col principio di parità di trattamento parla V. Buonocore, *Principio di uguaglianza e diritto commerciale*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 551 ss. Escludono che l'introduzione statutaria di diritti particolari costituisca deroga al principio di parità di trattamento, in virtù del potere di veto che ciascun socio mantiene ai fini dell'introduzione del diritto particolare, M. Cavanna, *Partecipazione e «diritti particolari» dei soci*, in *Le nuove S.r.l.* a cura di M. Sarale, Bologna, 2008, 114 ss.; R. Santagata, (nt.11), 27.

2. *Autonomia statutaria vs. proporzionalità dei diritti sociali: il rilievo dell'art. 2468, comma 3, c.c.*

Nella nuova disciplina della società a responsabilità limitata il principio secondo cui i diritti sociali sono proporzionali alla partecipazione risulta enunciato più volte. Una prima, con valenza generale, nell'art. 2468, comma 2, c.c. ("Salvo quanto disposto dal terzo comma del presente articolo, i diritti sociali spettano ai soci in *misura proporzionale* alla partecipazione posseduta. Se l'atto costitutivo non prevede diversamente, le partecipazioni dei soci sono determinate in misura proporzionale al conferimento")[21]; una seconda, nella norma che si occupa delle decisioni dei soci, l'art. 2479, comma 5, c.c. ("Ogni socio ha diritto di partecipare alle decisioni previste dal presente articolo ed il suo voto vale *in misura proporzionale* alla sua partecipazione"). Una terza, nella previsione (art. 2481-*bis*, comma 1, c.c.) che regola l'aumento di capitale mediante nuovi conferimenti ("In caso di decisione di aumento del capitale sociale mediante nuovi conferimenti spetta ai soci il diritto di sottoscriverlo *in proporzione* della partecipazioni da essi possedute"). Un'ultima, nell'art. 2473, commi 3 e 4, c.c. in materia di recesso ["I soci che recedono dalla società hanno diritto di ottenere il rimborso della propria partecipazione *in proporzione* del patrimonio sociale" (comma 3); "Il rimborso delle partecipazioni per cui è stato esercitato il diritto di recesso (…) può avvenire anche mediante acquisto da parte degli altri soci *proporzionalmente* alle loro partecipazioni" (comma 4)]. Un riferimento implicito al principio in parola è poi contenuto nell'art. 2482-*quater* c.c. secondo cui "in tutti i casi di riduzione del capitale per perdite è esclusa ogni modificazione delle quote di partecipazione e dei diritti spettanti ai soci".

La possibilità di una diversa regolazione, fatta salva l'ipotesi di una partecipazione non proporzionale al conferimento (art. 2468, comma 2, ultima parte, c.c.) che in sé potrebbe non rappresentare una deroga al principio capitalistico[22], viene dunque espressamente riconosciuta con esclu-

[21] Descrivono la previsione in parola in termini di "regola della doppia proporzionalità", G. Marasà, *La s.r.l. come società di capitali*, in *Studium juris*, 2005, 30; G. Santoni, *Le quote di partecipazione nella s.r.l.*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum G. F. Campobasso*, 3, Torino, 2006, 383.

[22] Almeno nella misura in cui si valuti come sufficiente, ai fini della tenuta del principio capitalistico, il mantenimento della proporzionalità tra diritti sociali e valore della partecipazione, secondo l'impostazione accolta, con robusta argomentazione, da G. P. La Sala, *Principio capitalistico e voto non proporzionale nella società per azioni*, Torino, 100 ss. (al quale si rinvia anche per ulteriori riferimenti), secondo cui il legame tra potere e rischio non è compromesso dall' assegnazione non proporzionale delle partecipazioni sociali, in quan-

sivo riguardo a quanto previsto nel terzo comma dell'art. 2468 c.c., che, come si è detto, legittima il riconoscimento statutario "a singoli soci di particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società o la distribuzione degli utili".

Per questa ragione, la norma sui diritti particolari dei soci nella s.r.l. assume, nella prospettiva sistematica, un rilievo decisivo, posto che l'interrogativo di vertice se e fino a che punto sia consentito all'autonomia privata svincolare i diritti sociali dalla rigida applicazione del principio di proporzionalità, con conseguente attribuzione alla regola plutocratica espressa nell'art. 2468, comma 1, c.c., di un mero carattere dispositivo, se non addirittura residuale[23], ruota nella s.r.l. prevalentemente intorno all'interpretazione dell'art. 2468, comma 3, c.c. ed al significato che si ritiene di attribuirgli.

La questione è particolarmente delicata perché, come si è visto, tocca il nodo cruciale del bilanciamento degli interessi nel nuovo ordinamento della s.r.l., imponendo di stabilire se la valorizzazione della autonomia privata, cui pacificamente si assegna rilievo di criterio guida, quasi un *mantra*, della riforma del 2003, anche con riguardo al tipo indicato nell'art. 2462 c.c.[24], si sia effettivamente tradotto in coerenti precetti normativi, oppure costituisca vuoto, quanto ingannevole, *slogan*[25]. Risultato, quest'ultimo, cui inevitabilmente condurrebbe l'attribuzione, esplicita o nella concreta soluzione dei nodi applicativi, di una rilevanza sovraordinata, rispetto all' autonomia statutaria, alla regola che vuole i diritti commisurati all'entità del capitale conferito (art. 2468, comma 2, c.c.) e a quello che favorisce la connotazione personalistica dell'organizzazio-

to il rischio del socio non è rappresentato dal pericolo di perdere il conferimento, in ipotesi non proporzionale alla partecipazione, quanto di perdere il valore della partecipazione assegnatagli.

[23] In quest'ordine di idee, P. Spada, *Classi e tipi di società dopo la riforma organica (guardando alla nuova società a responsabilità limitata)*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 501.

[24] In luogo di tanti, con particolare efficacia, M. Stella Richter, *La società a responsabilità limitata. Disposizioni generali. Conferimenti. Quote*, in *Diritto delle società*[1], 2004, 275, secondo cui nella s.r.l. l'autonomia delle parti è tale da essere «libera di organizzare la società anche come se praticamente fosse una società di persone»; ma v. anche P. Benazzo, *L'organizzazione nella nuova s.r.l. fra modelli legali e statutari*, in *Società*, 2003, 1062 ss.; O. Cagnasso, *Ambiti e limiti dell'autonomia concessa ai soci della «nuova» società a responsabilità limitata*, ivi, 2003, 368; ed ora A.A. Dolmetta, *Sul tipo S.r.l.*, in *S.r.l.*, *Commentario* dedicato a G. B. Portale, Milano, 2011, 25, che giunge ad imputare al potenziamento dell'autonomia privata realizzato dalla riforma del 2003 il risultato di una vera e propria *destrutturazione* del tipo s.r.l.

[25] Un dubbio in tale senso, all'indomani della riforma del 2003, traspare dai rilievi di G. F. Campobasso, *Lezione introduttiva di diritto commerciale* , in *Università degli Studi del Molise, Dipartimento di Scienze giuridico-sociali e dell'amministrazione*, *Annali* 5/2003, I, 18 e 24 ss.

ne sociale, espresso in numerose nuove disposizioni.

L'interrogativo è peraltro destinato a riflettersi sul significato effettivo della riforma in rapporto ai risultati che la stessa si prefissava di conseguire, in quanto la scelta di sacrificare la prima a favore dei secondi potrebbe frustrarne uno degli obiettivi più qualificanti: quello di consentire, attraverso l'emancipazione dal tipo s.p.a., una maggiore fruizione del modello regolato negli artt. 2462 ss. c.c. [26].

La circostanza merita di essere chiarita meglio.

Ad onta del già richiamato controverso passo della *Relazione*, secondo cui con la riforma la s.r.l. dovrebbe cessare di essere una piccola società per azioni per diventare una *società di persone con soci a responsabilità limitata*, può dirsi ormai acquisita la consapevolezza che il tipo regolato negli artt. 2462 ss. c.c. continua ad appartenere alla classe delle società di capitali, conservandone tutti i connotati caratteristici: limitazione del rischio, organizzazione corporativa attenuata, libera trasferibilità della partecipazione, rilevanza della disciplina del capitale reale [27]. Il "valore aggiunto" del tipo s.r.l., rispetto alla s.p.a., risiederebbe proprio nella maggiore flessibilità garantitagli dalla riforma in rapporto alla disciplina previgente, in cui già si affermava, come si è avuto modo di osservare attraverso le parole di Mossa[28], che, a seconda delle scelte contrattuali dei soci, la s.r.l. può in concreto configurarsi come modello vicino alle società di persone o, all'opposto, alle s.p.a.[29].

In questa prospettiva, il tema del rapporto tra autonomia statutaria e misurazione dei diritti sociali assume una rilevanza indiscutibile: l'individuazione di un elemento di rigidità su un profilo così centrale nell'organizzazione della compagine, legittimerebbe il dubbio che il d.lgs. 6/2003, in contraddizione con la *communis opinio*, non solo non ha ampliato la *Gestaltungsfreiheit*, ma la ha addirittura compressa, almeno sotto il profilo del contenuto della partecipazione sociale. Conclusione che non si potrebbe fare a meno di trarre là dove si aderisse all'orientamento, alquanto diffuso[30], che interpreta in senso restrittivo le deroghe lega-

[26] V., ampiamente, G. Zanarone (nt. 17), 116 ss.

[27] Sulla riconducibilità della "nuova" s.r.l. alla classe delle società di capitali, fra i tanti, con posizioni variamente articolate, v., G. Marasà (nt. 21) 301; F. Di Sabato, *La nuova s.r.l.: profili tipologici e normativi*, in *Studium juris*, 2003, 1049; G. Olivieri (nt. 10), 353; E. Ginevra (nt. 10), 111; G. Zanarone (nt. 10), 58 ss.

[28] V. *supra* par. 1

[29] Per tutti, M. Stella Richter, *Di alcune implicazioni sistematiche della introduzione di una nuova disciplina per la società a responsabilità limitata,* in *Giust. civ.*, 2004, 13 ss.

[30] E v., anche per ulteriori riferimenti, G. Zanarone (nt. 17), 520-521; R. Santagata, (nt.11), 285.

li al principio di proporzionalità presenti nel nuovo sistema[31], reputando nel contempo *contra legem* la previsione statutaria di quote fornite di diritti particolari.

Peraltro, se così fosse, oltre a dover essere ribaltata la corrente valutazione dell'impatto della riforma sulla disciplina previgente in materia di s.r.l., si aprirebbe anche il fondato dubbio sulla correttezza della comune affermazione che attribuisce al modello indicato nell'art. 2462 c.c. una flessibilità ben maggiore rispetto al tipo s.p.a.[32] Non può infatti trascurarsi che, come recenti indagini hanno opportunamente messo in rilievo, l'attuale disciplina della s.p.a. consente, soprattutto nelle *close corporations*, di connotare in chiave "personalistica" la partecipazione sociale, vuoi attraverso una molteplicità di istituti regolati, vuoi in forza di autonomia statutaria[33], soprattutto mediante clausole, oggi legittimate dall'art. 2351, comma 3, c.c., che incidono sulla determinazione del peso del voto dell'azionista, sganciandolo dalla rigorosa applicazione del criterio proporzionale[34].

Sotto altro profilo, il riconoscimento dell'esistenza di vincoli alla libertà dei soci di regolare, a lume delle esigenze proprie e del gruppo, i profili attinenti al contenuto delle partecipazioni e al governo dell'attività sociale, fondati sul "criterio generale" della *valorizzazione della rilevanza del socio* [art. 3, lett. *a*) l. n. 366/2001] avrebbe ulteriori implicazioni sistematiche, sul piano del rapporto tra società a responsabilità limi-

[31] Non può, infatti, essere trascurato il rilievo (messo in luce da G. C. M. Rivolta, *Profilo della nuova disciplina della s.r.l.*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2003, I, 694) che «la possibilità della deroga statutaria al principio secondo cui "i diritti sociali spettano ai soci in misura proporzionale alla partecipazione da ciascuno posseduta" (art. 2468, comma 2, c.c.), con l'attribuzione a singoli soci di particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società o la distribuzione degli utili" (art. 2468, comma 3, c.c.), anche se non era esplicitata in questi termini, esisteva già nel precedente regime. Anche allora le quote – a differenza delle azioni, la cui diversità di diritti era (ed è) ammessa soltanto per "categorie", cioè per serie di azioni omogenee – potevano essere tutte diverse l'una dall'altra, sia per il loro ammontare, sia per il contenuto di posizioni soggettive corrispondenti ad esse»

[32] Non lo esclude G. C. M. Rivolta, *La società per azioni e l'esercizio delle piccole e medie imprese*, in *Riv. soc.*, 2009, 639 ss.; si esprime senza riserve in tal senso, invece, A. Blandini (nt. 11), 57-58.

[33] E v. ora ampiamente, con riguardo ad entrambi i profili, M. B. Portale, *I diritti «particolari» del socio di s.p.a. (prime riflessioni sulla personalizzazione della società per azioni «chiusa»)*, tesi di Dottorato in Diritto commerciale interno e internazionale, XXII ciclo, Università degli Studi di Brescia, 1 ss. e 78 ss.

[34] Cfr. A. Angelillis(-M.L. Vitali), *Commento all'art. 2351*, in *Commentario alla riforma delle società* diretto da Marchetti-Bianchi-Ghezzi-Notari. *Azioni* a cura di Notari, *Artt. 2346-2362 c.c.*, Milano, 2008, 440 ss.; L. Calvosa, *La partecipazione eccedente e i limiti al diritto di voto, Milano,* 1999, 157 ss., attestata su posizioni tendenzialmente permissive già prima della riforma; G. P. La Sala (nt.22), 97 ss.

tata e società di persone. Il tipo indicato nell'art. 2462 c.c. verrebbe infatti a costituire, nell'ambito del sistema delle società lucrative, l'unico schema associativo in cui la connotazione personalistica dell'organizzazione di gruppo assurge a limite invalicabile dall'autonomia privata, posto che nelle società di persone l'unico profilo sicuramente insuscettibile di essere alterato dall'autonomia dei soci è quello che attiene alla responsabilità nei confronti dei terzi[35]. Il che, come noto, legittima nelle stesse l'adozione in via statutaria di tecniche di circolazione delle quote ispirate dal criterio della libera trasferibilità[36], così come l'articolazione della struttura organizzativa secondo modelli corporativi[37].

Tuttavia, come si vedrà, i dubbi appena prospettati, di cui l'orientamento che opta per una lettura restrittiva dell'art. 2468, comma 3, c.c. non sempre si fa carico, non hanno ragione di porsi. Le nuove norme in tema di s.r.l. lasciano, infatti, all'autonomia statutaria libertà di incidere sul contenuto della partecipazione sociale e sulla misurazione dei diritti in misura più ampia rispetto alla disciplina previgente, sia perché il criterio della valorizzazione della rilevanza del socio non può fungere da limite all'autonomia privata, sia perché appare ragionevole assegnare alla previsione sui diritti particolari dei soci (art. 2468, comma 3, c.c.) rilievo sistematico di regola che nella s.r.l. legittima la derogabilità statutaria del principio di proporzionalità (art. 2468, comma 2, c.c.).

3. *Autonomia statutaria vs. «rilevanza centrale del socio»?*

In realtà, che il criterio generale della valorizzazione della rilevanza del socio, di cui all'art. 3, lett *a)* della legge delega per la riforma del diritto societario (l. n. 366/2001), non possa fungere da limite alla determinazione statutaria del contenuto della partecipazione sociale nella s.r.l., emerge dalle seguenti considerazioni.

In primo luogo, è la stessa contrapposizione tra autonomia statutaria e valorizzazione dell'elemento personalistico a risultare impropria[38],

[35] Per tutti, SPADA, *La tipicità delle società*, Padova, 1974, 52 ss.; MARASÀ, *Le società, Società in generale*[2], in *Trattato* Iudica-Zatti, Milano, 2000, 260.

[36] Sull'argomento v., esaustivamente, P. PISCITELLO, *Società di persone a struttura aperta e circolazione delle quote. Modelli legali e autonomia statutaria*, Torino, 1995, 3 ss.

[37] Cfr. L. PISANI, *Società di persone "a struttura corporativa"*, Torino, 2000, 45 ss.; ed ora, M. SCIUTO (nt. 9), 1374 ss.

[38] D'altra parte non è casuale che, come si è opportunamente rilevato [M. PERRINO (nt. 10), 815], i più significativi profili di rilevanza del socio, e più in generale di personalizzazione del rapporto, non si registrano tanto a livello del regime legale del tipo, quanto come possibile oggetto di eventuali scelte di autonomia statutaria.

come chiaramente testimoniato dalla stessa previsione sui diritti particolari dei soci. Ed invero, se costituisce dato pacifico, e non certo revocabile in dubbio, che l'art. 2468, comma 3, c.c. sia diretta espressione, sul piano della disciplina, del criterio in parola, altrettanto pacifico è che la disposizione rappresenti, allo stesso tempo, segno tangibile del potenziamento dell'autonomia privata realizzato dalla riforma. Anzi, la valorizzazione dell'elemento personalistico, è resa possibile dall'art. 2468, commi 1 e 3, c.c. proprio in quanto espressione di un atto di autonomia dei soci, il che stride con l'assegnazione al criterio della "rilevanza del socio" di un rilievo prevalente rispetto a quello dell'autonomia statutaria. D'altra parte nell'ordinamento societario non è infrequente che venga attribuito rilievo ad una valutazione in chiave personalistica della partecipazione sociale, proprio in ossequio al principio di autonomia. Basti richiamare l'art. 2506-*bis*, comma 4, c.c., il cui impatto sistematico non appare ancora pienamente recepito, nel quale, proprio in virtù del riconoscimento della più ampia *Gestaltungsfreiheit*, viene consentito il superamento (a maggioranza) della regola della proporzionalità tra le partecipazioni originariamente possedute dai soci e quelle assegnate all'esito della scissione[39]. Superamento che consente, appunto, di adattare l'operazione straordinaria alle concrete esigenze di soci o gruppi di soci.

Inoltre e soprattutto, se si riflette sulla varietà di significati che può assumere, di volta in volta, il criterio della "valorizzazione del rilievo del socio" (o della "personalizzazione" del rapporto sociale), non si avrà difficoltà a riconoscere il suo carattere polisemico e prevalentemente descrittivo, tanto che allo stesso vengono ricondotti norme e clausole statutarie funzionali ad esigenze tra loro non coincidenti, se non talvolta contrapposte. Per un verso, il criterio in parola indica il rafforzamento del potere (e/o della posizione) di uno o più soci rispetto agli altri. In quest'ottica possono essere, per esempio, inquadrati, nelle società di persone, l'attribuzione convenzionale del potere di amministrazione soltanto ad un socio (art. 2257, comma 1, c.c.) o il riconoscimento della facoltà individuale di servirsi delle cose appartenenti al patrimonio sociale per fini estranei a quelli della società (art. 2256 c.c.)[40], mentre nelle società di capitali possono essere richiamati, i benefici accordati nell'atto costitu-

[39] G. L. Picone *Commento all'art. 2506-bis*, in *Commentario alla riforma delle società* diretto da Marchetti-Bianchi-Ghezzi-Notari, *Trasformazione-Fusione-Scissione* a cura di L. A. Bianchi, Milano, 2006, 1126 ss.

[40] G. P. La Sala, *Amministrazione del patrimonio di società di persone e finalità extrasociali*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società, Liber amicorum Antonio Piras*, Torino, 2010, 743 ss.

tivo ai soci fondatori (art. 2328, n. 8, c.c.)[41], le clausole di riscatto a favore di singoli soci (art. 2437-*sexies* c.c.)[42] ed, appunto, i diritti particolari di cui all' art. 2468, comma 3, c.c. Per altro verso, di *Personalisierung* si parla con riguardo a regole che, specularmente, sacrificano la posizione del singolo socio nell'interesse della collettività dei soci, come nel caso dei limiti (o divieti) statutari al trasferimento delle partecipazioni sociali nelle società di capitali[43], o delle fattispecie di esclusione facoltativa nella società di persone (art. 2286 c.c.)[44] e nella s.r.l. art. 2473-*bis*, c.c.)[45]. Talvolta, invece, la valorizzazione del rilievo del socio emerge nella prospettiva della tutela dell'interesse sociale [si pensi alla disciplina dei conferimenti d'opera nella s.r.l.[46] o a quella sulle prestazioni accessorie nella s.p.a. (art. 2346 c.c.)[47]] o sotto il profilo della coerenza tra regole di organizzazione e caratteri tipici di uno specifico modello associativo, come nel caso dell'art. 2287 c.c. che, ai fini dell'esclusione di un socio dalla società semplice, adotta il sistema del voto per teste in sostituzione di quello per quote di interesse[48]. Altre volte, ancora, si richiama "il rilievo della persona del socio" per affermare genericamente la necessità "che tutti i soci restino coinvolti nei procedimenti di loro competenza" o per escludere l' "ammissibilità" di soci *tout court* risparmiatori[49].

Il criterio cui fa riferimento l'art. 3 lett. *a)* l. n. 366/2001 può dunque assumere significati diversi, e rispondere ad esigenze di tutela del tutto eterogenee (del socio, della compagine sociale, della società, del gruppo, etc.), a seconda dell'angolo visuale dal quale lo si consideri. Ciò lo

[41] M. B. Portale (nt. 33), 34 ss.

[42] Sull'indiscutibile rapporto tra riscatto statutario e personalizzazione delle società di capitali v. L. Calvosa, *La clausola di riscatto nella società per azioni*, Milano, 1995, 12 ss.; ed ora, N. Ciocca, *Commento all'art. 2437* sexies *c.c.*, in *Commentario Romano al Nuovo Diritto delle Società*, diretto da F. d'Alessandro, II, Padova, 2011, 809 ss.

[43] Da ultimo, P. Ghionni Crivelli Visconti, *Società a responsabilità limitata a struttura chiusa e intrasferibilità delle quote,* Torino, 3 ss.

[44] V., ora, F. Accettella, *Commento all'art. 2286 c.c.*, in *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*[3], a cura di G. Perlingieri, Libro Quinto, Tomo I, Napoli, 2010, 1001, ivi ulteriori riferimenti.

[45] P. Piscitello, *Recesso ed esclusione nella s.r.l.*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum G. F. Campobasso*, 3, Torino, 2006, 735; M. Cian, *L'esclusione del socio*, in *S.r.l. Commentario dedicato a G. B. Portale*, Milano, 2011, 498.

[46] Per tutti, G. B. Portale, *Profili dei conferimenti in natura nel nuovo diritto italiano delle società di capitali*, in *Corr. giur*. 2003, 1664 ss.

[47] E cfr. A. Bartalena, *Le prestazioni accessorie*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da G. E. Colombo e G. B. Portale, vol. 1***, 2004, 823.

[48] In tal senso, come noto, sono da tempo orientate dottrina e giurisprudenza dinanzi al testo non del tutto inequivoco dell'art. 2287 c.c.: e cfr., ancora, F. Accettella (nt. 44), 1001 ss.

[49] Così A. Blandini (nt. 11), 50 e 58.

rende del tutto inidoneo ad assumere una qualche valenza tipologica o, comunque, a individuare un limite all'autonomia statutaria nella s.r.l.[50].

Per giungere alla soluzione del problema dei limiti alla derogabilità statutaria del principio di proporzionalità occorre pertanto concentrare l'attenzione sul significato che assume al riguardo l'art. 2468, commi 3 e 4, c.c., muovendo dall'analisi del suo ambito di applicazione.

4. *I «diritti particolari dei soci» come fattispecie aperta*

Non v'è dubbio che a orientare verso un'interpretazione favorevole al riconoscimento di un'ampia derogabilità statutaria del principio di proporzionalità indicato nell'art. 2486, comma 2, c.c., è la stessa configurazione normativa della fattispecie dei "diritti particolari dei soci" che appare volutamente elastica e, quindi, inidonea a suffragare l'idea di una presunta "tipicità" degli stessi[51].

Si può preliminarmente osservare come già la formulazione della norma, che parla di attribuzione ai soci di particolari diritti *"riguardanti* l'amministrazione della società e la distribuzione degli utili", esclude che la stessa individui l'oggetto in senso tecnico dei diritti particolari, limitandosi, più genericamente, a tracciare il perimetro all'interno del quale gli stessi possono insistere. Anzi, l'art. 2468, comma 3, c.c. sembra proprio rifuggire da ogni velleità di tipizzazione. Inequivocabile in tal senso è la scelta lessicale di far seguire alla locuzione "diritti particolari" il participio "riguardanti"[52], piuttosto che le preposizioni "di" o "a". Ciò significa che per ricondurre un determinato diritto "particolare" alla fattispecie di cui all'art. 2468, comma 3, c.c. è sufficiente che sussista una *relatio* funzionale tra lo stesso e *l'amministrazione della società* e/o *la distribuzione degli utili*[53].

[50] Molto efficacemente al riguardo, M. Speranzin (nt.10), 214.

[51] Nel senso che i diritti particolari dei soci di cui all'art. 2468, comma 3, c.c. costituiscono un *numerus clausus*, A. Blandini (nt. 11), 46 ss.; G. Zanarone (nt. 17), 525, in quest'ordine di idee anche P. Revigliono, sub *art. 2468*, in *Il nuovo diritto societario, Commentario* diretto da G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso e P. Montalenti, t. II, Bologna, 2004, 1798; L. Abete, *I diritti particolari attribuibili ai soci di s.r.l.: taluni profili*, in *Società*, 2006, 297.

[52] Mette efficacemente in rilievo la vaghezza della formula adottata dal legislatore, V. De Stasio, sub. *art. 2468*, in *Codice commentato delle s.r.l.*, diretto da P. Benazzo e S. Patriarca, Torino, 2006, 130.

[53] Quasi pacifica è l'affermazione secondo i diritti particolari cui fa riferimento l'art. 2468, comma 3, cc. non si pongano in alternativa tra loro ben potendo ben cumularsi in capo al lo stesso socio diritti riguardanti l'amministrazione e diritti riguardanti gli utili: in luogo di molti, G. Santoni (nt. 21), 383; V. De Stasio (nt. 52), 136; in senso contrario, isolatamente, R. Rosapepe (nt. 16), 481.

In questa prospettiva, risulta a rigore impropria anche la formulazione dell'interrogativo, su cui attualmente ruota il dibattito, se la disposizione in parola contenga una elencazione tassativa o meramente esemplificativa dei diritti particolari, posto che nella stessa non sono individuati "i diritti particolari", bensì le aree disciplinari con le quali gli stessi devono essere funzionalmente in relazione, affinché possano rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 2468, comma 3, c.c. La norma, dunque, pare chiaramente configurare una fattispecie aperta, idonea ad attrarre una varietà indefinita di clausole statuarie che possono attenere ai due profili ivi menzionati[54].

Gli unici elementi di rigidità che non può farsi a meno di riconoscere riguardano l'imputazione soggettiva dei diritti particolari e la loro, collegata, connotazione "sociale". A prescindere dall'oggetto degli stessi, deve infatti ritenersi imprescindibile che siano conferiti ad uno o più soci, in quanto l'eventuale attribuzione a terzi, inclusi eventuali usufruttuari o creditori pignoratizi[55], risulta in patente contrasto sia con l'assetto complessivo dell'art. 2468 c.c., testualmente dedicato *alle quote di partecipazione dei soci*[56], sia con il suo fondamento sostanziale, riconducibile, come si è visto, ai diversi criteri indicati nell'art. 3, comma 1, della legge delega, tutti caratterizzati dalla loro esclusiva riferibilità ai soci della s.r.l. Ne deriva ulteriormente che deve trattarsi di situazioni attive esclusivamente rilevanti sotto il profilo partecipativo, nella duplice accezione organizzativa e patrimoniale, vale a dire incidenti sulla posizione del beneficiario *uti socius* e non *uti tertius*, come d'altra parte confermato dalle modalità tipicamente societarie con le quali vengono introdotti e, eventualmente, modificati, nonché dalla indiscutibile matrice corporativa dei rimedi esperibili (recesso, impugnazione della decisione modificativa), nel caso di violazione delle regole legali e statutarie che fissano i presupposti per la loro variazione[57]. Non a caso, la ricostruzione più convincente inqua-

[54] In quest'ottica non appare priva di fondamento l'affermazione [di V. De Stasio (nt. 52), 136] secondo cui «la descrizione analitica del contenuto dei possibili diritti particolari diviene un esercizio vacuo, idoneo soltanto a fornire suggerimenti alla prassi, ma non certo a individuare i confini della fattispecie».

[55] Solleva opportunamente la questione, senza tuttavia assumere un posizione al riguardo, M. Maugeri (nt. 11), 1513 s. Naturalmente soluzione diversa deve valere nel caso in cui il diritto particolare sia collegato statutariamente alla partecipazione sociale (sulla questione v. *infra* par. 9).

[56] Riconoscono, invece, sia pure in casi limitati, la conferibilità di diritti particolari a terzi, M. Maugeri (nt. 11), 1512; V. De Stasio (nt. 52), 142 ss.; in senso contrario, L. Abete (nt.51), 297.

[57] V. anche per riferimenti, R. Santagata, (nt.11), 299, .

dra la fattispecie in questione in termini organizzativi[58], escludendo trattarsi di diritti individuali[59], come tali rilevanti esclusivamente su un piano negoziale[60].

In questa prospettiva, non potrà, ad esempio, considerarsi diritto particolare l'attribuzione statutaria a un socio di un diritto di preferenza nella stipula di contratti con la società, a meno che tale vantaggio sia contemplato *dividendorum causa*, a guisa di utile in natura[61].

Né si può condividere l'assunto secondo cui sarebbero da reputare inammissibili clausole statutarie che attribuiscano diritti particolari a soci che, beneficiando di quanto stabilito dall'art. 2468, comma, 1, c.c., abbiano acquisito la qualità senza obbligarsi ad effettuare conferimenti[62]. Assunto che dovrebbe gioco forza valere anche per chi si fosse obbligato ad effettuarli per un valore inferiore rispetto alla partecipazione ricevuta, la cui posizione, in relazione alla parte di quota non coperta da conferimento, appare identica a quella del socio non conferente.

In quest'ottica, si finirebbe, infatti, per postulare il riconoscimento, in capo ai soci titolari di partecipazioni "non proporzionali", di una posizione deteriore all'interno della compagine sociale, malgrado il problema della loro mancata (o insufficiente) partecipazione alla formazione del capitale nominale sia superato *ope legis* attraverso la regola che impone, ai fini

[58] In quest'ordine di idee, fra gli altri, sia pure con posizioni diversamente articolate, M. Perrino (nt. 10), 831 ss.; A. Daccò (nt. 15), 409-410; L. Pisani, *Modificazioni dell'atto costitutivo,* in *S.r.l. Commentario dedicato a G. B. Portale*, Milano, 2011, 886; R. Santagata, (nt.11), 298 s. (anche per una critica dell'opposta opinione che opta per l'inquadramento in termini di diritti soggettivi); M. B. Portale (nt. 33), 111.

[59] Così, invece, G. Santoni (nt. 21), 388; G. Marasà, *Maggioranze ed unanimità nelle modificazioni*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum G. F. Campobasso*, 3, Torino, 2006, 710 ss.; F. Guerrera, *Le modificazioni dell'atto costitutivo,* in *Trattato delle società a responsabilità limitata*, diretto da C. Ibba e G. Marasà, IV, Padova, 243

[60] Bene sul punto R. Santagata, (nt.11), 299, secondo cui l'inquadramento dei diritti particolari in termini negoziali implicherebbe la loro totale ed indefettibile sottrazione ai poteri deliberativi della società, il che risulta incompatibile con il rilievo secondo cui la regola dell'unanimità, posta per la loro modificazione (art. 2468, comma 4, c.c.), opera comunque sul piano della validità della delibera modificativa (in quest'ultimo senso, anche G. Zanarone (nt.17), 536.

[61] In senso sostanzialmente non dissimile appare orientato anche M. Maugeri (nt. 11), 1500 testo e nt. 53, che parla di modalità indiretta di partecipazione agli utili. Per un'ampia e ragionata rassegna della possibile tipologia di *Sachdividende*, nella letteratura italiana, v. C. Patriarca, *La distribuzione degli utili in natura*, Napoli, 2008, 190 ss.

[62] P. Spada (nt. 23), 502; G. Santoni (nt. 21), 377, sulla base del rilievo secondo cui la partecipazione acquisita senza conferimento, indipendentemente da quanto stabilito nell'art. 2468, comma 2, c.c. integrerebbe una violazione del divieto di patto leonino (ma sul punto v. *infra* nt. 64).

della corretta formazione del capitale, soltanto la corrispondenza tra il valore globale di quest'ultimo e l'ammontare complessivo dei conferimenti (art. 2464, comma 1, c.c.). Regola che consente di considerare irrilevanti, sotto il profilo della misurazione dei diritti sociali, le vicende da cui di volta in volta ha tratto origine l' "assegnazione non proporzionale"[63].

Vero è, piuttosto, che la legittimazione ad essere beneficiari di diritti particolari dipende esclusivamente dalla legittimazione ad assumere la qualità di socio, senza poter operare distinzioni in base al valore del conferimento effettuato. Se sussiste la seconda, sussiste anche la prima[64].

Tanto meno si può disconoscere la piena legittimazione ad essere beneficiari di diritti particolari in capo ai soci che abbiano conferito prestazioni d'opera o di servizi, con le garanzie richieste dall'art. 2464, comma 6, c.c., posta l'imputabilità a capitale di tali apporti[65].

Sotto il profilo contenutistico, l'elasticità della figura si appalesa considerando la molteplicità delle posizioni che possono rientrare nelle due categorie indicate nell'art. 2468, comma 3, c.c.

5. *(Segue): diritti particolari quantitativi e diritti particolari aggiuntivi*

Tuttavia, prima di dedicarsi all'individuazione dei diritti che possono rientrare nelle due categorie previste dall'art. 2468, comma 3, c.c. e all'analisi della portata sistematica di tale norma, merita tuttavia di essere posta in rilievo un'ulteriore distinzione: quella tra diritti particolari che implicano una deroga al principio di proporzionalità sancito nel secondo comma della disposizione (che possono definirsi *diritti particolari quantitativi*), e diritti particolari che, invece, arricchiscono la posizione del socio lasciando impregiudicata la proporzionalità tra valore della partecipazione e misurazione dei diritti sociali (che potrebbero esse-

[63] Sul discusso inquadramento delle vicende che giustificano l'assegnazione non proporzionale delle partecipazioni v. recentemente, anche per un quadro delle opinioni al riguardo, G. Xerri, *Conferimenti e capitale*, in *S.r.l. Commentario dedicato a G. B. Portale*, Milano, 2011, 144 s.

[64] Pertanto, la questione di vertice se possa essere riconosciuta la qualità di socio al non conferente [lo escludono, fra gli altri, G. B. Portale (nt. 46), 1664, nt. 10; P. Spada (nt. 23), 502; M. Miola, *Capitale sociale e conferimenti nella "nuova" società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2004, 657; E. Ginevra (nt. 10), 148, ss.; F. Briolini, *Le azioni «restitutorie» dei conferimenti in natura*, Torino, 2008, 95], non assume rilevanza, se non in via del tutto mediata, in ordine al profilo della legittimazione ad essere beneficiari di diritti particolari *ex* art. 2468, comma 3, c.c.

[65] Per tutti, G. Olivieri (nt. 10), 357.

re qualificati *diritti particolari aggiuntivi*).

Tale distinzione costituisce una premessa indispensabile alla corretta impostazione del discorso che ci si accinge a svolgere, che investirà anche il problema della configurabilità di diritti particolari estranei alle due tipologie contemplate dalla norma. Non può sfuggire, infatti, che soltanto per quelli (ad es.: voto minimo; maggiorazione degli utili) che insistono su posizioni calibrate in base al valore della partecipazione, assume rilievo il tema della derogabilità del principio di proporzionalità. Viceversa, per i "diritti" indipendenti dall'entità della partecipazione al capitale (ad es.: potere di veto; diritto ad essere consultato) la valutazione di ammissibilità è esclusivamente affidata al profilo della loro compatibilità con eventuali ulteriori norme imperative.

6. *Diritti particolari riguardanti la distribuzione gli utili*

Nell'affrontare il discorso sull'individuazione, fisiologicamente incompleta, dei diritti particolari rientranti nelle due categorie richiamate nell'art. 2468, comma 3, c.c. può forse essere utile muovere dalla seconda, vale a dire quella composta dai diritti *riguardanti la distribuzione degli utili*, a cui pacificamente si riconosce una più ridotta portata operativa e sistematica.

Dall'esame della ormai cospicua letteratura sull'argomento, emerge qualche certezza e qualche dubbio.

Le certezze riguardano l'ammissibilità, indiscutibile, delle clausole che, nei limiti imposti dal divieto di patto leonino (art. 2265 c.c.)[66], attribuiscano ad alcuni soci privilegi nella divisione degli utili inerenti alla loro misura (fissa[67], in percentuale, aumentata in rapporto agli utili destinati agli altri soci)[68] e/o all'ordine in base al quale la distribuzione degli stessi avviene[69]. Parimenti ammissibili sono da ritenere le clausole che

[66] L'affermazione secondo cui la configurazione dei diritti particolari a carattere patrimoniale non può prescindere dalla osservanza del divieto di cui all'art. 2265 c.c. è pacifica: fra gli altri, V. Buonocore, *La società a responsabilità limitata*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di V. Buonocore, Torino, 2003, 152; A. Daccò (nt. 15) 406-407; R. Santagata (nt.11), 296.

[67] Purché, naturalmente, non si tratti di un diritto a percepire un interesse, come tale indipendente dal risultato della gestione: così, M. Notari, *Diritti «particolari» dei soci e categorie speciali di partecipazioni*, in *AGE*, 2003, 332; A. Daccò (nt. 15), 407.

[68] M. Maugeri (nt. 11), 1499 ss.; A. Daccò (nt. 15), 405 s.;

[69] V., per una ampia casistica , A. Santus – G. De Marchi, *Sui «particolari diritti» del socio nella nuova s.r.l.*, in *Riv. not.*, 2004, I,84 s.

riconoscono il diritto alla percezione degli utili conseguiti indipendentemente dalla delibera di distribuzione[70] e quelle che autorizzano a distribuire utili in natura[71]. Si tratta infatti di posizioni la cui attinenza alla fase della *distribuzione degli utili* è incontrovertibile.

I dubbi concernono, invece, una larghissima gamma di privilegi che, pur non riguardando la distribuzione di utili in senso tecnico, hanno comunque carattere patrimoniale: si pensi, ad esempio, alla postergazione nella partecipazione alle perdite e alla preferenza nella sottoscrizione di aumenti di capitale (o nell'accrescimento della quota a fronte dell'imputazione di riserve a capitale), nonché all'attribuzione, in sede di aumento di capitale a pagamento, di un diritto di opzione più che proporzionale rispetto al valore della partecipazione; o, ancora, all'assegnazione prioritaria (ovvero in natura) della quota di liquidazione. Infine, al riconoscimento di un "diritto particolare" di recesso (ad es.: *ad nutum*)[72].

Si tratta di prerogative che, eccezion fatta per l'ultima menzionata, configurerebbero ipotesi di diritti particolari cd. *quantitativi*, secondo la distinzione che si è proposta nel paragrafo precedente.

Il problema è che, in mancanza di una norma espressa che li contempli, il loro riconoscimento richiede una lettura estensiva dell'art. 2468, comma 3, c.c., che sembra ostacolata, dal tenore dell'art. 2468, comma 2, c.c. Tale disposizione, nel sancire la proporzionalità tra diritti sociali e partecipazione, fa infatti testualmente *salvo* "quanto disposto nel terzo comma", inducendo parte della dottrina a ritenere che quest'ultimo sia di stretta in-

[70] Malgrado si siano espressi dubbi al riguardo [R. Rosapepe (nt. 16), 483], tali clausole appaiono pienamente compatibili con il testo dell'art. 2468, comma 3, c.c. in cui si parla di diritti riguardanti la distribuzione degli utili, e non di diritti riguardanti gli utili distribuibili: e v. M. Maugeri (nt. 11), 1499, nt. 48.

[71] La distribuzione di *Sachdividende* è ritenuta ammissibile, dall'opinione prevalente, soltanto in presenza di una clausola statutaria che l'autorizzi: e v., per tutti, G. Santini, *Distribuzione di uitli in natura ?*, in *Giur. it.*, 1966, I, 1175 ss.; P. Abbadessa, *Recensione a Santini, Distribuzione di utili in natura ?*, in *Riv. soc.*, 1971, 1010 ss.; G. E. Colombo, *Il bilancio di esercizio, in Trattato delle società per azioni* diretto da G. E. Colombo e G. B. Portale, vol. 7*, Torino, 1994, 522; in senso più liberale, v. tuttavia, M. Stella Richter jr., *Sulla distribuzione di utili in natura*, in *Consiglio Nazionale del Notariato*, *Studi e materiali*, 6.1, 1998-2000, 638 ss., ed ora, ampiamente, C. Patriarca (nt. 61), 95 ss., che reputano sufficiente una deliberazione di autorizzazione approvata dall'assemblea ordinaria.

[72] Per un quadro dei diversi orientamenti, in rapporto alla possibile tipologia di "diritti particolari" cfr. L. A. Bianchi – A. Feller, *Commento all'art. 2468*, in *Commentario alla riforma delle società* diretto da Marchetti-Bianchi-Ghezzi-Notari. *Società a responsabilità limitata*, a cura di L. A. Bianchi, *Artt. 2462-2483 c.c.*, Milano, 2008, 319 ss.; nonché, ora, R. Santagata, (nt.11), 296. anche per l'ammissibilità di un diritto particolare privilegiato nella distribuzione, a determinate scadenza, di riserve disponibili costituite con utili accantonati

terpretazione[73] o configuri addirittura una disposizione eccezionale[74].

Il che impedirebbe il riconoscimento dell'ammissibilità di tutti i diritti particolari non strettamente attinenti alla distribuzione degli utili, indipendentemente dalla circostanza, da alcuni ritenuta rilevante, che si tratti o meno di situazioni di vantaggio riconducibili al concetto di *utile*, estensivamente inteso come *saldo attivo dell'intera attività*[75]. Gli è che anche un'interpretazione estensiva del solo riferimento agli *utili*, contenuto nell'art. 2468, comma 3, c.c., sarebbe da ritenere inammissibile, là dove si ravvisasse nel principio di proporzionalità una regola inderogabile dall'autonomia statutaria oltre i limiti fissati dal testo dell'art. 2468, comma 3, c.c.

Pertanto, ai fini della soluzione del problema della legittimità della variegata casistica di diritti particolari a contenuto patrimoniale non inclusi nel perimetro dei diritti *riguardanti la distribuzione degli utili*, appare ineludibile la questione di vertice se la previsione di cui all'art. 2468, comma 3, c.c. abbia o meno una portata sistematica, tale da giustificare il riconoscimento di un'ampia derogabilità statutaria del principio di proporzionalità.

In realtà, le considerazioni svolte in precedenza sul rapporto tra autonomia statutaria e principio di proporzionalità, e sul carattere elastico della figura dei diritti particolari, sarebbero già sufficienti a orientare verso la conclusione affermativa. E il discorso che si svolgerà in prosieguo sui diritti particolari attinenti all'amministrazione e sulla liceità di clausole attributive di un diritto di voto non proporzionale al valore della partecipazione fornirà ulteriori robusti argomenti in tal senso.

Può tuttavia qui aggiungersi che nella legge delega l'esigenza di valorizzare l'autonomia statutaria è richiamata proprio con specifico riferimento al profilo in discorso (v. art. 3, comma 2, lettera *f)* l. 366/2001), il che risulta incompatibile con una lettura riduttiva della norma che ne dovrebbe rappresentare la traduzione.

Inoltre, la gran parte dei diritti particolari attinenti alla distribuzione degli utili in senso stretto era già consentita dal vecchio testo dell'art. 2492 c.c.[76]. Sicché, un'interpretazione conforme ai criteri della legge delega, tutti volti ad ampliare gli spazi di autonomia riservati ai soci rispetto alla disciplina previgente, non può condurre al risultato che la rifor-

[73] In tal senso, P. Revigliono, (nt. 51), 1812; L. Abete (nt. 51), 299; E. Fazzutti, *Commento all'art. 2468 c.c.*, in *La riforma delle società. Commentario del d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6*, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, Torino, 2003, 53 ss.; sia pure in una prospettiva limitativa l'autonomia statutaria, L. A. Bianchi – A. Feller (nt. 72), 320 ss.

[74] A. Blandini (nt. 11), 50.

[75] M. Maugeri (nt. 11), 1499.

[76] E v., efficacemente, G. Santoni (nt. 21), 385.

ma si sia limitata, in materia, a consentire ciò che nel sistema anteriore era già pacificamente consentito[77], bensì, gioco forza, all'esito della riconducibilità alla categoria dei *diritti particolari riguardanti la distribuzione degli utili* delle diverse posizioni attive a contenuto patrimoniale sopra indicate.

Tra queste possono essere ben comprese la postergazione nella partecipazione alle perdite e la attribuzione di una posizione privilegiata in sede di aumento del capitale, la cui ammissibilità non sembra preclusa da altre norme imperative, malgrado i dubbi che al riguardo parte della dottrina ha avanzato.

Ed invero, per quanto riguarda le clausole di postergazione, non solo si deve escludere che collidano col divieto del patto leonino (art. 2265 c.c.), come oramai persuasivamente chiarito dalla dottrina prevalente[78] sulla base del rilievo che non determinano un'esenzione dalla partecipazione alle perdite, bensì una diversa graduazione nei rapporti tra soci, ma anche che le stesse siano incompatibili con l'art. 2482-*quater* c.c. Come si è opportunamente rilevato, quest'ultima disposizione si limita a regolare gli effetti della delibera di riduzione del capitale per perdite, escludendo che possa determinare una "modificazione delle quote di partecipazione e dei diritti spettanti ai soci"; perciò non attiene al profilo del riparto dell'eventuale residuo attivo in sede di liquidazione[79]. Inoltre, non risulta impedire ai soci di modulare statutariamente quote di partecipazione e diritti, di cui tener conto, appunto, in sede di riduzione del capitale per perdite, o di ripartizione del residuo attivo di liquidazione[80]; tale modulazione, ove operata con la tecnica dei diritti particolari, sarebbe comunque riconducibile alla volontà di tutti i soci, in virtù delle re-

[77] Lo riconosce, con molto chiarezza, anche R. SANTAGATA (nt.11), 295-296, secondo cui "la norma mira dunque ad affermare l'estrema libertà dell'autonomia statutaria nella configurazione del profilo patrimoniale della partecipazione sociale ed a cancellare quei vincoli da taluno ravvisati nell'imperio della disciplina previgente", pur nella diversa (e qui non condivisa) prospettiva (v. *supra* par. 3) che lo induce a concludere per l'inammissibilità della previsione di quote fornite di diritti particolari.

[78] In luogo di molti, sia pure con riguardo alle società azionarie, N. ABRIANI, *Il divieto del patto leonino*, Milano, 1994, 69 ss.; P. FERRO-LUZZI, *Riflessioni sulla riforma; I): la società per azioni come organizzazione del finanziamento di impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, I, 689 ss.; R. TETI, *Il rapporto partecipativo tra passato e presente: riflessioni a margine di un libro recente*, in *Studi per Franco Di Sabato*, IV, Napoli, 592 ss.; G. P. LA SALA (nt. 22), 106 s.; con specifico riferimento alla fattispecie dei diritti particolari dei soci nella s.r.l., fra gli altri, M. MAUGERI (nt. 11), 1502; R. SANTAGATA, (nt.11), 296-297.

[79] G. SANTONI (nt. 21), 386; R. SANTAGATA, (nt.11), 297.

[80] V. GIORGI, *Riduzione del capitale per perdite e diritti dei soci*, in *S.r.l. Commentario dedicato a G. B. Portale*, Milano, 2011, 992, ove anche il riferimento alla conforme *Massima* (n. 40) degli *Orientamenti elaborati dal Consiglio Notarile di Milano.*

gole (art. 2486, comma 4, c.c.) che disciplinano le modalità della loro introduzione nell'atto costitutivo.

Sotto altro profilo, il collegamento, imposto dall'art. 2468, comma 4, c.c., tra volontà di tutti i soci e previsione dei diritti particolari vale anche a dipanare ogni dubbio circa l'ammissibilità delle clausole che attribuiscano ad uno o più soci, secondo la tecnica di cui all'art. 2468, comma 3, c.c. e nel limite indicato nell'art. 2481-*bis*, comma 1, c.c.[81], una posizione privilegiata in sede di sottoscrizione di un aumento di capitale[82], senza che le stesse debbano necessariamente articolarsi in forma di rinuncia espressa ad esercitare il diritto di opzione in proporzione al valore delle partecipazioni posseduta[83], potendo reputarsi, a tale fine, sufficiente l'adesione espressa dal socio alla previsione statutaria del diritto particolare.

7. *Diritti particolari riguardanti l'amministrazione*

Ancora maggiore ampiezza deve essere riconosciuta all'altra categoria di diritti patrimoniali cui fa riferimento l'art. 2468, comma 3, c.c., alla luce della indefinita molteplicità delle posizioni che, nell'ambito dello svolgimento del rapporto sociale possono attenere all'*amministrazione*. Non v'è dubbio, infatti, che riguardano tale profilo non solo le competenze proprie dell'organo cui la stessa è affidata, ma anche quelle, comunque incidenti su aspetti relativi alla gestione, attribuite dalla legge o dallo statuto alla collettività dei soci (art. 2479 c.c.)[84].

Costituiscono, pertanto, diritti particolari riguardanti l'amministrazione, *in primis*, le prerogative statutariamente riconosciute ad uno o più soci in relazione all'adozione di decisioni di competenza dell'organo gestorio: si pensi al diritto di partecipare alle decisioni degli amministratori, o di essere consultati; oppure di autorizzare o esprimere il veto su alcune operazioni[85], o, ancora, di decidere, ai sensi dell'art. 2257, comma

[81] M. Maugeri (nt. 11), 1501 nt. 57.

[82] In quest'ordine di idee, M. Maugeri (nt. 11), 1501.

[83] Così invece, M. Maugeri (nt. 11), 1501, testo e nt. 57.

[84] E v. sul punto di P. Abbadessa, *L'assemblea: competenza*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da G. E. Colombo e G. B. Portale, vol. 3*, 2000, 3 ss.

[85] Si è opportunamente osservato G. Santoni (nt. 21), 385, che non possono invece considerarsi espressione di particolari diritti di amministrazione, i poteri e le prerogative derivanti ai soci nominati amministratori, derivanti dal comb. disp. artt. 2475, comma 3°, 2257 e 2258 c.c., e segnatamente il diritto di opposizione dell'amministratore disgiunto, ovvero il diritto di veto in concreto riconosciuto all'amministratore congiunto (all'unanimità).

3, c.c., sull'opposizione dell'amministratore disgiunto[86]. Circa l'ammissibilità di una previsione statutaria che configuri siffatti diritti, che paiono rappresentare il prototipo dei *Sonderrechte*[87] relativi all'amministrazione previsti dall'art. 2468, comma 3, c.c., v'è sostanziale concordia di opinioni[88], come pure ampiamente diffusa è l'affermazione della legittimità della clausola che attribuisca ad uno o più soci il diritto ad essere nominati amministratori[89].

Più delicata è la questione della ammissibilità di clausole che assegnano ad uno o più soci particolari poteri in ordine a decisioni, incidenti sulla gestione, che la legge o l'atto costitutivo affidano alla competenza dei soci. Il riferimento è, in particolare, alla nomina e alla revoca degli amministratori (ma non dei sindaci[90]), alla determinazione del loro compenso o, ancora, alle decisioni di approvazione del bilancio o di emissione di titoli di debito ove prevista dallo statuto (art. 2479 c.c.), nonché agli atti di gestione che l'atto costitutivo può riservare alla competenza dei soci (*ex* art. 2475, comma 1, c.c.).

Al riguardo, l'autonomia statutaria potrebbe conferire ad uno o più soci, prescindendo del tutto dall'entità della loro partecipazione, il potere di esprimere un parere vincolante o il veto, oppure di concorrere alla

[86] E. Fusco, *I modelli "alternativi" di amministrazione nella società a responsabilità limitata*, Campobasso, 2009, 89 s., con la puntualizzazione [per la quale v. già G. Santoni (nt. 21), 385] che il diritto particolare non può consistere, invece, nello stesso diritto di opposizione, trattandosi di potere che spetta indefettibilmente ai soggetti investiti dalla funzione gestoria; R. Santagata, (nt.11), 292.

[87] Naturalmente, il riferimento alla figura delineata dal § 35 è qui da intendersi in senso atecnico. Come noto, infatti, nella tradizione tedesca di *Sonderrechte* si parla con riguardo ai diritti dei soci intangibili dalla maggioranza (per tutti, K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht*[4], Carl Heymanns Verlag, Koln, Berlin, Bonn, Munchen, 2002, 558 secondo cui *Vorzugsrechte (Sonderrechte) sind Mitgliedschaftsrechte, die einem Mitglied durch Satzung oder Gesellschaftsvertrag eingeräumt werden und ihm eine unentziehbare Vorzugstellung einräumen*), e tale accezione è stata recepita anche dalla dottrina italiana, che la utilizza come sinonimo di "diritti individuali speciali" [per tutti, A. Mignoli, *Le assemblee speciali*, Milano, 1960, 147 ss.; più recentemente, A. Daccò (nt.15), 408], intangibili senza il consenso del titolare. Il che non può dirsi per i diritti di cui all'art. 2468, comma 3, c.c., la cui modifica non è subordinata al consenso dell'avente diritto, bensì a quello di tutti i soci, a meno che non sia diversamente previsto dallo statuto (art. 2468, comma 4, c.c.): e v. sul punto, M. Perrino (nt. 10) 831; A. Daccò (nt.15), 409.

[88] Cfr. R. Santagata, (nt.11), 290.

[89] In tal senso, fra gli altri, M. Stella Richter (nt. 24), 287; G. Santoni (nt. 21), 384, C. Caccavale, *L'amministrazione, la rappresentanza e i controlli, in La riforma della società a responsabilità limitata*[2], a cura di Caccavale-Magliulo-Maltoni-Tassinari, Milano, 2007, 498

[90] L'art. 2400 c.c., applicabile alla s.r.l. in virtù del rinvio contenuto nell'art. 2477, comma 4, c.c., non consente infatti alcuna deroga statutaria in materia: e v. R. Santagata, (nt.11), 292.

loro approvazione insieme agli altri soci, ma in misura più che proporzionale rispetto alla quota posseduta. In quest'ultimo caso, il diritto particolare configurerebbe, ad un tempo, deroga all'art. 2468, comma 2, c.c. e all'art. 2479, comma 5, c.c.

Anche relativamente all'ammissibilità di tali figure sembra ormai essersi consolidata un'opinione in prevalenza favorevole[91], eccezion fatta per quelle relative alla nomina e revoca degli amministratori, che parte della dottrina ritiene illegittime, a meno che consistano in un mero potere di proposta[92].

In realtà, le argomentazioni a sostegno delle opinioni restrittive non meritano di essere condivise, in quanto postulano l'esistenza, nella s.r.l., di vincoli all'autonomia statutaria, di dubbio fondamento e, comunque, inidonei a suffragare la conclusione della illegittimità delle previsioni statutarie in parola.

Per escludere l'ammissibilità di un diritto a designare gli amministratori, ci si è, ad esempio, appellati alla causa societaria, rilevando che il conferimento di siffatto potere a singoli soci intaccherebbe illegittimamente il profilo dell'*esercizio in comune* dell'attività (art. 2247 c.c.), là dove la scelta dei gestori dell'iniziativa economica attiene al contenuto minimo della funzione imprenditoriale[93]. Affermazione che, oltre a non tener in debito conto la portata "legittimante" degli artt. 2468, comma 3, e 2475, comma 1, c.c., trascura che a fondamento del diritto particolare di nomina degli amministratori (e quindi dello stesso atto di nomina), vi sarebbe pur sempre la volontà di tutti i soci[94].

In altra prospettiva, si è fatto riferimento all'esigenza di non alterare *l'assetto di governo della s.r.l. e il peculiare equilibrio che la riforma del diritto societario ha voluto istituire fra prerogative dei singoli soci e poteri dei gestori*, per argomentare l'inammissibilità del conferimento a singoli soci

[91] E v., fra gli altri, M. NOTARI (nt.67), 330 ss.; R. SANTAGATA, (nt.11), 292; G. P. LA SALA, *I principi comuni all'assemblea e agli altri metodi decisionali. Le materie riservate*, in *S.r.l. Commentario dedicato a G. B. Portale*, Milano, 2011, 801 s.

[92] G. ZANARONE (nt. 17), 952.

[93] G. ZANARONE (nt. 17), 954.

[94] I rilievi formulati nel testo, peraltro, appaiono sufficienti anche a superare l'obiezione (G. CAPO, *Il governo dell'impresa nella nuova era della società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 506; più recentemente, R. VIGO, *Decisioni dei soci: competenze*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum G. F. Campobasso*, 3, Torino, 2006, 461) fondata sull'esistenza di una presunta riserva di competenza, a favore degli stessi, sancita dall'art. 2479, comma 2, n. *2)*, c.c. Riserva che escluderebbe la legittimità del conferimento del potere di nomina a singoli soci. Sul punto v. centrata replica di R. SANTAGATA, (nt.11), 290-291.

di un potere di revoca degli amministratori[95]; potere, peraltro, considerato incompatibile con la previsione che subordina l'iniziativa individuale per la revoca giudiziale, all'esistenza di gravi irregolarità (art. 2476, comma 3, c.c.).

Anche tale opinione lascia perplessi.

Da un lato, appare difficilmente contestabile che il diritto di revoca degli amministratori, al pari di quello di nomina, *riguardi l'amministrazione* e sia, dunque, pienamente attratto all'ambito di applicazione di una norma, quale l'art. 2468, comma 3, c.c., centrale nel delineare *l'equilibrio fra prerogative dei singoli soci e poteri dei gestori.* Dall'altro, non può sfuggire l'ontologica diversità tra una revoca proveniente *ab externo*, come quella giudiziale, e una revoca comunque fondata su un principio organizzativo riferibile alla volontà unanime dei soci, quale, appunto, quella disposta in esercizio del "diritto particolare".

In definitiva, non sembrano esservi ostacoli al pieno esplicarsi dell'autonomia dei soci, anche rispetto alla configurazione diritti particolari *riguardanti l'amministrazione*, che investano i profili della nomina e revoca degli amministratori.

Ciò tuttavia non significa che la *Gestaltungsfreiheit* non incontri alcun limite in relazione alla definizione statutaria dei poteri individuali incidenti sull'ambito gestorio.

Un primo limite invalicabile è costituito da due riserve di competenza inderogabilmente sancite dalle norme che si occupano dell'organizzazione interna delle s.r.l.: quella, a favore dell'assemblea, disposta dall'art. 2479, comma 4, c.c., con riguardo alle decisioni che comportano una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale e quella, a favore degli amministratori, prevista dall'art. 2475, comma 5, c.c. in tema di redazione del progetto di bilancio, dei progetti di fusione e di scissione, e di aumento delegato del capitale[96]. Riserve di competenza che appaiono *ictu oculi* incompatibili con l'attribuzione di un potere decisorio a singoli soci.

Un secondo limite, più ampio, riguarda tutte le decisioni a carattere gestorio riferibili al catalogo delle materie affidate alla competenza dei soci dall'art. 2479, comma 2, c.c.: *in primis* quella relativa all'approvazione del bilancio. In relazione a tali materie, deve recisamente escludersi

[95] G. Scognamiglio, *La revoca giudiziale degli amministratori*, in *S.r.l. Commentario dedicato a G. B. Portale*, Milano, 2011, 682. Nel senso dell'ammissibilità v., tuttavia, fra gli altri, A. Blandini (nt. 11), 121 ss.; L. Parrella, *La revoca volontaria degli amministratori di s.r.l.*, Milano, 2010, 166; R. Santagata, (nt.11), 291; con il limite dell'esistenza di una giusta causa L. Abete (nt.51), 298.

[96] Bene sul punto, A. Daccò (nt.15), 404, cui *adde*, da ultimo, G.P. La Sala (nt. 91), 802.

che sia possibile configurare, a beneficio di uno o più soci, un diritto particolare che lo legittimi ad assumere direttamente la relativa decisione[97].

Decisiva, sul punto, appare non tanto la circostanza che si tratta di materie *in ogni caso riservate alla competenza dei soci* dall' art. 2479, comma 2, c.c., in quanto, come si è visto, tale riserva non è pregiudicata dall'impiego della tecnica statutaria dei diritti particolari. Piuttosto, l'attribuzione di un autonomo potere decisionale a singoli soci sugli argomenti in parola, risulta in palese contrasto col principio di intangibilità del diritto individuale di partecipazione alle decisioni di cui all'art. 2479 c.c., desumibile dal combinato disposto del quinto comma di tale disposizione e dall'art. 2479-*ter*, comma 3, c.c., che assoggetta al regime aggravato della cd. invalidità triennale le decisioni prese in assenza assoluta di informazione[98].

8. *Diritto di voto e principio di proporzionalità*

Il discorso svolto nel paragrafo precedente esaurisce l'analisi sul significato e sull'ambito di applicazione dell'art. 2468, comma 3, c.c., ma non quella sulla portata sistematica delle deroghe al principio di proporzionalità dallo stesso introdotte.

Resta infatti ancora da affrontare il quesito se l'autonomia statutaria possa alterare la regola del voto ponderale contemplata nell'art. 2479, comma 5, c.c. oltre quanto stabilito dalla previsione sui diritti particolari *riguardanti l'amministrazione*, che, per comune affermazione, costituiscono categoria diversa da quella dei cd. diritti amministrativi.

Alla soluzione di tale quesito è legato il giudizio sulla validità di una serie di clausole ritenute prima della riforma prevalentemente inammissibili: si pensi, ad esempio, a quelle che prevedono l'arricchimento della posizione di singoli soci attraverso la previsione del voto plurimo o multiplo, del cd. *casting vote*, del diritto di veto, o a quelle che, in prospettiva opposta, introducono meccanismi in base ai quali il diritto di voto viene assegnato in misura meno che proporzionale rispetto alla partecipazione posseduta, per effetto di limitazioni di carattere quantitativo (voto scalare, voto massimo) o qualitativo. Clausole che a seconda della loro specifica formulazione potrebbero, di volta in volta, dar luogo ad un *di-*

[97] In tal senso, G. SANTONI (nt. 21), 384 nt. 26; R. SANTAGATA, (nt.11), 292; aperta invece appare la posizione M. NOTARI (nt. 67), 331.

[98] Sia dato rinviare, anche per riferimenti, a G. PALMIERI, *L'invalidità delle decisioni dei soci*, *Trattato delle società a responsabilità limitata*, diretto da C. Ibba e G. Marasà, IV, Padova, 208 ss.

ritto particolare sulla falsariga di quanto previsto nell'art. 2468, comma 3, c.c., ovvero ad una partecipazione fornita di caratteristiche particolari, ovvero ancora, a una regola organizzativa di portata generale.

Sul punto, l'orientamento prevalente, in questo scorcio di applicazione della riforma, è in senso negativo[99]. Rispetto al profilo della partecipazione del socio alle decisioni sociali lo spazio riservato all'autonomia pare di gran lunga minore rispetto a quello predicato per gli altri diritti sociali, malgrado la vistosa breccia aperta nel principio di proporzionalità dalla previsione dell'art. 2468, comma 3, c.c. che, nel legittimare l'attribuzione a singoli soci di diritti particolari riguardanti l'amministrazione, viene indubbiamente a incidere anche sul suddetto principio[100].

Tale atteggiamento preclusivo non è tuttavia condivisibile, essendo oggi venuti meno i presupposti normativi che, prima della riforma, obbligavano a considerare la regola del voto ponderale non suscettibile di deroga statutaria. Al riguardo, appare utile concentrare l'attenzione sul problema delle partecipazioni a voto plurimo che possono essere considerate una sorta di "campione" delle fattispecie in questione, in quanto dall'affermazione della loro inammissibilità si è spesso desunta quella dell'invalidità delle altre clausole statutarie di deroga alla regola sancita dall'art. 2479, comma 5, c.c.[101].

Nel vigore della precedente disciplina l'opinione largamente prevalente le riteneva inammissibili per due ordini di ragioni: il primo, era fondato sul principio già enunciato nell'art. 2485 c.c. che prevedeva un voto per ogni mille lire (o euro) di quota; il secondo riposava sul divieto, previsto per la s.p.a., di emissione di azioni a voto plurimo (art. 2351 c.c.), giudicato espressivo di un'imprescindibile esigenza di parità di trattamento dei soci riguardo al diritto di voto ed in quanto tale suscettibile di applicazione analogica alla s.r.l.[102].

[99] Fra gli altri, L. Salvatore, *L'organizzazione corporativa nella nuova s.r.l.: amministrazione, decisioni dei soci e il ruolo dell'autonomia statutaria*, in *Contr. e impr.*, 2003, 1361; A. Santus – G. De Marchi, *Sui «particolari diritti» del socio nella nuova s.r.l.*, in *Riv. not*., 2004, I, 91; G. Guerrieri, sub *artt. 2479-2479* ter, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. Maffei Alberti, III, Padova, 2005, 2035; A. Mirone, *Le decisioni dei soci nella s.r.l.: profili procedimentali*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Torino, 2006, 498-499; M. Sciuto, *Autonomia statutaria e coefficienti di personalizzazione della quota nella s.r.l. artigiana*, in *RDS*, 2009, 228; G. D'Attorre (nt. 15), 121; Uff. Reg. Imprese di Perugia, 2 aprile 2004, in *Riv. not*., 2004, II, 1542.

[100] N. Salanitro (nt. 10), 76, nt. 15.

[101] V., ad esempio, Trib. Napoli, 28 settembre 1988, in *Giur. comm*., 1991, II, 327, con nota di G. Palmieri, *Nomina dei nuovi ammnistratori* ex *art. 2393*[3]*, conflitto d'interessi e* casting vote.

[102] Per ulteriori ragguagli, v. G. Palmieri (nt. 101), 332 ss; P. M. Sanfilippo, *Funzione amministrativa e autonomia statutaria nelle società per azioni*, Torino, 2000, 362 testo e nt. 271.

Con la riforma del 2003 il quadro si è radicalmente modificato. Da un lato, non v'è più traccia della regola "un voto per ogni euro di quota"[103]; dall'altro, ed è questo il dato decisivo, la portata sistematica del divieto di emissione delle azioni a voto plurimo, mantenuto nel nuovo art. 2351, comma 4, c.c., risulta vistosamente ridimensionata con riferimento alle s.p.a. chiuse[104].

Inequivocabile in tal senso è il nuovo art. 2351, comma 3, c.c. che legittima tali società ad inserire nel proprio statuto clausole, come quelle di voto scalare o di voto massimo, che implicano una partecipazione al voto non proporzionale alla partecipazione. Tale facoltà di deroga al criterio del voto ponderale (art. 2351, comma 1, c.c.) viene peraltro ad aggiungersi a quella, concessa a tutte le s.p.a. nel limite della metà del capitale sociale, di prevedere azioni senza diritto di voto, a voto limitato, o a voto condizionato (art. 2351, comma 2, c.c.), oppure "norme particolari" (ad es. voto di lista) per la nomina alle cariche sociali (art. 2368, comma 1, c.c.)[105].

In tale contesto, appare evidente che il divieto di emissione di azioni a voto plurimo, pur mantenuto nel corpo della disciplina azionaria, non esprime più un principio generale ed inderogabile di parità di trattamento quanto al voto, trovando piuttosto spiegazione, come si è opportunamente osservato, in suggestioni di continuità storica[106]. Anzi, dalle nuove norme emerge chiaramente che il grado di cogenza del principio del voto ponderale si riduce progressivamente col ridursi della base della compagine sociale, con evidenti implicazioni per le s.r.l. nelle quali non è sostenibile che tale principio, anche in considerazione del potenziamento dell'autonomia statutaria realizzato dalla riforma, possa avere portata imperativa superiore a quella che lo stesso assume nelle società azionarie.

[103] Sulle implicazioni della soppressione della regola "un voto per ogni euro di quota", cfr. M. Maltoni, sub *art. 2468*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. Maffei Alberti, III, Padova, 2005, 1817; V. De Stasio (nt. 52), 133 s.

[104] D'altra parte, che dal confronto tra il vecchio e il nuovo testo dell'art. 2351 c.c. emerga una significativa perdita di cogenza del principio capitalistico in favore di una dilatazione degli spazi riservati all'autonomia privata, costituisce rilievo ampiamente diffuso. E cfr., in quest'ordine di idee, L. Calvosa, *L'emissione di azioni riscattabili come tecnica di finanziamento*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, 202 ss.; C. F. Giampaolino, *Le azioni speciali*, Milano, 2004, 170 ss.; P. Lucantoni, *Il valore del voto nelle società aperte: spunti per una ricostruzione in termini di efficienza delle norme*, in *Nuovo diritto societario e analisi economica del diritto*, Milano, 2005, 323 ss.; A. Pomelli, *Rischio d'impresa e potere di voto nella società per azioni: principio di proporzionalità e categorie azionarie*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 510 ss.; A. Stagno d'Alcontres, *Commento all'art. 2351*, in *Società di capitali. Commentario* a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, I, Napoli, 2004, 303).

[105] V., ampiamente, G. P. La Sala (nt. 22), 45 ss.

[106] Il rilievo è di A. Stagno d'Alcontres (nt. 104), 302.

Alla luce delle considerazioni appena svolte, appare ragionevole trarre la conclusione che che il divieto sancito dall'art. 2351, comma 4, c.c. non può essere applicato in via analogica alle s.r.l e che non sussistono impedimenti all'introduzione, negli statuti di tali società, delle deroghe al principio del voto ponderale sopra descritte; deroghe che, essendo volte a valorizzare la posizione di alcuni soci con l'attribuzione di prerogative speciali (veto, *casting vote*, voto plurimo), o a mantenere inalterato l'assetto della compagine nonostante l'incremento di singole partecipazioni (voto scalare, voto massimo), appaiono pienamente coerenti con i caratteri del modello di società a responsabilità limitata delineato dalla riforma. Anzi, accertata la derogabilità del principio del voto ponderale, ci si può anche spingere a sostenere l'ammissibilità dell'introduzione statutaria del sistema del voto capitario, che parte della dottrina ha già valutato compatibile con la disciplina della s.p.a.[107].

Conclusione diversa deve invece valere per le clausole che privassero alcuni soci del diritto di voto, la cui illiceità emerge a lume del principio, inderogabilmente fissato dall'art. 2479, comma 5, c.c., di intangibilità del diritto di partecipazione dei soci alle decisioni sociali [108], ai fini della cui osservanza, soprattutto in un contesto che consente decisioni a collegialità minima, non sembra sufficiente la garanzia rappresentata dal solo diritto di informazione o di impugnativa[109].

9. *Ammissibilità di quote fornite di diritti particolari*

Dal discorso che si è svolto sui "diritti particolari dei soci" ai sensi dell'art. 2468, comma 3, c.c. emerge che la nuova disciplina della s.r.l., sotto il profilo della valorizzazione della persona dei soci, garantisce una maggiore flessibilità del modello rispetto a quella del 1942. Si tratta tuttavia di una costatazione ancora non sufficiente a ritenere che sul piano

[107] E v. A. Blandini, *Le azioni a voto limitato nella riforma*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 486; E. Cusa, *Il socio finanziatore nelle cooperative*, Milano, 2006, 298; G. D'Attorre (nt. 15), 167 ss.; nonché, ampiamente, G. P. La Sala, *Principio capitalistico e voto non proporzionale nella società per azioni*, Torino, 2011, 161 ss.; in senso contrario, A. Angelillis(- M.L. Vitali) (nt. 34) 447 ss.; M. Libertini- A. Mirone- P. M. Sanfilippo, *Commento all'art. 2351*, in *Commentario romano al nuovo diritto delle società* diretto da d'Alessandro, II, t. 1, Padova, 2010, 275.

[108] Sul punto v. *supra* par. 8, nota 98. Nel senso dell'ammissibilità v., invece, G. P. La Sala, 801 s., limitatamente alle materie che si ritiene possano costituire oggetto di particolari diritti; con ampia argomentazione, M. Speranzin (nt.10), 211 ss. Nel senso del testo v., invece, P. Rainelli, *Consenso e collegialità nella s.r.l.: le decisioni non assembleari*, Milano, 91.

[109] Così, invece, M. Speranzin (nt.10), 215.

della diversificazione dei diritti la nuova disciplina sia più elastica della precedente, almeno se si afferma, con una parte della dottrina, che al riconoscimento dell'attribuzione di diritti particolari faccia riscontro la preclusione alla creazione di partecipazioni fornite di diritti particolari[110].

È infatti opportuno ricordare che nel vigore della disciplina del 1942, l'opinione largamente prevalente era favorevole alla creazione di quote fornite di diritti particolari[111], ad esempio quote privilegiate nella distribuzione degli utili o nella liquidazione[112], quote di godimento[113], secondo alcuni anche quote a voto plurimo[114]. Orbene, se si ritenesse precluso ai soci di agganciare diritti particolari alle partecipazioni anziché alla persona dei soci, sarebbe ragionevole concludere che la disciplina attuale, in realtà, non ha ampliato l'autonomia statutaria rispetto alla disciplina del 1942; piuttosto, ha optato per un'impostazione diversa che consente una diversificazione delle posizioni dei soci, limitatamente all'esercizio dei diritti attinenti all'amministrazione della società o alla divisione degli utili, purché non legata alla quota.

Malgrado l'opinione contraria goda di un non trascurabile consenso, ritengo, ribadendo un'opinione già altrove espressa[115], che la disciplina attuale non osti alla creazione di partecipazioni fornite di diritti particolari[116].

[110] Fra gli altri, anche se talvolta senza distinguere tra quote fornite di diritti particolari e categorie di quote, R. Rosapepe (nt. 16), 481; , P. Spada (nt. 23), 505; P. Revigliono (nt. 51), 1814; G. Santoni (nt. 21), 392; G. Zanarone (nt. 17), 521; R. Santagata, (nt.11), 285; con specifico riguardo alle quote fornite di particolari diritti amministrativi; M. Maugeri (nt. 11), 1493 ss.

[111] Lo rimarca, opportunamente, A. Daccò (nt. 15), 401. Taluno si spingeva, anzi, ad affermare la legittimità delle categorie di quote, A. Mignoli, *Le assemblee speciali*, Milano 1960, 348 s.; G. Santini, *Società a responsabilità limitata*[4], in *Commentario* Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1992, 39 s.

[112] A. Graziani, *Diritto delle società*[5], Napoli, 1962, 456; G. Santini (nt. 111), 39 s., anche per ulteriori riferimenti

[113] G. Santini (nt. 111), 36; in senso contrario, G. C. M. Rivolta, *La società a responsabilità limitata*, *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuiato da F. Mengoni, XXX, t. 1, Milano, 1982,166.

[114] Per riferimenti, G. Palmieri (nt. 101), 332 ss.

[115] G. Palmieri, *Gli adeguamenti statutari delle s.r.l. nella disciplina ordinaria*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, I, 355-356.

[116] F. Tassinari, *La partecipazione sociale di società a responsabilità limitata e le sue vicende: prime considerazioni*, in *Riv. not.*, 2003, 1424; M. Pinnarò, *Commento all'art. 2468*, in *Società di capitali. Commentario* a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, III, Napoli, 2004, 1499; A. Tricoli (nt. 15), 1047; O. Cagnasso (nt. 5), 139 ss.; A. Blandini (nt. 11), 185 ss. anche per la persuasiva critica dell'opinione [P. Spada, (nt.23), 505] che afferma l'intrasferibilità del diritto particolare attinente all'amministrazione argomentando dalla disciplina sulla circolazione della partecipazione dell'accomandatario nella s.a.s.; con molta cautela, A. Daccò (nt. 15), 397 ss.; V. De Stasio (nt. 52), 146 s.].

Al riguardo, va osservato *in limine* che la distinzione tra diritti particolari attribuiti a singoli soci e partecipazioni fornite di diritti particolari è da ricercare, prima ancora che sul piano della fattispecie, sul piano della disciplina; in primo luogo con riferimento alla circolazione. Ed invero, parlare di quote fornite di diritti particolari significa legare tali diritti alla partecipazione, prima ancora che alla persona del socio, con la conseguenza inevitabile che, diversamente da quanto accade per le posizioni indicate nell'art. 2468, comma 3, c.c.[117], se ne dovrà ammettere la trasferibilità unitamente alla quota, come per tutti i diritti sociali che la compongono. Tali diritti saranno dunque liberamente trasferibili, a meno che lo statuto non limiti la loro circolazione o quella della quota.

Sul punto, l'opinione preclusiva muove da una specifica indicazione contenuta nella *Relazione* in cui si afferma che la previsione di quote fornite di diritti particolari implicherebbe una oggettivizzazione della partecipazione sociale e quindi una perdita del collegamento con la persona del socio, cui invece fa specifico riferimento l'art. 3 lett. *a)* della legge delega (l. n. 366/2001). In realtà, solidi argomenti militano a favore della soluzione permissiva. *In primis*, il principio della rilevanza centrale del socio, evocato dalla *Relazione*, come già rilevato in precedenza[118], si affianca e non prevale su quello di autonomia statutaria che, non a caso, è richiamato con specifico riferimento al profilo della partecipazione sociale dall'art. 3, comma 2, lett. *f)*. Ne deriva che il principio della rilevanza centrale del socio non può porsi come limite all'autonomia statutaria, se non si traduce in norme imperative, il che non è avvenuto con l'art. 2468, comma 3, c.c. Tale norma si limita a prevedere, in deroga al principio di cui all'art. 2468, comma 2, c.c., che di-

[117] D'altra parte, se si parte dalla premessa, indicata con chiarezza dall'art. 2468, commi 3 e 4, c.c., che si tratta di posizioni legate alla persona del socio e non alla sua quota la questione del loro trasferimento, non ha ragione di porsi: il diritto particolare non segue normalmente le vicende della partecipazione [così, invece, isolatamente, E. Fazzutti, *Commento all'art. 2468 c.c.*, in *La riforma delle società*, a cura di Sandulli-Santoro, Torino, III, 2003, 58; per l'opposta opinione, recentemente, A. Mondani, *Il trasferimento della quota munita di diritti particolari*, in *Banca, borsa e tit. cred*., 2010, I, 469, ivi opportuni riferimenti], né costituisce limite alla circolazione della stessa. Pertanto, esso si estingue, se viene ceduta per intero la partecipazione; resta in capo al cedente se la cessione è soltanto parziale [e v., in quest'ordine di idee, M. Pinnarò (nt.118), 1501; A. Daccò (nt. 15), 398-399; V. De Stasio (nt. 52), 145; G. F. Campobasso, *Diritto commerciale, 2. Diritto delle società*[8], a cura di M. Campobasso, Torino, 2012, 575]. Tutto ciò fatta salva una diversa disposizione dell'atto costitutivo, che potrebbe prevedere l'attribuzione al cessionario della quota del diritto particolare già assegnato al cedente, senza che ciò ne alteri la sua natura di diritto particolare *ex* art. 2468, comma 3, c.c. [in senso diverso, tuttavia, A. Carestia, in *S.r.l.*, *La riforma del diritto societario*, a cura di Lo Cascio, VII, Milano, 2003, 103; R. Rosapepe (nt.16), 485 s.; Stella Richter (nt. 29) 28].

[118] *Supra* par. 3

ritti particolari siano attribuiti a singoli soci, senza escludere affatto che gli stessi possano essere statutariamente riferiti alla partecipazione.

Non si comprende poi la ragione per cui l'"oggettivizzazione" della partecipazione cui darebbe luogo la creazione di quote fornite di diritti particolari del socio sarebbe incompatibile con la disciplina della s.r.l., posto che la *relatio* tra circolazione della partecipazione e trasferimento diritti sociali, nel sistema, rappresenta la regola e non l'eccezione, senza che la circostanza sia mai stato interpretata come uno snaturamento delle specifiche caratteristiche della *Mitgliedschaft* nel tipo indicato nell'art. 2462 c.c. rispetto a quella propria dei modelli azionari.

Sotto altro profilo, è la stessa affermazione secondo cui la previsione di quote munite di diritti particolari contrasta con il criterio della valorizzazione della persona del socio *ex* art. 3 lett. *a)* l. delega ad apparire poco condivisibile, al di là delle considerazioni svolte in precedenza[119] sulla inidoneità del criterio in parola a fungere da limite all'autonomia statutaria. Al contrario, si tratta di una tecnica diversa rispetto a quella indicata nell'art. 2468, comma 3, c.c., ma, a ben vedere, volta al medesimo obiettivo. Non è infatti arduo intuire che l'arricchimento di singole partecipazioni sociali, con particolari prerogative amministrative o patrimoniali, valorizza la posizione dei loro titolari in misura non inferiore rispetto a quella dei soci ai quali siano attribuiti diritti secondo lo schema dell'art. 2468, comma 4, c.c.: basti pensare alla facoltà, che hanno i primi e non i secondi, di disporre liberamente di tali diritti con la cessione della quota. D'altra parte, anteriormente alla riforma del 2003 nessuno dubitava che la previsione statutaria di "quote particolari" costituisse nella s.r.l. strumento di accentuazione dell'elemento personalistico[120].

Peraltro, se il divieto di prevedere partecipazioni dotate di diritti particolari non pare potersi fondare sul criterio di cui all'art. 3 lett. *a)* della l. delega, parimenti da escludere è che possa argomentarsi dal principio di proporzionalità sancito nell'art. 2468, comma 2, c.c., alla luce della accertata derogabilità dello stesso.

Né appare condivisibile la ricorrente affermazione secondo cui la creazione di quote fornite di diritti particolari sarebbe preclusa dal divieto di incorporare le partecipazioni dei soci in azioni (art. 2468, comma 1, c.c.)[121], anche a prescindere dall'adesione al recente orientamento che non

[119] *Supra* par. 3

[120] Con specifico riguardo alle quote a voto plurimo v. G. Zanarone, *Il tipo s.r.l. e l'autonomia delle parti*, in *Trattato di diritto comm. e di dir. pubbl. econom.*, diretto da F. Galgano, VIII, Padova, 1985, 90.

[121] P. Spada (nt. 23), 505; G. D'Attorre (nt. 15), 121.

considera il divieto in parola incompatibile con un'oggettivizzazione (e/o standardizzazione) delle partecipazioni sociali operata in via statutaria, interpretandolo piuttosto come ostativo alla loro cartolarizzazione[122]. L'arricchimento di una partecipazione sociale attuata mediante il riconoscimento di un vantaggio particolare lascia, infatti, del tutto impregiudicata la consueta tecnica legale di imputazione dei diritti sociali nella s.r.l., venendo ad incidere soltanto sul profilo contenutistico della prima. Il che esclude che il diritto particolare riferito alla quota determini una "oggettivizzazione" della partecipazione maggiore rispetto a quella riconoscibile, indipendentemente dall'attribuzione di prerogative speciali, in virtù del naturale collegamento tra diritti e partecipazioni sociali.

Piuttosto, il divieto di cui all'art. 2468, comma 1, c.c. sembra precludere la creazione di categorie di quote[123], posto il legame esistente tra la tecnica azionaria e la suddivisione in categorie di frazioni del capitale sociale[124].

Un cenno merita, infine, il problema delle condizioni in base alle quali possono essere costituite quote fornite di diritti particolari *manente societate*.

Se, come si è ritenuto, alla norma sui diritti particolari dei soci deve essere attribuito rilievo sistematico sotto il profilo della derogabilità del principio di proporzionalità, appare ragionevole assegnare un rilievo non diverso alle regole che la stessa pone in ordine alle modalità del loro inserimento nello statuto (o di una loro eventuale modifica). In questa prospettiva, non è azzardato sostenere che anche l'introduzione di una clausola che configuri una partecipazione fornita di *diritti particolari* richieda quel collegamento necessario con la volontà di tutti i soci che l'articolata disciplina dell'art. 2468, comma 4, c.c. comunque garantisce.

Analogamente, per quanto concerne il diritto di recesso, non sembra fuori luogo assimilare l' introduzione di una partecipazione fornita di diritti particolari (o la loro rilevante variazione) ad una "rilevante modificazione dei diritti attribuiti ai soci a norma dell'art. 2468, quarto comma", cui fa riferimento l'art. 2473, comma 1, c.c.[125].

[122] P. Abbadessa, *Commento all'art. 2325*, in *Società di capitali. Commentario* a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, I, Napoli, 2004, 6; N. de Luca, *Partecipazione «azionaria» e tipicità delle società di capitali*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, 908.

[123] In tal senso, invece, M. Notari (nt. 67), 325; M. Pinnarò (nt.118), 1499.

[124] E v. A. Blandini (nt. 11) 203 ss., pur propenso a riconoscere l'ammissibilità, nella s.r.l., di categorie di soci [in senso analogo, su quest'ultimo punto, R. Santagata (nt. 11), 286; M. Sciuto (nt. 99), 231].

[125] In quest'ottica, la vicenda potrebbe configurare una fattispecie legale di recesso "implicita" [sulla quale v. P. Frigeni *Recesso del socio,* in *S.r.l. Commentario dedicato a G. B. Portale*, Milano, 2011, 466). Ritengono, invece, che il regime della modifica delle clausole statutarie attributive di poteri *ad personam* diversi da quelli riferibili all'art. 2468, comma 3, c.c., resti quello di una qualsiasi modifica dell'atto costitutivo, L. A. Bianchi – A. Feller, (nt. 72), 321.

LORENZA PAOLONI

La "sottazione" delle terre coltivabili ed il fenomeno del *land grabbing**

"Il pianeta non ci appartiene, siamo noi ad appartenergli.
Noi siamo di passaggio, lui rimane"
(P. RABHI, *Manifesto per la terra e per l'uomo*, Torino 2011, 17)

SOMMARIO: 1. Acquisizione su larga scala delle terre coltivabili, accesso alla terra e diritto al cibo. - 2. Appropriazione delle terre ed investimenti: le due facce di una medaglia. - 3. Regolamentazione dell'utilizzo responsabile della terra. La terra come "bene comune".

1. *Acquisizione su larga scala delle terre coltivabili, accesso alla terra e diritto al cibo*

Nel presente contributo si affronterà il tema della "sottrazione" su ampia scala delle terre coltivabili, site in territori extranazionali, da parte di governi e imprese che intendono assicurarsi l'autosufficienza alimentare o produrre alimenti per il mercato globale, attraverso la coltivazioni delle aree agricole estere; i soggetti investitori possono anche decidere di programmare la produzione di biocarburanti o semplicemente di attuare delle mere speculazioni finanziarie, acquistando o affittando i terreni stranieri per lunghi periodi oppure lasciandoli incolti, in attesa che i prezzi incrementino, secondo una pratica diffusa e consolidata riconducibile al c.d. *Land Banking*.

In base ai dati contenuti nell'ultimo Rapporto di analisi di OXFAM del 22 settembre 2011[1] , è stato accertato che soltanto nei paesi in via di sviluppo dal 2001 circa 227 milioni di ettari di terra (un'area grande quanto l'Europa occidentale) sono stati venduti o affittati a investitori internazionali e la maggior parte di queste acquisizioni è avvenuta negli ultimi due anni.

* Il presente contributo è in corso di pubblicazione su *Riv. dir. agr.*, n. 2, 2012

[1] Rapporto Oxfam Italia, *La nuova corsa all'oro. Lo scandalo dell'accaparramento delle terre nei paesi del Sud del Mondo* , 22 Settembre 2011disponibile in www.oxfamitalia.org/coltiva. Oxfam è un grande network internazionale di organizzazioni di paesi diversi impegnato per ottenere un maggior impatto nella lotta globale contro la povertà e l'ingiustizia.

Questa "caccia alla terra" oltre confine, ad una terra che dati incontrovertibili denunciano come sempre più scarsa ed a breve insufficiente a soddisfare la domanda crescente di cibo, è stata interpretata come una nuova fase della crisi alimentare del 2008 ed è stata anche rappresentata come la terza onda della delocalizzazione, che ha riguardato prima il settore manifatturiero nel 1980 e poi quello dell'informazione tecnologica nel 1990.

Il fenomeno è, senz'altro, l'espressione più manifesta del nuovo (o rinnovato) interesse del mondo finanziario nei confronti dell'agricoltura, che ha contribuito, secondo la FAO, a causare l'impennata dei prezzi di grano, riso e soia, che tra il 2006 e il 2008 hanno toccato livelli molto elevati; tale evento di portata mondiale , e cioè la crisi economica-agricola-ambientale-energetica, ha spinto poi alcuni paesi importatori di prodotti alimentari ad assicurarsi la terra dove costa poco o nulla, al fine di coltivare il necessario a nutrire la propria popolazione. Come è stato efficacemente sintetizzato, governi nazionali e investitori privati di paesi "finance-rich, resource-poor" guardano ai paesi "finance-poor, resource-rich" per assicurarsi cibo ed energia per i bisogni interni futuri.

Anche l'Italia partecipa alla "corsa alla terra" ed è, anzi, al primo posto in Europa. Alcuni grandi gruppi societari italiani (Eni, Agroils, Benetton, Fri El-Green Power) hanno già investito in terreni esteri (Patagonia, Congo, Marocco, Senegal, Camerun, Ghana, Indonesia) per circa 1,5 milioni di ettari.

Si parla, al riguardo, di *Land Grabbing*[2], un fenomeno recente ed ormai diffuso su scala planetaria che contraddistingue forme di accaparramento, appropriazione e concentrazione della terra coltivabile sita in territori extra-nazionali, operate da soggetti privati e pubblici, al fine principale (ma non esclusivo) di produrre cibo destinato all'esportazione [3]. Detto fenomeno è altresì descritto come una forma di usurpazione o di vero e proprio *saccheggio*[4] delle terre e, segnatamente, della rendita discendente dal profitto che si trae dal fatto di acquisire o controllare per un lun-

[2] L'argomento è stato già indagato in q. riv. da E. Grandi, *Uno sguardo sul Land Grab*, in *Riv. dir. agr*., 2011, II, 92

[3] L'International Food Policy Research Institute (IFPRI) ha stimato che dai 15 ai 20 milioni di ettari di terreni agricoli sono stati oggetto di negoziazioni o transazioni negli ultimi cinque anni, una superficie corrispondente a circa l'intera area agricola della Francia e ad un quinto di tutta quella dell'Unione Europea (in M. Kugelman , S. L. Levenstein, (eds.), *Land Grab? The Race for the World's Farmland, Woodrow Wilson International Center for Scholars*, Washington, D.C. , 2009, *Introduction*, 1)

[4] Sulle varie declinazioni del termine "saccheggio" si rinvia a U. Mattei e L. Nader, *Il saccheggio. Regime di legalità e trasformazioni globali*, Milano 2010

go periodo superfici agricole straniere.

Il *Land Grabbing* assume, così, i connotati di una nuova ed inedita forma di colonialismo, non necessariamente plasmata sull'archetipo "paesi ricchi contro paesi poveri" essendo presente anche un asse sud-sud, composto da aziende di paesi emergenti (India, Cina, Brasile, Sud Africa) verso paesi in via di sviluppo. Si evidenzia, cioè, un conflitto inedito ed al contempo drammatico tra due esigenze fondamentali per i popoli del pianeta: il diritto al cibo dei paesi *ospiti* e la ricerca della *sicurezza alimentare* (ma anche energetica)[5] dei paesi stranieri.

Jacques Diouf, nella sua veste di Direttore generale della FAO, aveva già affermato profeticamente, all'epoca di uno dei primi tentativi, falliti, di *Land Grabbing* (il caso Daewoo, in Madagascar[6]) : "Il rischio è che si crei un patto neocolonialista per la fornitura di materie prime senza valore aggiunto da parte dei paesi produttori, a condizioni inaccettabili per i lavoratori agricoli"[7].

Lo scenario che si propone non è nuovo di per sé: basti richiamare alla mente le grandi piantagioni di caffè, banane, zucchero e cacao del periodo colonialista classico[8]. Ciò che cambia, come è stato osservato, è che il fenomeno oggi si è istituzionalizzato e c'è un "maggiore coinvolgimento dei governi preoccupati di rafforzare soprattutto la propria sicurezza alimentare, ma in una certa misura anche quella energetica, scommettendo sui biocarburanti"[9] che diventano le coltivazioni alternative a

[5] Per una comprensione dell'attuale tensione mondiale verso la *Food security* e delle sue implicazioni si richiama, da ultimo, il bel saggio di A. Jannarelli, *Cibo e democrazia: un nuovo orizzonte dei diritti sociali*, in Goldoni-Sirsi, *Il ruolo del diritto nella valorizzazione e nella promozione dei prodotti agro-alimentari*, Atti del Convegno Pisa 1-2 luglio 2011, Milano, 2011, 33

[6] L'Express de Madagascar , 19/1/2012, http://farmlandgrab.org/post/view/19905

[7] Financial Times, 19/8/2008, http://farmlandgrab.org/2458

[8] Molti, indimenticabili, romanzi della letteratura del primo novecento sono stati dedicati al tema dello sradicamento dei contadini dalle loro terre ed alle sue tragiche conseguenze. In un articolo su "La terra", in *La Gazzetta del Mezzogiorno*, martedì 20 settembre 2011, G. Nebbia ricorda: "M. Mitchell nel romanzo "Via col vento" (1937) racconta che, dopo la guerra di secessione americana (1861-1865), i capitalisti degli stati del Nord compravano a prezzi stracciati le terre dei "signori" del Sud ed il vecchio O'Hara ricorda alla figlia Rossella, che vorrebbe adeguarsi alle nuove regole economiche: "La terra è la sola cosa per cui valga la pena di vivere e morire, la sola cosa che duri". Il libro "Furore" (1939) di John Steinbeck racconta il dramma delle famiglie di piccoli agricoltori che, negli anni della grande crisi degli anni trenta, vengono cacciate via dalle loro piccole proprietà dalle banche con cui si erano indebitate e sono costrette a migrare verso terre lontane o ostili a cercare lavoro da salariati. Riccardo Bacchelli, nel libro "Il mulino del Po" (1939), racconta la storia dei piccoli agricoltori del Polesine costretti, dal nuovo padrone delle loro terre, a diventare salariati".

[9] F. Roiatti, *Il nuovo colonialismo. Caccia alle terre coltivabili*, Milano 2010, 57

quelle destinate all'approvvigionamento alimentare. La storia della recente "corsa alla terra" è, comunque, una storia di crescenti pressioni su una risorsa naturale dalla quale dipende la sicurezza alimentare di milioni di persone povere.

Troppi investimenti fondiari hanno comportato espropriazioni, inganni, violazioni dei diritti umani e hanno distrutto vite umane. In ogni caso, si ribadisce, il motore principale di questo fenomeno di rilevanza planetaria è il profitto ed i governi svolgono il compito di agevolare la conclusione di accordi da parte delle aziende private, che materialmente acquistano o prendono in affitto ed amministrano i terreni, creando così una commistione tra interessi pubblici e privati[10].

2. *Appropriazione delle terre ed investimenti: le due facce di una medaglia*

Il fenomeno in esame viene, tuttavia, visto dagli osservatori internazionali anche sotto una luce diversa.

Per la World Bank, così come anche per alcuni settori interni alla FAO, le sopradette modalità di appropriazione della terra sono considerate alla stregua di proficue forme di investimento nei paesi in via di sviluppo, in grado di apportare risorse finanziarie in realtà geografiche deprivate economicamente ma ricche di risorse naturali, quali la terra, l'acqua, le foreste, etc. In linea con tale orientamento, si trovano anche diversi paesi poveri che rifiutano il concetto di *accaparramento* della terra e sostengono la necessità di attirare valuta straniera per sostenere gli sforzi per lo sviluppo interno.

Secondo questa prospettiva, la cessione delle terre nelle mani di investitori stranieri agevolerebbe il processo di crescita e modernizzazione del paese beneficiario. Si è infatti sostenuto[11] che gli investimenti sulla terra possono sì colpire il diritto al cibo ed altri diritti umani fondamentali nei paesi in via di sviluppo sotto capitalizzati ma essi possono, altresì, risultare vantaggiosi se gli investitori si impegnano a creare delle utilità per le popolazioni interessate quali: programmi di educazio-

[10] F. Roiatti, *Il nuovo*., cit., 58; l'autrice sottolinea come sia difficile districarsi nelle varie tipologie di accordi per scorgerne le finalità, essendo che "molti di questi accordi sono sottoscritti dai nuovi protagonisti della scena mondiale: i fondi d'investimento, gli hedge fund e le grandi banche, per tradizione piuttosto riservati sui dettagli della propria attività"

[11] Si veda FAO, *Report on the Symposium on Legal Aspects of Large Scale Investments in Land: Implications for Food Security and Rural Development*, Rome, March 4th 2011, cui hanno partecipato i massimi esperti della problematica in esame rappresentanti il mondo dell'accademia, le agenzie internazionali, le organizzazioni non governative, gli investitori.

ne, servizi sociali per la cura della salute e la costruzione di alloggi, realizzazione di infrastrutture (strade, ponti, elettricità e reti di acqua potabile). Detti investimenti, collaterali a quello principale sulla terra, possono direttamente ed indirettamente generare lavoro e contribuire all'economia del paese ed alle sue infrastrutture.

Tale visione che induce a giustificare, per alcuni aspetti, l'attività di sottrazione delle aree coltivabili ai detentori locali, può essere, in realtà, facilmente smentita guardando ad alcune esperienze di *Land Grabbing* che si stanno realizzando in paesi altamente industrializzati, quali il Canada, ove la richiesta di superfici coltivabili è molto aumentata in questi ultimi anni soprattutto da parte della Cina[12]. I vasti territori della regione canadese sono assai appetibili per molti paesi esteri in quanto poco costosi ed abbondanti di risorse naturali (terre disabitate, acqua, foreste, ect.) così che essi vengono ceduti a società private oppure vengono inclusi nei fondi pensione, una forma di investimento che guarda con crescente interesse alle *commodities* e, tra queste, in modo privilegiato alle aree agricole.

Tali fondi sono gestiti prevalentemente da grandi imprese finanziarie ben liete di inserire nel loro portafoglio degli investimenti sia la terra che le imprese agricole[13].

Anche lo speciale *Rapporteur* presso l'ONU per il diritto al cibo, Olivier De Shutter[14] - e con lui molti settori dei movimenti sociali e delle organizzazioni della società civile - ha criticato il tentativo, sostenuto in particolare dalla World Bank, di rendere più "responsabili" (RAI) questi investimenti di vasta scala sulle aree agricole produttive perché una volta che la terra viene venduta o concessa in affitto agli investitori stranieri, costoro punteranno ad uno sfruttamento di tipo intensivo giungendo , così, a sottrarre alle comunità locali di agricoltori non solo le terre ma anche il loro potere di scegliere quale tipo di coltivazioni realizzare e, conseguentemente, in che modo affrontare il problema della fame.

In particolare, il Relatore ha esplicitamente ammonito che tali investimenti potrebbero avere un impatto negativo sul diritto all'alimentazione ed altri diritti umani in quanto: 1) possono comportare uno "sfratto" forzato dell'agricoltore che sovente non è titolare di alcun diritto di

[12] S. Elton, *Investors are buying up our farmland and making traditionalists nervous*, www.farmlandgrab.org

[13] Per alcuni dati sul punto, si richiama Grain, *In the global farmaland grab,* June 2011, www.grain.org.

[14] O. De Schutter, *Report submitted by the Special Rapporteur on the right to food*, A/HRC/16/49, Human Rights Council, ONU, 2010

proprietà sulla terra che ha lavorato per anni; 2) possono causare la perdita dell'accesso alla terra per le popolazioni indigene e le comunità dedite alla pastorizia; 3) possono determinare l'aumento della richiesta di risorse idriche; 4) possono ridurre la sicurezza alimentare perché le comunità locali non possono accedere alle risorse produttive o il loro paese diventa dipendente dagli aiuti alimentari.

In conclusione, secondo il panorama delle opinioni dominanti, l'appropriazione di terreni agricoli al di fuori dei confini domestici, può rientrare per un verso nel noto paradigma *win-win* ovvero in una forma virtuosa di investimento che, alla fine, non scontenta o danneggia alcuno dei soggetti coinvolti in quanto risulterebbero tutti vincitori: le nazioni *insicure,* in termini di approvvigionamento alimentare, possono accrescere il loro accesso alle risorse agricole beneficiando, nello stesso tempo, le nazioni *ospiti* con investimenti in capitale umano e infrastrutture agricole e accrescendone le opportunità di accesso ai mercati, occupazionali e di sviluppo delle conoscenze[15]. Per altro verso si stigmatizzano gli effetti deleteri di questa pratica di sottrazione delle terre, diffusa generalmente ma non esclusivamente nei paesi poveri come si diceva poc'anzi, che assume i connotati del *neo-colonialismo*[16].

In entrambi i casi, va rimarcato, ciò che viene a mancare è proprio il presupposto fondamentale del riconoscimento del *bene terra* come risorsa comune appartenente anche alle collettività locali che non sono messe nella condizione di esprimere il loro consenso libero, preventivo ed informato, rispetto agli interventi stranieri sulle loro terre e di partecipare ai processi di utilizzazione delle stesse.

3. *Regolamentazione dell'utilizzo responsabile della terra. La terra come "bene comune"*

Le acquisizioni su larga scala di terre *overseas* non possono essere considerate un investimento come gli altri, perché molte sono le implicazioni sociali, economiche e politiche che esse comportano; inoltre "cedere porzioni considerevoli di territorio per molti anni e in cambio di pochi dollari è un'ipoteca che ricade sulle spalle delle generazioni future"[17].

[15] F. Alfano e A. Giuliodori, *Land grabbing: opportunità o rischi per lo sviluppo dell'agricoltura?*, http://www.agriregionieuropa.it/, anno 6, n. 22, settembre 2010

[16] Un'analisi dettagliata di alcune situazioni emergenti nel mondo è compiuta da S. Liberti, *Land Grabbing. Come il mercato delle terre crea il nuovo colonialismo*, Roma, 2011

[17] F. Roiatti,*Il nuovo,* cit., X

E' allora necessario che vengano definiti quadri di riferimento chiari e trasparenti, sui quali si devono uniformare i vari protagonisti dell'intervento nelle aree agricole al momento della stipula di contratti ed accordi che legano, anche per lunghi periodi, le società straniere ai governi/popolazioni locali.

L'esigenza di una regolamentazione nell'utilizzo delle terre sull'intero pianeta è stata avvertita da più parti e si era già parlato di un Codice di condotta internazionale mirato ad assicurare l'acquisizione di terre straniere in modo economicamente, socialmente ed ecologicamente sostenibile.[18]

La FAO, sulla spinta delle maggiori associazioni contadine mondiali e della società civile, ha costituito un gruppo di lavoro per la stesura di Linee Guida Volontarie, rivolte ai governi di tutto il mondo, aventi ad oggetto proprio il responsabile utilizzo della terra e delle risorse naturali anche al fine di prevenire la riduzione della biodiversità agricola e la minaccia del diritto all'accesso al cibo certo, sicuro e nutriente per le popolazioni dei paesi che cedono le loro superfici coltivabili.

Come si anticipava nelle pagine precedenti, le modalità di esercizio del *Land Grabbing* sono le più varie e non sempre note perché gli accordi che vengono conclusi in molti casi non sono trasparenti o pubblici. Si va , così, dall'acquisto delle terre agricole al loro affitto, di durata lunga o lunghissima, spesso con canoni risibili o inesistenti perché, per il paese ospite, è importante ottenere la realizzazione di strutture od anche perché sovente i terreni non sono coltivati ma svolgono altre funzioni importanti per il sostentamento (diretto o indiretto) delle popolazioni indigene e, dunque, il loro valore economico è oggettivamente basso. Altre modalità note di manifestazione del fenomeno del *Land Grabbing* sono gli accordi di joint-venture od anche accordi molto generici stipulati direttamente con i capi di governo o delle comunità indigene ed i *contract farming*.

I soggetti che comprano/affittano sono, segnatamente, fondi di investimento privati, banche d'affari che li gestiscono, investitori pubblici, governi locali.

[18] M. Kugelman, *Land Grab*, cit., 8 sostiene che tali codici "would emphasize transparency, respect for land rights (including customary rights), benefits-sharing, environmental sustainability, and adherence to national trade policies-including the host country's right to restrict exports "during times of crisis"". Sul punto si richiama inoltre, N. Cuffaro., D. Hallam , *"Land Grabbing" in Developing Countries: Foreign Investors, Regulation and Codes of Conduct*, Working paper, March, n.3/2011 http://www3.dipartimenti.unicas.it/Dipartimento-di-Scienze-Economiche/Working-Papers.

Contemporaneamente, si registra una crescente concentrazione del bene *terra* nelle mani di pochi soggetti a seguito di acquisizioni su vasta scala, vere e proprie forme di accaparramento e cioè di possesso e/o controllo di quantità di terra sproporzionate nelle dimensioni rispetto alla misura media delle proprietà di terra delle regioni di riferimento e, contemporaneamente, lo spossessamento delle terre (in molti casi detenute senza titoli scritti) e la privatizzazione di risorse comuni, sulle quali le popolazioni locali hanno esercitato, per consuetudine, diritti collettivi di uso o gestione. Le imprese, investendo i propri capitali, trasformano le terre in grandi pascoli per l'allevamento "industriale" del bestiame da carne o in colture intensive di piante "energetiche", capaci di produrre alcol come surrogato della benzina o biodiesel, per rispondere alle crescenti richieste di carburanti alternativi a quelli del petrolio.

Si è a ragione affermato che "per molti dei popoli coinvolti nelle acquisizioni su larga scala, la terra non è una *commodity*, una semplice materia prima. E' diversa da petrolio, diamanti o rame, è un simbolo culturale, una forza spirituale, una ricchezza che non si può pagare con i soldi"[19].

Nelle economie rurali dei paesi più poveri la terra assume, infatti, una particolare caratterizzazione, non solo ai fini dell'autosufficienza alimentare e della sussistenza delle popolazioni locali ma anche per il valore spirituale e simbolico ad essa riconnesso.

Si ritiene che "la terra è il luogo sacro dove riposano gli antenati e dove i padri del popolo hanno deciso di interrompere il viaggio e fermarsi per dare vita a una nuova comunità"[20]. Essa rappresenta l'identità culturale di un popolo ed è difficile per le popolazioni indigene, dei paesi in via di sviluppo ma anche per quelli sviluppati, accettare l'idea che essa possa essere *svenduta*.

La concentrazione della terra coltivabile nelle mani di pochi soggetti accompagnata dal cambiamento di destinazione d'uso è, peraltro, un fenomeno che colpisce anche i paesi sviluppati con conseguenze rilevanti per l'agricoltura locale e tipica e, più in generale, per il diritto a produrre degli agricoltori estromessi dai processi produttivi tradizionali per consentire un utilizzo "diverso" delle aree agricole.

In Italia, ad esempio, si è registrato un forte aumento della richiesta di terra per usi non propriamente agricoli quali: la realizzazione di insediamenti turistici; le esigenze logistiche della crescente globalizzazione dell'industria agroalimentare; la coltivazione di biocarburanti; l'in-

[19] F. Roiatti, *Il nuovo*, cit., XI
[20] F. Roiatti, *Il nuovo*, cit, 111

stallazione di impianti (eolici, fotovoltaici, etc,) da utilizzare per la produzione di energia alternativa; il soddisfacimento delle richieste degli speculatori finanziari; l'attuazione di programmi di conservazione; le esigenze di spazio per la realizzazione di progetti per la mitigazione del cambiamento climatico, etc. Tali interventi sulla proprietà terriera risultano, come è palese, di natura non sempre rispondente ai principi costituzionali (art. 44) che propugnano il perseguimento, attraverso l'imposizione di obblighi e vincoli da parte della legge, del "razionale sfruttamento del suolo" inteso, secondo la traduzione più moderna e condivisa dalla dottrina, quale "uso sostenibile della terra".

E così mentre tra il 2000 ed il 2007 si è perso il 22% delle aziende agricole e solo il 2% della superficie agricola è, contemporaneamente, aumentato il numero di tutte le aziende con una superficie maggiore di 30 ettari. Il 4% cento delle aziende agricole, le più grandi, secondo i recenti dati ISTAT, oggi possiede, infatti, un terzo della superficie coltivabile e la stragrande maggioranza dei piccoli contadini si accontenta di appena un quinto: insomma, "a pochi tantissimo e a tanti pochissimo".

L'acquisizione delle superfici agricole da parte di imprese/governi stranieri e l'utilizzo dei suoli per coltivazioni estensive spesso non sostenibili o destinate alla produzione di energia verde, minacciano, altresì, la biodiversità agricola che è di per sé un bene comune dell'intera umanità [21] nonché l'accesso al cibo, tutelato e regolamento all'interno della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948 (art. 25) e da altre successive Convenzioni internazionali nell'ottica di prevenire forme di accaparramento che potrebbero pregiudicare i diritti dei singoli.

Il diritto al cibo sta a significare che "ciascun uomo, donna o bambino, da solo o in comunità, ha in qualunque momento accesso fisico ed economico al cibo adeguato, o ai mezzi per procurarselo"[22], in modo da potersi nutrire dignitosamente con il sostegno dello Stato che, tra i suoi compiti, ha anche quello di porre in essere misure idonee ad evitare che soggetti esterni impediscano o limitino la popolazione nell'alimentarsi adeguatamente e ne minaccino sia la sicurezza alimentare che la sovranità alimentare, che è un concetto di nuova acquisizione anche nel panorama giuridico[23].

[21] Sul punto, sia consentito il richiamo a L. Paoloni, *Diritti degli agricoltori e tutela della biodiversità*, Torino, 2005

[22] L. Cotula (a cura di), *The Rights to Food and Access to Natural Resources: Using Human Rights Arguments and Mechanism to Improve Resource Access for the Rural Poor,* FAO, *Rome* 2008, 14

[23] La sovranità alimentare consiste, infatti, nel diritto di ogni popolo o comunità a definire le proprie politiche agrarie in materia di alimentazione e a scegliere il proprio modello o i propri modelli di produzione agro-alimentare anche attraverso la regolazione del

Come è stato efficacemente rilevato "governi ed investitori, desiderosi di concludere l'affare, non consultano le popolazioni, tendono a ignorare diritti consuetudinari e, soprattutto, a non tenere in considerazione il patrimonio spirituale e culturale racchiuso nella *terra madre*: un concetto difficile da contemplare in un contratto"[24] ma che sottende un'amara verità: la terra sta diventando una merce.

La terra, il suolo in particolare, per l'economia classica è un bene a scarsità assoluta, di fatto non riproducibile. La limitatezza fisica della terra costituisce un vincolo assoluto alla crescita senza fine ed è in evidente contrapposizione con il *trend* dello sviluppo moderno cui si sta assistendo per cui la crescita economica, cosa diversa dallo sviluppo e dallo sviluppo sostenibile, legittima il trasferimento, in modo illimitato, del suolo originariamente destinato all'agricoltura ad altre finalità economiche in quanto ogni altra attività è in grado di generare, rispetto all'agricoltura, "un maggior flusso di reddito per unità di superficie".

Secondo la collocazione che ne è stata fatta di recente partendo dalla famosa classificazione di Empedocle[25], la "terra" trova accoglienza nell'ampio contenitore dei beni comuni materiali naturali e dunque non può essere definita utilizzando esclusivamente i parametri dell'economia classica che riconducono il valore di tale bene al suo mero valore di scambio, quanto ricorrendo a criteri di solidarietà sincronica e diacronica.

Ed è proprio nel *bene terra*, secondo la particolare accezione di essa qui proposta ovvero di risorsa naturale, che si esprime al meglio la natura del bene comune. Non si tratta, infatti, di un bene che costituisce la somma di beni privati né presenta le caratteristiche di un bene pubblico, perché in tali categorie giuridiche prevale il connotato individualistico e non è richiesta alcuna azione congiunta tra i soggetti coinvolti. Il bene comune si fonda su un rapporto diretto tra persone, mediato dall'uso dei beni, in cui l'interesse di ogni individuo si realizza insieme a quello degli altri non già contro, come accade per il bene privato, né a prescindere da, come avviene con il bene pubblico.

Di fronte a questo genere di beni, si sostiene che per garantire un'equa distribuzione dei frutti dello sviluppo occorre un coinvolgimento dei sog-

mercato locale in modo da promuovere e realizzare uno sviluppo sostenibile che si appunti, in particolare, sull'agricoltura contadina (di autoconsumo ed approvvigionamento, del commercio di prossimità) che è fondamentale nel sistema agroalimentare mondiale ove almeno 1,5 miliardi di individui dipendono dalle aziende di piccola scala che producono l'80% del cibo nel mondo

[24] F. Roiatti, *Il nuovo*, cit., 156

[25] G. Ricoveri, *Beni comuni vs merci*, Milano, 2010, 33 ss.

getti locali e la cooperazione tra essi nonché la predisposizione di procedure trasparenti ed efficienti di consultazione e divulgazione delle conoscenze[26].

In questa precisa direzione si stanno muovendo, come si è già anticipato, le organizzazioni non governative, gli esponenti della società civile e delle associazioni contadine coinvolti nel processo di stesura delle Linee Guida Volontarie (*Guidelines on the Responsible Governance of Tenure of Land, Fisheries and Forests*), uno strumento di *soft law* internazionale promosso appunto dai movimenti sociali contadini e dalla società civile, e negoziato con i governi all'interno del Comitato Mondiale per la Sicurezza Alimentare (CFS) della FAO, per un accesso alla terra più sostenibile ed una *governance* responsabile dell'utilizzo delle aree coltivabili[27].

Accanto a questo processo intrapreso sotto il patrocinio della FAO, la mobilitazione e l'impegno della società civile e delle organizzazioni non governative hanno condotto anche all'emanazione di due importanti documenti diretti a sensibilizzare l'opinione pubblica sul fenomeno del *Land Grabbing*.

Il primo è costituito dalla Dichiarazione di Tirana, del 26 maggio 2011, "Securing land access for the poor in times of intensified natural resources competition" siglata dall'International Land Coalition (ILC), composta da 116 organizzazioni: gruppi di base ma anche istituzioni intergovernative come la Banca Mondiale e l'Oxfam. Un passaggio importante di tale Dichiarazione è costituito dalla denuncia di tutte le forme di *Land Grabbing*[28], nazionali ed internazionali.

[26] L. Cassibba , B. Giau e S. Novelli, *Tutela e consumo di suolo agricolo in Piemonte*, www.agriregionieuropa.it, anno 6, n. 22, 61

[27] Sul tema è in corso di referaggio, presso l'apposito comitato della rivista "Questione Agraria", l'articolo di A. Onorati-L. Paoloni, *Regulation of Large Scale Acquisition of Land. Another Paradigm is Possible*.

[28] "Denunciamo tutte le forme di land grabbing, nazionali e internazionali. Denunciamo accaparramenti di terre che avvengono a livello locale, in particolare da potenti elites locali, quelle che avvengono tra comunità diverse o all'interno delle stesse famiglie. Denunciamo gli accaparramenti di terra su larga scala, che sono accelerati negli ultimi tre anni, e che definiamo come acquisizioni o concessioni che avvengono: (i) in violazione dei diritti umani, in particolare del diritto all'eguaglianza delle donne; (ii) senza essere fondati sul consenso libero, preventivo, informato delle comunità che utilizzano quella terra; (iii) senza essere basati su una attenta valutazione sociale, economica, ambientale, e condotta in base a criteri di genere; (iv) senza essere basati su contratti trasparenti che specificano accordi chiari e vincolanti sulle attività, sui posti di lavoro, e sulla ricaduta dei benefici; (v) senza essere basati su una effettiva pianificazione condotta in modo democratico, con una supervisione imparziale, e un approccio partecipativo".

L'altro rilevante documento, più radicale, è la Dichiarazione di Dakar[29] contro il *Land Grabbing*, sviluppata nell'ambito del "World Social Fo-

[29] **Dakar Appeal against the land grab**: "We, farmers organizations, non-governmental organizations, religious organizations, unions and other social movements, gathered in Dakar for the World Social Forum 2011:

Considering that small and family farming, which represent most of the world's farmers, are best placed to: meet their dietary needs and those of populations, ensuring food security and sovereignty of countries, provide employment to rural populations and maintain economic life in rural areas, key to a balanced territorial development, produce with respect to the environment and to the conservation of natural resources for future generations; Considering that recent massive land grabs targeting tens of millions of acres for the benefit of private interests or third states - whether for reasons of food, energy, mining, environment, tourism, speculation or geopolitics - violate human rights by depriving local, indigenous, peasants, pastoralists and fisher communities of their livelihoods, by restricting their access to natural resources or by removing their freedom to produce as they wish, and exacerbate the inequalities of women in access and control of land; Considering that investors and complicit governments threaten the right to food of rural populations, that they condemned them to suffer rampant unemployment and rural exodus, that they exacerbate poverty and conflicts and contribute to the loss of agricultural knowledge and skills and cultural identities ; Considering also that the land and the respect of human rights are firstly under the jurisdiction of national parliaments and governments, and they bear the greatest share of responsibility for these land grabs;

We call on parliaments and national governments to immediately cease all massive land grabs current or future and return the plundered land. We order the government to stop oppressing and criminalizing the movements of struggle for land and to release activists detained. We demand that national governments implement an effective framework for the recognition and regulation of land rights for users through consultation with all stakeholders. This requires putting an end to corruption and cronyism, which invalidates any attempt of shared land management.

We demand that governments, the Regional Unions of States, FAO and other national and international institutions immediately implement the commitments that were made at the International Conference on Agrarian Reform and Rural Development (ICARRD) of 2006, namely securing land rights of users, the revival of agrarian reform process based on a fair access to natural resources and rural development for the welfare of all. We ask that the elaboration process of the FAO Guidelines on Governance of Land and Natural Resources be strengthened, and that they are based on Human Rights as defined in the various charters and covenants - these rights being effective only if binding legal instruments are implemented at the national and international level to impose on the states compliance with their obligations. Moreover, each state has to be held responsible for the impact of its policies or activities of its companies in the countries targeted by the investments. Similarly, we must reaffirm the supremacy of Human Rights over international trade and finance regimes, which are sources of speculation on natural resources and agricultural goods.

Meanwhile, we urge the Committee on World Food Security (CFS) to definitively reject the World Bank principles for responsible agricultural investment (RAI), which are illegitimate and inadequate to address the phenomenon, and to include the commitments of the ICARRD as well as the conclusions of the International Assessment of Agricultural Knowledge, Science and Technology for Development (IAASTD) in its Global Framework for Action.

rum" tenutosi in Senegal a febbraio 2011. Gli autori dell'appello chiedono al Comitato per la sicurezza alimentare mondiale (CFS) di rigettare l'iniziativa, promossa dalla FAO, di dettare dei principi per gli investimenti responsabili in agricoltura (RAI), in quanto tali investimenti sono comunque illegittimi ed inadeguati e non possono contribuire a ridurre il fenomeno dell'accaparramento delle terre agricole. Chiedono, altresì, ai parlamenti ed ai governi di tutto il mondo, oltre che alle organizzazioni operanti nel settore ed alla società civile, la restituzione delle terre alle comunità locali in modo da riaffermare la supremazia dei fondamentali Diritti dell'uomo sui regimi commerciali e finanziari internazionali che costituiscono la fonte più aggressiva della speculazione sulle risorse naturali ed i beni dell'agricoltura.

Dal punto di vista storico, giuridico ed economico, come è stato anche di recente ribadito dalla più importante studiosa - a livello mondiale – della materia dei *commons*, i beni comuni naturali, e dunque anche la terra, rappresentano delle risorse collettive condivise, amministrate ed auto-gestite dalle comunità locali[30] ; è stato altresì rimarcato, che "la specificità dei diritti collettivi impliciti nei beni comuni è quella di fornire alle comunità locali mezzi di sussistenza che non sono merci, nel quadro di un'organizzazione sociale e produttiva collettiva, dando sicurezza e autonomia alle comunità locali e garantendo nel contempo la sostenibilità ecologica delle risorse su cui i diritti insistono"[31] .

Del resto, come risulta evidente dalle considerazioni fin qui svolte, il fenomeno analizzato conduce ad una compressione del diritto di accedere alla terra, qui intesa non soltanto nella sua accezione tradizionale di bene produttivo ma anche di risorsa naturale, uno speciale bene comune sul quale si appuntano anche interessi diversi come quelli, ad esem-

We demand that states, regional organizations and international institutions guarantee people's right to land and support family farming and agro-ecology. Appropriate agricultural policies should consider all different types of producers (indigenous peoples, pastoralists, artisanal fishermen, peasants, agrarian reform beneficiaries) and answer specifically to the needs of women and youth.

Finally, we invite people and civil society organisations everywhere to support - by all human, media, legal, financial or popular means possible - all those who fight against land grabs and to put pressure on national governments and international institutions to fulfil their obligations towards the rights of people.

We all have a duty to resist and to support the people who are fighting for their dignity!

Sincerely,"

[30]E. Ostrom, *Governing the Commons*, trad. it., *Governare i beni collettivi*, Marsilio, Venezia 2006

[31] G. Ricoveri, *Beni comuni vs merci,* Milano, 2010, 94

pio, dei popoli indigeni per i quali il legame con la terra rileva sia dal punto di vista delle utilità materiali ma anche delle ricchezza spirituale.

Il fenomeno dell'accaparramento della terra, qui in esame, va dunque ad intaccare anche la sfera delicata dei beni comuni (materiali ed immateriali) e delle molteplici utilità che le comunità territoriali ritraggono dalla loro gestione in quanto la terra, diversamente da quello che sta accadendo nel sistema economico liberista e globalizzato che è alla radice del *Land Grabbing*, non può essere considerata una "merce" o una *commodity*.

Al riguardo sembra utile riportare una recente, quanto eccezionale (rispetto al *mainstream*) sentenza della Suprema Corte indiana[32] , che ha puntato il dito proprio su un caso di sottrazione alle comunità locali di una porzione di territorio oltre ad essere comune a tutte le popolazioni autoctone insediate nei pressi, forniva risorse ed utilità di vario genere e ne ha rilevato proprio la natura di "bene comune".

Oggetto della controversia , sottoposta allo scrutinio della Suprema Corte, era uno stagno che svolgeva, da tempo immemorabile, una molteplicità di funzioni importanti per la comunità locale: da fonte di abbeveraggio per le mandrie di mucche a serbatoio di acqua nei periodi di siccità, finché quello stagno non è stato occupato da una società immobiliare che, bonificandolo e colmandolo di terra, ha cominciato ad utilizzarlo per costruire case. I giudici indiani, nell'esaminare il caso, fanno esplicita menzione del termine *grab* per indicare l'attività di appropriazione (illegittima) compiuta dalla società (un vero e proprio caso di *recinzione)* su un bene inalienabile, in quanto bene collettivo, appartenente alle comunità locali che, eccezionalmente, poteva essere attribuito a soggetti esterni ma solo su indicazione esplicita degli abitanti dei villaggi ad esso limitrofi. La società occupante, responsabile del "crime of enclosure" propone appello alla Suprema Corte indiana che lo respinge sostenendo che "the commons must revert to the commoners" ed affermando l'illegalità di quell'invasione sui beni comuni realizzata con la forza fisica, il potere del denaro ed in collusione con le autorità locali. Alla decisione segue l'ordine di rimozione delle costruzioni ed un riconoscimento sia del valore (anche giuridico) dei beni comuni, che non possono essere considerati meri terreni abbandonati in quanto mancanti di proprietari singoli, sia dei diritti delle comunità locali.

[32] Supreme Court of India, Civil Appeal No. 1132/2011@SLP(C) No. 3109/2011, January 28, 2011, http://www.indiaenvironmentportal.org.in/files/common%20land%20encroachment%20illegal.pdf

MARCO PARISI

Atti politici del Governo e diniego di intesa con le organizzazioni confessionali

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Rapporti Stato - gruppi religiosi e assenza di una definizione normativa delle confessioni religiose. - 3. La sentenza n. 6083/2011 del Consiglio di Stato: rilievi critici. - 4. Conclusioni.

1. *Introduzione*

La condizione discriminatoria, in termini di godimento del principio costituzionale dell'uguaglianza nella libertà, in cui versano i raggruppamenti confessionali non ammessi all'intesa rispetto ai gruppi religiosi che hanno ottenuto la regolamentazione dei propri rapporti con lo Stato, ai sensi del comma III dell'art. 8 Cost., stimola l'interesse alla valutazione dei problemi giuridici connessi al diniego di attivazione delle trattative necessarie alla definizione dell'accordo bilaterale. Ciò, soprattutto, in seguito alla recente pronuncia del 18 novembre 2011 n. 6083, con la quale la quarta Sezione del Consiglio di Stato si è espressa sul tema delle relazioni tra lo Stato e le confessioni religiose diverse dalla cattolica, evidenziando come il baricentro deli rapporti tra la dimensione istituzionale della religiosità e il potere pubblico stia transitando dal piano politico a quello giurisprudenziale.

Nella nostra realtà nazionale, il tema dell'accesso dei culti acattolici all'accordo con i pubblici poteri non sembra essere di minore importanza, soprattutto rispetto alla concreta fruizione delle garanzie di libertà religiosa, tenuto conto del fatto che la presenza di una fede religiosa professata (almeno formalmente) dalla maggioranza dei cittadini rischia di diminuire la potenzialità dell'istituto giuridico dell'intesa nel proporsi come uno strumento veramente garantista per le aspettative delle confessioni di minoranza. La posizione di forza del Governo, cioè del soggetto istituzionale deputato a gestire la conclusione dell'accordo bilaterale, potrebbe subire l'influenza della capacità di condizionamento politico esercitato dalla religione dominante, determinando la conseguenza che i gruppi religiosi più distanti dal modello "tipo" rappresentato dalla confessione di maggioranza possano vedersi negare l'accesso agli ac-

cordi di vertice con lo Stato[1].

Peraltro, la realizzazione concreta della disposizione presente nel comma III dell'art. 8 Cost., determinante il raggiungimento di un atto normativo negoziato con la rappresentanza confessionale interessata, sembra costituire, nel vigente quadro giuridico, l'unico sistema atto a sottrarre le confessioni di minoranza dalla norme fasciste sui "culti ammessi nello Stato" (legge n. 1159/1929; Regio Decreto n. 289/1930). Ciò in virtù della perdurante assenza di una legge organica in materia di libertà religiosa, che avrebbe dovuto realizzare la generalizzata abrogazione di una normativa distonica rispetto alla nuova legalità costituzionale[2].

In questa prospettiva, il rifiuto di avvio delle trattative appare essere fortemente penalizzante per l'inveramento delle esigenze di libertà dei raggruppamenti confessionali acattolici, nonché tale da determinare serie perplessità relativamente alle modalità di applicazione del dettato costituzionale in tema di rapporti bilaterali tra lo Stato e le minoranze religiose, e da sollecitare l'intervento chiarificatore della funzione giurisdizionale.

2. *Rapporti Stato - gruppi religiosi e assenza di una definizione normativa delle confessioni religiose*

Nell'ordinamento giuridico italiano, attualmente vigente, la fenomenologia sociale religiosa trova la sua disciplina generale, come è ben noto, nelle norme della Carta costituzionale del 1948 (costituenti un composito insieme di disposizioni, sottoposto a continue riflessioni e piegato alle più diverse interpretazioni ideologiche[3]), nonché in un disartico-

[1] A parte tale considerazione, ove le trattative venissero attivate e la definizione del patto raggiunta, l'influenza esercitata dalla religione dominante sulla classe politica e sull'Esecutivo potrebbe essere tale da determinare un contenuto concreto dell'intesa modellato sulla falsariga dei rapporti intrattenuti tra i pubblici poteri e la confessione principale. In questo senso, sarebbe parzialmente vanificata l'aspettativa di un accordo teso a recepire il *quid proprium* delle confessioni interessate all'accordo bilaterale. Sul punto A. Guazzarotti, *Il conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato quale strumento di garanzia per le confessioni religiose non ammesse alle intese*, in *Giur. cost.*, 1996, 6, p. 3924.

[2] La stessa locuzione "culti ammessi nello Stato", contenuta nel titolo della legge n. 1159/1929, delineando la posizione dei culti acattolici secondo lo spirito confessionista dell'art. 1 dello Statuto albertino, evidenzia la palese inidoneità della legislazione unilaterale dell'epoca fascista rispetto al regime di pluralismo religioso e di eguale libertà per le organizzazioni confessionali tutte, garantito dalla Costituzione repubblicana. Cfr. B. Randazzo, *Diversi ed eguali. Le confessioni religiose davanti alla legge*, Milano, 2008, pp. 403-404.

[3] Secondo G.B. Varnier, *L'ordinamento legislativo in materia ecclesiastica dal 1929 alla prova delle innovazioni della Costituzione repubblicana*, in M. Tedeschi (a cura di), *Il riformismo legislativo in diritto ecclesiastico e canonico*, Cosenza, 2011, p. 183, il quadro costituzio-

lato, quanto ampio, corpo normativo risalente all'epoca pre-repubblicana. Proprio quest'ultimo insieme di disposizioni costituisce il retaggio del pregresso regime politico, del tutto alternativo rispetto alla fisionomia della contemporanea democrazia costituzionale e incoerente con le aspettative poste dalla coeva società italiana, sempre più laica e pluralista.

Purtroppo, anche i principi costituzionali hanno subito, e (per certi versi) continuano a subire, nell'attività di interpretazione ad opera della dottrina e della giurisprudenza, il condizionamento del confronto con la legislazione d'epoca fascista. Ciò ha determinato, per lungo tempo, una tendenza a seguire una linea di continuità, almeno quanto alle modalità di regolazione del fenomeno religioso, fra la politica legislativa adottata nel ventennio della dittatura e quella repubblicana[4].

L'esito della pressione condizionante esercitata dalle norme pregresse e della tensione nostalgica per l'assetto socio-politico precedente sì è manifestato nella conservazione delle relazioni concordatarie fra lo Stato e la Chiesa cattolica (alla base delle quali si è originariamente realizzato uno scambio di favori e di reciproche convenienze[5]) e nell'applicazione di tale modello anche ad alcune specifiche organizzazioni religiose, oggetto di una selezione condotta attraverso l'utilizzo di criteri sostanzialmente politici e non giuridicamente intelligibili. Sì è affermato, sino a tutt'oggi, un metodo di regolazione dei rapporti a carattere religioso fondato su un atteggiamento di favore nei confronti di (alcune socialmente ben note) istituzioni espressive delle dimensione associata della religiosità, con danno per le libertà individuali e collettive in materia religiosa, che hanno ricevuto perlopiù una realizzazione solo indiretta e mediata attraverso le guarentigie conferite ai gruppi confessionali preferiti dalle istituzioni politiche.

nale elaborato dopo il secondo conflitto bellico costituisce un articolato complesso soprattutto in tema di libertà religiose, al punto che esso «(…) necessita di continue riletture e dal quale emerge tanto l'opinione che la Costituzione italiana abbia detto poco in tema di rapporti tra Stato e confessioni religiose, quanto sono chiari i continui tentativi di farle dire sempre qualcosa di originale, con il passaggio dal prevalere di una visione cattolico liberale ad una visione cattolico-sociale».

[4] Cfr. V. Tozzi, *La democrazia repubblicana e il fenomeno religioso*, in G. Macrì, M. Parisi, V. Tozzi, *Diritto e religione*, Salerno, 2011, pp. 39-49.

[5] Dal punto di vista dei contenuti, sostanzialmente, gli accordi concordatari (soprattutto, il patto concluso in sede di conciliazione tra il regime fascista e la Chiesa di Pio XI), «(…) sono patti compromissori, in cui alcune libertà o garanzie privilegiarie per la Chiesa cattolica risultano scambiate con determinati riconoscimenti politici e con non sempre giustificabili acquiescenze». Così S. Berlingò, *I concordati e la laicità*, in M.L. Tacelli e V. Turchi (a cura di), *Studi in onore di Piero Pellegrino*, I, Napoli, 2009, p. 106.

È senza dubbio vero come la mediazione operata in sede di Assemblea Costituente, tra le diverse componenti ideologiche in essa rappresentate, abbia determinato l'adozione di uno specifico sotto-sistema normativo relativo alla materia dei rapporti di tutte le confessioni religiose con lo Stato. Tuttavia, proprio questo specifico settore di disciplina costituzionale ha evidenziato la tensione alla continuità, almeno sul piano delle relazioni tra i pubblici poteri e i gruppi religiosi, con il pregresso regime politico, traducendo il modello concordatario con la Chiesa cattolica (art. 7, comma II, Cost.) in metodo ed estendendo lo strumento della contrattazione anche alle rappresentanze delle confessioni acattoliche (art. 8, comma III, Cost.). Si è determinata, per tale via, una configurazione dello strumento pattizio come forma nomopoietica standardizzata della disciplina giuridica statale dei rapporti tra lo Stato e le organizzazioni confessionali[6].

Ora, il sistema della contrattazione bilaterale, preferito da specifici raggruppamenti confessionali, rappresenta solo una peculiare modalità di realizzazione della libertà religiosa, che prevede, nell'art. 19 Cost., garanzie e tutele ben più ampie e generali in favore dei singoli come di tutte le formazioni sociali religiosamente qualificate. La qualità, riconosciuta alla bilateralità pattizia, di essere solo una metodologia settoriale utilizzabile per la libertà di determinati gruppi religiosi è dimostrata dal fatto che non tutte le istanze di carattere religioso, socialmente rilevabili, sono necessariamente bisognose dell'ausilio della legislazione contrattata. I diritti in materia religiosa, così come sono costituzionalmente proposti, dovrebbero essere fruibili da tutti, individui e gruppi, eventualmente anche grazie a leggi ordinarie e unilaterali (valide in modo generale) e prescindendo dal ricorso all'accordo con i pubblici poteri, tale da determinare l'occasionarsi di rendite di posizione e di privilegi a beneficio dei soggetti collettivi più influenti e più radicati socialmente.

Il disegno costituzionale relativo alle relazioni fra i consociati, le formazioni sociali religiose a cui essi scelgono di partecipare e le pubbliche potestà prelude all'esistenza di un nesso di strumentalità fra le disposizioni degli artt. 19 e 20 della Carta e il sotto-sistema dei rapporti dello Stato con la delimitata categoria delle organizzazioni confessionali[7], di

[6] Cfr. V. Tozzi, *Religiosità umana, fenomeno religioso collettivo e Costituzione italiana*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, marzo 2008, p. 10.

[7] La posizione delle confessioni religiose nell'ordinamento statale non rappresenta la sezione più rilevante del complessivo progetto costituzionale di politica ecclesiastica, ma costituisce solo un settore in relazione di dipendenza strumentale rispetto all'insieme della disciplina sulla libertà religiosa, di cui agli artt. 19 e 20 della Carta. Queste due dispo-

cui agli artt. 7 e 8 Cost. Infatti, i principi fondamentali della Carta del 1948 propongono una struttura delle relazioni sociali basata sulla centralità della persona umana[8] e sul patto solidaristico fra le varie componenti della società, tale da condizionare in una logica democratica e pluralista i contatti con i pubblici poteri. Ne consegue che l'intervento statale per la realizzazione delle esigenze individuali o collettive, anche religiosamente caratterizzate, non potrebbe mai configurarsi come finalizzato al conferimento di privilegi per uno specifico raggruppamento ideale.

Gli organismi confessionali, contraddistinti dal carattere della sovranità, come nel caso della Chiesa cattolica, o dell'autonomia originaria, come per la generalità delle istituzioni religiose acattoliche[9], sono considerati dai pubblici poteri solo nella misura in cui possano servire, stru-

sizioni, ove considerate in rapporto con gli altri principi costituzionali ad esse indirettamente connesse (artt. 16, 17, 18, 21), vengono a costituire la base principale di riferimento per la ricostruzione della regolamentazione giuridica del fenomeno religioso in coerenza con la vocazione personalistica caratterizzante la Carta del 1948. In questa prospettiva, l'art. 19 Cost. può essere individuato come la norma fondamentale posta a disciplina delle libertà religiose, in quanto assegnata a tutela delle esigenze spirituali di ciascun consociato in regime di uguaglianza (art. 3, commi I e II, Cost.). Contemporaneamente, l'art. 20 della Carta, nell'integrare le indicazioni dell'art. 19, protegge tutte le forme associate dell'esperienza religiosa (associazioni e istituzioni), considerandole nella loro fase organizzativa e nella loro attività concreta, al fine di tutelarle da eventuali discriminazioni ad opera delle istituzioni pubbliche (cui sono rivolti i divieti e le cautele previste dalla disposizione costituzionale in oggetto). Si veda V. Tozzi, *Fasi e mezzi per l'attuazione del disegno costituzionale di disciplina giuridica del fenomeno religioso*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, maggio 2007, pp. 8-9.

[8] Con l'adozione di una chiara impostazione personalistica, la Costituzione repubblicana determina il superamento delle pregresse visioni normativiste (primato della norma) ed istituzioniste (primato delle istituzioni), conferendo una collocazione di assoluta centralità alla persona umana e alle sue esigenze nell'opera continua di regolamentazione giuridica della convivenza sociale. Anzi, sembra realistico sostenere che, a mezzo delle indicazioni dell'art. 2 Cost., relativamente all'impegno dei pubblici poteri alla tutela dei diritti fondamentali dell'Uomo, si sia determinata la soggezione delle dimensioni normativa ed istituzionale, in precedenza del tutto prevalenti, rispetto alla finalità della promozione e del miglioramento della personalità umana. Sia consentito il rinvio a M. Parisi, *Promozione della persona umana e pluralismo partecipativo: riflessioni sulla legislazione negoziata con le Confessioni religiose nella strategia costituzionale di integrazione delle differenze*, in M. Parisi (a cura di), *Autonomia, decentramento e sussidiarietà: i rapporti tra pubblici poteri e gruppi religiosi nella nuova organizzazione statale*, Napoli, 2003, pp. 14-15.

[9] La sovranità della Chiesa cattolica e l'autonomia statutaria delle confessioni religiose acattoliche, assistite da specifico riconoscimento costituzionale (art. 7, comma I; art. 8, comma II), sono finalizzate a formalizzare l'esistenza di un'area di competenza propria ed esclusiva degli ordinamenti confessionali. Cfr. J. Pasquali Cerioli, *L'indipendenza dello Stato e delle confessioni religiose. Contributo allo studio del principio di distinzione degli ordini nell'ordinamento italiano*, Milano, 2006, pp. 53-56.

mentalmente, alla soddisfazione delle esigenze, effettive e manifeste, di sacro della persona umana.

È sicuramente vero che la titolarità, in forma autonoma, dei diritti di libertà da parte delle formazioni sociali religiose sia stata oggetto di attenzione da parte del legislatore costituente, ma essa non sembra essere stata concepita come priva di qualsiasi legame con la rilevabilità concreta dei bisogni spirituali espressi dai *cives fideles* che si riconoscono in uno specifico gruppo confessionale. Così, la diversità di tutele giuridiche previste nei due diversi segmenti costituzionali di regolamentazione del fenomeno religioso (artt. 19 e 20 da un lato, e artt. 7 e 8 dall'altro) risponde alla necessità di conferire il miglior soddisfacimento possibile alla varietà delle esigenze spirituali in campo.

La differenziazione dei regimi costituzionali di garanzia (con la previsione non solo dell'autonomia statutaria ed organizzativa, ma anche della specifica tutela rappresentata dalla legislazione contrattata) risponde alla necessità di venire incontro alle particolari esigenze delle confessioni religiose, a causa della loro diffusione e della loro strutturazione. Di conseguenza, la significativa limitazione della sovranità statale, quale risulta determinarsi con il contenimento (costituzionalmente stabilito) della potestà pubblica in materia di regolazione normativa dei rapporti con le confessioni religiose, può ritenersi sopportabile solo ove si ammetta che le organizzazioni confessionali costituiscano le forme apicali del più ampio *genus* delle formazioni sociali a carattere religioso. In questo senso, esse si distinguono da tutte le altre soggettività collettive spiritualmente contraddistinte in ragione della complessità della loro struttura organizzativa, dell'articolazione adottata internamente (anche normativamente dettagliata a mezzo di disposizioni specifiche), della loro presenza e stabilità nella società, del loro retaggio storico[10].

Ciò detto, sembra opportuno rilevare la mancanza di una definizione giuridica dei soggetti afferenti alla categoria delle confessioni religio-

[10] Secondo S. FERRARI, *La nozione giuridica di confessione religiosa (come sopravvivere senza conoscerla)*, in V. PARLATO e G.B. VARNIER (a cura di), *Principio pattizio e realtà religiose minoritarie*, Torino, 1995, pp. 38-39, «(…) la peculiare disciplina prevista dall'art. 8 Cost. per le confessioni religiose presuppone che queste si qualifichino come soggetti dotati di una distinta identità assiologica (...) e di una autonoma capacità di elaborare un progetto esistenziale socialmente significativo per la comunità nazionale». Così, gli elementi della plurisoggettività, della stabilità, dell'organizzazione e del rilievo sociale risultano fondamentali e dotati di una forte potenzialità, tale da distinguere le soggettività confessionali da tutte le altre realtà associative spiritualmente caratterizzate.

se, la cui individuazione resta affidata all'analisi empirica[11], condotta, in modo autonomo e discrezionale, dagli interpreti (dottrina e giurisperiti) o dai soggetti istituzionali in genere (organi giurisdizionali e responsabili delle funzioni politiche). Una ricognizione che viene effettuata a mezzo del riferimento e del collegamento, operato nelle forme di una mera analogia, con una specifica soggettività collettiva, che è stata oggetto di specifica attenzione costituzionale: la Chiesa cattolica.

Ovvero, così come operato in sede di Assemblea Costituente nella redazione del comma II dell'art. 8 Cost.[12], si è individuato (e si continua a riconoscere) come parametro di riferimento il modello di confessione religiosa rappresentato da un soggetto collettivo dotato di un'organizzazione complessa, strutturato in forma gerarchica, dotato di un apparato normativo composito, assistito da un forte radicamento sociale.

Una scelta che testimonia, in un certo senso, l'influenza esercitata dal peso della confessione dominante, in continuità – come si è già rilevato - con gli assetti giuridici del pregresso regime politico, e che ha determinato la perdurante tendenza a considerare prevalente la realizzazione della libertà religiosa dei singoli attraverso la mediazione della Chiesa, da un lato, e delle confessioni religiose acattoliche (soprattutto se beneficiarie di intesa), dall'altro. Con ciò relegando a mero fenomeno derivato, e subordinato rispetto alla dimensione della religiosità proposta dalle organizzazioni confessionali (che restano solo una parte numericamente limitata dell'universo delle formazioni sociali a carattere religioso), qualsiasi altra forma collettiva di organizzazione degli interessi spirituali dei consociati[13].

[11] Per M.C. Folliero, *Libertà religiosa e società multiculturali. La risposta italiana*, in M.L. Tacelli e V. Turchi (a cura di), *Studi in onore di Piero Pellegrino*, I, cit., p. 617, i criteri che assegnano i gruppi religiosi alla categoria delle organizzazioni confessionali o a quella delle associazioni non riconosciute di diritto comune, determinandone l'afferenza, sono evanescenti, soprattutto ove si pensi alla mai chiarita nozione di "confessione religiosa".

[12] Peraltro, l'utilizzo della locuzione "confessioni religiose diverse dalla cattolica", effettuato nel comma II dell'art. 8 Cost., presenta il pregio di dimostrare come anche la Chiesa cattolica debba essere considerata una organizzazione confessionale, da un lato, contribuendo a superare (almeno terminologicamente) il pregresso riferimento ad essa come "religione di Stato", e, dall'altro, proponendo un idealtipo per il confezionamento della nuova categoria di soggetti religiosi collettivi. Cfr. V. Tozzi, *Le confessioni prive d'intesa non esistono*, in Aequitas sive Deus. *Studi in onore di Rinaldo Bertolino*, Tomo II, Torino, 2011, p. 1034.

[13] Cfr. V. Tozzi, *Dimensione pubblica del fenomeno religioso e collaborazione delle confessioni religiose con lo Stato*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, settembre 2009, p. 9.

3. *La sentenza n. 6083/2011 del Consiglio di Stato: rilievi critici*

Come si è accennato in precedenza, il tema delle modalità di applicazione dell'art. 8, comma III, della Carta costituzionale, relativamente alla conclusione delle intese tra lo Stato e le organizzazioni confessionali risulta centrale nella sentenza n. 6083/2011 del Consiglio di Stato.

Il provvedimento ha ricevuto origine da una controversia avente come protagonista l'Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti (UAAR), un soggetto religioso interessato, ormai da molti anni, all'avvio delle trattative per la firma di un accordo con il Governo. A fronte di ciò, l'organismo spirituale in causa ha sempre ricevuto risposte negative; nello specifico, ad un primo diniego da parte governativa, il gruppo istante replicava con un ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, annullato per incompetenza poiché contenuto in una Nota del Sottosegretario alla Presidenza del Consiglio, laddove il dettato normativo (art. 2, comma III, della legge n. 400/1988, sul riordino organizzativo del Governo) richiede, per questi temi, una decisione collegiale del Consiglio dei Ministri. Successive richieste inoltrate dall'UAAR producevano l'esito di reiterati rifiuti da parte dell'Esecutivo, culminati con la Nota della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 5 dicembre 2003, ove si rilevava l'impossibilità per la professione dell'ateismo di ricevere una regolazione analoga a quella disposta dall'art. 8 Cost. a beneficio delle confessioni religiose, in base alla convinzione che per confessione religiosa debba intendersi "un fatto di fede rivolto al divino e vissuto in comune tra più persone che lo rendono manifesto alla società tramite una particolare struttura istituzionale", con esclusione di ogni estensibilità a situazioni diverse.

Quest'ultima decisione negativa veniva impugnata dinanzi al T.A.R. del Lazio, che, con sentenza n. 12539 del 5 novembre – 31 dicembre 2008 evidenziava il proprio difetto di giurisdizione sul punto, conformemente alle indicazioni dell'art. 31 del Regio Decreto n. 1054/1924 (*Approvazione del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato*), evidenziando la qualità di atto politico nelle determinazioni del Governo in relazione all'accesso alle trattative propedeutiche alla conclusione di un'intesa. Contro tale provvedimento, pertanto, l'UAAR inoltrava ricorso presso il Consiglio di Stato, negando la fondatezza della riconduzione del rifiuto governativo all'avvio della fase di negoziazione nel novero degli atti politici, rispetto ai quali sarebbe esclusa l'attività di sindacato da parte della magistratura amministrativa.

Su questi temi si sono espressi i giudici di Palazzo Spada, con una decisione dal dispositivo limitato, essenzialmente di carattere processuale, in quanto finalizzato ad annullare la contestata senten-

za del T.A.R. per il Lazio. Nonostante ciò, l'oggetto della decisione ha stimolato il Consiglio di Stato ad analizzare le connessioni relative alla questione di diritto, da cui vengono evidenziate alcune dirette ripercussioni.

Seguendo il ragionamento della massima magistratura amministrativa, il rifiuto del Governo all'ammissione di un soggetto confessionale alle trattative per l'intesa non presenterebbe i caratteri dell'atto politico in senso puro (e, pertanto, non beneficerebbe della insindacabilità in sede giurisdizionale) in quanto si sarebbe, nel caso di specie, dinanzi ad una scelta contraddistinta dai tratti della discrezionalità valutativa come ponderazione di interessi. Ovvero, la determinazione relativa all'apertura delle trattative sottenderebbe una considerazione fra le esigenze poste, da un lato, dal gruppo religioso istante e, dall'altro, dal Governo, ed individuabili, soprattutto, nell'interesse di riconoscere l'ammissione al negoziato solo ai soggetti legittimati. La scelta operata dall'Esecutivo, nell'essere derivante da una ponderazione fra l'interesse pubblico e specifici interessi privati contrastanti, non avrebbe come suo diretto referente giuridico il concetto di libertà, ma quello di discrezionalità amministrativa. Una ampia discrezionalità che, secondo il Consiglio di Stato, investirebbe sia l'identificazione del movimento interessato in termini di confessione religiosa, che la determinazione finale sulla firma dell'intesa (subordinatamente al buon esito del negoziato).

Ne consegue, innanzitutto, nella ricostruzione in esame, la titolarità governativa nel valutare la natura del soggetto interessato all'intesa, in quanto l'avvio delle trattative potrebbe ritenersi obbligatorio ove il gruppo istante possa essere qualificato come confessione religiosa[14]. Inoltre, l'Esecutivo sarebbe assistito da una significativa discrezionalità rispetto all'effettiva conclusione dell'intesa, la quale, successivamente alla fase delle negoziazioni, potrebbe non giungere alla stipula (per assenza di un accordo significativo con il soggetto istante, anche a fronte del suo riconoscimento nella qualità di organizzazione confessionale[15]).

Infine, dalla lettura della pronuncia emessa dal Consiglio di Stato, si evince che, nell'evenienza di negoziati avviati e conclusi con la stipu-

[14] Al riguardo, la sentenza n. 6083/2011 del Consiglio di Stato non propone alcuno specifico elemento di identificazione, lasciando presupporre che i giudici di Palazzo Spada intendano conferire al Governo un ampio potere discrezionale, suscettibile di sindacato giurisdizionale.

[15] Peraltro, anche quest'ultima decisione, pur essendo ampiamente discrezionale, nell'opinione del Consiglio di Stato non potrebbe ritenersi libera, in quanto soggetta all'ipotesi di una successiva verifica giurisdizionale.

la dell'intesa, verrebbe a porsi la questione della scelta, in capo al legislatore, in ordine alla legge di approvazione dell'accordo raggiunto. Al riguardo, i magistrati di Palazzo Spada, a mezzo di osservazioni effettuate in via incidentale (ed assistite da sostegno dottrinale[16]), evidenziano la intangibilità della libertà del legislatore nel decidere, eventualmente, di non conferire forza normativa all'accordo raggiunto in sede bilaterale, data la natura politica delle decisioni delle Camere sui tempi e sull'opportunità del ricorso allo strumento legislativo.

Sostanzialmente, il contributo maggiormente significativo apportato dalla decisione in oggetto sembra essere individuabile nel riconoscimento del carattere di scelta politica, e quindi libera e sottratta a qualsiasi genere di sindacato, nella valutazione del potere legislativo rispetto al recepimento o meno dell'intesa, e nell'attribuzione della qualifica di discrezionalità e di sindacabilità giurisdizionale rispetto alle deliberazioni adottate dal Governo in tema di accordi con le confessioni acattoliche. Ovvero, indipendentemente dal livello di discrezionalità riconosciuto a tali ultime determinazioni, gli atti da esse derivanti sarebbero suscettibili di valutazione da parte degli organi della magistratura.

Ora, la decisione del Consiglio di Stato di negare la natura di atto politico alla scelta dell'Esecutivo rispetto alla richiesta di trattativa proposta da un gruppo confessionale, pur essendo in sé condivisibile, per come è stata argomentata sembra tale da suscitare alcune perplessità di base.

Innanzitutto, appare positiva la volontà, manifestata dai giudici di Palazzo Spada, di non considerare nel novero delle valutazioni politiche discrezionali tutte le determinazioni governative relative all'accesso alla legislazione negoziata[17]. Nell'ipotesi di un diverso orientamento, infatti, l'attivazione di uno dei dispositivi giuridici costituzionalmente previsti, in una logica di pluralismo e di apertura dell'ordinamento alle esi-

[16] Secondo M. Ricca, *Legge e intesa con le confessioni religiose. Sul dualismo tipicità/atipicità nella dinamica delle fonti*, Torino, 1996, p. 22, la discrezionalità legislativa nella fase di approvazione delle intese deve ritenersi priva di limiti ed assistita da una quantità notevole di motivi tesi a rifiutare l'approvazione dell'accordo raggiunto; motivi che possono riguardare, innanzitutto, la possibile nocività politica derivante dalla vigenza interna dell'intesa. Nello stesso ordine di idee anche G, Casuscelli e R. Domianello, voce *Intese con le confessioni religiose diverse dalla cattolica*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. VIII, Torino, 1993, pp. 532 e ss.

[17] *Contra* M. Canonico, *La stipulazione di intese con lo Stato: diritto delle confessioni religiose o libera scelta del Governo?*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 23 aprile 2012, p. 10, per il quale non appare verosimile che la determinazione degli elementi relativi alla materia dei rapporti tra lo Stato e le Chiese, in quanto costituzionalmente riservata alla competenza dei poteri statali, non rientri fra le decisioni di indirizzo politico o, in ogni caso, fra gli atti relativi al funzionamento e all'attività politica delle pubbliche potestà.

genze delle collettività religiose di forte seguito sociale (quali risultano essere le organizzazioni confessionali acattoliche), verrebbe ad essere subordinata, quasi esclusivamente, a considerazioni di mera opportunità. I limiti all'ammissione alla trattativa bilaterale non dovrebbero presentare i caratteri dell'arbitrarietà o della discrezionalità assoluta, ma nel loro contenuto concreto e nelle motivazioni addotte per il loro utilizzo è opportuno il riferimento a criteri normativi predefiniti, suscettibili di sindacato da parte della magistratura. Ne deriva che, nella materia delle relazioni bilaterali con le confessioni religiose, gli atti del Governo non sono pienamente liberi, come in genere nel caso degli atti politici "puri", ma sono soggetti al rispetto della finalità costituzionale della libertà religiosa delle istituzioni ecclesiastiche[18].

Al di là di tali orientamenti condivisibili, tuttavia, la sentenza del Consiglio di Stato, nel fare riferimento ad un proprio consolidato indirizzo teso ad una esegesi restrittiva della categoria degli atti politici, al fine di garantire una più attenta giustiziabilità delle situazioni giuridiche soggettive (così come previsto dagli artt. 24 e 113 Cost.), appare debole laddove evidenzia come l'interesse collettivo dei singoli seguaci di un movimento confessionale al conseguimento dei benefici eventualmente derivanti dalla conclusione di una intesa con lo Stato possa rientrare nel novero degli interessi legittimi. Infatti, come è noto, il comma III dell'art. 8 Cost. non fissa, in modo chiaro, alcun obbligo per il Governo all'avvio del negoziato richiesto, determinando la conseguenza della inesistenza di una disposizione di diritto pubblico a cui riferire l'interesse alla trattativa[19]. A ciò, inoltre, si aggiunge la difficoltà di individuare una rappresentanza dell'interesse violato, e che possa legittimare l'eventuale ricorso alla giustizia amministrativa.

Anche gli orientamenti manifestati dal collegio giudicante in tema di individuazione del concetto di confessione religiosa, pur essendo parzialmente condivisibili, sembrano evidenziare delle debolezze e delle forzature. Infatti, con il riferimento alla definizione formulata nella già citata Nota della Presidenza del Consiglio dei Ministri, datata 5 dicembre

[18] A. Guazzarotti, *Il conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato quale strumento di garanzia per le confessioni religiose non ammesse alle intese*, cit., p. 3926.

[19] Infatti, la tutela di un interesse legittimo dinanzi agli organi di giustizia amministrativa necessita di una disciplina normativa dell'esercizio di un potere pubblico, la cui inosservanza indirettamente pregiudichi l'interesse del ricorrente. Tuttavia, in queste ipotesi, una normativa specifica è inesistente. Cfr. V. Tozzi, *Ripartizione delle competenze e limiti costituzionali della previsione delle intese fra confessioni religiose diverse dalla cattolica e Stato italiano*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 21 maggio 2012, p. 3.

2003, il Consiglio di Stato opta per una determinazione dei soggetti rientranti nel novero delle organizzazioni confessionali molto limitata e riduttiva, nella misura in cui essa si concentra prevalentemente sulla mera dimensione organizzativa dei gruppi considerati. Nel fare ciò, non viene richiamata alcuna specifica fonte normativa a supporto dell'interpretazione avallata, né sono posti estremi tecnici di identificazione della tipologia di soggetti collettivi menzionati dalla Carta costituzionale. Inoltre, la definizione assunta a parametro di riferimento si presenta tale da determinare una dilatazione eccessiva della categoria delle organizzazioni confessionali, vale a dire delle specifiche formazioni sociali religiose costituzionalmente ammesse alla definizione di una relazione peculiare con i pubblici poteri, e da non fornire alcun chiarimento in ordine ai rapporti con gli altri movimenti religiosi considerati dal legislatore costituente[20].

In realtà, le scelte di diversità lessicale effettuate nella elaborazione della Carta costituzionale non rispondono a criteri di casualità, ma sono state adottate con il fine di distinguere le situazioni oggetto di tutela. Si è, così, offerta la specifica protezione a mezzo della legislazione bilateralmente convenuta solo alle confessioni religiose, in ragione del loro essere un ordine di formazioni religiose socialmente più significativo (pur se numericamente ben più delimitato rispetto alla varietà delle forme espressive del dinamismo religioso di base) e per il soddisfacimento delle peculiari necessità determinate dalla loro consistente strutturazione organizzativa.

La tendenza, manifestata dai giudici di Palazzo Spada, ad una considerazione unitaria e generica dei soggetti religiosi collettivi sembra favorire un appiattimento del focus della regolamentazione costituzionale (e giuridica in genere) della disciplina del fenomeno religioso, nonché delle concrete politiche di attuazione di essa, sul settoriale segmento del-

[20] Il frequente rimando alla categoria delle confessioni religiose, operato tanto dalla dottrina quanto dalla giurisprudenza, sembra integrare i caratteri di una vera e propria forzatura, nel momento in cui il riferimento a tali specifici soggetti religiosi collettivi viene effettuato in relazione a qualsiasi manifestazione della dimensione collettiva della religiosità. A moltiplicare le perplessità, inoltre, va ad aggiungersi la tendenza a distinguere, all'interno della stesso novero delle organizzazioni confessionali, tra le confessioni beneficiarie di intesa con lo Stato e le confessioni prive di accordo. Proprio quest'ultima differenziazione fra due diverse rappresentazioni concrete dei gruppi confessionali deve ritenersi censurabile, in quanto operata con il non manifesto intento di conservare un trattamento discriminatorio fra soggetti religiosi preferiti e movimenti destinatari di una condizione (nei fatti) deteriore. Quel che ne deriva è una distinzione a fini premiali tra le confessioni religiose esistenti, e la trasformazione degli accordi bilaterali in una "carta d'accesso" a discipline normative di favore. Cfr. P. Floris, *Le nuove stagioni del diritto ecclesiastico. La dinamica attuale delle fonti di disciplina negli interventi della Corte costituzionale e del legislatore*, in *Studi economico-giuridici. In memoria di Lino Salis*, Vol. LVIII, Torino, 2000, p. 685.

la regolamentazione normativa delle confessioni religiose. In tal modo, si determina, da un lato, la deprecabile conseguenza (già evidenziata in precedenza) della perpetuazione e della dilatazione del tradizionale sistema di rapporti fra lo Stato e la Chiesa cattolica, e, dall'altro, una estensione (in forma più attenuata in termini di benefici e di garanzie[21]) di tale modello ad alcuni ben selezionati gruppi confessionali, conformemente alla logica seguita in epoca pre-costituzionale. Per tale via, sembra avallata dal Consiglio di Stato l'inclinazione a svalutare la centralità del modello generale di disciplina dei rapporti sociali, fondato sulla primazia della persona umana e sulla considerazione delle istituzioni pubbliche in una prospettiva di servizio alla società, che ha sua coerente applicazione rispetto alla libertà religiosa a mezzo delle enunciazioni degli artt. 19 e 20 Cost., in favore del principio della consultazione e contrattazione con i gruppi di interesse, a cui si riferisce la speciale tutela delle confessioni religiose prevista dagli artt. 7 e 8 della Carta.

Un ulteriore passaggio della pronuncia che è tale da destare alcune perplessità concerne il riferimento allo strumento dell'intesa come elemento indispensabile per il conseguimento, da parte dei gruppi confessionali istanti, di una disciplina normativa *ad hoc* e soddisfacente le particolari necessità dei movimenti interessati. Tuttavia, il fenomeno delle "intese fotocopia", che, dal 1984 ad oggi, ha caratterizzato la dinamica della contrattazione tra lo Stato e le organizzazioni confessionali acattoliche confuta la fondatezza di questo rilievo. Ovvero, le intese concluse, venendo meno allo loro funzione consistente nel dare realizzazione alle specifiche esigenze dei vari gruppi confessionali (nel rispetto dei principi costituzionali di uguale libertà delle confessioni e di laicità delle pubbliche istituzioni), nel loro caratterizzarsi, di fatto, come mezzi per l'estensione di una disciplina ormai divenuta comune (data la ripetitività dei contenuti negoziati[22]) e per

[21] V. Tozzi, *C'è una politica ecclesiastica dei Governi. E la dottrina?*, in P. Picozza e G. Rivetti (a cura di), *Religione, cultura e diritto tra globale e locale*, Milano, 2007, p. 165, evidenzia come, anche dopo l'attivazione della stagione degli accordi bilaterali con i gruppi confessionali acattolici, questi ultimi «(…) e soprattutto i singoli individui ad essi appartenenti, restano ben lungi dalla soddisfazione dei loro bisogni religiosi, o anche dalla vaga comparazione con il trattamento di cui godono gli appartenenti alla religione cattolica, sia quanto a garanzia dei diritti, sia in riferimento ai massicci interventi economici, finanziari, legali di cui godono le sole organizzazioni religiose accettate dal potere. Gruppi radicati, come i Testimoni di Geova, sono ancora oggetto di diffidenza, sicché perfino la (per loro) sospirata intesa con lo Stato, (…) è rimasta non approvata dal Parlamento».

[22] A. Guazzarotti, *Le minoranze religiose tra potere politico e funzione giurisdizionale: bontà e limiti del modello italiano*, in *Quad. cost.*, 2002, 2, pp. 221-222; N. Colaianni, *Tutela della personalità e diritti della coscienza*, Bari, 2000, p. 228.

il conseguimento degli stessi benefici (già accordati, in misura maggiore, alla Chiesa cattolica), hanno prodotto l'esito di una distribuzione indiscriminata di privilegi per i soggetti interessati[23].

Nella prassi seguita per la conclusione delle intese, è prevalsa la c.d. "clausola della confessione più favorita", di matrice internazionalistica, avente come suo parametro di riferimento l'insieme dei benefici accordati alla Chiesa cattolica. Una consuetudine, posta a guida delle trattative per la stipula degli accordi bilaterali con le confessioni acattoliche, che non sembra essere condivisibile[24], in quanto si pone in conflitto con la presunzione costituzionale secondo cui alcun favore o privilegio possa essere conferito ad uno specifico gruppo religioso (per quanto ampio e forte possa, presuntivamente, essere il suo consenso sociale). Parimenti, questa prassi non appare tale da poter essere legittimata dalla estensione del privilegio alla generalità delle confessioni, dato che un trattamento applicabile a tutti i gruppi religiosi non dovrebbe necessitare del ricorso alle pattuizioni bilaterali.

In questo senso, sembra essere stata negata, all'atto pratico, l'attitudine delle intese ad operare come strumenti del pluralismo confessionale, così come le considera anche il Consiglio di Stato nella sua pronuncia.

4. *Conclusioni*

Da quanto detto, lo status giuridico delle organizzazioni religiose generalmente considerate (e, quindi, anche dei gruppi confessionali), sulla base delle tutele costituzionali conferite dal diritto di professione della fede religiosa (art. 19) e dal divieto di discriminazioni ad opera del legislatore e della pubblica amministrazione (art. 20), può e deve essere oggetto di una regolamentazione normativa, emanata autonomamente dal-

[23] Inoltre, l'esasperato (ed omologatore quanto ai risultati conseguiti) ricorso allo strumento pattizio si è rivelato tale anche da pregiudicare, per certi versi, «(…) l'unitarietà del nostro ordinamento giuridico, esposto al rischio della frantumazione in una serie infinita di deroghe al diritto comune e della produzione di una molteplicità di legislazioni particolari (in parte originatesi in un ordinamento esterno rispetto a quello statuale e, pertanto, necessariamente non tenute al rispetto della nostra legalità costituzionale)». Così M. Parisi, *Promozione della persona umana e pluralismo partecipativo: riflessioni sulla legislazione negoziata con le Confessioni religiose nella strategia costituzionale di integrazione delle differenze*, in M. Parisi (a cura di), *Autonomia, decentramento e sussidiarietà: i rapporti tra pubblici poteri e gruppi religiosi nella nuova organizzazione statale*, cit., p. 28.

[24] In dottrina, critici rispetto all'applicazione del modello internazionalistico S. Berlingò, voce *Fonti del diritto ecclesiastico*, in *Dig. disc. pubbl.*, IV, Torino, 1991, p. 470; V. Tozzi, *C'è una politica ecclesiastica dei Governi. E la dottrina?*, in P. Picozza e G. Rivetti (a cura di), *Religione, cultura e diritto tra globale e locale*, cit., p. 163.

lo Stato e valida per tutte le formazioni sociali religiose, relativa agli elementi minimi della loro esistenza ed operatività. Sembra forzato il ragionamento condotto dai giudici di Palazzo Spada, secondo cui il legislatore ordinario non avrebbe la possibilità di adottare norme di carattere generale sul fenomeno religioso, prescindendo dalla previa stipula ed approvazione di accordi bilaterali con le confessioni religiose.

Al contrario, con l'approvazione di una disciplina generale in materia di libertà religiosa, valida per tutti i soggetti collettivi spiritualmente caratterizzati, potrebbero anche precisarsi, in sintonia con le indicazioni degli artt. 7 e 8 Cost., i requisiti minimi per il conferimento della qualifica di confessione religiosa e i contenuti riferibili alla fase della contrattazione bilaterale. In seguito all'adozione di tale normativa, si potrà ritenere, da un lato, reale l'eventuale obbligo giuridico del Governo all'attivazione delle trattative con le confessioni acattoliche e, dall'altro, legittima l'aspirazione dei soggetti confessionali alla fruizione dei vantaggi (anche di natura economica) conseguenti alla conclusione di un'intesa.

Attraverso il superamento della legislazione fascista sui "culti ammessi" e l'adozione di una legge generale sulle libertà religiose verrebbe scongiurato il pericolo che il procedimento della formazione atipica delle leggi, di cui al comma III dell'art. 8 Cost., si traduca in una riduzione della sovranità statale, affidata alla mutevole discrezionalità delle transeunti maggioranze parlamentari. La previsione costituzionale relativa alla legislazione contrattata con le confessioni religiose, arricchendo il quadro di tutele fornito dagli artt. 19 e 20 della Carta, non è tale dal fissare limiti di carattere generale alla sovranità e alla potestà normativa statale. Ciò in quanto la normativa bilateralmente convenuta è tenuta ad inserirsi nell'alveo della complessiva legalità costituzionale, ovvero nei limiti del rispetto dei principi costituzionali di uguaglianza, di pari libertà, di solidarietà, di laicità e di unitarietà dell'ordinamento giuridico[25].

[25] La tutela pubblica delle libertà delle organizzazioni confessionali, realizzata a mezzo della legislazione contrattata, può avere una funzione integrativa rispetto al diritto comune di libertà religiosa, ma deve restare condizionata da vari elementi. Innanzitutto, la primarietà dell'ordinamento statale, per il quale l'apertura agli ordinamenti esterni non dovrebbe originare un *vulnus* alla sua naturale unitarietà. In secondo luogo, poi, il principio supremo di laicità dello Stato, che esige l'imparzialità delle pubbliche istituzioni e vieta l'occasionarsi di atteggiamenti preferenziali per una o più parti specifiche della società. Ne consegue che la normativa bilaterale può risultare in sintonia con il vigente quadro costituzionale ove essa resti nei limiti della strumentalità della tutela dell'organizzazione religiosa e dei suoi interessi avvertiti nella realtà sociale. Cfr. V. Tozzi, *Società multi-culturale, autonomia confessionale e questione della sovranità*, in V. Tozzi (a cura di), *Integrazione europea e società multi-etnica. Nuove dimensioni della libertà religiosa*, Torino, 2000, p. 160.

Peraltro, una legge organica in materia di libertà religiose svolgerebbe una funzione prodromica rispetto alla legislazione negoziata con le organizzazioni confessionali, in quanto avrebbe la funzione di rendere concreta la libertà di tutti i soggetti collettivi spiritualmente caratterizzati, e in questa prospettiva non andrebbe considerata in una logica dialettica o di alternatività escludente nei confronti degli accordi bilaterali. Questo provvedimento, inoltre, potrà anche circoscrivere «(…) l'eccessiva discrezionalità di cui godono i pubblici poteri nel decidere se accettare la proposta – proveniente dalle rappresentanze confessionali – di aprire trattative in vista della conclusione di un'intesa[26]».

La concreta attuazione dei principi costituzionali in materia di libertà religiosa, affidata ad una legge organica di settore, potrebbe produrre anche il positivo esito di una più egualitaria e bilanciata regolazione dei benefici derivanti dall'attitudine interventista dei pubblici poteri in favore del fenomeno religioso. Ovvero, le disposizioni agevolatrici in materia di finanziamenti pubblici, esenzioni tributarie, utilizzo di spazi istituzionali per l'erogazione dei servizi spirituali (educazione religiosa nelle scuole, assistenza spirituale nelle strutture obbliganti, matrimoni religiosi produttivi di effetti civili, edilizia di culto e godimento dei beni culturali di interesse religioso) potrebbero essere ricondotte nell'ambito della legislazione generale ed uguale per tutti i gruppi religiosi, senza discriminazioni di alcun tipo[27]. Per tale via, alla legislazione bilateralmente convenuta (concordati e intese) spetterebbe una funzione di collegamento tra le reali specificità dei singoli movimenti religiosi e un vasto insieme di facoltà, generalmente ed indistintamente godute da tutte le organizzazioni confessionali[28].

[26] Così V. Pacillo, *Il rapporto fra la legge generale sulle libertà religiose e le discipline contrattate con le confessioni religiose*, in V. Tozzi, G. Macrì, M. Parisi (a cura di), *Proposta di riflessione per l'emanazione di una legge generale sulle libertà religiose*, Torino, 2010, pp. 99-100, per il quale, pur essendo irrinunciabile un margine di discrezionalità in *subiecta materia*, tuttavia, deve ritenersi auspicabile l'adozione di qualche regola scritta al fine di evitare l'occasionarsi di abusi ed arbitrarie esclusioni.

[27] In questo modo, i gruppi confessionali non sarebbero più forzatamente indotti «(…) ad anelare, tra attese di anni, a un diritto pattizio (solo in quanto) infarcito di contenuti generali. Parallelamente, il Governo sarebbe chiamato a trattare solo con soggetti religiosi davvero interessati a dar rilievo ai propri profili peculiari e potrebbe facilmente respingere le richieste inutilmente volte a ottenere garanzie già assicurate dal diritto comune». Così J. Pasquali Cerioli, *Il diritto all'avvio delle trattative per la stipulazione delle intese* ex *art. 8, 3° comma, Cost. (brevi note a Cons. Stato, sez. IV, sent. 18 novembre 2011, n. 6083)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 26 marzo 2012, pp. 16-17.

[28] Cfr. V. Tozzi, *Fasi e mezzi per l'attuazione del disegno costituzionale di disciplina giuridica del fenomeno religioso*, cit., p. 28.

L'adozione di una normativa generale in tema di libertà religiosa avrebbe anche il pregio di semplificare il quadro delle fonti in materia ecclesiastica, ovviando ai rischi di una ipertrofia legislativa dannosa per le esigenze di chiarezza e di coerenza dell'ordinamento giuridico. Infatti, soprattutto a seguito della revisione concordataria e della stipula dell'Intesa con la Tavola valdese, si è realizzata, successivamente alla conclusione di altri accordi bilaterali tra lo Stato e le confessioni religiose, una moltiplicazione incontrollata del numero e della specie delle fonti destinate a dare attuazione, in via diretta o indiretta, alle disposizioni bilateralmente convenute o ad integrarne il contenuto[29]. La varietà degli strumenti tecnici prescelti per questa finalità (accordi di primo livello; intese di secondo livello; protocolli ad esecuzione indiretta; scambi di note diplomatiche; verbali d'intesa; intese tecniche ed interpretative; comunicazioni) evidenzia la nascita di un sistema delle fonti del tutto peculiare, avente il suo referente immediato nella tensione verso una negoziazione aperta, libera nella forma e sostanzialmente permanente, ma anche foriera di ulteriore confusione nella ordinazione dei materiali normativi.

La lievitazione eccessiva delle fonti concordate e la tendenza al "polimorfismo pattizio[30]" verrebbero evitate in presenza di una legislazione generale finalizzata a realizzare l'adeguamento costituzionale a livello di normazione ordinaria nel microsettore delle libertà religiose, da un lato, e dall'altro, a ricostruire i caratteri della legislazione ecclesiastica in una prospettiva di unitarietà complessiva e di coerenza interna.

[29] G. Casuscelli, *Il pluralismo in materia religiosa nell'attuazione della Costituzione ad opera del legislatore repubblicano*, in S. Domianello (a cura di), *Diritto e religione in Italia. Rapporto nazionale sulla salvaguardia della libertà religiosa in regime di pluralismo culturale e confessionale*, Bologna, 2012, p. 28, sottolinea come nella produzione normativa, tra il 1984 e il 2010, si sia registrata una decisa progressione numerica delle fonti di derivazione pattizia, che si sono fatte sempre più intricate e complesse, in danno delle esigenze di semplificazione legislativa.

[30] In senso critico rispetto a tale tendenza R. Botta, *Dalla riforma del Concordato alla Costituzione europea: vent'anni di trasformazione delle fonti del diritto ecclesiastico italiano*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2004, 1, pp. 99-101.

FEDERICO PERNAZZA

La regolazione delle agenzie di rating in Usa ed in UE: dalla contrapposizione all'equivalenza?*

SOMMARIO: 1. L'originaria contrapposizione tra Usa ed Ue sulla regolazione delle agenzie di rating. Il potere discrezionale della SEC e l'assenza di una regolazione europea. - 2. La regolazione statunitense emergente dal Credit Rating Agencies Refom Act del 2006 (CRARA) e dal Dodd-Frank Act del 2010. - 3. L'approccio regolatorio dei regolamenti europei sul rating. - 4. L'equivalenza delle discipline statunitense ed europea nella valutazione dell'ESMA: il sistema delle fonti, la caratterizzazione delle metodologie, la trasparenza dei rating. - 5. Limiti del significato del giudizio di equivalenza. La comparazione dei profili relativi a: 5.1) il valore transnazionale del rating; 5.2) la sfera di applicazione della disciplina; 5.3) i poteri di vigilanza ed enforcement della SEC e dell'ESMA. - 6. Le prospettive di convergenza.

1. *L'originaria contrapposizione tra Usa ed Ue sulla regolazione delle agenzie di rating. Il potere discrezionale della SEC e l'assenza di una regolazione europea*

La storia delle agenzie di rating è stata ripercorsa da numerosi studiosi,[1] che hanno evidenziato come prassi degli attori economici, orientamenti giurisprudenziali e regole in ordine allo status ed all'attività del-

* Il presente contributo costituisce un primo frutto di ricerche svolte nel quadro di un PRIN che si concluderà nel 2013. Si ringraziano per la preziosa collaborazione le dott.sse Giulia Claudia Rinaldi Tufi e Livia Ventura.

[1] La dottrina sulle credit rating agencies, soprattutto statunitense, è ormai vastissima, ma per la ricostruzione dell'evoluzione dell'attività, del ruolo e della regolazione del rating si segnalano, oltre al saggio specifico di SYLLA, *An Historical Primer on the Business of Credit Ratings*, in *Ratings, Rating Agencies and the Global Financial System 19* (Richard M. Levich et al. eds., 2002), nello stesso volume PARTNOY, *The Paradox of Credit Ratings*, WHITE, *The Credit Rating Industry: An Industrial Organization Analysis* e SMITH & WALTER, *Rating Agencies: Is There An Agency Issue?*, nonché CANTOR & PACKER, *The Credit Rating Industry*, 19 *Fed. Reserve Bank Of New York Quarterly Review 1* (1994), PARTNOY, 1999, *The Siskel and Ebert of Financial Markets ? Two Thumbs Down for the Credit Rating Agencies*, Washington University Law Quarterly, *77*, 619-715, HILL, *Regulating the Rating Agencies*, Washington University Law Quartlerly, 2004, *82*, pp. 43-94 e, da ultimo, DARBELLAY, 2011, *Regulating Ratings, The Credit Rating Agency Oligopoly from a Regulatory Perspective*, in ZOBL, GIOVANOLI & WEBER, eds., *Schweizer Schriften zum Finanzmarktrecht*, Zurigo, 2011. Tra le opere monografiche in lingua italiana FERRI-LACITIGNOLA, *Le agenzie di rating*, Bologna, 2009.

le credit rating agencies (CRAs) si sono venute progressivamente formando negli Stati Uniti sin dagli anni '30, ma che soltanto di recente si è giunti ad una strutturata normazione federale introdotta dal Credit Rating Agency Reform Act 2006 (CRARA) e poi riformata dal Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act del 2010 (Dodd-Frank Act).

A ben vedere, tuttavia, prima del CRARA le norme vigenti negli USA non attenevano propriamente alla regolazione delle CRAs, alla loro struttura organizzativa o all'esercizio della loro attività, ma soltanto alla selezione tra le più autorevoli di esse delle Nationally Recognised Statistical Rating Organizations (NRSROs) ed al riconoscimento ai ratings emessi da queste ultime di un valore normativamente rilevante negli svariati settori in cui la legislazione imponeva una valutazione della capacità di far fronte ad obbligazioni di pagamento in relazione ad un emittente o ad uno strumento finanziario.

Anche la giurisprudenza non ha potuto contribuire in modo significativo alla creazione di standards organizzativi e procedimentali nella elaborazione del credit rating, poiché, a fronte di azioni risarcitorie proposte sia da emittenti sia da investitori, le CRAs hanno potuto opporre con successo la tutela offerta dal Primo Emendamento della Costituzione alla libertà di stampa, riconducendo il loro operato nell'attività pubblicistica.[2] Analogamente, fino al Dodd-Frank Act è stata preclusa l'azione per responsabilità da prospetto in quanto il rating non era considerato parte integrante del registration statement in fase di emissione di strumenti finanziari.[3]

Rispetto ai profili di regolazione, sebbene la pubblicazione dei primi ratings risalga all'inizio del novecento e già negli anni venti fossero state elaborate le scale prefissate di valutazioni tutt'ora utilizzate, lo strumento del rating cominciò ad essere richiamato dalle istituzioni finanziarie soltanto a seguito della crisi del 1929. Negli anni '30 prima il Comptroller of Currency dell'US Treasury Department e poi la Federal Reserve fecero infatti riferimento al sistema del rating nella regolamentazione relativa ai portafogli bancari, cosicché le valutazioni espresse dalle CRAs cominciarono ad assumere, di fatto, una rilevanza istituzionale.[4] Il ruo-

[2] Da ultimo cfr. *Jefferson County School District No. R-1 v. Moody's Investor's Services*, Inc., 175 F.3d 848, 852-856 (10th Cir. 1999); In re Enron Corp. Securities Derivative & "ERISA" Litigation, 511 F. Supp. 2d 742, 752 (S.D. Tex. 2005). V. Partnoy, *The Siskel and Ebert of Financial Markets?*, cit., nota 413.

[3] La Rule 436(g)(1) escludeva infatti le agenzie di rating dal novero degli esperti ai fini della disciplina dei prospetti.

[4] Al primo provvedimento del Comptroller of Currency del U.S. Treasury Department per le banche nazionali fecero seguito le corrispondenti autorità di alcuni Stati e quindi, a se-

lo ricoperto dalle CRAs a seguito di tale evoluzione normativa è stato qualificato da parte della dottrina americana, come di "Regulatory Licensors", ovvero quello di soggetti abilitati a consentire la fruizione ad emittenti e strumenti finanziari di un regime giuridico preferenziale nella valutazione degli investitori istituzionali.[5]

La svolta regolamentare decisiva intervenne, tuttavia, nel 1973, quando la SEC propose di modificare i cosiddetti *broker-dealer haircut requirements*, ovvero la percentuale del valore degli strumenti finanziari in portafoglio che gli intermediari erano tenuti a dedurre ai fini del calcolo dei requisiti di capitale netto. La modifica nel 1975 della Rule 15c3-1 con la differenziazione dello *haircut* a seconda che gli strumenti finanziari fossero o meno oggetto di ratings emessi da una NRSROs, attribuì definitivamente alle agenzie di rating qualificate NRSROs un nuovo status.[6]

La creazione da parte della SEC delle NRSROs ebbe due effetti principali: da un lato, costituì il presupposto per il riconoscimento normativo, anche in altri settori, del valore dei ratings emessi dalle NRSROs;[7] dall'altro, in virtù dell'autorevolezza e del valore giuridico così riconosciuti ai loro ratings, consentì alle NRSROss di passare dall'*investors – pay model* all'*issuers - pay model*, ovvero attribuì loro il potere di fatto di richiedere ed ottenere un corrispettivo per l'attività di rating direttamente dagli emittenti. Dall'epoca il mercato del rating si accrebbe enormemente a causa dell'interesse di emittenti anche non statunitensi ad ottenere un

guito del Banking Act del 1935, fu consentito alle banche nazionali di acquistare soltanto investment securities individuate dal Comptroller of Currency. Quest'ultimo vietò l'acquisto di *speculative securities*, precisando che le caratteristiche delle securities dovevano essere individuate in base ai recognised rating manuals: cfr. HAROLD, B*ond ratings as an investment guide: an appraisal of their effectiveness*, 1938, p. 25, poi richiamato da PARTNOY, *The Siskel and Ebert of Financial Markets?*, cit., p. 689 ss.

[5] La prima rappresentazione di tale approccio si deve a PARTNOY, *The Siskel and Ebert of Financial Markets?*, cit., p. 686 ss.. L'Autore sostiene infatti che a seguito dell'introduzione del richiamo al rating nella regolamentazione finanziaria "*ratings are valuable, not because they are accurate and credible, but because they are the key to reducing costs associated with regulation*"; nello stesso senso anche ID, *The paradox of credit rating, Research Paper n. 20, Univ. of San Diego*, 2001, p. 12.

[6] DARBELLAY-PARTNOY, *Credit Rating Agencies and Regulatory Reform*, *Research Paper No. 12-083, University of San Diego,* 2012, p. 4, nonchè ENRIQUES-GARGANTINI, *Regolamentazione dei mercati finanziari, rating e regolamentazione del rating*, in Analisi Giuridica dell'Economia 2/2010, p.479.

[7] A partire dagli anni '70 il richiamo a ratings e NRSROs è stato inserito nelle principali fonti legislative statunitensi in materia finanziaria: per alcuni riferimenti cfr. PARTNOY, *The Siskel and Ebert of Financial Markets?*, cit., p. 693 e ss. Per ciò che concerne la regolamentazione della SEC, la stessa Commission riferiva al giugno 2008 di 44 riferimenti ai credit ratings (Release n. 34-58070; File n. S7-17-08 – References to ratings of nationally recognised statistical rating organizations in www.sec.gov.

rating "investment grade", ormai necessario presupposto per l'acquisizione di un titolo da parte di istituzioni finanziarie ed investitori istituzionali statunitensi.[8]

Il ruolo e l'assetto di rapporti così assunti dalle NRSROs hanno indotto, però, nuove forme di conflitto di interessi. In primo luogo, sono insorti conflitti di interesse con gli emittenti sottoposti a rating e con la ristretta cerchia di banche internazionali interessate alla collocazione sul mercato di strumenti finanziari derivati e quindi all'ottenimento di rating *investment grade*, in virtù del fatto che gran parte del fatturato delle NRSROs proviene ormai da tali soggetti. Inoltre, all'incremento esponenziale dell'attività, in assenza di regole imperative sulla corporate governance, non ha corrisposto uno sviluppo proporzionato delle strutture interne alle NRSROs,[9] che sono risultate nel tempo sottodimensionate con effetti negativi sui processi di elaborazione dei rating.

La correlazione dell'emissione dei ratings con complesse operazioni di finanza strutturata ha infine indotto le CRAs a svolgere anche attività di consulenza in tale campo finalizzata ad ottimizzare il rating degli strumenti finanziari da collocare e ciò ha creato ulteriori potenziali conflitti di interesse, suscettibili di ripercuotersi negativamente sulla accuratezza dei ratings.

A fronte della descritta radicale evoluzione dell'assetto del mercato, la legislazione federale statunitense è rimasta sostanzialmente immutata fino al 2006. Neppure la SEC è intervenuta in via regolamentare per introdurre prescrizioni vincolanti sulla corporate governance o sulle modalità di svolgimento dell'attività delle NRSROs, né ha fissato presupposti o regole procedimentali per il riconoscimento della qualifica di NRSROs. L'accesso alla qualifica di NRSROs, infatti, è stato concesso dalla SEC in rarissimi casi mediante la procedura della *no-action letter*,[10] mentre il rifiuto dell'istanza non veniva motivato e spesso neppure forma-

[8] Nel ventennio intercorrente tra il 1975 ed il 1995 si passò da circa 5.500 rating di corporate bonds ad oltre 20.000 emittenti statunitensi ed esteri sottoposti a rating sia da S&P che da Moody's con un valore aggregato finale rispettivamente di duemila e cinquemila miliardi di dollari: cfr. HOUSE, *Rating the Raters,* Institutional Inv., Oct. 1995, International Edition, p. 245-246.

[9] Per i dati sul numero degli analisti e lo sviluppo del fatturato cfr. HOUSE, *Rating the Raters,* cit, p. 53.

[10] Come emerge indirettamente dalla Section 15E (1)(D) come modificata dal CRARA, che esenta dalla richiesta di registrazione le NRSROs già riconosciute, il provvedimento consisteva in una no-action letter dello staff della SEC "*stating that such staff would not recommend enforcement action against any broker or dealer that considers credit ratings issued by such credit rating agency to be ratings from a nationally recognized statistical rating organization*".

lizzato. In sostanza il principio cui si ispirava la SEC era che la CRA dovesse essere già riconosciuta dagli operatori del settore quale credibile emittente di rating a livello nazionale. Ma, come ha osservato John Coffee Jr.,[11] ciò si traduceva in una precondizione impossibile, poiché, una volta costruita la disciplina del rating privilegiando le NRSROs, divenne pressoché impossibile acquisire una rinomanza nazionale nello svolgimento dell'attività di rating senza avere tale qualifica. Di fatto, le rarissime agenzie abilitate furono tutte acquisite e fuse dalle concorrenti maggiori, cosicché nel 2006 le NRSROs riconosciute dalla SEC erano ancora soltanto le tre storiche agenzie Moody's, Standard & Poor's e Fitch.

In Europa il mercato finanziario, fino all'adozione dell'euro, non ha richiesto la diffusione di rating quale presupposto per l'emissione di strumenti obbligazionari. Presumibilmente la frammentazione nazionale dei mercati rendeva meno impellenti le esigenze di riduzione delle asimmetrie informative che il rating è tipicamente volto a soddisfare. Conseguentemente, anche le fonti comunitarie non presentavano richiami al rating, neppure in relazione alla valutazione degli *assets* delle imprese bancarie, finanziarie ed assicurative. In via eccezionale, il rating era richiamato in qualche legge nazionale, come in Italia, nella legge 30.4.1990, n. 130 sulla cartolarizzazione. Anche in tali casi, tuttavia, il rating svolgeva una funzione assai diversa da quella caratteristica della legislazione americana, non costituendo l'ottenimento di un rating investment grade condizione per l'acquisizione dei titoli da parte di investitori istituzionali, ma essendo richiesta l'emissione di rating da parte di un'agenzia dotata di caratteri di indipendenza e professionalità determinati dalla Consob, al solo fine di consentire l'offerta ad investitori non professionali.[12]

Nel periodo intercorrente tra l'entrata in vigore dell'euro ed il regolamento n. 1060/2009, vi sono tre Direttive, adottate nell'ambito del Piano d'azione per i servizi finanziari, che contengono disposizioni rilevanti per la regolazione delle agenzie di rating: la Direttiva 2003/6/CE e la relativa Direttiva di attuazione 2003/125/CE in materia di abusi di mercato; la Direttiva 2004/39/CE relativa ai mercati degli strumenti fi-

[11] Coffee, *Gatekeepers: the Professions and the Corporate Governance*, Clarendon Lectures in Management Studies, 2006, p. 291.

[12] Sul punto è stato sottolineato come, nei limiti degli scopi della legge sulla cartolarizzazione, la disciplina italiana risultasse all'epoca più moderna ed attenta di quella statunitense, in quanto l'art. 2 del regolamento Consob n. 12175/1999, emanato in attuazione dell'art. 3 comma 5 della citata legge sulle cartolarizzazioni, fissava criteri oggettivi a tutela dell'indipendenza delle agenzie di rating e del corretto svolgimento della loro attività: Presti, *Le agenzie di rating: dalla protezione alla regolazione*, Jus, 1999, p. 65 ss., a p. 77.

nanziari (Direttiva Mifid) e la Direttiva 2006/48/CE sui requisiti patrimoniali (CRD).

Con le direttive sul *market abuse* le società di rating operanti in Europa sono state assoggettate all'obbligo di riservatezza rispetto alle informazioni acquisite dagli emittenti nonché allo stesso rating, fintanto che non pubblicato, e al divieto di diffondere informazioni che sanno, o dovrebbero sapere, essere false o fuorvianti.[13]

La direttiva Mifid si applica ai servizi di investimento e quindi non al rating, che non è qualificabile come tale; tuttavia essa si applica alle agenzie di rating che svolgano anche servizi di investimento, imponendo loro obblighi di comportamento e requisiti organizzativi. Ad esempio, essa obbliga le aziende di rating a prevenire conflitti di interesse predisponendo un grado adeguato di separazione tra servizi d'investimento e processo di elaborazione del rating.

La Direttiva 2006/48/CE sui requisiti patrimoniali (CRD) è volta al recepimento in sede europea della disciplina dei requisiti patrimoniali prescritti dall'accordo 'Basilea II'.[14] La Direttiva prevede l'utilizzo, nella valutazione del rischio (e quindi dei requisiti patrimoniali) degli enti creditizi, di alcune metodologie che fanno riferimento a giudizi forniti da agenzie esterne di valutazione del merito di credito (ECAI), che devono essere riconosciute dalle Autorità di Vigilanza nazionali. Le Autorità, in particolare, devono accertare che le ECAI attribuiscano i rating in modo obiettivo e indipendente e li rivedano regolarmente; che la procedura di attribuzione del rating sia trasparente; che i rating emessi dalle ECAI siano considerati credibili ed affidabili dai loro utenti e siano accessibili a condizioni equivalenti per tutte le parti interessate.

La Direttiva è dunque applicabile alle società di rating, ma soltanto se scelgono di diventare ECAI, richiedendone la registrazione, e nei limiti dello svolgimento dell'attività in tale veste.

Fino al 2009 dunque il panorama normativo europeo riguardante il rating era scarno e non strutturato, poiché le poche norme vigenti erano applicabili sia sul piano soggettivo sia in relazione all'attività soltanto ad alcuni aspetti del fenomeno.

[13] Sul tema si veda anche la comunicazione della Commissione sulle agenzie di rating del credito dell'11 marzo 2006, 2006/C 59/02 consultabile in http://eur-lex.europa.eu.

[14] L'accordo di Basilea II, entrato in vigore nel 2007, prescrive i requisiti patrimoniali delle banche che operano a livello internazionale; nell'Unione Europea a seguito della direttiva 2006/48/CE è stato esteso anche agli enti creditizi che operano a livello nazionale.

2. *La regolazione statunitense emergente dal Credit Rating Agencies Refom Act del 2006 (CRARA) e dal Dodd-Frank Act del 2010*

Nel corso degli anni '90 il rating emesso dalle tre maggiori agenzie raggiunge nel sistema statunitense piena espansione e, in virtù dei sempre più numerosi richiami nella legislazione bancaria, assicurativa e sui brokers-dealers, è presupposto ineludibile per l'emissione di securities e condiziona l'andamento del valore dei titoli.

Nonostante qualche primo saggio che evidenzia le aporie ed i rischi del sistema,[15] non vi sono, però, iniziative di riforma né da parte del congresso né della SEC.

Soltanto nel 2001, con lo scandalo Enron in ottobre ed il fallimento della società in dicembre, emergono le lacune della regolazione dei cosiddetti "gatekeepers": gli analisti finanziari e gli auditors in prima battuta, ma poi anche le agenzie di rating, vengono messe in stato di accusa. Prontamente il Senato e subito dopo la Camera dei Rappresentanti avviano indagini ed audizioni.[16] Il Sarbanes-Oxley Act del 2002, che costituisce la prima risposta normativa ad Enron, si concentra sul regime degli auditors, ma commissiona alla SEC un report che viene tempestivamente pubblicato nel 2003.[17]

Soltanto nel 2006 si giunge tuttavia alla promulgazione di una legge, il Credit Rating Agencies Refom Act del 29 settembre 2006 (CRARA)

[15] Oltre ai citati contributi di HOUSE e PARTNOY si vedano CANTOR & PACKER, *Determinants and Impacts of Sovereign Credit Ratings*, Fed. Reserve N.Y. Econ. Pol', Rev., 1996, p. 45 ss., e EBENROTH & DILLON, *The International Rating Game: An Analysis of the Liability of Rating Agencies in Europe, England and the United States*, 24, J. Law Pol'y Int'l Bus, 1993, p. 783, e BOTTINI JR., *An Examination of the Current Status of Rating Agencies and Proposals For Limited Oversight of Such Agencies*, San Diego Law Rev., 1993, 30, p. 579 ss.

[16] La prima audizione sul tema si svolse dinanzi al Committee on Governamental Affairs del Senato il 20 marzo 2002: *Rating the Raters: Enron and the credit rating agenzie*, in www.senate.gov; la prima Audizione della House of Representatives si tenne dinanzi al Subcommittee on Capital Markets, Insurance, Government Sponsored Enterprises del Committee on Financial Services il 23 aprile 2003: *Rating the rating agencies: the state of transparency and competition*, in www.house.gov. A queste prime audizioni ne seguirono varie altre sullo stesso tema prima della riforma legislativa del 2006, tutte riportate nei siti citati; cfr. anche PRESTI, *Agenzie di rating dalla protezione alla regolazione*, cit., p. 81.

[17] SEC, *Report on the Role and Function of the Credit Rating Agencie in Operation of Securities Markets*, 2003, in www.sec.gov. Sulla scorta del primo report la SEC elabora nel 2005 il Concept Release: *Rating Agencies and the Use of Credit Rating under the Federal Securities Laws* e quindi la Proposed Rule on the Definition of Nationally Recognised Statistical Rating Organisations, www.sec.gov/rules/proposed/33-8570 . L'approccio è quindi duplice: da un lato si punta a ridurre il ruolo del rating nella legislazione finanziaria; dall'altro a definire presupposti e procedimento per l'acquisizione dello status di NRSRO.

che introduce l'obbligo di registrazione delle NRSROS presso la SEC.[18] Le due principali finalità perseguite con tale misura consistevano nel favorire l'accesso di nuove agenzie di rating alla qualifica di NRSROs e nell'incrementare l'*accountability* delle agenzie iscritte.[19]

Il CRARA ha introdotto nel Security Exchange Act del 1934 le definizioni di Credit Rating Agencies e di NRSROS: quest'ultima prevede tra l'altro i requisiti soggettivi ed oggettivi richiesti per la registrazione, tra cui quelli che si tratti di una CRA che operi da almeno tre anni immediatamente precedenti la domanda di registrazione e che in tale arco di tempo abbia emesso rating certificati da acquirenti istituzionali qualificati. Inoltre la novella ha imposto alle CRAs in occasione della proposizione della domanda una ampia informazione su profili attinenti all'attività (performances, metodologie, procedure di protezione della privacy, codice etico, maggiori emittenti sottoposti a rating) e all'organizzazione (struttura organizzativa, persone associate alla CRA). Tra i requisiti organizzativi è stata introdotta la figura del Compliance Officer, ovvero del funzionario interno alla NRSRO deputato a verificare il rispetto delle procedure e degli obblighi derivanti dalla legge e dalla regolamentazione della SEC. I poteri di valutazione della SEC in ordine all'ammissione si sono così orientati alla verifica di requisiti dettati dalla legge, anche se alcuni profili restavano rimessi alla Commissione tanto in relazione alle informazioni richieste quanto in relazione alla valutazione della adeguatezza finanziaria e manageriale della CRA.

Il CRARA ha poi sottoposto le NRSROs alla vigilanza della SEC conferendole poteri di richiesta di informazioni, ispettivi e sanzionatori ed ha conferito alla Commissione poteri regolamentari per la prevenzione dei conflitti di interesse ed il divieto di pratiche abusive.[20]

Due aspetti sono stati segnalati per la loro assenza nel CRARA.

In primo luogo, il diniego dell'attribuzione di poteri alla SEC in relazione alla regolazione del rating in quanto tale e delle procedure e metodologie per l'attribuzione dello stesso.[21] Tale limitazione è stata il frut-

[18] Il CRARA è stato però implementato ed è entrato in vigore a seguito della Final Rule della SEC, *Oversight of Credit Rating Agencies Registered as Nationally Recognise Statistical Rating Orgnisations* del 18 giugno 2007.

[19] Cfr. COFFEE JR., *Ratings Reform: The Good, The Bad, and The Ugly*, European Corporate Governance Institute Working Paper No. 162/2010, p. 20.

[20] La Section 6 del CRARA ha anche introdotto l'obbligo della SEC di elaborare un rapporto annuale in cui si riferiscano le domande di registrazione, l'attività svolta dalla Commissione e la posizione della stessa in ordine ai principali profili di regolazione.

[21] Section 15E(c)(2) of the Securities Exchange Act of 1934, in cui si precisa "*Notwith-*

to di un compromesso rispetto ad una visione radicalmente dirigista, consistente nell'attribuire alla SEC poteri negli ambiti che avevano mostrato di presentare maggiori rischi in assenza di un intervento ed un controllo pubblicistico (conflitti d'interessi, informazione, monitoraggio delle performances), ma precludendole una predeterminazione delle modalità operative dell'attività delle CRAs.[22]

In secondo luogo, il CRARA non mutava il regime pregresso della responsabilità, che esentava di fatto le NRSROs dal rischio di azioni risarcitorie anche in caso di emissione di rating in difformità con le procedure e le metodologie adottate.[23]

Le lacune del CRARA ed in particolare l'insussistenza di strumenti di vigilanza sui criteri, le procedure e le metodologie di elaborazione dei rating si evidenziano in un arco brevissimo di tempo. Già nell'estate 2007 esplode la bolla dei mutui subprime e nell'anno successivo entrano in crisi numerose importanti istituzioni finanziarie che avevano goduto da sempre di rating elevati da parte di tutte e tre le maggiori NRSROs; il fatto più sconcertante accade il 15 settembre 2008 quando dichiara fallimento Lehman Brothers che fino a tre giorni prima aveva goduto di un rating investment grade.

Il fenomeno sottostante tali eventi catastrofici è costituito dall'enorme sviluppo del mercato dei derivati e, per ciò che concerne il rating, dall'inadeguatezza delle metodologie, dall'inaccuratezza delle procedure e dalle devianze derivanti in tale settore da nuove forme di conflitto di interessi che hanno caratterizzato l'operato delle maggiori agenzie di rating.

Senza poter ripercorrere in questa sede i vari meccanismi di costruzione dei derivati e le modalità attraverso le quali essi hanno ottenuto rating elevati,[24] basti segnalare alcune delle maggiori difficoltà che tale settore prospetta: in primo luogo, sicuramente, la qualità delle informa-

standing any other provision of this section, or any other provision of law, neither the Commission nor any State (or political subdivision thereof) may regulate the substance of credit ratings or the procedures and methodologies by which any nationally recognized statistical rating organization determines credit ratings."

[22] Come si vedrà *infra*, peraltro, tale approccio rispetto alle metodologie e procedure di elaborazione dei ratings resterà immutato anche a seguito del Dodd-Frank Act del 2010.

[23] Successivamente al CRARA incomincia però ad incrinarsi la difesa delle CRAs basata sul Primo Emendamento; in un caso si è affermato che le finalità di pubblico interesse protette dal Primo Emendamento non sussistono nei rating del debito di una "Special Purpose Entity" collocato soltanto tra investitori istituzionali: *Abu Dhabi Commercial Bank v. Morgan Stanley & Co., Inc., 651 F. Supp. 2d 155* (S.D.N.Y. 2009).

[24] Una chiara rappresentazione del fenomeno e dell'impatto negativo sull'affidabilità dei rating sui derivati si legga in Presti, *Le agenzie di rating*, cit., p. 87 ss.

zioni che sono fornite dall'*originator*, non vincolato da norme imperative di trasparenza come gli emittenti di obbligazioni; in secondo luogo, la maggiore difficoltà di valutazione del rischio in presenza di fattori di elevata complessità dati dalla emissione da parte della stessa società veicolo di titoli con diversa esposizione al rischio di inadempienza del debitore sottostante (titoli *senior* e titoli *junior*); in terzo luogo, i conflitti di interesse che possono insorgere in un mercato *rating driven*, ovvero in cui l'ottenimento di un elevato rating si pone come l'obiettivo e condiziona ex ante la costruzione dell'operazione, con il conseguente svolgimento di un'attività di consulenza latente da parte dell'agenzie di rating nonché, visto il ristretto numero di istituzioni finanziarie internazionali coinvolte in tale tipo di operazioni, in una minore indipendenza delle agenzie di rating, soprattutto quando esposte ad una aspra concorrenza; infine, la maggiore volatilità dei derivati che rende assai arduo il tempestivo adeguamento del rating.

A differenza del passato, la prima risposta statunitense è stata offerta dal sistema giudiziario.

Due iniziative rispettivamente dell'Attorney General del Connecticut Blumenthal, orientata in specie sui ratings dei titoli pubblici, e dell'Attorney General dello Stato di New York Cuomo, a più ampio raggio, hanno messo in evidenza numerose inadeguatezze del sistema. Particolarmente interessante è il secondo caso, in quanto si è concluso con un accordo con cui le agenzie di rating coinvolte si sono vincolate a rispettare una lunga serie di impegni relativi.[25]

La risposta normativa statunitense a tale nuova emergenza è intervenuta, dopo i consueti approfondimenti preliminari, con il Dodd-Frank Act del 2010. Non si tratta, a differenza del CRARA, di una legge dedicata alla regolazione del rating, poiché gli interventi in materia, collocati nel subtitle C del titolo IX, si inseriscono in una serie molto vasta di norme che toccano gran parte dei settori e degli operatori dei mercati finanziari.

In materia di rating il Dodd-Frank Act, con una latente contraddittorietà, segue entrambe le impostazioni di fondo emerse nel dibattito dottri-

[25] L'accordo raggiunto nel giugno 2008 dall'Attorney General Cuomo con le tre maggiori NRSROS può leggersi in www.oat.state.ny.us/media_center/june/june5_h08.htlm. I principali impegni assunti attenevano alla remunerazione in base ad una stuttura fee-for service, alla disclosure sulle richieste di rating ricevute, alla review degli originators, ai criteri di due diligence sulle informazioni ricevute dagli originators, ad un verifica annuale delle procedure utilizzate per garantire la propria indipendenza, alla richiesta di garanzie da banche e finanziatori in relazione al prestito sottostante i titoli derivati. Una sintesi dei principali punti è riportata da PRESTI, *Le agenzie di rating*, cit., nota 104.

nario.[26] Da un lato, la legge abroga numerosi riferimenti normativi al rating e dispone che le agenzie federali modifichino le rispettive regolamentazioni di settore in senso analogo.[27] L'intento è evidentemente quello di ridurre l'impatto del rating e delle sue potenziali inadeguatezze sull'andamento dei mercati, ma non si individuano strumenti alternativi che possano integralmente assorbirne le funzioni. D'altra parte, pur mantenendo l'impostazione del CRARA, introduce ulteriore regolamentazione al fine di incrementare l'affidabilità dei rating emessi dalle NRSROs. L'assunto di fondo è che il rilievo del rating ed il ruolo di gatekeeper delle NRSROs impongono di assimilare la loro disciplina a quella degli analisti finanziari e degli auditors;[28] ed in effetti parte della nuova regolamentazione è modellata su quella già emanata per tali operatori, ivi incluso il profilo della responsabilità.

Tra le modifiche più rilevanti si segnala, in primo luogo, l'introduzione nella Section 15E del SEA di una subsection (t) dedicata alla corporate governance delle agenzie di rating, all'organizzazione interna ed al conflitto di interessi. Si prevede così che le NRSROs debbono avere un consiglio di amministrazione composto per almeno la metà (e con non meno di 2 dei suoi membri) da amministratori indipendenti, soggetti estranei alla NRSRO, tra i quali devono essere compresi gli utenti dei rating.[29] La riforma introduce inoltre doveri aggiuntivi per il board of directors, tra cui la vigilanza sull'istituzione, sul mantenimento e sull'esecuzione delle politiche e delle procedure di determinazione dei rating e di gestione e trasparenza dei conflitti di interesse, sull'efficacia del sistema di controllo interno rispetto alle politiche e procedure di determinazione del rating e sulle politiche retributive e di

[26] Sottolinea criticamente la diversità di prospettive soggiacenti le misure adottate dalla legge WHITE, *Credit Rating Agencies and the Financial Crisis: Less Regulation of CRAs Is a Better Response*, Working Paper EC-10-03, Stern School of Business, N.Y.U., p. 22.

[27] La Section 939 prevede l'abrogazione del richiamo al rating in numerose leggi federali ed in più casi la loro sostituzioni con standards di credit-worthiness la cui determinazione viene però rimessa ai soggetti regolati o alle rispettive autorità di vigilanza. Analogamente la Section 939A richiede alle agenzie federali di sostituire il richiamo al rating con uniform credit-worthiness standards appropriati al settore di competenza.

[28] Nella Section 931 tra le motivazioni della legge al numero 2 si legge: "Credit rating agencies, including nationally recognized statistical rating organizations, play a critical "gatekeeper" role in the debt market that is functionally similar to that of securities analysts, who evaluate the quality of securities in the equity market, and auditors, who review the financial statements of firms. Such role justifies a similar level of public oversight and accountability".

[29] Si regolano per legge i presupposti di indipendenza, i criteri di determinazione della retribuzione che deve essere strutturata in modo tale da non minare l'indipendenza di giudizio e viene fissata in cinque anni la durata del mandato non rinnovabile.

promozione della NRSRO.[30] Tale obbligo si correla all'introduzione di controlli interni sui processi di determinazione del rating.[31] Ogni NRSRO deve predisporre, mantenere e utilizzare, documentandone l'attività, un'efficace struttura di controllo interno per l'implementazione e il rispetto delle politiche, delle procedure e delle metodologie utilizzate per determinare i ratings.[32] Resta invece invariato il principio che vieta alla SEC di interferire sulle procedure, i criteri e le metodologie di rating.

Tuttavia, rispetto al delicato ambito delle Asset-Back Securities (ABS), vengono dettate nuove regole specifiche, che in parte richiamano i contenuti del già richiamato accordo raggiunto nel 2007 dall'Attorney General Cuomo con le tre maggiori NRSROs.[33]

Il Dodd-Frank Act, ha apportato diverse modifiche alla disciplina sul conflitto di interessi, tra cui la più rilevante riguarda la *c.d. separation of ratings from sales and marketing* e consiste nell'attribuzione alla Commissione del potere di stabilire regole volte a prevenire che le vendite e le considerazioni di marketing di una NRSRO possano influenzare la produzione dei rating da parte della stessa.[34] Alla Commissione si chiede inoltre di proce-

[30] Securities Exchange Act sec. 15E (t)(3).

[31] Securities Exchange Act sec. 15E (c)(3).

[32] Secondo le regole predisposte dalla SEC, ciascuna NRSRO presenta alla Commissione un report annuale relativo ai controlli interni, contenente: (i) una descrizione della responsabilità del management dell'agenzia nel predisporre e mantenere l'effettiva struttura di controllo interno richiesta dalla legge; (ii) una valutazione dell'efficacia della struttura stessa; (iii) l'attestazione del *chief executive officer* dell'agenzia, o di soggetto con qualifica equivalente.

[33] Securities Exchange Act sec. 15E (s)(4). L'emittente o il sottoscrittore di una ABS deve rendere pubblici i risultati e le conclusioni espresse nel report ottenuto dal soggetto terzo incaricato della due diligence. Nel caso in cui la due diligence sia richiesta da una NRSRO, l'emittente, il sottoscrittore o la persona che fornisce i servizi di due diligence deve fornire alla NRSRO che produce il rating a cui si riferiscono tali servizi una certificazione scritta circa la due dligence svolta. La Commissione stabilisce forma e contenuto appropriati per tali certificazioni, volte a garantire che i fornitori di servizi di due diligence abbiano condotto una revisione approfondita dei dati, della documentazione e delle altre informazioni fornite alla NRSRO per attribuire una valutazione di rating accurata ed è chiamata ad emanare una regolamentazione che richieda alle NRSROs di rivelare al pubblico contestualmente al rating la certificazione del soggetto incaricato della due diligence, in modo da consentire la valutazione dell'adeguatezza e del livello dei servizi forniti.

[34] Securities Exchange Act sec. 15E (h)(3). In questo ambito si colloca anche il *Look-Back Requirement*, una norma con cui s'impone alle NRSROs di predisporre ed applicare policies e procedure per l'effettuazione di revisioni del rating volte a garantire che, nel caso in cui un dipendente di un soggetto sottoposto a valutazioni di rating da parte di una NRSRO sia stato impiegato presso la stessa agenzia e abbia partecipato a qualsiasi titolo nella determinazione del rating durante l'anno precedente alla valutazione emessa, la NRSRO deve (i) effettuare una revisione per stabilire se eventuali conflitti di interesse del dipendente abbiano influenzato il rating e, (ii) intervenire per rivedere il rating, se necessario, nel rispetto delle norme prescritte dalla Commissione.

dere ad una revisione periodica del codice etico e delle policies predisposte dalle NRSROs e della loro attuazione, al fine di assicurarsi che siano ragionevoli e idonee ad eliminare efficacemente i conflitti di interesse.

Sul piano istituzionale, la presa d'atto delle nuove accresciute funzioni di vigilanza in materia di rating e delle specifiche competenze necessarie a tal fine ha condotto alla creazione all'interno della SEC di un apposito Office of Credit Ratings, al quale è stato affidato il compito di svolgere le funzioni correlate alla regolamentazione relativa alle procedure delle NRSROs nella determinazione dei ratings, per la tutela degli utenti dei rating e dell'interesse pubblico, alla promozione dell'accuratezza dei rating ed alla prevenzione dei conflitti di interesse.[35] E' dunque l'Office of Credit Rating a condurre le indagini su ciascuna NRSRO e ad elaborare un report annuale nel quale si sintetizzano le risultanze delle verifiche, le risposte delle NRSROs rispetto a carenze eventualmente riscontrate e l'adeguamento alle raccomandazioni loro rivolte.

Infine, la riforma ha incrementato sensibilmente i poteri sanzionatori della SEC, prevedendo la possibilità di censure, limitazioni di attività o sospensione dalle funzioni fino ad un anno anche nei confronti delle persone associate o in corso di associazione ad una agenzia di rating, ed introducendo rispetto alle NRSROs anche provvedimenti di sospensione o revoca della registrazione limitate a particolari categorie di securities, qualora la SEC ritenga non sussistenti adeguati mezzi finanziari e risorse umane per produrre correttamente determinati rating.

Infine, il Dodd-Frank Act ha modificato la disciplina della responsabilità, in primo luogo, abrogando la Rule 436 (g)(1), in base alla quale il rating non era considerato parte integrante del *registration statement* preparato o certificato da esperti: di conseguenza l'inserimento del rating nel *registration statement* implica ora l'assoggettamento delle agenzie di rating ai principi di responsabilità propri degli *experts*, con il relativo carico della prova di accuratezza nell'applicazione delle procedure e delle metodologie.[36] Inoltre, è stata inserita la subsection (m) in tema di *accountability*, in cui si afferma l'equiparazione delle NRSROs agli analisti finanziari ed alle società di revisione nell'applicazione delle norme di en-

[35] La Securities Exchange Act sec. 15E (p) individua in un Direttore l'organo di vertice dell'Office e prevede l'assunzione di uno staff composto di persone con conoscenze e competenze specialistiche nel campo della finanza societaria e strutturata. La SEC, allo stato, ha comunicato soltanto la nomina del Direttore Thomas J. Butler con presa delle funzioni dal 18 settembre 2012 in www.*sec.gov/news/press/2012/2012-113.htm*.

[36] Ciò ha condotto le NRSROs ha negare il consenso all'inserimento del rating nei registration statements, con un temporaneo blocco delle emissioni: cfr. COFFEE JR., op. ult. cit., p. 44.

forcement e sanzionatorie e si esclude l'esenzione di responsabilità prevista per le valutazioni prospettiche.[37]

3. *L'approccio regolatorio dei Regolamenti Europei sul rating*

Come già riferito, un utilizzo significativo del rating nel mercato finanziario europeo interviene soltanto a partire dall'introduzione della moneta unica ed i primi richiami nella legislazione assimilabili nell'approccio a quelli statunitensi si rinvengono ancora più tardi con la Direttiva 2006/48/CE sui requisiti patrimoniali (CRD), attuativa dei principi dell'Accordo di Basilea II.

Il crack Enron e le prime misure ipotizzate negli Stati Uniti a partire dal concept release della SEC del 2003 inducono tuttavia una riflessione globale sul rating, che si avvia sotto l'egida della International Organisation of Securities Commissions (IOSCO). L'approccio della IOSCO è basato sull'autoregolamentazione e si è concretato inizialmente nell'individuazione di Principi per lo svolgimento dell'attività di rating che vengono poi tradotti in un Codice di condotta.[38] Già nel febbraio 2004, però, il Parlamento Europeo, riconosciuta l'utilità dei ratings nel contenere il costo del capitale riducendo le asimmetrie informative tra partecipanti al mercato finanziario, approvava una risoluzione con cui invitava tra l'altro la Commissione, con l'ausilio del CESR, a predisporre un sistema europeo per la registrazione delle CRAs basato sulla verifica di presupposti oggettivi ed a sottoporre al Parlamento entro luglio 2005 le proprie conclusioni circa l'opportunità o meno di legiferare.[39] Sulla scorta del rapporto del CESR del marzo 2005,[40] la Commissione in una Comunicazio-

[37] Non si applica quindi alle NRSROs il c.d. safe harbour già derivante dalla riconduzione dei rating ai forward-looking statements di cui alla Section 21E del SEA.

[38] IOSCO, *Statement of principles regarding the activity of credit rating agencies*, del settembre 2003, e ID., *Code of Conduct Fundamentals for Credit Rating Agencies*, del dicembre 2004, poi revisionato nel maggio 2008, entrambi in www.iosco.org.

[39] La risoluzione enumerava i requisiti da fissare quale presupposto della registrazione nella "credibility with market participants, objectivity, independence, expertise of staff, adequate funding, the existence of proper procedures for identifying and dealing with conflicts of interest and transparency of operations": cfr. Risoluzione adottata dal Parlamento Europeo il 10 febbraio 2004 n.2003/2081(INI), art. 5 in http://www.europarl.europa.eu.

[40] Le conclusioni del rapporto evidenziano una disparità di vedute all'interno del CESR, in cui prevale però quella secondo cui il costo della creazione di un sistema di registrazione obbligatoria, in termini di difficoltà di accesso di nuovi operatori e di potenziale inefficienza della vigilanza, superano i potenziali benefici della maggiore vigilanza; il CESR suggeriva comunque di attendere, prima di eventuali interventi normativi, di verificare se il Codice IOSCO, da poco pubblicato, sarebbe stato o meno adottato e rispettato dalle maggiori CRAs.

ne del 2006, assumeva una posizione attendista: sulla base dell'approccio di principio per cui l'intervento del legislatore europeo debba intervenire soltanto quando strettamente necessario, la Commissione riteneva che, in presenza del recente Codice di condotta IOSCO, fosse opportuno seguire gli sviluppi statunitensi e verificare se le agenzie lo avrebbero adottato ed effettivamente implementato, facendo quindi intuire che, sebbene l'adesione al codice fosse facoltativa, tale circostanza era condizione dirimente rispetto all'alternativa di una futura regolamentazione imperativa.[41]

La Commissione non ha reagito immediatamente all'emanazione del CRARA, né alla sua entrata in vigore nel giugno 2007, ma non è potuta rimanere inerte di fronte alla nuova crisi dei *subprime*.[42] Con la Proposta di Regolamento del novembre 2008,[43] venivano messi in luce diversi punti critici circa l'attività delle agenzie di rating, concludendo, per la prima volta, che la regolamentazione esistente nel settore, basata principalmente sull'autoregolamentazione tramite adesione volontaria al Codice IOSCO, non poteva più essere considerata una soluzione adeguata ed affidabile. Secondo la proposta il Regolamento doveva perseguire gli obiettivi di prevenzione e gestione dei conflitti di interesse, miglioramento della qualità delle metodologie di rating e della qualità del rating, incremento della trasparenza attraverso l'imposizione di obblighi di informazione alle CRAs, e doveva provvedere all'istituzione di un sistema efficiente di registrazione e vigilanza che evitasse forum shopping ed arbitraggio regolamentare tra i Paesi dell'UE.

[41] Cfr. Comunicazione della Commissione Europea (2006/C59/02) in GUCE 11.3.2006.

[42] È interessante notare come, anche a seguito della crisi dei subprime, alcuni organismi comunitari si mostravano contrari all'adozione di una disciplina legislativa vincolante in materia di agenzie di rating. L'ESME, in un Report del giugno 2008 ('*Role of credit rating agencies*', ESME report to the European Commission, June 2008, all'indirizzo http://ec.europa.eu/internal_market/securities/docs/agencies/report_040608_en.pdf), affermava che un intervento regolatorio europeo sull'attività delle agenzie di rating non sarebbe stato opportuno, in quanto i costi dell'operazione avrebbero superato i benefici. Il CESR, nel '*CESR's second report to the European Commission on the compliance of credit rating agencies with the IOSCO Code and the role of credit rating agency in structured finance*', del maggio 2008 (all'indirizzo http://www.esma.europa.eu/system/files/CESR_08_277.pdf), sottolineava che, a suo parere, '*non esiste alcun elemento per ritenere che la regolazione delle società di rating potrebbe avere un effetto positivo sui problemi che sono emersi in relazione ai rating dei titoli subprime statunitensi*', e, pertanto, continuava ad appoggiare la linea che sosteneva il potere di autoregolamentazione del mercato.

[43] Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alle agenzie di rating del credito del 12.11.2008 COM(2008) 704 definitivo.

Date queste premesse, il 16 settembre 2009 è stato approvato il Regolamento 1060/2009/CE relativo alle agenzie di rating del credito, che introduce anche in Europa un sistema di registrazione e vigilanza sulle agenzie di rating, cui seguono a breve distanza di tempo il Regolamento 1095/2010, che ha istituito l'Autorità europea di vigilanza (Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati - AESFEM o ESMA) ed il Regolamento 513/2011, che accentra nell'ESMA le competenze già distribuite tra le autorità nazionali dei Paesi membri. [44]

Sul piano delle fonti, i regolamenti europei appaiono più dettagliati della legislazione statunitense non potendo utilizzare lo strumento della delega ad un'autorità, come la SEC, tradizionalmente dotata di ampio potere regolamentare.

Nei contenuti, però, i regolamenti risentono per molti aspetti del modello statunitense del CRARA, a partire dalla scelta della registrazione pubblica al fine di individuare una categoria di CRA soggetta a vigilanza pubblica, ma sono dotati di caratteristiche proprie[45] ed in qualche caso anticipano alcune innovazioni poi adottate con il Dodd-Frank Act.[46]

[44] Tra i commenti nella letteratura italiana v. PICARDI, *Il rating fra crisi e riforma dei mercati finanziari*, Riv. dir. civ., 2009, p. 713 ss., CERVONE, *Riflessioni per un'indagine sulle agenzie di rating*, Riv. trim. dir. dell'economia, 2009, p. 291 ss., DE BELLIS, *La nuova disciplina europea delle agenzie di rating*, Giornale di dir. amm., 2010, p. 453 ss., PARMEGGIANI, *La regolazione delle agenzie di rating tra tentativi incompiuti e prospettive future*, Giur. comm., I, 2010, p. 134 ss., SACCO GINEVRI, *Le società di rating nel regolamento CE n. 1060/2009: profili organizzativi dell'attività,* NLCC, 2/2010, p. 291 ss., SCARONI, *La responsabilità delle agenzie di rating nei confronti degli investitori*, Contratto e impresa, 3/2011, p. 764 ss.

[45] Si veda ad esempio l'art. 8, basato su un principio di *full disclosure*: l'agenzia, infatti, deve rendere note al pubblico le metodologie, i modelli e le ipotesi principali utilizzati nelle sue attività di rating del credito e tempestivamente informare delle eventuali modifiche successivamente intervenute.

[46] E' questo il caso, ad esempio, delle norme di corporate governance dettate al fine di garantire l'indipendenza e di prevenire conflitti di interesse. L'enunciazione di principio di cui all'art. 6 del Regolamento è integrata e specificata dall'Allegato I, Sez. A e B. Qui si stabiliscono i requisiti organizzativi e operativi che la società di rating deve presentare al fine di contenere il rischio di conflitti e garantire indipendenza. Per quanto riguarda i requisiti organizzativi, sono previste specifiche regole che delineano il sistema di *governance* delle società di rating. Nel dettaglio: l'agenzia di rating deve avere un consiglio di amministrazione o di sorveglianza; gli alti dirigenti dell'agenzia hanno precise responsabilità, dovendo garantire che: '*a) le attività di rating siano indipendenti, fra l'altro, da qualsiasi influenza o vincolo politico o economico; b) i conflitti di interesse siano adeguatamente identificati, gestiti e resi noti; c) l'agenzia di rating del credito osservi gli altri requisiti del Regolamento*'; all'interno del consiglio di amministrazione (o del consiglio di sorveglianza), almeno un terzo, ma non meno di due membri sono indipendenti e non partecipano all'attività di rating del credito; la retribuzione dei membri indipendenti del consiglio di amministrazione o di sorveglianza non può essere collegata ai risultati economici dell'agenzia di rating del credito ed è strutturata in modo tale da garantire l'in-

Come si vedrà più oltre, sebbene i regolamenti europei adottino il meccanismo della registrazione, la funzione che essa svolge, i soggetti cui è rivolta ed i presupposti non sono coincidenti con quelli statunitensi. Peraltro in Europa la registrazione si affianca e si coordina con il riconoscimento della qualifica di agenzia esterna di valutazione del merito di credito (ECAI) ai sensi della direttiva n. 2006/48.[47]

Del tutto peculiare del sistema europeo è in particolare il meccanismo di riconoscimento dei rating emessi da agenzie registrate in Pesi terzi attraverso gli strumenti dell'avallo e della certificazione basata sull'equivalenza;[48] di qui la necessità di una valutazione dell'ESMA circa l'equivalenza del quadro giuridico e di vigilanza di Paese terzi con i requisiti di cui alla regolazione europea.

Con la creazione dell'ESMA e l'attribuzione esclusiva alla stessa dei poteri di registrazione, vigilanza e sanzione, peraltro puntualmente determinati con il regolamento 513/2011, il sistema europeo, benchè probabilmente destinato ad ulteriori interventi normativi come attestano le recenti proposte di regolamento e di direttiva sul tema[49], può dirsi ormai completo e comparabile con quello statunitense.

4. *L'equivalenza delle discipline statunitense ed europea nella valutazione dell'ESMA: il sistema delle fonti, la caratterizzazione delle metodologie, la trasparenza dei rating*

La comparazione delle regolamentazioni e della vigilanza sulle agenzie di rating in USA e in Europa sono oggetto, per così dire, di una "valutazione autentica". Nel quadro della direttiva 1060/2010 è infatti prevista una specifica valutazione preventiva di equivalenza al fine di consentire l'utilizzo ai sensi della legislazione europea dei rating emessi da agenzie iscritte in Paesi extra Ue.

Non si tratta evidentemente, come si vedrà, di una comparazione a

dipendenza del loro giudizio; l'incarico dei membri indipendenti del consiglio di amministrazione o di sorveglianza ha una durata prefissata non superiore ai cinque anni e non è rinnovabile. E' evidente che tali previsioni abbiano costituito un modello cui il legislatore statunitense ha tenuto conto nel Dodd-Frank Act; si vedano in particolare le norme integrate con la subsection (t) nella Section 15E del SEA.

[47] Di fatto, ai sensi dell'art. 2 comma 3, di regola le agenzie registrate all'ESMA acquistano anche la qualifica di ECAI.

[48] Le due procedure sono ampiamente regolate negli artt. 4 e 5 del Regolamento 1060/2009.

[49] Cfr. la proposta di regolamento del parlamento europeo e del Consiglio COM (2011) 747 e la proposta di direttiva COM (2011 746 entrambe adottate dalla Commissione il 15.11.2011.

tutto tondo, in quanto la valutazione è limitata ai profili rilevanti ai fini dettati dalla direttiva, ma l'approccio è interessante, oltre che in termini operativi,[50] anche scientificamente. Infatti, il giudizio di equivalenza di cui all'art. 5 del Regolamento, risolvendosi in un giudizio complessivo di efficacia della normativa, frutto dell'analisi di una serie di elementi regolamentari ed istituzionali, procede dall'assunto che gli stessi obiettivi possano essere ottenuti in ordinamenti diversi con strumenti parzialmente difformi.

E' significativo in tal senso che il primo Techical Advice riferito alla comparazione con la regolamentazione statunitense pubblicato dal CESR nel maggio 2010,[51] e quindi poco prima della pubblicazione del Dodd-Frank Act, si concludesse con il riconoscimento che il "legal and supervisory frame-work" statunitense era "broadly equivalent" rispetto al sistema di cui al Regolamento Europeo, ma affermava altresì che persistevano rilevanti differenze.

Il Technical Advice prende in esame sette fattori che attengono, in primo luogo, alle finalità della regolamentazione, quindi ai suoi contenuti nei profili concernenti la corporate governance, la gestione dei conflitti di interesse, i requisiti organizzativi, la qualità delle metodologie e dei ratings, la *disclosure* dei credit ratings e delle attività delle credit rating agencies ed infine i profili istituzionali e di *enforcement*.[52]

Secondo il CESR la regolamentazione statunitense prima del Dodd-Frank Act presentava differenze rilevanti rispetto a quella europea soprattutto in relazione alle qualità delle metodologie e dei credit ratings e alla disclosure di questi ultimi, mentre per gli altri profili poteva già considerarsi equivalente. Alla luce degli sviluppi normativi e regolamentari l'ESMA ha, però, attestato con il Technical Advice dell'aprile 2012 che anche per i due profili sopra citati si è, per così dire, colmato il gap, sebbene persistano elementi di differenziazione.[53]

[50] In presenza del giudizio di equivalenza e degli altri presupposti previsti dall'art. 5, comma 1, del Regolamento anche il rating emesso da agenzie extracomunitarie può essere preso in considerazione nel computo dei valori rilevanti ai fini delle regolamentazioni in tema di imprese bancarie, assicurative, riassicurative, organismi di investimento collettivo e fondi pensionistici richiamati dall'art. 4, comma 1, del Regolamento 1060/2010.

[51] Technical Advice to the European Commission on the equivalence between the US Regulatory and Supervisory Framework and the EU Regulatory Regime for Credit Rating Agencies (CESR/10-332), del 21 maggio 2010, in www.esma.europa.eu.

[52] La struttura del Technical Advice del CESR è stata ripresa nei pareri dell'ESMA, che hanno poi affrontato la comparazione oltre che con il sistema statunitense anche con quelli canadese, australiano, giapponese, argentino, brasiliano, messicano, di Hong Kong e di Singapore; si vedano i relativi documenti tutti pubblicati nel sito www.esma.europa.eu.

[53] Technical advice on CRA regulatory equivalence - US, Canada and Australia, ESMA/2012/259 del 18 aprile 2012, in www.esma.europa.eu.

L'ESMA prende atto, in primo luogo, del diverso approccio regolatorio.

Da un lato in Europa il regolamento ha fissato in modo imperativo e diretto i requisiti concernenti la qualità delle metodologie e dei credit ratings nonché le norme sulla *disclosure*; dall'altro in USA soltanto per una parte delle nuove prescrizioni introdotte dal Dodd-Frank Act (per lo più quelle concernenti la *disclosure*) è previsto un effetto immediato e diretto, mentre negli altri casi – che costituiscono indubbiamente la maggioranza e forse anche l'area più delicata – si è preferito conferire alla SEC un potere regolamentare. In altri termini, secondo l'ESMA sul piano delle fonti persiste una differenziazione, ma questa non preclude una valutazione complessiva di equivalenza.

In effetti in Europa, una volta optato per l'opzione regolatoria, si è affidata al regolamento anche la determinazione degli obblighi delle agenzie di rating rispetto alla valutazione ed alla conoscibilità delle metodologie di analisi e dei credit ratings. L'art. 8 obbliga le agenzie ad utilizzare "*metodologie rigorose, sistematiche, continuative e soggette a convalida sulla base dell'esperienza storica, inclusi test retrospettivi*", impone di comunicare al pubblico le metodologie, i modelli e le ipotesi principali utilizzati nelle attività di rating del credito, di verificare i ratings con cadenza almeno annuale e di comunicare gli eventuali cambiamenti delle metodologie, dei modelli e delle ipotesi su cui si fondano. Analogamente negli artt. 10 ed 11 sono previsti direttamente gli obblighi di comunicazione dei ratings e dei loro cambiamenti, sono determinate le modalità di presentazione e di trattamento, s'impone l'evidenziazione dei ratings non sollecitati, nonché una serie di comunicazioni al pubblico di carattere generale.

Negli Stati Uniti la Section 15(E)(c)(3) del SEA, come da ultimo modificata, impone alla SEC di determinare i contenuti del rapporto annuale che le agenzie di rating debbono sottoporre alla stessa Commissione circa i meccanismi di controllo interno della gestione e rispetto alle qualità del rating. Alla SEC è richiesto quindi di determinare le regole che tutelino gli investitori assicurando che le procedure e le metodologie in termini qualitativi e quantitativi siano effettivamente quelle approvate dal competente organo interno all'agenzia di rating.

Sul punto la conclusione di equivalenza pronunciata da ESMA implica un passaggio logico di non poco rilievo. Viene infatti assimilato l'obbligo di adozione di metodologie e procedure affidabili e della loro pubblicazione, che le rende evidentemente suscettibili di valutazione esterna, ad una attribuzione all'organo di vigilanza dell'obbligo di introdurre regole che garantiscano che metodi e procedure utilizzati siano effettivamente quelli fissati dal competente organo interno all'agenzia di rating. L'ESMA giunge alla valutazione positiva asserendo che i due siste-

mi perseguono gli stessi obiettivi così individuati: *"i) transparency of methodologies, ii) assessment of their effectiveness on an on-going basis (which is the same objective of the review function), and iii) supervision of the process of development and maintenance of the methodologies but with no interference"*.[54]

Sulla comunanza di obiettivi non vi è dubbio, ma opinabile è la pronuncia di equivalenza dei sistemi se ci si pone nell'ottica di una valutazione in termini di effettività ed efficacia.

Da un lato, infatti, sia pure in termini generici, si impongono determinate caratteristiche alle metodologie, alle procedure ed ai credit ratings e se ne dispone la pubblicazione, dall'altro ci si assicura che una norma regolamentare preveda che i ratings siano espressione di un organo che se ne assume la responsabilità, rimettendo alla SEC la facoltà, non l'obbligo, di fissare con norma regolamentare i principi, le procedure e le metodologie di elaborazione dei ratings.[55]

Rispetto alle fonti, la scelta europea di previsioni imperative fissate per regolamento comunitario ha il pregio della certezza e del rigore, ma, d'altra parte, sconta la difficoltà di determinare con strumenti normativi fenomeni caratterizzati da elevata tecnicità. Così l'imposta caratterizzazione delle metodologie come "*rigorose, sistematiche, continuative e soggette a convalida sulla base dell'esperienza storica*" appare suscettibile di applicazioni assai variabili, finendo per risultare generica, in assenza di una verifica di merito o di poteri regolamentari da parte dell'ESMA. Inoltre, la difficoltà di apportare eventuali modifiche al regolamento introduce una sclerotizzazione del sistema che potrebbe risultare nel tempo dannosa.[56] Concretamente, molto rilevante, però, risulta l'obbligo di pubblicazione delle metodologie e le descrizioni dei modelli e delle ipotesi principali alla base del rating, quali le ipotesi matematiche o in materia di correlazioni, utilizzate nell'attività di rating del credito nonché delle modifiche sostanziali eventualmente apportate.[57]

[54] Cfr. ESMA, *Techincal Advice* del 18 aprile 2012, cit., n. 55.

[55] La differenza è evidenziata anche da Coffee Jr, *The Good, The Bad, The Ugly*, cit., p. 23, secondo il quale sul punto l'ESMA dispone di poteri superiori alla SEC.

[56] Occorre tuttavia rilevare che ai sensi dell'art. 38 bis introdotto dal Reg. 513/2011 in alcune materie la Commissione ha facoltà per quattro anni rinnovabili di elaborare atti delegati di precisazione e parziale modifica del Regolamento. Inoltre all'ESMA è stato attribuito il potere di elaborare norme tecniche su varie materie, che sono approvate dalla Commissione ai sensi del Reg. 1095/2010. Conseguentemente la Commissione ha emanato vari regolamenti delegati, tra cui il 447/2012 del 21 Marzo 2012 proprio in materia di standards tecnici di valutazione della conformità delle metodologie ai requisiti di cui all'art. 8, comma 3 del Regolamento.

[57] Cfr. l'art. 8 del regolamento 1060/2010 e l'appendice I, lett. E dello stesso regolamento.

La conoscibilità dei metodi di lavoro delle agenzie consente, infatti, una valutazione dell'accuratezza del loro operato e quindi dell'attendibilità dei credit ratings da parte del mercato finanziario ed agevola l'accertamento e la sanzione di condotte non coerenti.

Il sistema statunitense rispetto alla determinazione dei principi concernenti l'attività delle agenzie ed al loro controllo si caratterizza per un'ampia delega al potere regolamentare della SEC, solo in parte orientata da principi imperativi fissati nel SEA. Infatti, mentre rispetto alla elaborazione del rapporto annuale la legge impone alla SEC l'emanazione di norme di cui determina i contenuti minimi, rispetto ai fattori da tenere in considerazione nelle "policies, procedures, and methodologies for determining credit ratings" la SEC ha una mera facoltà, allo stato non esercitata, di introdurre norme regolamentari. D'altra parte, tale potere è rigorosamente delimitato, in base al disposto della Sec. 15E (c) 2, per cui deve essere esercitato al fine esclusivo di assicurare i requisiti imposti dalla stessa SEC alle NRSROs e comunque, in nessun caso, si può spingere alla regolazione della "substance of credit ratings" o dei procedimenti e metodi di determinazione dei credit ratings.[58]

Condivisibile appare invece il giudizio di equivalenza rispetto ad altri fattori, quali ad esempio il modo di presentazione del rating e le informazioni correlate. Anche in questo caso sussiste una differenza nelle fonti della regolazione, costituite in Europa dal Regolamento e dai suoi allegati (qui il primo, sezione D) e negli Usa da norme regolamentari che la SEC emana sulla base di principi fissati imperativamente nel SEA. Atteso però che la SEC in tale ambito non ha una mera facoltà regolamentare, ma è tenuta all'emanazione delle norme e vincolata nel determinarne i contenuti, si tratta essenzialmente di una differenza di tecnica normativa che deriva dal diverso assetto istituzionale. [59]

[58] La SEC 15E (c) 2 dispone testualmente che "The rules and regulations that the Commission may prescribe pursuant to this title, as they apply to nationally recognized statistical rating organizations, shall be narrowly tailored to meet the requirements of this title applicable to nationally recognized statistical rating organizations. Notwithstanding any other provision of this section, or any other provision of law, neither the Commission nor any State (or political subdivision thereof) may regulate the substance of credit ratings or the procedures and methodologies by which any nationally recognized statistical rating organization determines credit ratings" (sottolineato aggiunto).

[59] Nei contenuti le comunicazioni cui le agenzie sono tenute sono significativamente assimilabili e la tecnica statunitense di pubblicare unitamente al credit rating un'apposita "form", costituisce un positivo elemento di standardizzazione che non impatta sulle finalità e l'effettività della disciplina.

Rispetto agli elementi che debbono essere comunicati la normativa europea è sen-

In relazione alla qualità delle informazioni utilizzate, il sistema europeo adotta una serie di misure per assicurare che il *credit rating* sia effettivamente basato su tutte le informazioni disponibili e che le informazioni necessarie alla luce delle metodologie adottate dalle agenzie siano state valutate, imponendo, in caso contrario, di astenersi dall'emissione del rating.

Il sistema statunitense, ancora una volta, non impone direttamente obblighi in ordine alle modalità di produzione del rating, ma richiede che le agenzie rendano pubbliche, secondo un modello standardizzato (form), informazioni sulla affidabilità, accuratezza ed affidabilità dei dati su cui si basa il rating, precisando se i dati essenziali debbano considerarsi affidabili o meno e fornendo un'attestazione sulla qualità complessiva dei dati utilizzati rispetto a quelli relativi a rating similari.

La valutazione di equivalenza da parte dell'ESMA in questo ambito è fondata sull'assunto che i *disclosure requirements* introdotti dal Dodd-Frank Act conducano di fatto agli stessi risultati perseguiti dalla disciplina europea. L'affermazione è legittima, ma accorre evidenziare che il sistema statunitense, a differenza di quello europeo, offre alle NRSROs la possibilità di emettere rating dichiarando esplicitamente che i dati utilizzati non sono affidabili o sufficientemente certi, senza incorrere in sanzioni, se non quelle derivanti da una potenziale perdita di credibilità.

5. *Limiti del significato del giudizio di equivalenza. La comparazione dei profili relativi a: 5.1) il valore transnazionale del rating; 5.2) la sfera di applicazione della disciplina; 5.3) i poteri delle autorità di vigilanza*

Per quanto il giudizio di equivalenza espresso prima dal CESR ed ora dall'ESMA sia autorevole e particolarmente dettagliato occorre però sottolineare che non può essere considerato una valutazione comparativa oggettiva e completa dei due sistemi, per diversi motivi.

In primo luogo, il giudizio di equivalenza è pronunciato unilateralmente da parte di un'istituzione comunitaria senza che vi sia un riscon-

z'altro allo stato più dettagliata, ma quella statunitense potrà essere integrata dalle rules della SEC. Si vedano ad esempio, gli obblighi di specificare se il rating è *unsolicited* e se la *rated entity* ha contribuito a formare il patrimonio informativo su cui si basa il rating, indicare i *key elements* dell'attribuzione del rating, le fonti delle informazioni e le eventuali carenze delle stesse, nonché integrare le informazioni relative agli strumenti finanziari strutturati.

tro da parte delle autorità statunitensi, che attesti, ad esempio, la correttezza delle interpretazioni, assunzioni e prospettive di regolamentazione della SEC.

In secondo luogo, occorre considerare che l'ESMA opera su mandato della Commissione Europea nel quadro di una finalità ben precisa: consentire la certificazione ai sensi dell'art. 5 del Regolamento 1060/2009 dei rating emanati da agenzie registrate e sottoposte ad autorità di Paesi non appartenenti all'Unione Europea. La certificazione implica che i rating possano essere considerati ai fini normativamente rilevanti negli ambiti richiamati dall'art. 4 (1) del Regolamento.

Il giudizio di equivalenza non intende quindi effettivamente accertate una corrispondenza biunivoca tra discipline, ma soltanto assicurare che l'affidabilità del credit rating emesso da un'agenzia extracomunitaria sia almeno pari a quello di un'agenzia europea. Ciò implica, ad esempio, che laddove, in ipotesi, il sistema normativo del Paese non UE fosse più rigoroso per uno o più aspetti tra i sette presi in considerazione dall'ESMA, il giudizio di equivalenza sarebbe comunque correttamente espresso, poiché in realtà l'intento delle autorità europee è quello di assicurare che, per così dire, lo standard europeo sia raggiunto, e non invece che sussista una vera e propria equivalenza tra discipline.

5.1. Il valore transnazionale del rating

La prova che quello sopra rappresentato sia l'effettivo significato del "giudizio di equivalenza" si evince d'altronde, proprio dal diverso valore che esso assume in Europa e negli Stati Uniti. Mentre, infatti, attraverso il meccanismo della certificazione e in misura minore attraverso quello dell'avallo, il sistema europeo è aperto all'attribuzione di efficacia ai rating emessi da agenzie registrate in Paesi non appartenenti all'UE e sottoposte dalle Autorità di vigilanza del luogo di registrazione, il giudizio di equivalenza non ha valore di reciprocità.

Infatti, non soltanto, come è logico, il parere dell'ESMA non ha alcun valore al di fuori dell'Unione Europea, ma il sistema statunitense non prevede alcun meccanismo similare che consenta ai rating emessi da agenzie registrate al di fuori degli USA e sottoposte alle Autorità di vigilanza di quei Paesi di assumere rilievo ai fini della legislazione statunitense. In altri termini, a differenza di quello europeo, il sistema statunitense resta un sistema chiuso, per cui la rilevanza normativa del credit rating è condizionata al riconoscimento della qualifica di NRSROs e quindi al diretto esercizio della vigilanza da parte delle autorità statunitensi.

Ora, è di tutta evidenza che il rating è un fenomeno nato negli Stati Uniti, dove vanta ormai oltre un secolo di storia e dove ha assunto nel tempo un ruolo essenziale nel funzionamento del sistema finanziario, finanche eccessivo, tanto che proprio con il Dodd-Frank Act si è attivato un processo di rimozione dei richiami normativi ai rating emessi dalle NRSROs per alleggerire la dipendenza del sistema da tali valutazioni. E' logico quindi che occorrerà del tempo affinché operatori non statunitensi possano validamente competere con S&P, Moody's e Fitch nella produzione di rating rispetto a strumenti finanziari di emittenti statunitensi. E' tuttavia chiaro che in presenza dell'attuale discrasia, nonostante l'equivalenza di regimi normativi e di enforcement, per la verità dichiarata unilateralmente dalle autorità europee, la circostanza che soltanto i rating delle NRSORs siano rilevanti negli USA mentre quelli delle stesse NRSROs statunitensi, al verificarsi dei presupposti di cui al Regolamento, sono giuridicamente rilevanti anche in Europa, crea un enorme squilibrio in termini di appetibilità da parte degli issuers in favore delle prime. E ciò è tanto più rilevante se si considera la difficoltà con la quale, anche alla luce della nuova disciplina, viene concesso a nuovi operatori, specie se non statunitensi, la qualifica di NRSROs.

Da ciò emerge quindi una prima rilevante differenza di disciplina che non viene evidenziata, per i motivi già illustrati, dal giudizio di equivalenza pronunciato dall'ESMA. Ma ve ne sono altre.

5.2. L'accesso allo svolgimento dell'attività di credit rating in USA ed in UE

L'accesso allo svolgimento dell'attività di rating è considerato unanimemente un elemento fondamentale e preliminare rispetto ad ogni altro profilo di regolazione, in quanto condiziona in termini quantitativi i soggetti che operano nel mercato e determina anche qualitativamente la loro attività. Non a caso tale profilo è tra quelli che hanno visto una più profonda evoluzione normativa, soprattutto nell'ultimo decennio, a seguito delle diffuse critiche al modello statunitense previgente.

Si nota tuttavia una persistente discrasia tra la regolazione statunitense e quella europea che è segno di un approccio sensibilmente difforme rispetto al tema complessivo della regolazione delle agenzie di rating.

Anche a seguito del Dodd-Frank Act il sistema statunitense mantiene una distinzione fondamentale tra l'attività di rating *tout court*, che resta essenzialmente non regolata e comunque sottratta ad un controllo pubblicistico, e l'attività delle NRSROs, che è oggetto di una assai articolata disciplina, per lo più imperativa.

Ciò emerge plasticamente dalle stesse norme definitorie di apertura delle principali fonti in materia.

A seguito del CRARA, come già rilevato, sono stati infatti introdotti nella Section 3 del SEA i paragrafi 61 e 62 che offrono rispettivamente la definizione di Credit Rating Agency e di NRSROs, ma soltanto quest'ultima è poi richiamata quale presupposto di applicazione della Section 15E.

La Section 15E del SEA, da ultimo modificata dal Dodd Frank Act, è infatti intitolata "registration of the National Recognised Statiscal Rating Organisations" ed il paragrafo a) disciplina la procedura per l'ottenimento previa *application* della suddetta qualificazione.[60] E' pacifico dunque che tutta la disciplina di cui alla Section 15E è dettata esclusivamente per le NRSROs e che la richiesta da parte di una agenzia di rating di tale riconoscimento è puramente facoltativa.[61]

La differenziazione di regolamentazione non si evidenzia nelle motivazioni poste a fondamento della riforma dal Dodd-Frank Act, che riconosce l'importanza sistemica del credit rating per il funzionamento efficiente dell'economia americana e per la tutela dell'affidamento degli investitori, così da poter qualificare la materia di pubblico interesse nazionale.[62]

Coerentemente con tale impostazione il ruolo delle agenzie di rating viene definito nei *findings* della stessa legge come quello di "*gatekeeper* del mercato del debito" assimilandolo a quello degli analisti finanziari e degli *auditors*. La conseguenza che il legislatore trae da tale assunto è che la regolazione delle agenzie di rating debba essere assimilata a quella delle suddette categorie di operatori quanto a vigilanza pubblica e regime delle responsabilità.

[60] A credit rating agency that elects to be treated as a nationally recognized statistical rating organization for purposes of this title (in this section referred to as the ''applicant''), shall furnish to the Commission an application for registration, in such form as the Commission shall require, by rule or regulation issued in accordance with subsection (n), and containing the information described in subparagraph (B).

[61] Cfr. la Sec. 15E (a) (1) (A) che introduce le norme in tema di richiesta di registrazione come segue "The CRA that elects to be treated as NRSROs…"). A tutto settembre 2011 risultavano registrate dieci NRSROs, ma i ratings emessi dalle tre maggiori S&P (1.190.500), Moody's (1.039.187) e Fitch (505.024) coprono tuttora una quota assolutamente preponderante del numero complessivo dei rating emessi (2.816.599). Cfr. il *Summary Report* della SEC del settembre 2011 a p. 6 in www.sec.gov/news/studies/2011.

[62] Dodd-Frank Act, Sec. 931 "Because of the systemic importance of credit ratings and the reliance placed on credit ratings by individual and institutional investors and financial regulators, the activities and performances of credit rating agencies, including nationally recognized statistical rating organizations, are matters of national public interest, as credit rating agencies are central to capital formation, investor confidence, and the efficient performance of the United States economy". L'affermazione che apre la section della legge dedicata alle NRSROs assume rilievo anche al fine di giustificare l'intervento della legislazione federale, che trova fondamento appunto nel national public interest della materia.

In realtà, nella disciplina introdotta su tali basi l'unica materia in cui è richiamata l'espressione generale "credit rating agencies" e non quella di NRSROs quale presupposto soggettivo di applicazione è quella dell'onere della prova a carico dell'attore nei giudizi di responsabilità per danni conseguenti a rating erronei di cui alla Sec. 21D (b)2 del SEA, come modificato dal Dodd-Frank Act.[63]

Tutte le ulteriori innovazioni di carattere istituzionale (attribuzioni di competenze e poteri alla SEC), procedimentale (richiesta di registrazione e successive limitazione o caducazione degli effetti della stessa) nonché i correlati profili organizzativi interni ed obblighi concernenti l'attività sono dettati esclusivamente a carico delle NRSROs.

La logica della differenziazione consiste nel fatto che soltanto i ratings emessi dalle NRSROs sono assunti a riferimento per un complesso di norme di carattere primario e secondario condizionando così direttamente l'attività di numerosi operatori e di fatto l'andamento del mercato finanziario nel suo complesso.

E' ben vero che lo stesso Dodd-Frank Act ha abrogato numerose norme presenti in diverse fonti in cui si richiamavano rating emessi dalle NRSROs,[64] ma ciò non ha indotto il legislatore statunitense a mutare l'impianto normativo, così da uniformare la regolazione del rating finanziario e dei soggetti che li elaborano.

Ciò è dovuto presumibilmente ad una serie di motivazioni.

In primo luogo, è evidente il cosiddetto effetto di *path dependency*. Infatti, per quanto orientato a riforme profonde e radicali, il legislatore statunitense non ha potuto prescindere da un sistema regolatorio sedimentato ormai da decenni, a differenza del legislatore comunitario, che ha dovuto elaborare una disciplina ex novo, con il solo vincolo della considerazione della situazione di fatto consolidatasi a seguito dell'espletamento dell'attività di rating da parte di agenzie per lo più extracomunitarie.

[63] La formulazione della norma non assume un carattere meramente processuale, poiché indica alcune obbligazioni fondamentali delle agenzie di rating la cui violazione deve essere provata per poter accertare una responsabilità in ragione della quale il danneggiato può chiedere il risarcimento. Indirettamente quindi la norma delinea anche alcune condotte cui sono tenute le agenzie di rating a prescindere dalla registrazione quali NRSROs, oltre ad assicurare uniformità al regime della prova della responsabilità.

[64] Cfr. la Sec. 939 con cui si abrogano i richiami ai ratings emessi da NRSROs in alcune importanti leggi federali tra cui lo stesso SEA, nonché la Sec 939A, che ordina alle agenzie federali di rimuovere gli analoghi richiami nelle regulations dalle stesse promananti. Ciò non priva comunque di rilevanza i ratings, poiché in molti casi il richiamo esplicito e vincolante ai ratings emessi dalle NRSROs è sostituito con quello a standards di credit-wortiness, che potranno a loro volta fare riferimento al rating. La modifica implica comunque un passaggio da richiami rigidi e vincolanti a riferimenti indiretti e suscettibili di applicazioni alternative.

In secondo luogo, tra gli elementi caratterizzanti il sistema statunitense figurano i presupposti per il riconoscimento della qualifica di NRSROs e tra questi, in primo piano, l'esperienza maturata per cosi dire "sul campo" attraverso l'emissione di rating da un tempo sufficiente per fornire dati statisticamente rilevanti per valutare la performance, l'indicazione dei venti più importanti emittenti o sottoscrittori che hanno fruito dei servizi dell'agenzia e la produzione delle certificazioni di almeno dieci qualificate istituzioni acquirenti dei titoli emessi di aver utilizzato nei tre anni precedenti i rating dell'agenzia richiedente.[65]

In altri termini l'accesso al mercato negli Stati Uniti è concepito richiamando il modello delle prime agenzie di rating, che hanno visto consolidarsi nel tempo il loro prestigio sul mercato e, soltanto a seguito di tale riconosciuta esperienza, sono state poi ammesse a rivestire la qualifica di NRSROs, quasi che tale qualificazione non fosse frutto di una scelta normativa ma di una presa d'atto di uno status quo. E' opinabile se tale scelta sia frutto di una meditata valutazione di opportunità che proceda dall'assunto che soltanto il mercato, o meglio i suoi più qualificati operatori, siano in grado di valutare la competenza delle agenzie, ovvero di una malcelata strategia per rallentare l'ingresso di nuove NRSROs, ma è un fatto che la disciplina statunitense è incentrata sulle NRSROs.

L'approccio europeo alla regolazione delle agenzie di rating è sensibilmente diverso. Innanzitutto, è parzialmente diversa la definizione dell'attività, ma in termini concreti l'ambito oggettivo di applicazione della normativa è coincidente.[66]

[65] Cfr. Sec. 15E (a) (1) (B e C) del SEA come modificato dal Dodd-Frank Act. Non a caso in sede di prima applicazione del CRARA, alle NRSROs che già disponevano al 2 agosto 2006 di no-action letter della SEC non sono state richieste le certificazioni relative all'attività svolta ex Sec. 15E (a) (1) (D).

[66] Nella definizione europea di cui all'art. 3 comma 1, lett. a del Reg. 2010/2009 il «rating del credito» è "un parere relativo del merito creditizio di un'entità, di un'obbligazione di debito o finanziaria, di titoli di debito, di azioni privilegiate o di altri strumenti finanziari, o di un emittente di un debito, di un'obbligazione di debito o finanziaria, di titoli di debito, di azioni privilegiate o altri strumenti finanziari, emessi utilizzando un sistema di classificazione in categorie di rating stabilito e definito". Il maggiore dettaglio con cui vengono enumerati soggetti e titoli oggetto dell'attività di rating, pur risultando utile per comprendere la varietà dell'attività, non evidenzia un ambito sostanzialmente diverso da quello preso in considerazione dalla normativa statunitense: infatti anche in tal caso si fa riferimento quali destinatari del rating sia a soggetti (obligors as an entity) sia a titoli (specific securities or money market instruments). Quanto al concetto di "merito creditizio" o "creditworthiness" (di cui al SEA, Sec. 3, comma 60) esso resta non definito normativamente sia nella disciplina europea sia in quella statunitense, con conseguenze non irrilevanti circa l'assimilabilità delle categorie di ratings emessi dai vari operatori.

Diverso è invece il profilo soggettivo nella parte in cui nel Regolamento si definisce *agenzia di rating del credito* "*una persona giuridica la cui attività include l'emissione di rating del credito a livello professionale*", mentre il SEA all'art. 3 comma 61 qualifica *credit rating agency* "*any person: (A) engaged in the business of issuing credit ratings on the internet or through another readily accessible means, for free or for a reasonable fee, but does not include a commercial credit reporting company; (B) employing either a quantitative or qualitative model, or both, to determine credit ratings; and (C) receiving fees from either issuers, investors, or other market participants, or a combination thereof*".[67]

Sia in Europa che negli Stati Uniti, invece, la disciplina specificamente dettata per le agenzie di rating è riferita alle organizzazioni che svolgano tale attività a carattere professionale, requisito di fatto espresso dalla locuzione statunitense, "engaged in the business".

Il requisito si concreta nei caratteri della rilevanza e continuità dell'attività, oltre che nell'intento lucrativo, che emerge espressamente nella definizione americana dal richiamo di cui alla lett. (c) alla circostanza che i rating vengano emessi a fronte di *fees*, senza che assuma invece rilievo se queste ultime siano corrisposte dagli emittenti, dagli acquirenti degli strumenti finanziari oggetto del rating o da entrambe le categorie di soggetti.

Elemento determinante comune ai due sistemi giuridici è inoltre quello della pubblicazione dei rating. Esso si evince esplicitamente nella definizione statunitense di CRA, laddove si richiede che il credit rating non sia soltanto elaborato, ma anche "*issued on the internet or through another readily accessible means*". Si precisa inoltre che la conoscibilità del rating può essere o meno condizionata al pagamento di una *reasonable fee*, ma, si deduce implicitamente, il suo apprendimento deve dipendere esclusivamente dalla volontà del fruitore, senza che l'agenzia di rating possa ammettere o escluderne l'accesso in base a criteri soggettivi. In altri termini la regolamentazione investe le agenzie che emettono ratings resi disponibili al pubblico gratuitamente o a fronte di modesto corrispettivo, ma comunque

[67] Negli USA possono dunque svolgere attività di credit rating teoricamente anche persone fisiche, mentre in Europa è necessario costituire una persona giuridica. La differenza è limitata evidentemente alle agencies che non chiedano la registrazione come NRSROs, poiché in tale ultimo caso i requisiti finanziari ed organizzativi, in particolare quelli dettati dalla Sec 15E (t) del SEA in tema di corporate governance, che impongono tra l'altro la costituzione di un board of directors composto per almeno la metà da indipendent directors, rendono necessaria la costituzione di un'entità giuridica strutturata nelle forme della corporation.

senza che l'agenzia predetermini soggettivamente i destinatari.

Nel Regolamento Europeo il requisito della pubblicazione dei ratings non emerge immediatamente dalla definizione, che si riferisce genericamente alla "*emissione*" di ratings, ma si trae dall'art. 2 comma primo, che delimita la sfera di applicazione del regolamento ai ratings emessi dalle agenzie di registrate nella comunità qualora siano "*pubblicati o distribuiti tramite abbonamento*". Dal coordinato disposto della norma citata con la definizione di cui all'art. 3, comma 1, lett. b) si evince che il regolamento si applica in termini soggettivi alle agenzie che svolgono professionalmente l'attività di elaborazione ed emissione di ratings destinati alla pubblicazione o comunque alla diffusione.

Ciò che dunque rileva nel Regolamento non è la pubblica accessibilità, condizionata o meno da un modesto corrispettivo, ai ratings emessi da CRA, ma la circostanza oggettiva che i ratings siano conosciuti da un numero rilevante di operatori finanziari, in assenza di una loro preventiva e specifica richiesta, e che possano quindi condizionarne la condotta sul mercato.[68]

La differenza che emerge così nella sfera di applicazione nei due sistemi è logicamente derivante da una diversa concezione di fondo delle finalità della regolamentazione. Il SEA intende tutelare principalmente gli utilizzatori di ratings pubblici, acquisiti in assenza di uno specifico incarico o rapporto contrattuale, presumibilmente sull'assunto che in tali diverse ipotesi si tratti di utilizzatori avvertiti o comunque che possono tutelarsi attraverso rimedi negoziali. Il legislatore europeo tende invece a considerare l'attività delle agenzie di rating in termini complessivi e per i potenziali effetti che essa esplica sui mercati finanziari. Questi ultimi derivano dalla oggettiva circostanza della diffusione dei ratings tra una pluralità significativa di soggetti, non assumendo rilievo il fatto che essi abbiano avuto accesso a ratings pubblici ovvero li abbiano acquisiti in base a relazioni negoziali con il soggetto emittente i ratings. Non si tratta quindi di tutelare soggetti più o meno esperti ovvero di integrare rimedi negoziali, che in talune ipotesi possano risultare impraticabili o poco efficaci, ma di garantire in ogni caso che chi esercita professionalmente un'attività suscettibile di influenzare un numero rilevante di operatori sia sottoposto ad un sistema regolatorio che assicuri il corretto espletamento dell'attività.

[68] Non a caso il comma 2 dello stesso articolo 2 esclude la rilevanza dei ratings privati prodotti in seguito a un singolo ordine e forniti esclusivamente al soggetto che li ha commissionati e non destinati alla divulgazione al pubblico o alla distribuzione previo abbonamento.

E' logico quindi che il regolamento non si applichi ai ratings emessi su commissione ed in casi specifici.[69]

Nel complesso la prospettiva europea è ordinata secondo una logica che attribuisce all'emissione di rating una rilevanza che trascende i rapporti tra soggetto emittente e fruitore e che giustifica ed impone quindi l'assoggettamento del primo ad una disciplina imperativa, a partire dalla registrazione presso l'ESMA, dettata dal prevalente interesse pubblico al corretto andamento del mercato finanziario.

Ne derivano una serie di conseguenze di notevole rilevanza.

In primo luogo, come già rilevato, per le agenzie di rating stabilite nel territorio dell'Unione Europea la registrazione non è una facoltà né un onere connesso all'acquisizione di uno status, bensì un obbligo.[70] In altri termini, quindi, l'attività professionale di emissione di ratings destinati alla diffusione tra il pubblico può essere svolta soltanto da soggetti che presentino i requisiti richiesti per la registrazione e che siano stati positivamente riscontrati dalla competente autorità di vigilanza (prima del reg. 513/2011 le autorità nazionali, ora la sola ESMA).[71]

E' evidente allora che non può costituire presupposto per la registrazione il pregresso svolgimento di attività e tanto meno il fatto che i ratings siano stati utilizzati da qualificate istituzioni acquirenti dei titoli come disposto dalla Sec. 15E (a) (1) (B e C) del SEA nel testo modificato dal Dodd-

[69] Correlativamente, anche ai fini di certezza del diritto, dovrebbe essere definito il numero di abbonati al di sopra del quale l'emissione di rating debba considerarsi diffusa in modo così rilevante da giustificare l'assoggettamento alla disciplina dei ratings pubblici.

[70] L'affermazione è chiaramente espressa anche da ENRIQUES, *Rating e regolamentazione*, 2010, p.8 in www.consob.it.

[71] Per la verità la prospettazione dell'obbligo di registrazione non è priva di ambiguità. Infatti, l'obbligo di cui al titolo dell'art. 14 è poi correlato dalla norma stessa "ai fini di cui all'art. 2, primo comma," che limita l'ambito di applicazione del Regolamento a ratings emessi dalle CRA registrate nella Comunità e che sono comunicati al pubblico o distribuiti tramite abbonamento. Si potrebbe quindi leggere il termine "obbligo" quale "obbligo correlato al fine" ovvero come onere, finalizzato ad attribuire ai ratings l'efficacia di cui all'art. 4 del Regolamento. Tale interpretazione, che lascerebbe libero lo svolgimento dell'attività di rating anche da parte di persone giuridiche stabilite nell'Unione, ma che non intendessero veder riconosciuta la loro attività ai fini normativi di cui all'art. 4 citato, è implicitamente supportata dall'assenza di sanzioni per lo svolgimento dell'attività di diffusione di ratings in assenza di previa registrazione. D'altra parte, l'elencazione nell'art. 2. secondo comma, delle fattispecie sottratte all'ambito di applicazione del regolamento e la previsione nell'art. 24, primo comma, b) del Reg. n. 513/2011 del potere dell'ESMA in caso di gravi violazioni, in alternativa alla revoca, di vietare temporaneamente l'emissione di ratings efficaci in tutta l'Unione, finché l'agenzia non abbia posto fine alla violazione, non può che interpretarsi come il logico completamento di una disciplina che escluda la pubblicazione o la distribuzione per abbonamento di ratings in assenza di registrazione.

Frank Act. Dopo una fase di avvio che ha visto la registrazione prevalentemente di operatori già attivi prima dell'entrata in vigore del regolamento, la verifica dei requisiti in Europa dei *new incomers* si baserà, infatti, presumibilmente su dati organizzativi e programmatici, non potendosi fare riferimento ad attività pregresse in quanto non consentite in assenza di registrazione, se non nei ristretti limiti di cui all'art. 2, comma 2.

5.3. I poteri di vigilanza ed enforcement della SEC e dell'ESMA

La comparazione dei poteri delle Autorities statunitense ed europea deve procedere dalla premessa che la SEC è un'istituzione con funzioni e poteri ad ampio spettro, ormai definite da una legislazione ed una prassi stratificata, mentre l'ESMA è un'autorità di recente istituzione che sia sul piano organizzativo che funzionale è in fase di sviluppo. Tuttavia, occorre considerare che le funzioni di vigilanza ed *enforcement* nei confronti delle agenzie di rating sono state attribuite alla SEC con legislazione recente e soltanto con il Dodd-Frank Act è stata prevista la costituzione di un apposito Office for Credit Ratings. La SEC ha nominato il direttore del nuovo ufficio soltanto nel giugno 2012[72] e, pertanto, per ciò che concerne la specifica vigilanza sulle CRAs, le Autorità statunitensi non vantano una esperienza superiore a quella europea, fatto salvo il rilievo che potrà assumere la prassi pregressa seguita dalla SEC in altri ambiti.

Quanto alla sfera di intervento, oltre ai profili attinenti alla registrazione di cui si è già trattato, significativo è il profilo delle metodologie e delle procedure per l'elaborazione del rating, ove le due Autorità hanno un diverso approccio nella vigilanza.

La SEC effettua una disamina almeno annuale di tutte le NRSROs iscritte verificando la corrispondenza dell'attività alle politiche, procedure e metodologie di rating dichiarate, la gestione dei conflitti di interessi, l'implementazione del codice etico, la funzione di controllo interno, la governance, le attività del *compliance officer*, la gestione dei reclami e la politica relativa alle attività svolte dagli ex dipendenti. I risultati dell'indagine vengono sintetizzati in un rapporto annuale pubblico.[73]

[72] Press release del 15 giugno 2012 con cui la SEC ha comunicato la nomina del Direttore Thomas J. Butler con presa delle funzioni dal 18 successivo in www.sec.gov/news/press/2012/2012-113.htm. In precedenza le funzioni dell'Office for Credit Ratings erano svolte in via interinale dall'Office of Compliance Inspections and Examinations.

[73] SEA 15E(p)(3), (A) e (B). Molto interessante è il Summary Report 2011 che si legge in www.sec.gov da cui si evince, tra l'altro, che una delle maggiori NRSROs, non identificata, non avrebbe seguito la metodologia di attribuzione del rating in relazione ad alcun Asset-Back Securities e di aver quindi pubblicato rating erronei: cfr. www.sec.gov.news/studies/2011.

L'indagine viene effettuata mediante ispezioni, richieste di informazioni e verifiche a campione delle procedure di attribuzione dei ratings secondo le metodologie adottate dalle singole NRSROs. Non si procede invece ad alcuna verifica della adeguatezza delle procedure e delle metodologie per l'elaborazione dei ratings in virtù della section 15E (c) (2) che vieta alla SEC di intervenire in materia.

E' ben vero che anche in Europa l'art. 23 del Regolamento 1060/2009, come modificato dal Reg. 513/2011, vieta all'ESMA di interferire con il contenuto dei ratings del credito o con le relative metodologie, ma, d'altra parte, le CRAs sono tenute in virtù dell'art. 8.3 ad utilizzare "metodologie di ratings rigorose, sistematiche, continuative e soggette a convalida sulla base dell'esperienza storica, inclusi test retrospettivi" e l'ESMA ha tra i propri compiti quello di verificare il rispetto di tale obbligo. In base all'art. 22 bis l'ESMA effettua tale vigilanza verificando l'esecuzione dei test retrospettivi da parte delle agenzie di rating, analizzandone i risultati ed accertando che le stesse dispongano di procedure per tener conto dei risultati di detti test nelle loro metodologie di rating. Ne deriva che l'ESMA ha un potere di verifica della conformità al regolamento delle metodologie utilizzate dalle CRAs.[74]

Al di fuori di tale aspetto specifico, i poteri di *enforcement* delle due Autorità sono assimilabili.

Il Dodd-Frank Act ha attribuito alla SEC il potere di determinare con norma regolamentare multe ed altre sanzioni da irrogare alle NRSROs in caso di violazioni; pertanto, a fronte dei poteri di acquisizione di informazioni e documenti e di ispezione, nella normazione secondaria saranno introdotte misure coercitive e sanzioni al fine di assicurare loro effettività.[75] Inoltre, la SEC dispone di poteri di sanzione pecuniaria e di emettere provvedimenti inibitori in base alle disposizioni generali di cui alle Sections 21B e 21C del SEA.[76]

[74] I parametri di valutazione sono stati precisati con il Regolamento delegato n. 447/2012 della Commissione del 21 marzo 2012 che ha fissato le relative norme tecniche.

[75] Occorre peraltro segnalare che anche quando, in altri ambiti, la SEC ha il potere di intraprendere azioni dinanzi alle Corti, le misure più frequentemente adottate e più efficaci sono risultate quelle amministrative. Cfr. GADINIS, *"The SEC and the Financial Industry: Evidence from Enforcement Against Broker-Dealers"*, The Business Lawyer, vol. 67, maggio 2012, secondo il quale soprattutto per le grandi società la SEC ricorre più spesso a procedimenti amministrativi che ad azioni civili, che peraltro hanno conseguenze peggiori per i soggetti incriminati.

[76] E' proprio in base a tali poteri sanzionatori ed inibitori che, all'esito di una approfondita disamina sui profili di enforcement, già il CESR nel Technical Advice del 21.5.2010 CESR/10-332 giungeva ad un giudizio di equivalenza ai fini di cui all'art. 4 del Reg. 1060/2009. Lo stes-

Ai poteri di sanzione pecuniaria si aggiungono gli ordini di esibizione e di inibizione. In casi determinati dalla legge, la SEC può proibire la pubblicazione di singoli ratings o assumere tanto nei confronti delle NRSROs che dei loro associati provvedimenti di censura, di limitazione dell'attività o di sospensione fino a un massimo di dodici mesi ovvero di revoca della registrazione.[77]

L'ESMA, pur non essendo prevista una disamina annuale di tutte le CRAs registrate come negli USA, procede ad indagini generali ed a tal fine ha il potere di esaminare documenti, dati, procedure e qualsiasi altro materiale pertinente, ottenere copie certificate o estratti, convocare e chiedere spiegazioni scritte e orali su fatti o documenti relativi all'indagine e al suo oggetto e registrarne le risposte, organizzare audizioni e richiedere di esaminare il traffico telefonico e dati.[78] Le informazioni possono essere richieste sia ad agenzie di rating sia a persone che partecipano alle attività di rating, ad entità valutate e a terzi collegati, ed in genere a chi svolga funzioni o attività connesse al rating. Ove necessario, a fronte di opposizione all'ispezione, l'ESMA può chiedere l'assistenza della forza pubblica o richiedere un provvedimento dell'autorità giudiziaria locale. Oltre agli strumenti giudiziari offerti dall'Autorità locale, l'ESMA, al fine di ottenere documenti, informazioni, dati o materiali nonché per ottenere la disponibilità a sottoporsi ad una ispezione, può imporre una cosiddetta "sanzione reiterata". Si tratta dell'irrogazione di una sanzione pecuniaria correlata al fatturato del soggetto che si oppone alla richiesta e quantificata in misura proporzionale al numero dei giorni di ritardo.[79]

Il potere di irrogare sanzioni pecuniarie è previsto dal Regolamento 513/2011 rispetto a numerose fattispecie di violazione degli obblighi da parte delle CRAs con un peculiare meccanismo di quantificazione della san-

so CESR rilevava tuttavia che, a differenza del sistema europeo (1065) "The US regime as a whole is (…) built on a philosophy of ex post supervision so that whatever is set out in the law or disclosed by the NRSRO has to be complied with. If upon an examination it appears that credit ratings are issued in material contravention of these requirements, the NRSRO may be subject to liability under the federal securities laws and rules thereunder".

[77] Tra le altre ipotesi tali provvedimenti sono previsti dalla Section 15E c)(3)1(E) quando la NRSRO non destini più mezzi economici e risorse umane adeguate per la corretta produzione di credit ratings; ipotesi che lascia evidentemente ampia discrezionalità alla SEC.

[78] Con il Reg. 513/2011 i poteri di vigilanza sono stati concentrati nell'ESMA, ma ex art. 23 *quinquies* del Reg. 1060/2009 le autorità nazionali debbono prestare assistenza e possono essere delegate dall'ESMA a svolgere indagini o ispezioni.

[79] L'art. 36 ter consente all'ESMA di irrogare sanzioni reiterate nella misura del 3% del fatturato giornaliero o per le persone fisiche del 2% del reddito medio riferito all'anno precedente l'irrogazione. La sanzione non può essere irrogata per un periodo superiore a sei mesi.

zione dotato di tre principali caratteristiche: a) la predeterminazione dell'importo base;[80] b) la fissazione di un tetto massimo; c) in presenza di beneficio diretto o indiretto derivante all'agenzia dalla violazione, la determinazione della sanzione in misura almeno pari allo stesso beneficio.

Nell'insieme, dunque, il sistema europeo, appare, da un lato, proteso a dotare l'ESMA di strumenti efficaci a fini sia istruttori sia sanzionatori e quindi utilizza lo strumento sanzionatorio tanto con finalità dissuasive quanto al fine di privare di ogni potenziale utilità la condotta illegittima, dall'altro, è coerente con le esigenze di predeterminazione della pena e le finalità di correzione e non di mera repressione. D'altronde, qualora le violazioni dovessero indurre l'Autorità a non ritenere più sussistenti adeguate garanzie di corretto funzionamento dell'Agenzia, l'ESMA può procedere anche alla sospensione parziale o totale dell'attività ovvero alla cancellazione.

6. *Le prospettive di convergenza*

L'individuazione delle persistenti divergenze nella regolazione del credit rating in USA ed Europa non deve indurre in errore. E' sufficiente un rapido confronto con la diversità radicale dei due sistemi prima delle legislazioni dell'ultimo decennio per evidenziare il processo di convergenza in atto.[81] Un processo che, come evidenziano i giudizi di equivalenza espressi dall'ESMA, pur con i limiti sopra rappresentati, si estende ormai agli ordinamenti di tutti i Paesi dotati di un mercato finanziario sviluppato.

La progressiva convergenza non implica, tuttavia, la formazione di una regolamentazione transazionale o sovranazionale che consenta di attribuire valore comune ai ratings emessi da qualunque agenzia ovunque registrata.

Soltanto l'Europa ha costruito un sistema che può condurre, a determinate condizioni, a riconoscere valore giuridico a credit ratings emessi da agenzie registrate in ordinamenti qualificati dalla Commissione, su parere dell'ESMA, equivalenti.

[80] In linea generale per ogni tipo di violazione fattispecie è determinato l'importo della sanzione, che può essere elevato o ridotto in presenza di aggravanti o attenuanti predeterminate; in caso di pluralità di violazioni si applica la sanzione più grave, ma vi è comunque un limite massimo pari al 20% del fatturato dell'esercizio precedente.

[81] La prospettiva di convergenza era già segnalata da Coffee Jr., prima del Dodd-Frank Act, evidenziando, ad esempio, come la SEC Rule 17g-5, che vieta l'emissione di rating rispetto a emittenti ai quali l'agenzia abbia fornito consulenza, sia stata adottata dal Regolamento Europeo e dal Codice di condotta IOSCO; COFFEE JR., *Rating Reform,* cit., p. 25.

La creazione di un sistema di regolazione rigoroso e la costituzione di un'autorità di vigilanza europea ha introdotto un modello alternativo, ma dialogante, rispetto a quello statunitense, tradizionalmente dominante nel settore. Ciò produrrà effetti che non mancheranno di condizionare l'attività delle agenzie di rating a livello globale. [82]

La dialettica e la concorrenza regolamentare tra Stati Uniti ed Europa si è mostrata più efficace dei tentativi di coordinamento internazionale in sede IOSCO, che pure permane la sede privilegiata di confronto a livello globale.

Il problema che persiste deriva, però, dalla peculiarità del servizio offerto dalle agenzie di rating, la cui affidabilità è valutabile in base a *performances* di lungo periodo e che è tanto più dotata di valore quanto minore è il numero dei soggetti accreditati a svolgerlo. E' assai dubbio quindi che al formarsi di una regolamentazione globale uniforme o armonizzata possa corrispondere in tempi ragionevolmente brevi la creazione di un mercato effettivamente concorrenziale di agenzie registrate in diversi ordinamenti. I vincoli normativi al riconoscimento del valore del rating in contesti diversi da quelli ove l'agenzia è registrata ed il diverso valore attribuito dal mercato a ratings emessi da agenzie di diversa appartenenza e dotate di maggiore o minore esperienza, rendono il mercato del rating quasi impenetrabile. Ma ciò non priva di rilievo, anzi accresce, l'importanza della regolazione e della vigilanza, soprattutto se fondate su principi e prassi globalmente convergenti.

Il fulcro del processo è costituito allo Stato, pur con le evidenziate differenze, dai sistemi di registrazione e vigilanza. Ulteriore convergenza potrebbe derivare dalla normativa della SEL attuativa del Dodd-Frank Act ed in caso di approvazione dalle nuove proposte di regolamento COM (2011) 747 e di direttiva COM (2011) 747 adottate dalla Commissione Europea il 15.11.2011.

[82] Non è un caso che S&P, ad esempio, dichiara nel proprio sito di emettere alcuni rating in conformità con il Reg. 1060/2009.

FRANCESCO PETRILLO

Giuliano Crifò. La "notazione" scientifica su Emilio Betti per l'ermeneutica giuridica contemporanea [1]

SOMMARIO: 1. L'oggetto. - 2. Giuliano Crifò notista di Emilio Betti. - 3. I prodromi delle *Note per una ricerca* del 1979. - 4. I neumi delle *Note per una ricerca.* - 5. L'inizio degli anni '90 del secolo scorso come coronamento di un medesimo progetto finalistico. - 6. La controffensiva.

1. *L'oggetto*

E' un impegno difficile e stimolante allo stesso tempo, quello da me assunto: parlare, in un consesso tanto autorevole, dell'amico, conosciuto pochi anni fa, e del maestro, presente, invece, nella vita del sottoscritto, fin dai primi studi giuridici, in maniera espansa, com'è proprio delle presenze spirituali, che, pure non essendo mai apparenti, sono diffusivamente sentite in ogni attimo esistenziale e, se accade che diventino anche reali, si propongono come un tutt'uno, senza soluzione di continuità.

Ho accettato, nonostante la mia indegnità, il grande onore concessomi di commemorarlo qui, presso l'Accademia Romanistica Costantiniana, uno degli obbiettivi scientifici da lui perseguiti con la sua - direi - *calma costanza e silenziosa tenacia*, perché, ricordando Giuliano Crifò, c'è l'obbligo scientifico - per chiunque voglia, all'inizio del terzo millennio, ritenersi degnamente studioso del problema dell'interpretazione giuridica - di ribadire a gran voce le due questioni, intersecate tra loro, che saranno l'oggetto di questo mio intervento.

A) La prima questione, desumibile dalla prima parte del titolo, è il risultato dell'analisi dell'attività di: notista. Mira a ricostruire e sottoli-

[1] Con grande onore e piacere pubblico, nel volume inaugurale del *Dipartimento giuridico* dell'Università degli studi del Molise, la *Relazione* da me presentata, su invito, in data 27/06/2012, a Spello, presso l'Accademia Romanistica Costantiniana, in occasione della Tavola Rotonda internazionale di commemorazione scientifica dedicata a Giuliano Crifò, intitolata: *Una vita nell'Università, una vita per l'Università*. La relazione è l'estratto di un più ampio lavoro predisposto dal sottoscritto per la circostanza, che sarà pubblicato sulla collana: *Quaderni di lavoro dell'Accademia Romanistica Costantiniana,* già diretta da Giuliano Crifò, a cura di Maria Campolunghi. Ringrazio il Consiglio scientifico dell'Accademia per avere autorizzato questa anticipazione.

neare come, con un medesimo disegno finalistico, già dai suoi primi studi, Crifò trovi nella *notazione scientifica* la forza di resistenza passiva per mantenere vivi sullo scenario giuridico e storico-culturale, italiano e internazionale - fatica ben più onerosa proprio sul territorio italiano -, i contenuti degli studi di Emilio Betti sull'ermeneutica del diritto come *species* del *genus* ermeneutica generale, cioè valevole in tutti i campi del sapere. I risultati dei suoi lavori, pubblicati alla fine degli anni '80 e alla fine degli anni '90, vanno considerati come punti di arrivo, progettati meticolosamente.

B) La seconda questione, desumibile dalla seconda parte del titolo, si concreta nella constatazione e considerazione di ciò che è ancora vivo oggi nella gran mole di sforzo teoretico prodotto. E' fondamentale e scientificamente onesto riscontrare come, alla fine del secolo scorso, Crifò diventi, nel panorama giuridico-scientifico italiano ed europeo, non solo il difensore d'ufficio della teoria ermeneutica bettiana, ma, il giurista, che, coraggiosamente, insieme a pochi altri - si pensi, in Italia, per citarne alcuni, a Giuseppe Benedetti, a Natalino Irti, a Luigi Mengoni, a Franco Modugno - non facendosi affascinare dalle cosiddette teorie dell'argomentazione giuridica e neocostituzionaliste, contribuirà a fornire agli studiosi e agli operatori pratici, le fonti per un'interpretazione del diritto non limitata alla sola analisi della legge positiva. E - ciò va sottolineato - senza costringere queste ultime in forzature di tipo non-giuridico, per esempio di tipo letterario. Lo studioso di ermeneutica giuridica non applica, infatti, l'interpretazione letteraria a quella della legge o del diritto, semmai, al contrario, propone l'ermeneutica giuridica come metodo per l'interpretazione letteraria e per tanti altri campi del sapere (musica, arte, etc.).

2. *Giuliano Crifò notista di Emilio Betti*

Quando nel 1979 viene pubblicato il volume n. 7/'78 dei <<Quaderni Fiorentini>>, intitolato *Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento,* con all'interno le citatissime *Note per una ricerca*[2], non viene posta, come molti potrebbero ritenere, la prima pietra della muraglia che Crifò ha innalzato negli anni a tutela degli studi del suo maestro.

Le *Note per una ricerca* sono già un punto d'arrivo, sono già una grossa parte dell'intera muraglia. Lo sforzo teoretico-neumatico, nel senso etimologico del segno per segno, sostenuto dall'allievo di Betti, a quel tem-

[2] Cfr. G. CRIFO', *Emilio Betti. Note per una ricerca*, in <<Quaderni Fiorentini. Per la storia del pensiero giuridico moderno>>, n. 7/'78, pp. 165-292, Giuffrè, Milano, 1979.

po, è stato già fissato in tappe fondamentali, capaci, nel loro insieme, di mantenere in vita, all'interno del dibattito giuridico-scientifico del nostro Paese, una prismaticità della scienza giuridica e soprattutto della scienza dell'interpretazione giuridica, messe entrambe fortemente in discussione dal normativismo giuridico dominante. Ma le *Note* avranno un ruolo di primaria importanza, perché rappresenteranno la prima adozione dello strumento scientifico ritenuto più idoneo - più confacente al carattere e allo stile dello studioso - a presentare i risultati di una ricerca da svolgersi, almeno inizialmente, come resistenza passiva alle scuole di pensiero giuridico prevalenti.

3. *I prodromi delle* Note per una ricerca *del 1979*

Prima ancora di soffermarsi sui neumi-risultato tracciati nelle *Note* del 1979, è importante, infatti, sottolineare che essi erano già stati individuati dall'Autore quando ancora non si era aperto del tutto - o comunque non aveva trovato i riscontri che avrà in seguito in Italia e in Europa - il dibattito introdotto dalla giurisprudenza sociologica americana sulle questioni delle "zone di penombra del diritto"[3] e dei cosiddetti "casi difficili"[4], nato dalla polemica tra l'allievo di Hans Kelsen, Herbert Lionel Adolphus Hart[5] e il talentuoso teorico della *Jurisprudence* harvardiana, Ronald Dworkin[6].

Quel dibattito non è certo vivo in Italia, nel 1962, quando Crifò introduce, con un suo saggio, la traduzione italiana del volume di Theodor Viehweg, *Topica e giurisprudenza*[7], per i Classici del diritto dell'editore Giuffrè; quando nel '67 propone una rilettura giuridica della *Topica* di Cicerone[8]; quando nel '71, in un'Italia giuridica affascinata dal forma-

[3] Sulla polemica tra Hart e Dworkin circa le "zone di penombra del diritto", cfr. M. LA TORRE, "Judex rex". *Sull'ultimo Hart*, in <<Ragion pratica>>, n. 2/2003 e, per una panoramica più generale, M. BARBERIS, *Giuristi e filosofi. Una storia della filosofia del diritto,* il Mulino, Bologna, 2011, in particolare, pp. 227-231.

[4] Cfr. R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, trad. it. il Mulino, Bologna, 1982, in particolare, pp. 171-264.

[5] Cfr. H.L.A. HART, *Il concetto di legge*, trad.it. a cura di M.A. Cattaneo, Einaudi, Torino, 1965.

[6] Cfr. R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, cit. e, anche, s.a., *L'impero del diritto*, Il Saggiatore, Milano, 1994.

[7] TH. VIEHWEG, *Topica e giurisprudenza*, a cura e con *Introduzione* di G. CRIFO', trad.it. Giuffrè, Milano, 1962, in particolare, l'*Introduzione*, pp. VII- XXIV.

[8] G. CRIFO', *Per una lettura giuridica dei Topica di Cicerone*, in <<Annali dell'Istituto Italiano per gli Studi Storici>>, n. 1/1967, pp. 113-145.

lismo analitico di Norberto Bobbio, cura la riedizione delle lezioni romane di Emilio Betti del '48-49 sull' *interpretazione della legge e degli atti giuridici*[9], definibili come radicalmente anti-bobbiane, soprattutto perché contenenti la famosa lezione introduttiva al corso di *Diritto civile* del 15/05/1948, tenuta nell'Università di Roma, su *Le categorie civilistiche dell'interpretazione;* quando, infine, nello stesso anno delle *Note*, in quell'importante '79, traduce la *Logique juridique* di Chaïm Perelman[10]. L'opera di Perelman è forte incentivo per il giurista del tempo all'utilizzo della retorica e della topica nell'atto dell'applicazione della fattispecie normativa al caso concreto. Questa traduzione – la mia è una chiara illazione e me ne assumo ogni responsabilità – forse contribuirà a indurre Bobbio a scrivere, nel 1992, il suo saggio su *Perelman e Kelsen*[11].

In tutti questi lavori, che precedono le *Note,* l'insegnamento e l'intuizione bettiana del rispetto per la complessità del diritto, anche nella modernità, a fronte della monoliticità della legge positiva, comincia ad essere tutelato:

a) con l'attenzione neumatica alla scienza giuridica internazionale in continua evoluzione;

b) con i primi approcci alla notazione critica, la quale, meglio di altre forme saggistiche, riesce a fornire a giuristi pratici e teorici punti di riferimento documentali e non soltanto fascinazioni di pensiero o astratte elaborazioni logico-dimostrative.

L'interprete del diritto, in particolare, ma anche il mondo del diritto, più in generale, non possono sottrarsi mai fino in fondo alla topica, alla retorica e all'ermeneutica per quanto vogliano tentare di tetragonizzarsi, chiudendosi nell'alveo della perfezione logico-assiomatico-deduttiva, propugnata dai giuristi teorici logico-analitici e negando la possibilità della presenza del ragionamento topico nel campo giuridico.

Già nell'*introduzione* a Viehweg, la scelta cade sulla recensione più favorevole dell'edizione tedesca di *Topik und Jurisprudenz,* quella di Helmuth Coing, concentrata sulla fondamentale e necessaria riscoperta della presenza del ragionamento topico nel campo giuridico, <<in quanto forma fondamentale del pensiero "giuridico", possibilità costante e necessaria dell'umano pensiero…..la strada che la giurisprudenza deve se-

[9] Cfr. E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica),* a cura di G. CRIFO', Giuffrè, Milano, 1971, in particolare, pp. 1-56.

[10] Cfr. CH. PERELMAN, *Logica giuridica e nuova retorica*, trad. it. a cura di G. CRIFO', Giuffrè, Milano, 1979.

[11] Cfr. N. BOBBIO, *Perelman e Kelsen*, in N. BOBBIO, *Diritto e potere. Saggi sul Kelsen*, Esi, Napoli, 1992, pp. 179-192.

guire se vuole giungere alla costruzione di una dottrina scientifica e di una metodologia conformi alla realtà>>.[12]

E, già nell'Introduzione a Viehweg, il punto di partenza è Giovan Battista Vico, al quale, traducendo le *Institutiones Oratoriae,* Crifò dedicherà un saggio introduttivo nel 1989, presente anche nella traduzione inglese dello stesso volume[13]. La retorica vichiana serve per leggere Viehweg, perché solo lo storicismo di Vico spiega quanto: <<metodo retorico e metodo critico non siano in contrapposizione tra loro ma piuttosto in precedenza progressiva l'uno rispetto all'altro, nel senso che il metodo retorico finisce per precedere quello critico>>[14].

Interessa a Crifò l'idea vichiana di un pensiero problematico come apripista del pensiero sistematico. Era stata questa l'intuizione, dal punto di vista, non storicistico, stavolta, ma filosofico, della nuova ontologia di Nicolai Hartmann[15], imprescindibile fonte della Teoria generale ermeneutica di Emilio Betti, ma soprattutto chiave della scelta bettiana tra ermeneutica gnoseologica, epistemologica e metodologica. Tale scelta, aveva fatto pervenire il maestro Betti all'idea di un'ermeneutica metodologica, giuridica prima ancora che filosofica, nel momento in cui l'interpretare si andava a proporre di fronte a tutti i campi del sapere. E' il diritto che fornisce il metodo all'ermeneutica bettiana valevole in tutti i campi del sapere, quindi alla teoria generale ermeneutica. Sarà dato conto, alla Comunità scientifica, giuridica e non, italiana e straniera, di questa scelta definitiva di Betti, nella *Nota del curatore*[16] alla seconda edizione della *Teoria generale dell'interpretazione* del 1990.

4. *I neumi delle* Note per una ricerca

Ma torniamo all'importante 1979. Dunque, abbiamo detto, le *Note per una ricerca* sono già un punto d'arrivo; *un arrivo e una svolta; non un inizio*. La resistenza al diritto ridotto tutto a legge e all'interpretazione di quest'ultima come unica attività possibile del giurista nel mondo norma-

[12] Cfr. TH. VIEHWEG, *Topica e giurisprudenza, Introduzione*, cit.

[13] Cfr. G. VICO, *Institutiones Oratoriae*, a cura e con *Introduzione* di G. CRIFO', Napoli, 1989, pp. CXII-568.

[14] Cfr. TH. VIEHWEG, *Topica e giurisprudenza*, *Introduzione*, cit..

[15] Cfr. N. HARTMANN, *Il fondamento dell'ontologia,* trad.it. Fabbri, Milano, 1963; s.a., *Le nuove vie dell'ontologia,* trad. it. La scuola, Brescia, 1975.

[16] Cfr. E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, edizione corretta e ampliata, a cura di G. CRIFO', Giuffrè, Milano, 1990. In particolare, *Nota del curatore,* pp. IX-X.

tivista è cominciata ben diciassette anni prima. Il volume dei <<Quaderni fiorentini>> finalmente dedicato a Emilio Betti, con saggi al suo interno addirittura dello stesso Hans Georg Gadamer, del direttore scientifico della rivista Paolo Grossi, ma, anche, di Natalino Irti e Luigi Mengoni, è il punto d'arrivo e di svolta – almeno dal punto di vista dello strumento scientifico da utilizzare - perché vengono tirate le prime somme, *rectius*, in senso notazionistico, vengono tracciati i risultati dei primi neumi fondamentali.

Il "notista" fa risaltare, nell'articolo sui <<Quaderni fiorentini>>, la forza della letteratura autorevole su Betti, italiana e straniera, nonostante al giurista di Camerino fossero state precluse, in Italia, le strade delle scuole di pensiero prevalenti. Verifica, non in astratte congetture, ma nelle critiche di autori di chiara fama, <<il segno di un'essenzialità dell'opera bettiana>>[17]. Nel muro innalzato a difesa di Betti sono incuneate, come mattoni ponderosi, le testimonianze di Francesco Carnelutti, Pietro De Francisci, Francesco Calasso, derivate da quell'esperienza, forte ma breve, che era stata la <<Rivista Italiana per le Scienze giuridiche>>, durata solo i primi anni '50 del '900, ma anche le testimonianze di giuristi tedeschi come Peter Wagner, Theodor Heuss, Franz Wieaker, Josef Esser, e studiosi o filosofi come Benedetto Croce, lo stesso Hans Georg Gadamer, Günter Hirsch, Karl Kroeschell, e per ultimo, ma certo non da ultimo, Adolfo Plachy. Costoro << hanno tutti fatto riferimento a Betti non solo sul negozio giuridico, ma anche - *e ciò preme sottolineare al notista* - sul metodo>>[18].

Nelle *Note per un ricerca,* è posto, anzitutto, il *neuma* della metodologia giuridico-ermeneutica – del metodo -, non come derivazione e figlia dell'ermeneutica giuridica generale, quella, per intenderci, volta alla ricerca dell'unica verità possibile in senso epistemologico, ma come soluzione per l'ermeneutica filosofica, poiché prospetta e propone un approccio decisionale, non tanto teso a scoprire la verità assoluta, quanto a risolvere la questione interpretativa, garantendo, piuttosto che il fine dell'interpretazione, il mezzo più idoneo per procedere all'interpretazione stessa. Non il metodo per la verità, ma la verità del metodo; non il metodo per la giustizia, ma il giusto metodo possibile.

Il secondo neuma, posto nelle *Note,* è quello del ruolo del giurista come soggetto precomprendente. Il giurista - che decide e sceglie - è l'interprete in grado di superare il soggetto interpretante di Hans Georg Ga-

[17] Cfr. G. CRIFO', *Emilio Betti. Note per una ricerca*, cit., p. 166.
[18] *Ibidem.*

damer, immerso pienamente nel mondo e nella conoscenza, ma incapace di scegliere senza il cosiddetto <<miracolo gadameriano>>[19], laddove sempre deve riuscire a scegliere, invece, il giudice decidente. Questi non può accontentarsi mai dei miracoli. Anzi, spesso dovendo comunque, in un modo o nell'altro decidere, concediamoci una battuta, deve fare … i miracoli.

Scrive Crifò in un'asteriscazione di avvertenza, introduttiva alle sue *Note*, non nascondendo la progettualità di lungo periodo del suo lavoro: <<Avrò modo di precisare il carattere essenzialmente preparatorio di queste note, che vorrebbero servire a una discussione corretta del pensiero bettiano>>[20]. Ecco la direzione di senso del percorso di ricerca. La <<discussione corretta>> deve trovare origine nella verifica di quanto il pensiero bettiano sia attuale e di quanto lo sia in relazione a quello che sta accadendo a livello europeo e mondiale, data una dimensione della giuridicità non più confinabile esclusivamente nella legge positiva e nella sua interpretazione testuale e letterale.

5. *L'inizio degli anni '90 del secolo scorso come coronamento di un medesimo progetto finalistico*

Dodici anni dopo, all'inizio degli anni 90'-'91, la direzione di senso troverà il suo coronamento.

Ma tra il 1979 e il 1991, si definiscono e vengono fortemente in risalto, come oggetti di ricerca, nell'attività pubblicistica di Crifò:

1) il problema di un metodo per l'interpretazione del diritto, non limitata esclusivamente all'interpretazione della legge;

2) il problema della riqualificazione della figura del giurista non solo a mero stimmatizzatore del processo automatico di applicazione della fattispecie astratta al caso concreto, ma a figura complessa dalle conoscenze e dalle esperienze prismatiche;

[19] Sul "miracolo gadameriano", cfr. H.G. GADAMER*, Verità e metodo*, trad. it. Bompiani, Milano, 1983 e, soprattutto, *Replik,* in AA.VV., *Hermeneutik und Ideologiekritik*, a cura di J. Habermas et altri, Frankfurt am M., 1971, p. 296. Proprio unitamente alle *Note per una ricerca* di Crifò, viene pubblicato, nello stesso volume dei <<Quaderni fiorentini>>, sulla questione del miracolo gadameriano della decisione ermeneutica, il lavoro di L. MENGONI, *La polemica di Betti con Gadamer*, in <<Quaderni fiorentini>>, cit., in particolare, pp. 138-141. L'*Applikation* gadameriana sembrerà sempre a Crifò più debole dell'interpretazione in funzione normativa bettiana, nata proprio all'interno della scienza giuridica e poi estesa a tutti i campi del sapere.

[20] Cfr. G. CRIFO', *Emilio Betti. Note per una ricerca*, in << Quaderni Fiorentini>>, cit., p. 165.

3) il problema dell'internazionalizzazione in grado di mostrare il superamento, anche sul piano della pratica giudiziaria, dell'esclusivo utilizzo della logica analitica, utile all'interpretazione del solo testo normativo.

Al coronamento del percorso intrapreso si giunge, infatti, attraverso un ulteriore decennio di interventi. Si pensi, nei primi anni '80, al saggio sulla *Crisi della Repubblica e valori giuridici*[21], al saggio su *Interpretazione giuridica dei testi non giuridici*[22], come al lavoro in lingua tedesca su Vico: *Die Tendenz zur Vereinigung des Getrennten*: *Jurisprudenz und Politik im Denken Vicos*[23], o al saggio: *Ovvio meno ovvio. Su interpretazione e cambiamento del diritto*[24], e ancora, sul finire degli anni 80, al saggio *Valutazioni giuridiche concorrenti*[25]. Le riflessioni argomentate in questi vari interventi, unitariamente considerate, conducono, sulle orme della metodologia retorica vichiana, adeguatamente novellata in metodologia ermeneutica sistematica, a quegli anni '90 in cui trova il suo naturale completamento il lavoro del notista.

La parete di protezione è servita a tutelare il patrimonio bettiano negli anni del trionfo del logicismo analitico ed assiomatico, ora è pronta ad essere definita sistematicamente per proporsi come metodologia alternativa all'interpretazione logico-analitica della legge, in una prospettiva internazionale della giuridicità non contenibile più nei confini del cortile dello stato moderno.

Nel diritto comunitario, dinanzi alle Alte Corti di Giustizia internazionali, ma anche dinanzi alle Corti Costituzionali dei singoli stati; di fronte alle questioni di bioetica, alle biotecnologie, ai nuovi *crimina juris gentium*, la metodologia bettiana si mostra sempre più, per il giurista contemporaneo, come una seria alternativa alla limitata interpretazione testuale *per argumenta*; come un modo di risoluzione possibile delle controversie interpretative a fronte all'opacità delle *zone di penombra*. E' nata per essere in grado di proporre soluzioni adeguate alle questioni scaturen-

[21] Cfr. G. CRIFO', *Crisi della repubblica e valori giuridici,* in s.a., *Tra Grecia e Roma, temi antichi e metodologie moderne,* Roma, 1980, ora in s.a., *Libertà e uguaglianza in Roma antica*, Bulzoni, Roma, 1996, pp. 223-244.

[22] Cfr. G. CRIFO', *Interpretazione giuridica dei testi non giuridici (esemplificata con un aspetto dei rapporti tra Cicerone e il diritto romano),* in AA.VV., *Interpretazione e contesto. Atti del I Colloquio sull'interpretazione (Macerata, 19-20 aprile, 1979), Marietti*, Torino, 1990.

[23] Cfr. G. CRIFO', *Die Tendenz zur Vereinigung des Getrennten*: *Jurisprudenz und Politik im Denken Vicos,* in <<Vissenschaftskolleg-Jahrbuch>>, 1, 1982-193, pp. 67-80.

[24] Cfr. G. CRIFO', *Ovvio meno ovvio. Su interpretazione e cambiamento del diritto,* in AA.VV., *Interpretazione e cambiamento. Atti del VI Colloquio sull'interpretazione (Macerata, 19-20 aprile, 1979), Marietti*, Torino, 1985.

[25] G. CRIFO', *Valutazioni giuridiche concorrenti*, in AA.VV., *Metastabilità giuridica,* Bulzoni, Roma, 1989.

ti dal rispetto dei valori-principi fondamentali, e alla tutela di questi ultimi, a prescindere dalla loro validità legale-formale, senza doverli strutturare come se non potessero esistere prima della formalizzazione normativa. Coglie quel diritto oltre la legge, vivo già nelle discussioni tra i giuristi italiani degli anni 50 del '900, influenzate da quel dibattito, nato in Francia, che Georges Ripert aveva definito de <<la crisi del diritto>>[26], in qualche modo, a parole, considerando in maniera opposta al loro senso i contenuti della crisi, perché di vera e propria crisi della legge si parlava e non certo di crisi del diritto. L'ermeneutica giuridica di Emilio Betti era stata, in effetti, parte attiva, in quelle discussioni, anticipando problematiche proprio in questi giorni di grande attualità, dal momento che le cosiddette teorie dell'argomentazione giuridica, rendendosi conto dell'incapacità dell'interpretazione testuale della norma di fare a meno dell'utilizzo dei principi, piuttosto che riconoscere ai principi-valori una naturale prenormatività giuridica, preferiscono fare nascere il principio dalla norma. Per intenderci, nell'interpretazione costituzionale, preferiscono ritenere che la libertà non sia un principio giuridico fondamentale, precedente la Costituzione italiana e soltanto descritto dall'art. 3 della Carta costituzionale, ma piuttosto che soltanto a partire dall'art. 3 della nostra Carta costituzionale si possa argomentare l'applicazione del principio al caso concreto[27].

Negli anni '90 del secolo scorso, peraltro, nonostante si neghi fortemente l'utilizzo di principi non normativi, non è più da eretici fare riferimento ad un metodo per l'interpretazione del diritto capace di andare oltre il testo di legge. L'opera *The concept of law* di Hart che aveva ispirato le lezioni, prima, e la pubblicazione delle lezioni, poi, sul *positivismo giuridico* di Bobbio è intanto stata messa in forte discussione da Dworkin proprio partendo dalle premesse di quel Perelman tradotto, in Italia, dieci anni prima. Il lavoro di notista di Emilio Betti può, perciò, essere completato in tutt'altro clima.

Il completamento si ha con l'opera speculare alle *Note* e cioè il saggio, certamente notistico, *Sulla diffusione internazionale del pensiero ermeneutico bettiano*[28] del '91, presentato come relazione in una giornata di studi salernitana e poi pubblicato.

[26] Cfr. G. RIPERT, *Le déclin du droit. Etudes su la législation contemporaine*, LGDJ, Paris, 1949.

[27] Cfr., per esempio, L. FERRAJOLI, Principîa juris. *Teoria del diritto e della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, voll. 2, più versione digitale del volume 3°, 2007, in particolare, vol. 1. *Teoria del diritto*.

[28] Cfr. G. CRIFO', *Sulla diffusione internazionale del pensiero ermeneutico bettiano*, in AA.VV., *Emilio Betti e l'interpretazione*, a cura di V. Rizzo, ESI, Napoli, 1991, pp. 21-44.

Anche questo è un lavoro neumatico, nel quale l'Autore non vuole soffermarsi sulla discussione aperta dalle idee bettiane, nella cultura giuridica italiana ed europea, quando Betti era vivo[29], argomento che ritiene di avere esaurito in maniera ormai soddisfacente nel '79. Piuttosto vuole sottolineare, segno per segno, autore per autore, quanto: oltre al rapporto privilegiato con la cultura tedesca - dopo la scomparsa di Betti nel 1968 - non è mai mancato un rapporto costante e fecondo con quella francese, spagnola, anglosassone, sia per rapporti personali, sia per conoscenza di importanti espressioni di tale cultura[30]. Le fonti di riferimento diventano non solo Joseph Partsch – definito uno dei più geniali giuristi del nostro tempo – non solo Paul Koschaker e Franz Wieaker, Josef Esser e Karl Larenz, ma anche Josef Bleicher e Susan Noakes, Enrique Pedro Haba e Michel Villey, José Luis de los Mozos, Pedro Tamen, Santiago Guervos, nonché gli italiani Luigi Mengoni, Tonino Griffero, Riccardo Orestano.

L'ulteriore neuma è: il nesso dialettico tra linguaggio e pensiero, il rapporto tra semiotica e ermeneutica, che facilita l'utilizzo internazionale della metodologia bettiana in campo giuridico, per un intendere in grado di tenere conto della persistenza dei valori culturali. Nessun valore può nascere con la norma o morire con la norma. I principi-valori sono una questione di tutta la cultura giuridica internazionale e la metodologia ermeneutica la possibile garanzia della loro salvaguardia all'interno del giudizio giuridico in ogni sistema ordinamentale e sovraordinamentale.

Ora e solo ora, fissato l'ulteriore neuma, l'attività del notista può concludersi con la pubblicazione della seconda edizione corretta e ampliata della *Teoria generale dell'interpretazione* del 1990, con la curatela della ristampa della bettiana *Teoria generale del negozio giuridico*[31] del 1994, ma, soprattutto, con l'importantissima silloge di scritti bettiani, del 1991, intitolata *Diritto.Metodo.Ermeneutica*[32], assettando la quale il "notista" cessa di essere notista per lavoro e ricostruisce il pensiero di Betti a suo modo, per passione, dalle fonti degli studi del suo maestro, senza aggiungere molto di più che fare seguire un saggio giovanile a uno più maturo o, viceversa, in maniera tale da inserire il discorso in un percorso, il percorso conducente al: " Betti di Crifò".

L'opera di tutela del patrimonio bettiano, patrimonio di cui Crifò si è sentito da sempre custode, e che ha ritenuto di custodire con la notazione scientifica, è completa.

[29] Cfr., *ivi,* p. 22

[30] *Ibidem*.

[31] Cfr. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico,* a cura di G. Crifò, ESI, Napoli, 1994.

[32] Cfr. E. BETTI, *Diritto.Metodo.Ermeneutica,* a cura di G. Crifò, Giuffrè, Milano, 1991.

6. *La controffensiva*

L'approccio propositivo, la vera e propria controffensiva, comincia a venire da uno scritto, pubblicato agli inizi di questo secolo. E' in una raccolta di atti inerente a un convegno intitolato espressamente: *Dalla legge al diritto. Nuovi studi in onore di Emilio Betti.* Si intitola: *Romanità e protocristianesimo*[33] e, nella prospettiva metodologico-ermeneutica, sottolinea la differenza tra diritto e legge, tenendo conto del passaggio dal diritto romano all'idea ebraica della legge.

Ma il *Ritorno al diritto,* come sarà intitolata la rivista promossa e pubblicata, per i tipi della Franco Angeli di Milano, a partire dal 2004, insieme con, tra gli altri, Federico Spantigati, Angelo Antonio Cervati, Giuseppe Benedetti, ormai è finalmente un'acquisizione diffusa nella comunità scientifica italiana. Tra la fine degli anni '90 e i primi anni 2000 sono stati pubblicati in Italia, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*[34] di Luigi Mengoni; *Testo e contesto. Una lettura dell'art. 1362 del codice civile*[35] di Natalino Irti; *Prima lezione di diritto*[36] di Paolo Grossi; *Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*[37] di Francesco Viola e Giuseppe Zaccaria, E*quità. La regola costitutiva del diritto*[38] di Giulio Maria Chiodi. Tutti volumi incentrati sul problema della necessaria distinzione tra diritto e legge e sul valore aggiunto fornito dall'ermeneutica giuridica, per l'attività interpretativa, al giurista. L'ermeneutica giuridica si confà alla contemporaneità e si offre al giurista esperto, proponendo l'interpretazione del diritto come suo momento costitutivo, in alternativa alla produzione della legge. La Comunità giuridico-scientifica italiana e internazionale hanno ormai accettato i due presupposti fondativi dell'ermeneutica giuridica quale metodologia: *la precomprensione critica* e la *circolarità ermeneutica.* Questi permettono l'applicazione pratica dei quattro canoni ermeneutici della filosofia romantica, ricostruiti nelle bettiane *categorie civilistiche dell'interpretazione*[39] dopo essere stati individuati negli articoli dedicati dal nostro codice civile all'interpretazione del contratto e cioè gli articoli che van-

[33] G. CRIFO', *Romanità e protocristianesimo*, in AA.VV., *Dalla legge al diritto. Nuovi studi in onore di Emilio Betti,* Giuffrè, Milano, 1999, pp. 5-28.

[34] Cfr. L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Giuffrè, Milano, 1996.

[35] Cfr. N. IRTI, *Testo e contesto. Una lettura dell'art. 1362 del codice civile,* Cedam, Padova, 1996.

[36] Cfr. P. GROSSI, *Prima lezione di diritto,* Laterza, Roma-Bari, 2000.

[37] Cfr. F. VIOLA-G.ZACCARIA, *Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1999.

[38] Cfr. G. M. CHIODI, *Equità. La regola costitutiva del diritto*, Giappichelli, Torino, 2001.

[39] Cfr. E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., pp. 1-56.

no dal 1362 al 1371. Nell'interpretazione giusprivatistica, che condiziona sempre più anche quella giuspubblicistica, nessuna alta Corte di Giustizia, italiana, comunitaria e internazionale in genere, guarda più con distacco ai presupposti metodologici della precomprensione critica e della circolarità ermeneutica, operanti attraverso i canoni. Mentre la Corte costituzionale italiana aveva, invero, già dalla fine degli anni '90 fatto riferimento all'ermeneutica giuridica, specie in tema di bilanciamento degli interessi, la Corte di Cassazione italiana, a partire da alcune catalitiche sentenze del 2007, la n. 21620 e la 7500, espressamente richiede che nel ricorso per cassazione l'avvocato indichi canone per canone i canoni ermeneutici violati, pena il rigetto del ricorso. E alla Corte si adeguano, a partire dal 2009, i TTAARR - si pensi per esempio a una sentenza del TAR Piemonte del dicembre 2009, la n. 3275, che, rigettando un ricorso avverso un bando di gara, contesta all'avvocato di non avere indicato i canoni ermeneutici violati - specie per i provvedimenti amministrativi che siano caratterizzati anche da un accordo *uti privatus* della Pubblica Amministrazione (si pensi ad un bando di pubblico concorso).

Gli scritti di Crifò, nel primo decennio di questo secolo, perciò, possono prendere le mosse da un approccio non più bisognoso di fissare punti fermi, ma in grado di fare dei punti fermi già fissati il grimaldello per motivare e permettere interpretazioni di atti giuridici e di materie giuridiche complesse, secondo il metodo bettiano. E', dunque, opportuno precisare gli ambiti di applicazione di quel metodo e scrivere, per esempio, sull'utilizzo efficace della *precomprensione critica*, quale presupposto ermeneutico idoneo a spiegare la necessità della figura del giurista in grado di regolare con le proprie decisioni le società complesse contemporanee. Si pensi al saggio, *Emilio Betti und die juristische Hermeneutik*[40] del 2000, al saggio *A proposito del giurista come scienziato*[41], del 1999, pubblicato nel 2005, al saggio: *Emilio Betti y la Cultura Yuridica. A propósito de la Edición Chilena de la Interpretación Yuridica*[42] del 2007, al saggio *Emilio Betti: il ruolo del giurista*[43], pubblicato proprio nella rivista, da lui tanto voluta, *Ritorno al diritto.*

E, soprattutto è opportuno precisare gli ambiti operativi, in sede in-

[40] Cfr. G. CRIFO', *Emilio Betti und die juristische Hermeneutik,* in AA.VV., *Fremdheit und Vertrautheit. Hermeneutik in Europäischen Kontext*, Leuven, 2000, pp. 365-378.

[41] Cfr. G. CRIFO', *A proposito del giurista come scienziato*, in <<Diritto pubblico>>, n. 1/2005, pp. 143-145.

[42] Cfr. G. CRIFO', *Emilio Betti y la Cultura Juridica. A propósito de la Edición Chilena de la Interpretación Juridica,* Compilación y Traducción de Alejandro Vergara Blanco, in <<Revista chilena de derecho>>, 34/1/2007, pp. 163-179.

[43] Cfr. G. CRIFO', *Il ruolo del giurista*, in <<Ritorno al diritto>>, n. 7/2008, pp. 25-28.

terpretativa, della novità introdotta dall'ermeneutica giuridica e cioè della *circolarità ermeneutica*, quale necessaria considerazione del rapporto tra soggetto interpretante e oggetto interpretato, specie nel momento storico in cui la forza politica delle correnti di pensiero nordamaericano sottolinea l'opportunità costante, in sede giuridico-interpretativa, della considerazione degli effetti degli atti giuridici ricadenti sulla collettività. Rileva finalmente, nell'interpretazione pratica del diritto, l'oggetto-soggetto su cui va a incidere la decisione precomprensiva del giudice - quindi l'oggetto reale dell'interpretazione giuridica - il soggetto giudicato. Solo quest'ultimo permette il riconoscimento di una comunanza - circolarità, appunto - tra soggetto interpretante e oggetto interpretato che, nel mondo del diritto, è, anzitutto, comunanza tra soggetti umani: comunità scientifica interpretante e comunità sociale interpretata. Proprio sul soggetto umano e non certo sul testo normativo ricade l'ambito di indagine così come gli effetti della decisione giuridica che fa seguito all'interpretazione.

Crifò, ora, può, prendendo le mosse dalla teoria ermeneutica bettiana, recuperare tutto quel mondo di giuristi che aveva fatto grande la comunità scientifico-giuridica italiana, a partire dagli anni '50. Si pensi a Giuseppe Capograssi, a Luigi Caiani, a Piero Calamandrei. E ciò fa per spiegare che il problema della ricaduta degli effetti dell'attività interpretativa sul soggetto interpretato -sulla complessiva comunità umana interpretata - non è un problema del *Common Law,* ma era stato già affrontato e forse risolto dagli studi giuridici italiani di quegli anni. Si dedica allora a questi giuristi e pubblica: *Su Capograssi: itinerari capograssiani*[44] del 2007, pubblicato nel 2009; *Betti e Calamandrei, atto secondo*[45] del 2010; *Letture di ermeneutica (E. Betti e A. Kaufmann)*[46], del 2010.

Infine, poco prima di lasciarci, riesce a tirare le fila del suo progetto finalistico: un cinquantennio di vita per difendere e garantire l'operatività di un approccio teorico-pratico a uno studio del diritto, quello bettiano, condiviso fin dai primi passi nel mondo della ricerca scientifico-accademica. A tale approccio crede, ha sempre creduto, ed è convinto che sarà ancora molto utile alla scienza del diritto negli anni a venire. Pubblica, nel 2011, gli atti del convegno svoltosi a Roma nel 2005 sui cinquant'anni decorsi dalla pubblicazione della *Teoria generale dell'interpretazio-*

[44] Cfr. G. CRIFO', *Su Capograssi: itinerari capograssiani,* in <<Ritorno al diritto>>, n. 7/2008, pp. 170-177.

[45] Cfr. G. CRIFO', *Betti e Calamandrei, atto secondo,* in <<Rivista trimestrale di diritto e procedura civile>>, n. 64/2010, pp. 903-916.

[46] Cfr. G. CRIFO', *Letture di ermeneutica (E. Betti e A. Kaufmann),* in AA. VV., *Studi in onore di G. Melillo,*1, Satura, Napoli, 2010, pp. 211-220.

ne di Emilio Betti. Gli atti di quel convegno e il saggio introduttivo prendono il medesimo titolo: *Le idee fanno la loro strada*[47].

Che le idee abbiano fatto la loro strada è emerso da ogni momento di questo mio intervento. E mi premeva, in questa discussione in ricordo, disegnare il percorso di ricerca in rapporto alle sue tappe e alle sue mete, momento per momento, verificando quasi decennio di studi per decennio di studi, se possibile, il rapporto tra passato remoto: Emilio Betti; passato prossimo Giuliano Crifò notista; futuro presente: la considerazione dell'ermeneutica giuridica nelle Alte Corti di giustizia come nelle aule universitarie, oggi.

Posso lasciare al testo scritto tutte le mie ulteriori argomentazioni e conclusioni su quanto l'ermeneutica giuridica contemporanea, così arricchita dal lavoro di questo profondo studioso, vada a permeare in maniera diffusa la nostra vita quotidiana e la nostra coscienza di giuristi del terzo millennio.

Concludo con un'interpolazione; con l'unica interpolazione che mi sentirei in grado di aggiungere alla consapevolezza cognitiva che induce l'ultimo Crifò a ricordare a tutti noi quanto le idee facciano la loro strada. Completerei aggiungendo: Le idee fanno la loro strada se vengono tutelate e salvaguardate da attenti e degni custodi.

[47] Cfr. G. CRIFO', *Le idee fanno la loro strada*, in AA.VV., *Le idee fanno la loro strada. A cinquant'anni dalla pubblicazione della* Teoria generale dell'interpretazione *di Emilio Betti*, Istituto di studi Romani, Roma, 2010.

VALENTINO PETRUCCI

Renan à Rome: paroles d'un incroyant*

Janvier 1846. Au service de la famille Zamoyski, Henriette Renan arrive à Rome (elle y séjournera quatre mois). Son impression est totalement négative: ‹‹les rues sont étroites, tortueuses, remplies de boue et d'immondices, les maisons délabrées, la population misérable et dégoûtante de malpropreté››[1].

Et encore, mendiants avides, carnavals qui durent des semaines, une populace superstitieuse qui veut seulement s'amuser et gagner à la loterie, ‹‹le luxe inexprimable des églises et du clergé d'Italie››. Pour l'austère Mademoiselle Renan, même *Saint Pierre*, avec son opulence, n'a rien à voir avec la sainteté de la religion: ‹‹on le parcourt un guide à la main,comme on visite un musée››[2].

Son jugement est catégorique et sans équivoque:‹‹ comme toute l'Italie, mais bien plus encore que tout le reste, Rome m'a donné des déceptions cruelles››[3].

Trois ans après, c'est son frère Ernest qui visite la *Ville Eternelle* ; un long séjour qui le marquera pour le reste de sa vie: ‹‹….je suis tout changé, -écrit- il à Berthelot- je ne suis plus français, je ne critique plus, je ne m'indigne plus, je n'ai plus d'opinion..›› [4].

Sous le ciel limpide de Rome, en regardant les lézards ‹‹…..courant sur des vieilles murailles romaines, sous un soleil brûlant››[5], son esprit se détend et en même temps s'épanouit.

L'image du ‹‹petit lézard gris courant au soleil sur des ruines romaines››[6] devient la métaphore d'un état d'âme, d'une découverte, presque d'une guérison. D'un idéalisme sévère et puritain, il glisse vers

* *Il testo riproduce, rimaneggiata, la relazione tenuta al Convegno Internazionale "*Renan et Rome*" (7 settembre 2012,* Museo napoleonico, *Roma, organizzato da:* Université de Brest, Comité Renan, Museo napoleonico).

[1] H. Renan, *Souvenirs et impressions*, Paris 1930, p. 94.

[2] *Ivi*, p. 112.

[3] *Ivi*, p. 130.

[4] *Lettre à M. Berthelot , 9 novembre 1849*, en E. RENAN & M. BERTHELOT, *Correspondance (1847-1892)*, Paris 1929, p. 43.

[5] cf. E. RENAN, *Voyage en Italie*, Paris 1999, p. 35.

[6] cf. E. RENAN, *Patrice*, [*1850*], Paris [*1908*], p. 94.

une religion pétrie de paganisme et de volupté: "la religion méridionale"[7].

On dirait que le jeune Renan en Italie est à la recherche de "nourritures terrestres" (au sens d'une vie plus naturelle), comme, cinquante ans après, le jeune André Gide en Afrique du nord. Je cite d'après *Patrice*, le roman que Renan a écrit, ou plutôt ébauché, pendant son séjour romain: ‹‹je fonds à ce beau soleil; mon Dieu, pourquoi s'affliger ainsi l'esprit?...Après ces moments de tension où m'a porté l'excès de la critique, j'éprouve une inexprimable consolation à me reporter sur la simple nature…J'aurais entre les mains la gloire de Napoléon,que je la donnerais toute pour le sourire d'une femme››[8].

D'ailleurs, le jeune Renan a beaucoup de choses en commun avec Gide: les mêmes scrupules religieux, le mépris du conformisme et de la médiocrité bourgeoise, le désarroi (mais aussi la fierté) de se sentir "hérétique" et "solitaire" comme l'onagre du désert: ‹‹j'ai brisé toutes mes entraves, je n'ai d'autre maître que moi!››[9]. C'est Renan qui écrit ces vers mais cela pourrait bien être *Ménalque* de Gide.

Patrice de Renan a les mêmes soucis que le *Tityre* de *Paludes*: se libérer des excès de raisonnement, pourrait-on dire, de l'excès de "*parisianisme*", qui tarit la vie dans sa source.

Quand il arrive à Rome en 1849, Renan a 26 ans et il a déjà une certaine réputation (bien qu'un peu sulfureuse) comme historien et orientaliste. Peu avant son départ, il a écrit dans "*La liberté de penser*", un long article sur "les historiens critiques de la vie de Jésus"[10] où il combat l'exégèse biblique orthodoxe au nom du rationalisme critique moderne et nie le *surnaturel*, c'est à dire la possibilité du *miracle*.

Avant de partir, il a définitivement mis de côté le manuscrit de *L'Avenir de la Science,* un hymne ardent des jeunes contre les vieux, de l'idéalisme contre le matérialisme, de l'aristocratie spirituelle contre "la nullité de la vie bourgeoise".

Le jeune homme qui arrive à Rome est "un critique", "un libre penseur"(comme il aime à se définir lui-même), plus disposé à accueillir qu'à exclure, à concilier qu'à trancher: chaque doctrine esthétique ou

[7] cf. *lettre à H. Renan*, *12 novembre 1849*, en E. Renan- H. Renan, *Nouvelles lettres intimes*, Paris 1923, p. 380.

[8] cf. E. Renan, *Patrice*, cit., pp. 25, 94, 108.

[9] E. Renan, *Évolutions déifiques de Pan*, [*1845*], en Id., *Fragments intimes et romanesques*, Paris 1914[3], p. 339.

[10] *Les historiens critiques de Jésus*, en *Études d'histoire religieuse*, [*1857*], en E. Renan, *Oeuvres complètes*, [*textes recueillis par H. Psichari*], Paris 1947-1961, [*dorénavant: OC, suivi par le tome en chiffres arabes*], *OC, 7*, pp. 116-167.

philosophique est partielle, elle reflète seulement une partie de la Vérité et elle doit donc être intégrée à la doctrine opposée.

De toute façon, l'ex-séminariste est un homme qui a reglé ses comptes avec son passé de croyant: ‹‹Je souhaite à tous mes frères restés dans l'orthodoxie une paix comparable à celle où je vis depuis que ma lutte a pris fin et que la tempête apaisée m'a laissé au milieu de ce grand océan pacifique, mer sans vagues et sans rivages, où l'on n'a d'autre étoile que la raison,ni d'autre boussole que son coeur›› [11]. Pour décrire cet état d'âme, Gide (dans *L'Immoraliste*) utilise une très belle expression tirée du langage agricole: ‹‹laisser le cerveau, non pas à l'abandon, mais en jachère››.

Ce calme, cette tranquillité spirituelle permettent à Renan d'échapper à certains jugements sévères sur les moeurs romaines, typiques de ses compatriotes en visite à Rome.

En effet, Henriette Renan n'est pas la seule à être chocquée par la saleté des rues, la rapacité des mendiants, l'adoration idolâtrique des saints et des madones, la Croix plantée au centre du Colisée (quel outrage!).

Quelques années plus tard (1864), Hippolyte Taine, en traversant Rome, est dégoûté par le spectacle qui se présent à ses yeux, "un singulier mélange de culture et d'abandon….une friture de pommes de terre sous des colonnes antiques… [*partout*] l'odeur de la vieille morue". Et puis, ces Romains indolents,"occupés à ne rien faire", ou mieux, ils font quelque chose: ils mâchonnent des lupins pendant des heures [12].

Caustique, irrespectueux (et comment en douter?) le jugement des frères Goncourt. Ils ont situé à Rome l'histoire de *Madame Gervaisais*, un véritable hommage à la *Ville Eternelle,* à la fois roman psychologique et guide touristique, érudit et méticuleux, selon leur style. À propos de Rome, les deux impitoyables misanthropes des Lettres Françaises remarquent dans leur journal [je m'excuse pour ces mots- mais ils ne sont pas de moi]: ‹‹choses et gens, tout est un peu ici comme l'odeur de la rue de Rome, où l'on ne sait plus trop ce que l'on sent: si c'est la merde ou la fleur d'oranger !›› [13].

Bref, l'âme des écrivains français à Rome est partagée entre deux

[11] *L'Avenir de la Science (pensées de 1848)*, [*1890*], *OC, 3*, p. 982.

[12] cf. H. Taine, *Voyage en Italie*, [*1866*], Paris 1965, t. I, pp. 28-33.

[13] E. et J. de Goncourt, *Journal*, [*1867*], Paris 1989, t. II, p. 80. «Où il y a de la société, il n'y a pas de soleil ; où il y a du soleil il n'y a pas de société. Voyez l' Allemagne , l'Italie, l'Orient … Les masses qui ne savent ni lire ni écrire … préfèrent la liberté de pisser à la liberté de penser », *ivi* , pp. 82,80 .

sentiments opposés: l'admiration pour le paysage romantique et les ruines imposantes - une beauté à couper le souffle – d'une part, et de l'autre, le dégoût pour la dégradation contemporaine, un insupportable mélange de trivial et de pompeux .

Ce n'est pas le cas de Renan. Arrivé en Italie avec tous les préjugés possibles envers «ce culte mesquin,sans élévation» des sujets du Pape, un culte fait de petites dévotions, «de chandelles, de tentures, de draperies, de baldaquins», il se laisse facilement séduire par cette religion populaire, par la foi naïve des romains: ‹‹cette religion de nonchalance et de sensualité m'irritera [*un jour*]. Mais maintenant elle me plaît: Dieu leur a donné un beau ciel, que leur faut-il de plus?» [14].

D'ailleurs, on ne peut prétendre de l'homme du peuple les mêmes doutes et les mêmes tourments métaphysiques que l'homme cultivé. La religion ‹‹…n'est que la part d'idéal dans la vie humaine ››[15].

Or, cet idéal, d'après Renan, se construit de façons différentes selon les peuples, les races, le climat, les classes sociales d'appartenance et même selon le sexe. Ayant à peine évité certains préjugés anti-italiens, Renan en crée d'autres non moins redoutables: ‹‹Il est certain que pour les simples, qui ne peuvent recevoir l'aliment philosophique, une religion superstitieuse vaut mieux que l'irréligion… Demander à l'italien de renoncer aux molles et humbles pratiques, de s'imposer des années d'études, de critiquer sans relâche… c'est lui trop demander… Il est radicalement impossible de détruire la religion,puisqu'elle tient à l'essence même des facultés humaines, surtout chez les femmes. Une femme qui n'est pas religieuse n'est pas une femme››[16].

Si l'essentiel est que ‹‹…l'idéal ne soit pas complètement banni de la vie humaine››, alors mieux vaut une religion matérialiste à l'usage du peuple, du moment qu'elle représente le seul instrument qui peut ennoblir sa vie: ‹‹il faut conserver l'église, ne fût-ce que comme effet de paysage, et parce que sans cela l'aspect de la vie serait trop simple et trop vulgaire››[17].

Je ne suis pas certain que cette ‹‹religion méridionale», exaltée par Renan, soit encore une religion; elle est plutôt une théorie esthétique et sociale, un expédient pour contenter les masses (avec une religiosité à bon marché) et surtout pour accroître les jouissances des élites, de ceux qui savent goûter "*le pittoresque*". Quoi q'il en soit, cette "religion" possède

[14] E. Renan, *Patrice*, cit., pp. 26-27.
[15] *ivi*, p. 48.
[16] *ivi*, pp. 51-52, 26, 49.
[17] *ivi*, pp. 52-53.

un instrument de propagation [de prosélytisme] irrésistible: les cloches, le son des cloches- c'est cela qui séduit et "converti" Renan. «Quand les trois cents églises de Rome carillonnent à la fois, il n'y a pas de philosophie qui tienne, c'est comme si trois cents nymphes agaçaient saint Antoine»[18]: ainsi écrit-il dans ses notes de voyage et dans ses lettres.

Dès son retour en France, il écrit un article contre le matérialisme athée de Feuerbach. Certainement -dit Renan-le philosophe allemand aurait émoussée sa fureur anti-religieuse si, «…assis sur les ruines du Mont Palatin ou du Mont Cœlius, il eût entendu le son des cloches éternelles se prolonger et mourir sur les collines désertes où fut Rome autrefois»[19]. Décidément, Renan est atteint d'un syndrome que les frères Goncourt appellent «le lazzaronisme d'âme» -un nouveau syndrome, après celui de Stendhal- qui touche beaucoup d'écrivains français à Rome, c'est-à-dire, un se laisser aller à la douceur environnante, une «absorption contemplative» qui attendrit et détend et qui provoque «une délivrance d'idées»[20.]

Pour finir, nous nous demandons: ce Renan, séduit par le son des cloches, converti à la religion des «*lazzaroni*»[21], ce Renan qui suit, ravi, ému, les processions des pèlerins et les fonctions religieuses dans les églises romaines, ce Renan est-il encore un croyant, ou bien sommes-nous déjà dans le domaine de l'incrédulité et de l'athéisme?

Je n'ai évidemment pas de réponse à cette question qui hante depuis toujours les lecteurs de Renan ; je peux seulement m'efforcer de déchiffrer *son* point de vue, essayer de comprendre ses points de repères.

En quel sens, pourrait-on considérer Renan un «athée»? Ou mieux, existe-t'il une acception du terme dans laquelle il pourrait se reconnaître?

Une trace, un indice certain, se trouve dans *Spiridion*, *le* roman de George Sand (1839). Comme on le sait, un texte capital dans la formation spirituelle de Renan qui le définit « un de mes livres les plus chers » [22].

[18] E. Renan, *Voyage en Italie*, cit., p. 25.

[19] *M. Feuerbach et l'école hégélienne*, [*1850*], en *Études d'histoire religieuse, OC, 7*, p. 288.

[20] v. E. et J. De Goncourt, *Madame Gervaisais*, Paris 1869, pp. 46-47.

[21] « J'ai vu là des scènes ineffables, tout un moyen âge, l'église lieu de réunion populaire; liberté entière, absence complète d'ordre, de police; des mystères comme au moyen âge joués par des enfants de six à sept ans, sur des tréteaux dressés dans l'église, aux grands éclats de joie de l'assistance. Religion populaire, voilà ce que j'ai apprécié, voilà le tableau qui me remplit et qui me possède »: *lettre à M. Berthelot*, *26 décembre 1849*, en E. Renan & M. Berthelot, *Correspondance (1847-1892)*, cit., pp. 65-66.

[22] *Lettre à H. Renan*, *17 janvier 1850*, en E. Renan – H. Renan, *Nouvelles lettres intimes*, cit., p. 416; cf. *lettre à Ch. Daremberg*, *18 mars 1850*, en *Correspondance*, *OC, 10*, p. 82; *Joachim de Flore et l'Évangile Éternel*, [*1866*], en *Nouvelles études d'histoire religieuse* , [*1884*], *OC, 7*, p. 917 n.

Ce roman bizarre et fascinant raconte les vicissitudes de moines hérétiques, disciples de Joachim de Flore qui prônent l'*Evangile Eternel* contre l' *Eglise des papes* corrompue, l'avènement d'une nouvelle religion (*la religion du Saint-Esprit)* épurée des sacrements et basée sur le culte, purement spirituel,de l'*Etre Suprême*.

Dans cette sombre histoire d'hérésiarques, de moines tourmentés par Dieu, ou peut-être par l'absence de Dieu, nous trouvons une définition de l'athéisme, qui probablement apaise ou du moins ne perturbe pas l'ancien séminariste à la recherche incessante du Dieu perdu. C'est une expérience connue par chaque lecteur, par nous tous, une expérience rare et précieuse, le moment dans lequel un certain passage d'un certain livre devient un fragment de *notre* biographie, il entre, pour ainsi dire, dans notre chair, en nous consolant et en nous fortifiant. Au fond, n'est pas pour cela que nous lisons? pour faire de ces rencontres gratifiantes et extraordinaires?

Je termine par cette citation [*Spiridion*, George Sand]: «Il n'y a pas d'athées… non, il n'y en a pas! Il est des temps de recherche et de travail philosophique, où les hommes, dégoûtés des erreurs du passé, cherchent une nouvelle route vers la vérité. Alors, ils errent sur des sentiers inconnus. Les uns, dans leur lassitude, s'asseyent et se livrent au désespoir. Qu'est-ce que ce désespoir, sinon un cri d'amour vers cette Divinité qui se voile à leurs yeux fatigués? D'autres s'avancent sur toutes les cimes avec une précipitation ardente, et, dans leur présomption naïve, s'écrient qu'ils ont atteint le but… Qu'est-ce que cette présomption, qu'est-ce que cet aveuglement, sinon un désir inquiet et une impatience immodérée d'embrasser la Divinité?

Non, ces athées… sont des âmes profondément religieuses, qui se fatiguent ou qui se trompent dans leur essor vers le ciel» [23].

[23] G. Sand, *Spiridion*, Bruxelles 1839, pp. 304-305.

VINCENZO PINTO

Obbligazione solidale e fallimento di un coobbligato

SOMMARIO: 1. L'attuazione dell'obbligazione solidale nel fallimento di uno o più coobbligati. - 2. La partecipazione al concorso del creditore non soddisfatto prima del fallimento. - 3. La partecipazione al concorso del coobbligato adempiente in pendenza di fallimento. - 4. La tutela preventiva del coobbligato.

1. *L'attuazione dell'obbligazione solidale nel fallimento di uno o più coobbligati*

L'art. 61 l. fall. rappresenta il fulcro della disciplina che la legge fallimentare dedica all'attuazione dell'obbligazione solidale nel fallimento di uno o più coobbligati. Dell'impatto del fallimento di questi ultimi sull'obbligazione solidale gli artt. 61-63 l. fall. regolano, sia pure in modo non esaustivo (cfr. BONSIGNORI, in *Tr. Galgano,* IX, 1986, 406), due distinti profili, indubbiamente connessi fra loro (cfr. BONFATTI, *Il coobbligato del fallito nel fallimento*, Milano, 1989, 1 s.): la **partecipazione al concorso del creditore** non soddisfatto per l'intero prima del fallimento (artt. 61, comma 1° e 62, commi 1° e 3°, l. fall.); la **partecipazione al concorso dei coobbligati** del fallito nel caso in cui questi siano titolari, attualmente o potenzialmente, di un diritto di regresso (o di rivalsa per surrogazione) nei confronti del condebitore fallito (artt. 61, comma 2° e 62, commi 2° e 3°, l. fall.), anche con specifico riguardo al caso, invero non frequente, in cui tale diritto di regresso sia assistito da garanzia reale (pegno o ipoteca) sui beni del fallito (art. 63 l. fall.).

È opinione comune che la disciplina degli artt. 61-63 l. fall. assolva alla funzione di assicurare una **tutela rafforzata** degli interessi del comune creditore, con l'obiettivo di introdurre misure idonee a temperare il pregiudizio conseguente al sopravvenuto fallimento di uno o più coobbligati e alla ripartizione della perdita fra tutti i creditori concorrenti (cfr. in part. BONSIGNORI, in *Tr. Galgano,* IX, 1986, 407 s.; *Ferro*/DI CORRADO, 680; AA.VV., *Diritto fallimentare. Manuale breve*, Milano, 2008, 295; *Maffei Alberti*/FERRARI, 297; *Nigro-Sandulli-Santoro*/COPPOLA, 868; ROSAPEPE, in *Tr. Buonocore-Bassi,* II, 2010, 322 s.). A questo scopo, gli artt. 61-63 l. fall. dettano una **disciplina speciale** dell'attuazione dell'obbligazione solidale **ai (soli) fini della partecipazione al concorso** (con valenza endofallimentare), volta ad adeguare le regole di diritto comune – talora anche con rilevanti deroghe (v. gli artt. 61,

comma 1°, ult. parte, e 63 l. fall.) – alla peculiare situazione che si crea laddove le pretese dei diversi soggetti coinvolti debbano realizzarsi non più sul piano individuale, ma nel fallimento di uno o più coobbligati (cfr. in part., in quest'ordine di idee, BONFATTI, *Il coobbligato*, 5 ss.; SATTA, 149).

Ne discende che il diritto comune delle obbligazioni solidali, in quanto disciplina generale, continua ad applicarsi a ogni fattispecie che non sia regolata dagli artt. 61-63 l. fall. Il che può verificarsi sia ai fini all'attuazione in sede **endofallimentare** dell'obbligazione solidale nei confronti dei coobbligati falliti, con riguardo alla quale gli artt. 1299 ss. c.c. pacificamente assolvono a una funzione suppletiva o integrativa (ove non derogata dalla disciplina speciale: cfr. *ex multis* BONSIGNORI, in *Tr. Galgano,* IX, 1986, 406 s.; *Jorio*/F.S. MARTORANO, 847; *Nigro-Sandulli-Santoro*/COPPOLA, 869); sia ai fini dell'attuazione in sede **extrafallimentare** dell'obbligazione solidale nei confronti dei coobbligati non falliti, con riguardo alla quale gli artt. 1299 ss. c.c. costituiscono fonte esclusiva di disciplina, stante l'estraneità della fattispecie al perimetro di applicazione degli artt. 61-63 l. fall. (con specifico riguardo alla regola dell'art. 61, comma 1°, l. fall., cfr. INZITARI, in *Comm. SB*, 1986, 248; *Ferro*/DI CORRADO, 681).

Nei limiti suindicati, gli artt. 61-63 l. fall. si applicano ad ogni fattispecie in cui il fallito sia legato ad altri soggetti da un vincolo di solidarietà passiva, a prescindere dalla circostanza che l'obbligazione sia assunta nell'interesse comune oppure nell'interesse esclusivo di un coobbligato, ivi compresa, dunque, l'obbligazione solidale derivante da **fideiussione** o, più in generale, da garanzia personale (si tratta di opinione pacifica: PISCITELLO, in *BBTC*, 1991, I, 191 ss.; *Jorio*/F.S. MARTORANO, 846; in senso contrario, v. tuttavia l'opinione minoritaria espressa da PISANI MASSAMORMILE, in *DG*, 1984, 357 ss., secondo cui il limite all'azione di regresso di cui all'art. 61, comma 2°, l. fall. troverebbe applicazione ai soli condebitori a interesse comune). Inoltre, in forza del rinvio disposto dall'art. 169 l. fall., gli artt. 61-63 l. fall. si applicano anche oltre la procedura del fallimento, e segnatamente nel caso in cui un coobbligato sia ammesso a **concordato preventivo** (cfr. per tutti *Jorio*/F.S. MARTORANO, 847).

Nel suddescritto contesto, è attribuito rilievo determinante alla **collocazione temporale** degli atti di soddisfacimento del comune creditore rispetto alla data del fallimento del coobbligato. Infatti, il discrimine applicativo fra la fattispecie dell'art. 61 l. fall. e quella dell'art. 62 l. fall. si asside nel fatto che il pagamento, totale o parziale, del comune creditore ad opera di altro coobbligato sia eseguito successivamente (art. 61 l. fall.) oppure anteriormente (art. 62 l. fall.) rispetto alla dichiarazione di fallimento del condebitore (cfr. BONFATTI, *Il coobbligato*, 15 ss.; C 08/903; Trib. Ascoli Piceno, 21-10-1992, in *Fa*, 1993, 863).

2. *La partecipazione al concorso del creditore non soddisfatto prima del fallimento*

L'art. 61, comma 1°, l. fall. disciplina **la partecipazione al concorso del comune creditore** non ancora soddisfatto, con particolare riguardo agli effetti dei pagamenti ricevuti da altri condebitori successivamente al fallimento del coobbligato (per i pagamenti anteriori).

Il creditore concorre nel fallimento di ciascun coobbligato fallito «per l'intero credito in capitale e accessori, sino al totale pagamento». Il diritto del creditore di essere ammesso al passivo del fallimento di ogni condebitore per l'«intero credito» altro non è che la naturale conseguenza del vincolo di solidarietà passiva, in forza del quale ciascun coobbligato è tenuto per l'intero ai sensi dell'art. 1292 c.c. (cfr. per tutti BONFATTI, *Il coobbligato*, 5 s.). La **specialità** della previsione rispetto al diritto comune risiede nel fatto che, in sede fallimentare, un tale diritto permane in capo al creditore «sino al totale pagamento», con conseguente potere «di mantenere ferma l'insinuazione nel passivo del coobbligato fallito per l'importo originario ad onta dei pagamenti parziali» ricevuti dagli altri condebitori dopo la dichiarazione di fallimento (così PISCITELLO, in *BBTC*, 1991, I, 204).

Ai fini dell'attuazione dell'obbligazione solidale nei riguardi del coobbligato fallito, vige pertanto il principio della **irrilevanza endofallimentare dei pagamenti parziali successivi al fallimento**. I quali, in deroga ai princìpi di diritto comune, sono *ex lege* inidonei a determinare una corrispondente riduzione della pretesa creditoria nel fallimento del coobbligato (anche se effettuati prima della domanda di ammissione al passivo: BONFATTI, *Il coobbligato*, 15 ss.; C 08/903), a prescindere dalla circostanza che il soddisfacimento parziale del creditore provenga dagli altri condebitori *in bonis* oppure da riparti eseguiti nel fallimento di questi ultimi (si tratta di opinione pacifica: cfr. in part. SATTA, 149 s.; BONFATTI, *Il coobbligato*, 6 ss.; *Jorio*/F.S. MARTORANO, 848; AMBROSINI, in *Tr. Cottino*, XI, 2008, 379; *Nigro-Sandulli*/COPPOLA, 355; ROSAPEPE, in *Tr. Buonocore-Bassi*, II, 2010, 322; in giurisprudenza, v. Trib. Milano, 9-5-2008, in *Fa*, 2008, 1225). Tale principio non vale, invece, al di fuori del fallimento nei rapporti fra il creditore e i coobbligati *in bonis*, nei confronti dei quali, come si è detto (v. *supra*, par. I), riprende vigore il principio dell'efficacia estintiva del pagamento parziale di cui all'art. 1292 c.c. (cfr. INZITARI, in *Comm. SB*, 1986, 248; *Ferro*/DI CORRADO, 681; AMBROSINI, in *Tr. Cottino*, XI, 2008, 379 s.).

Benché il **fondamento** del principio stabilito dall'art. 61, comma 1°, l. fall. sia comunemente ricondotto all'esigenza di assicurare una tutela rafforzata dell'interesse del creditore (v. *supra*, par. I), non mancano opinioni di diverso tenore. Si è sostenuto, con una mera variante della tesi dominante, che la previsione sarebbe «imposta dalla funzione stessa del-

la solidarietà, che è quella di assicurare il pagamento dell'intero credito ponendo il creditore al riparo dalla insolvenza del singolo debitore» (cfr. SATTA, 150); oppure che essa rappresenterebbe la naturale conseguenza della regola della c.d. «cristallizzazione» dei crediti (art. 55 l. fall.), la quale, nel caso riguardato, opererebbe a vantaggio (e non a svantaggio) del creditore (v. in part. FERRARA-BORGIOLI, 365 ss.); nonché, nel contesto di una più generale rivisitazione della disciplina del diritto di regresso (o di rivalsa per surrogazione) di cui all'art. 61, comma 2°, l. fall., che «nell'ipotesi di adempimento parziale del condebitore *in bonis*, il diritto di mantenere l'insinuazione per l'importo originario del credito ad onta dei pagamenti parziali, è statuito (…) al diverso fine di rendere possibile la soddisfazione del *solvens* attraverso l'utilizzazione del meccanismo della surrogazione» (così PISCITELLO, in *BBTC*, 1991, I, 208).

L'**entità** del credito per il quale il creditore ha diritto di essere ammesso al passivo ai sensi dell'art. 61, comma 1°, l.fall. comprende sia il capitale, sia gli interessi esistenti alla data della dichiarazione di fallimento di ciascun condebitore. Con la conseguenza che, in caso di fallimenti di una pluralità di coobbligati dichiarati in tempi diversi, differente può risultare anche l'entità del credito avente titolo per l'ammissione al passivo in ciascuna procedura (cfr. per tutti BONFATTI, *Il coobbligato*, 5 s.).

Il **pagamento integrale** del credito determina l'estinzione del diritto del creditore di partecipare al concorso (e, conseguentemente, l'ammissibilità delle azioni di regresso ai sensi dell'art. 61, comma 2°, l. fall.), a prescindere dalle modalità con le quali un tale risultato sia conseguito (cfr. BONFATTI, *Il coobbligato*, 10 ss. e 122). In tal caso, il creditore è tenuto, se non a rinunciare all'ammissione al passivo (rinuncia che, peraltro, potrebbe trovare impedimento nell'esigenza di salvaguardare il diritto di rivalsa per surrogazione del *solvens*), a rifiutarsi di accettare i successivi riparti dell'attivo fallimentare (cfr. *Ferro*/DI CORRADO, 681). Nel caso in cui il creditore riceva somme in eccedenza, si ritiene che le stesse, salva la ripartizione interna fra i condebitori, debbano essere restituite al curatore del coobbligato fallito e, qualora vi siano più coobbligati falliti, a ciascun curatore in misura proporzionale a quanto corrisposto al creditore (cfr. *Maffei Alberti*/FERRARI, 297).

L'esigenza di salvaguardare in via preventiva il diritto di partecipare al concorso (su cui v. *infra* par. IV), potenzialmente spettante ai coobbligati *ex* art. 61, comma 2°, l. fall., ha indotto una parte minoritaria della dottrina a configurare la domanda tempestiva di ammissione al passivo come un **obbligo** o, quantomeno, un **onere** del comune creditore, al cui mancato adempimento conseguirebbe la liberazione degli altri debitori solidali (cfr. in part. CIAMPI, in *Fa*, 1986, 489). La tesi, sicuramente

infondata nel caso di obbligazioni solidali a interesse comune (con riguardo alle quali il sistema non prevede alcuna conseguenza sanzionatoria nell'ipotesi in cui il creditore pregiudichi l'esercizio del diritto di regresso fra coobbligati: cfr. BONFATTI, *Il coobbligato*, 170), potrebbe trovare un appiglio, limitatamente al fideiussore (non escusso), nella previsione dell'art. 1957 c.c., nella misura in cui quest'ultima regola non sia derogata nel contratto (come accade di frequente nella prassi) e sia ritenuta applicabile, con gli opportuni adattamenti, anche laddove sopravvenga il fallimento del debitore principale (cfr. sempre BONFATTI, *Il coobbligato*, 170 ss.).

3. *La partecipazione al concorso del coobbligato adempiente in pendenza di fallimento*

L'art. 61, comma 2°, l. fall. disciplina **la partecipazione al concorso dei coobbligati solidali** del fallito, sempre nell'ipotesi in cui il comune creditore non sia integralmente soddisfatto prima del fallimento (per i pagamenti anteriori).

In tal caso, si realizza quella che è stata efficacemente definita una «**speciale forma di postergazione**» del credito di regresso del coobbligato solvente (cfr. AA.VV., *Diritto fallimentare. Manuale breve*, Milano, 2008, 294): i pagamenti parziali eseguiti in pendenza di fallimento, anche se eccedenti la quota spettante al *solvens* nei rapporti interni, legittimano l'esercizio del «regresso fra coobbligati falliti» non con effetto immediato, ma «solo dopo che il creditore sia stato soddisfatto per l'intero credito» (App. Torino, 7-2-2007, in *Fa*, 2007, 469).

La collocazione della norma in **rapporto al diritto comune** dipende dall'opinione accolta con riguardo al trattamento giuridico da riservare al c.d. regresso parziale nella disciplina generale delle obbligazioni solidali. Secondo l'opinione prevalente, l'art. 61, comma 2°, l. fall. rappresenterebbe espressione di un **principio**, in quanto mera trasposizione in ambito fallimentare del divieto di regresso parziale che si assume costituire parte integrante nella disciplina di diritto comune (cfr., in luogo di molti, BONFATTI, *Il coobbligato*, 128 s.; *Jorio*/F.S. MARTORANO, 852; *Nigro-Sandulli-Santoro*/COPPOLA, 870; ROSAPEPE, in *Tr. Buonocore-Bassi*, II, 2010, 323). Tuttavia, non difettano opinioni minoritarie tese a qualificare l'art. 61, comma 2°, l. fall. come norma di **eccezione**, sul presupposto dell'insussistenza nella disciplina generale di un divieto di regresso parziale (v. PISCITELLO, in *BBTC*, 1991, I, 193 ss.); oppure sul presupposto, invero assai discutibile, che la disposizione in commento escluderebbe del tutto, anche in caso di pagamento dell'intero credito, il regresso fra coobbligati *non* falliti (ipotesi, quest'ultima, non espressamente menzionata dalla

norma: cfr. *Ferro*/Di Corrado, 682 ss.).

Il **fondamento** della previsione limitativa del diritto di regresso fra coobbligati è da individuarsi in stretta connessione con la regola dell'irrilevanza endofallimentare dei pagamenti parziali stabilita dall'art. 61, comma 1°, l. fall. (cfr. in part. Satta, 151; *Jorio*/F.S. Martorano, 851). In una situazione in cui il creditore è legittimato a tenere ferma la domanda di ammissione al passivo per l'intero credito nonostante i pagamenti parziali ricevuti, ammettere il regresso (o la surrogazione) parziale del coobbligato (e, in particolare, la collocazione di tali pretese sul ricavato del fallimento) significherebbe consentire un'artificiosa duplicazione del passivo fallimentare in relazione al medesimo credito (cfr. in part. *Jorio*/F.S. Martorano, 852 s.; Ambrosini, in *Tr. Cottino*, XI, 2008, 380; C 08/903), con la conseguenza che «il patrimonio del coobbligato solidale fallito risponderebbe in proporzione di un importo sempre maggiore non soltanto del debito residuo, ma addirittura del debito originario» (cfr. Bonfatti, *Il coobbligato*, 179 e 127 ss.).

Nonostante l'apparente ristrettezza del tenore letterale dell'art. 61, comma 2°, l.fall., è opinione consolidata quella secondo cui l'**ambito di applicazione** del divieto: (***a***) sotto il profilo **soggettivo**, comprenda l'esercizio in sede endofallimentare del diritto di regresso da parte di qualsiasi coobbligato, anche non fallito (C 08/903; in dottrina, v. per tutti Bonfatti, *Il coobbligato*, 10 s. testo e nt. 16; *Jorio*/F.S. Martorano, 851; Guglielmucci, 198; *Nigro-Sandulli-Santoro*/Coppola, 870; in senso contrario, v., con soluzioni differenti, Piscitello, in *BBTC*, 1991, I, 193 ss.; *Ferro*/Di Corrado, 682); (***b***) sotto il profilo **oggettivo**, si estenda a ogni forma di rivalsa del *solvens* sul patrimonio del fallito, e dunque sia al regresso (in senso stretto) ai sensi degli artt. 1299 e 1950 c.c., sia alla rivalsa con surrogazione ai sensi degli artt. 1203, n. 3) e 1949 c.c. (cfr. Bonfatti, *Il coobbligato*, 131 ss.; v. *contra* Pisani Massamormile, in *DG*, 1984, 400, secondo il quale solo il fideiussore potrebbe avvalersi della surrogazione).

Il presupposto del soddisfacimento integrale del credito opera come **fatto oggettivo**: rilevano non già le modalità o la provenienza soggettiva dei pagamenti *ex parte debitoris*, ma esclusivamente la circostanza che il complesso degli stessi integri l'adempimento per l'intero *ex parte creditoris* (C 08/903; cfr. anche Bonfatti, *Il coobbligato*, 10 ss. e 122). In presenza del suddetto presupposto, il diritto di regresso può essere esercitato nella misura in cui il pagamento effettuato **ecceda la quota** spettante al *solvens* nei rapporti interni e nei limiti di tale eccedenza (nel caso del fideiussore, o comunque di obbligazione solidale assunta nell'esclusivo interesse del coobbligato fallito, il regresso spetta dunque per l'intero importo pagato: cfr. *Jorio*/F.S. Martorano, 853).

In linea di principio, lo strumento tramite il quale il *solvens* può far valere il proprio diritto di rivalsa verso il condebitore fallito è quello della **domanda di ammissione al passivo** fallimentare, tempestiva oppure tardiva a seconda del momento in cui si sia verificato il presupposto dell'integrale pagamento (C 08/903). Stanti le molteplici soluzioni prospettate in dottrina e in giurisprudenza, è tuttavia opportuno distinguere a seconda che il coobbligato eserciti in sede fallimentare il diritto di rivalsa per surrogazione oppure il diritto di regresso (in senso stretto).

È pacifico, in primo luogo, che il coobbligato abbia diritto a partecipare al concorso in via di **surrogazione** nelle ragioni del creditore integralmente soddisfatto, in quanto un tale meccanismo determina un mero mutamento soggettivo della titolarità del credito inidoneo a pregiudicare i creditori concorrenti e a violare il principio della c.d. «cristallizzazione» della massa passiva (cfr. in part. C 07/19097; Trib. Monza, 16-4-08, in *Fa*, 2008, 1351). In dottrina si discute unicamente se, nel caso in cui il credito sia già insinuato per iniziativa del creditore, sia necessaria un'autonoma domanda di ammissione al passivo da parte del coobbligato (cfr. in tal senso Bonfatti, *Il coobbligato*, 158 ss.; *Nigro-Sandulli-Santoro*/Coppola, 871) oppure se il *solvens* possa avvalersi dell'insinuazione in precedenza formulata dall'originario titolare del diritto (cfr. Piscitello, in *BBTC*, 1991, I, 217). Quest'ultima soluzione sembra trovare conforto nell'attuale formulazione dell'art. 115, comma 2, ultimo periodo, l.fall. (cfr. Fabiani, 301).

Secondo il più recente (e condivisibile) orientamento della giurisprudenza, il coobbligato è altresì ammesso a esercitare in sede fallimentare, anche tramite insinuazione tardiva, il **diritto di regresso** (in senso stretto) spettantegli dopo l'integrale soddisfacimento del creditore, a prescindere dalla circostanza che un tale credito sia stato in precedenza ammesso al passivo «con riserva» in via tempestiva (v. *infra* par. IV). Si ritiene infatti che il credito di regresso, pur essendo fondato su pagamenti eseguiti in pendenza di fallimento, abbia natura concorsuale in ragione dell'anteriorità al fallimento della sua causa genetica (v., con ampia e convincente motivazione, C 08/903; Trib. Milano, 9-5-2008, in *Fa*, 2008, 1225). A quest'ultima soluzione si contrappone un ulteriore (e più risalente) orientamento, che nega natura concorsuale al credito di regresso sulla base della posteriorità al fallimento dei pagamenti che lo legittimerebbero (in dottrina, v. Bonsignori, in *Tr. Galgano,* IX, 1986, 410 s.; Vaccarella, in *DF*, 1967, 54 s. e 62 nt. 31). Con conseguente, supposta inammissibilità della partecipazione al concorso (con domanda tardiva) del *solvens* che non abbia in precedenza «prenotato» l'ammissione tramite la tempestiva insinuazione «con riserva» del proprio (futuro) credito di regresso (cfr., in

tal senso, C 90/7222; Trib. Taranto, 9-6-2006, in *Fa*, 2006, 1414; Trib. Prato, 25-9-1997, in *Gcomm.*, 1998, II, 747; Trib. Milano, 28-11-1994, in *GIUS*, 1995, 350; Trib. Torino, 29-1-1993, in *Fa*, 1993, 863). Un siffatto orientamento si espone a plurimi e fondati rilievi critici (cfr. in part. BONFATTI, *Il coobbligato*, 131 ss., 165 e 239 ss., nonché, di recente, ROSAPEPE, in *Tr. Buonocore-Bassi,* II, 2010, 324 s.), anche perché, fra l'altro, è arduo comprendere come un credito ritenuto (per sua natura) non concorsuale possa divenire tale in dipendenza della sua tempestiva insinuazione con riserva (C 08/903).

4. *La tutela preventiva del coobbligato*

L'elemento più controverso nell'interpretazione dell'art. 61, comma 2°, l. fall. è il contenuto del divieto di regresso, nella misura in cui non vi è certezza in ordine alle iniziative che la norma intende precludere ai coobbligati sino a quando «il creditore sia stato soddisfatto per l'intero credito». Una tale incertezza si riflette sulle possibili forme di **tutela preventiva** dell'interesse del coobbligato solidale (e, sopratutto, del fideiussore) che abbia soddisfatto solo in parte il credito in pendenza di fallimento oppure che non sia stato ancora escusso.

È pacifico che, sino a quando il credito non sia soddisfatto per l'intero, il credito di regresso (o di rivalsa per surrogazione) del coobbligato non possa essere ammesso a partecipare al concorso a titolo pieno, con divieto di ammissione al passivo incondizionata e di immediata collocazione sul ricavato (cfr. *Jorio*/F.S. MARTORANO, 856).

Secondo un diffuso orientamento pretorio, la posizione del condebitore, che non abbia adempiuto all'obbligazione prima della dichiarazione di fallimento, potrebbe equipararsi a quella di un **creditore condizionale**, in relazione all'eventuale esercizio delle azioni di regresso nei confronti del fallito: il divieto di cui all'art. 61, comma 2°, l. fall. non precluderebbe, dunque, una tutela preventiva del coobbligato (escusso in parte o non ancora escusso) nelle forme dell'ammissione al passivo **«con riserva»**, destinata a essere sciolta solo laddove sopravvenga il soddisfacimento del creditore per l'intero credito (cfr. fra le tante C 04/13508; C 98/6355; C 90/7222; C 88/6355; C 88/4419; Trib. Milano, 9-5-2008, in *Fa*, 2008, 1225; Trib. Monza, in *Fa*, 2008, 1351; Trib. Modena, 11-2-2003, in *GIUS*, 2003, 1770; in dottrina, v. in part. SATTA, 151; *Nigro-Sandulli-Santoro*/COPPOLA, 872 s.; *Fauceglia-Panzani*/CELENTANO, 522 s.). Altra parte della giurisprudenza (soprattutto di merito) e la dottrina nettamente prevalente negano – con argomenti, peraltro, non sempre coincidenti – l'ammissibilità di una siffatta tutela preventiva del condebitore (cfr. C 03/11953;

Trib. Roma, 6-12-1999, in *DPS*, 2000, 11, 88; Trib. Raggio Emilia, 7-6-1997, in *Fa*, 1998, 400; Trib. Genova, 4-3-1992, in *Fa*, 1992, 955; Trib. Udine, 30-4-1988, in *Fa*, 1989, 81; in dottrina, BONFATTI, *Il coobbligato*, 198 ss.; FERRARA-BORGIOLI, 366 s. nt. 3; GUGLIELMUCCI, 198 nt. 9; *Ferro*/DI CORRADO, 684 ss.), la quale troverebbe impedimento sia nella natura di norma eccezionale dell'art. 55, comma 3°, l. fall. (C 03/11953), sia nell'impossibilità di stabilire un'analogia fra la posizione del creditore di regresso e quella del creditore condizionale (mentre la pretesa di quest'ultimo, avveratasi la condizione, è destinata ad *aggiungersi* al restante passivo, la pretesa del primo, a seguito del pagamento integrale del credito, è destinata invece a *sostituirsi* a quella del creditore soddisfatto: cfr. BONFATTI, *Il coobbligato*, 203). Peraltro, l'obiezione decisiva alla tesi dell'ammissione al passivo «con riserva» risiede nel rilievo secondo cui una siffatta forma di tutela del coobbligato parzialmente adempiente o non ancora escusso, quantomeno nell'ipotesi in cui il credito principale sia insinuato al passivo per l'intero importo (*ex* art. 61, comma 1°, l. fall.), determinerebbe, in ragione dei conseguenti accantonamenti imposti dall'art. 113, comma 1°, n. 1), l. fall., «una inammissibile sottrazione di attivo agli altri creditori, perché il creditore percepisce già in proporzione dell'intero importo dell'obbligazione solidale» (BONFATTI, *Il coobbligato*, 204; FERRARA-BORGIOLI, 366 s. nt. 3; C 08/903; v. anche Trib. Torino, 3-6-1994, in *BBTC*, 1995, II, 744, che limita l'ammissione «con riserva» alla sola ipotesi in cui il creditore non abbia presentato domanda di ammissione; in quest'ultimo senso v. anche FABIANI, 301).

In specie laddove si muova dal presupposto che la disciplina in commento introduce una «speciale forma di postergazione» (cfr. AA.VV., *Diritto fallimentare. Manuale breve*, Milano, 2008, 294), l'unica soluzione idonea ad assicurare una tutela preventiva del coobbligato appare quella di riferire il divieto sancito dall'art. 61, comma 2°, c.c. esclusivamente alla collocazione sul ricavato del credito di regresso e non anche alla sua ammissione al passivo, con conseguente diritto del coobbligato che abbia eseguito pagamenti parziali in pendenza di fallimento di essere ammesso al passivo (senza «riserva»), ma con **collocazione sul ricavato subordinata** alla mancata collocazione del comune creditore (cfr. BONFATTI, *Il coobbligato*, 178 ss.; in termini non dissimili, AA.VV., *Diritto fallimentare. Manuale breve*, Milano, 2008, 294 s.). Una tale opinione, i cui esiti consentono di elidere le incongruenze derivanti dall'ammissione «con riserva», si concilia con l'esigenza prioritaria di impedire la «contemporanea collocazione sul ricavato fallimentare del credito solidale e del diritto di "regresso" del coobbligato solvente» (cfr. BONFATTI, *Il coobbligato*, 179). In ogni caso, l'ammissione al passivo nelle forme suddette presuppone l'effet-

tiva titolarità di un diritto di regresso verso il fallito (sia pure parziale) ed è preclusa, dunque, al coobbligato non ancora escusso (cfr. BONFATTI, *Il coobbligato*, 227 ss. e 279 ss.), fatta salva la possibilità del **fideiussore** (e del coobbligato senza interesse all'assunzione del debito), in caso di inerzia del creditore, di esercitare in sede fallimentare l'**azione di rilevazione** per «liberazione» *ex* art. 1953 c.c. al fine di ottenere, in sostituzione del titolare, la collocazione sul ricavato del credito garantito (cfr. BONFATTI, *Il coobbligato*, 237 ss.; un cenno in quest'ultimo senso si trova anche in C 08/903).

Paolo Pizzuti

La compensazione nel rapporto di lavoro

Il Codice Civile colloca la compensazione (artt. 1241 e ss.)[1] tra i modi di estinzione delle obbligazioni surrogativi dell'adempimento, insieme alla novazione, alla remissione, alla confusione e all'impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore. Mediante la compensazione, due soggetti reciprocamente creditori e debitori l'uno dell'altro, estinguono le rispettive obbligazioni per le quantità corrispondenti, salvo l'eventuale permanere della parte residua dell'obbligazione di ammontare più elevato.

La compensazione consente quindi alle parti, da un lato, di evitare il sacrificio dell'adempimento e di essere liberate dal proprio debito, e dall'altro, di ottenere soddisfazione, sia pure indiretta, del proprio credito[2].

Come è noto, il codice civile disciplina tre tipologie di compensazione: la compensazione legale (art. 1243, comma 1, c.c.)[3], che opera in

[1] La bibliografia in materia è sconfinata. Tra i molti contributi dottrinali si v. G. Cian., A. Trabucchi., *Commentario breve al Codice Civile*, Padova, Cedam, 2009, 1282 e ss.; D. Ragozini, *Le obbligazioni*, II, V, 2008, Milano, Giuffré, 891; P. Ichino, *Il contratto di lavoro*, Vol. II, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, Giuffré, 2003, 245; F. Galgano, *Diritto civile e commerciale*, Vol. II, Padova, Cedam, 1999, 106; F. Nappi, *Contributo alla teoria della compensazione: per una rivisitazione dell'istituto in una prospettiva transnazionale*, Torino, Giappichelli, 1999; C. M. Bianca, *Diritto civile*, Vol. 4, *L'obbligazione*, Milano, Giuffré, 1993, 476; L. Bigliazzi Geri, U. Breccia, F. D. Busnelli, L. Natoli, *Diritto civile*, Vol. III, Torino, Utet, 1989, 178; V. De Lorenzi, *Compensazione*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Sez. Civile, Vol. III, Torino, Utet, 1988, 69; M. Grandi, voce *Rapporto di lavoro*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, Giuffrè, 1987, 314; G. Zuddas, *Compensazione*, in *Enc. giur. Treccani*, VII, 1988, 5; P. Perlingeri, *Dei modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento*, in *Commentario del Codice civile Scialoja e Branca*, *(Art. 1230-1259)*, Bologna, Zanichelli, 1975, 265; G. Bracco, *La compensazione*, in *Scritti giuridici ed economici*, Padova, Cedam, 1972; F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Milano, Giuffrè, 1959; D. Barbero, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, III, Torino, Utet, 1955, 237; G.A. Micheli, *Compensazione legale e pignoramento*, in *Studi per Redenti*, II, Milano, Giuffrè, 1951, 33; S. Romano, *Appunti in tema di compensazione legale giudiziale*, in *Il circ. giur.*, 1949, 197; M. Pellegrini, in *Commentario del codice civile*, D'Amelio, E. Finzi (diretto da), *Libro delle obbligazioni*, I, Firenze, 1948, 143; E. Redenti, *La compensazione dei debiti nei nuovi codici*, in "Riv. trim. dir. e proc. civ.", 1947, 10-45.

[2] Come rilevato da autorevole dottrina, "A fondamento della compensazione non v'è.. il principio dell'interdipendenza delle obbligazioni, ma il principio dell'economia degli adempimenti, inteso a evitare che le parti siano obbligate l'una verso l'altra ad eseguire prestazioni per realizzare un risultato economico direttamente realizzabile mediante il venir meno delle reciproche pretese", così C. M. Bianca, Diritto civile, op. cit., 479.

[3] Cass., Sez. III, 31 maggio 2010, n. 13208, inedita per quanto consta; Cass., Sez. III, 10 febbraio 2003, n. 1955, in "Impresa", 2003, 1245.

presenza di debiti reciproci[4] certi[5], liquidi ed esigibili, nonché omogenei con il simmetrico credito della controparte[6]; la compensazione giudiziale (art. 1243, comma 2, c.c.), che opera in presenza di un debito non liquido ma di facile e pronta liquidazione[7]; la compensazione volontaria (art. 1252 c.c.), che opera per il semplice accordo tra le parti, anche in mancanza delle condizioni previste dall'art. 1243, comma 1, c.c.

Per espressa previsione legale, la compensazione trova limitata applicazione nei confronti di alcune tipologie di crediti[8] – tra cui le somme impignorabili derivanti da stipendio, salario, o altre indennità relative al rapporto di lavoro – che sono compensabili solo entro i confini di un quinto (artt. 1246 c.c. e 545 c.p.c.)[9]. La ragione di tale divieto risponde all'esigenza di assicurare particolare tutela a detti crediti in ragione della loro speciale rilevanza sociale, essendo essi volti al sostentamento della persona (art. 36 Cost.).

[4] E' stato quindi affermato che il debitore non può opporre in compensazione il suo credito personale nei confronti del rappresentante, C. M. Bianca, *op. cit*., 481.

[5] Come chiarisce la definizione di C. M. Bianca, *op. cit*., 484: "deve cioè trattarsi di rapporti la cui determinazione non sia rimessa all'esercizio di poteri discrezionali". Inoltre, dal punto di vista processuale, la certezza coincide con "rapporti accertati con sentenza passata in giudicato o di rapporti non contestati processualmente, salvo, in questo caso, che siano addotte prove documentali sicure".

[6] "Conseguentemente deve escludersi la compensazione legale tra prestazioni considerate fungibili dalle parti, ma non oggettivamente omogenee, come ad es. tra un credito di denaro e l'obbligazione di restituire una cosa determinata", così D. Ragozini, op. cit., 896.

[7] Cass., Sez. Lav., 20 giugno 2003, n. 9904, in "Mass. giur. lav.", 2004, 249, la quale specifica che "La compensazione giudiziale prevista dall'art. 1243, 2° comma, c.c., può essere disposta quando il credito, pur non essendo liquido, è di facile e pronta liquidazione, non ostando alla possibilità di una pronta liquidazione la semplice contestazione del credito stesso ma occorrendo che l'accertamento di esso comporti una lunga istruttoria, o che esso sia in corso di accertamento nell'ambito di un separato giudizio".

[8] Si tratta dei crediti per la restituzione di cose di cui il proprietario sia stato ingiustamente spogliato, dei crediti per la restituzione di cose depositate o date in comodato, dei crediti dichiarati impignorabili; ancora, l'istituto in esame non opera in caso di rinunzia alla compensazione fatta preventivamente dal debitore e nei casi di divieto previsti dalla legge.

[9] Cass., Sez. Lav., 2 marzo 2009, n. 5024, in "Il Foro It. Rep.", 2009, voce *Obbligazioni in genere*, 51; Cass., Sez. Lav., 5 dicembre 2008, n. 28855, *ivi*, 2008, voce *Prova civile in genere*, 31; Cass., Sez. Lav., 6 marzo 2008, n. 6055, *ivi*, 2008, voce *Obbligazioni in genere*, 88; Cass., Sez. Lav., 12 maggio 2006, n. 11030, *ivi*, 2006, voce cit., 54; Cass., Sez. Lav., 17 aprile 2004, n. 7337, in "Gius", 2004, 3450; Cass., Sez. Lav., 29 marzo 2004, n. 6214, *ivi*, 2004, 3157; Cass., Sez. Lav., 20 giugno 2003, n. 9904, cit.; Cass., Sez. Lav., 19 marzo 2001, n. 3930, in "Il Foro it. Rep.", 2000, voce *Obbligazioni in genere*, 45; Cass., Sez. Lav., 21 ottobre 1998, n. 10456, *ivi*, 1998, voce cit., 48; Cass., Sez. Lav., 4 luglio 1997, n. 6033, *ivi*, 1997, voce cit., 47; Cass., Sez Lav., 5 maggio 1995, n. 4873, in *Mass. giur. lav.*, 1995, 731. Tra le decisioni di merito, v. in ultimo Trib. Trento, Sez. Lav., 18 gennaio 2011, Mu.Cl. c. F.C.P., inedita per quanto consta.

Tuttavia, se nell'ambito del rapporto di lavoro sorgono contrapposti crediti e debiti tra datore di lavoro e lavoratore, l'orientamento giurisprudenziale maggioritario[10] afferma che i rispettivi crediti e debiti delle parti si elidono vicendevolmente sino alla reciproca concorrenza, in virtù di un meccanismo che non soggiace alle regole della compensazione (tra cui la limitata aggredibilità, nei confini del quinto, prevista per i crediti retributivi del lavoratore).

Si ritiene, infatti, che la compensazione, di qualunque tipo, presuppone rapporti negoziali autonomi[11], mentre quando i rispettivi crediti e debiti originano dal medesimo contratto[12] si realizza un semplice accertamento contabile di dare/avere (compensazione c.d. impropria o *atecnica*) [13] indifferente alla natura (alimentare, retributiva, etc.) dei crediti delle parti, che pertanto sono ritenuti integralmente assorbibili dal predetto conguaglio.

Sul punto si è pronunciata positivamente anche la Corte Costituzionale[14], affermando la legittimità costituzionale degli artt. 1246, comma 1, c.c.

[10] Cass., Sez. III, 30 marzo 2010, n. 7624, C. c. B. s.r.l., inedita per quanto consta; Cass., Sez. III, 8 agosto 2007, n. 17390, in "Il Foro It. Rep.", 2007, voce *Obbligazioni in genere*, 74; Cass., Sez. II, 8 agosto 2002, n. 11943, in "Arch. civ.", 2003, 680; Cass., Sez. III, 25 novembre 2002, n. 16561, in "Contratti", 2003, 5, 478; Cass., Sez. III, 6 novembre 2001, n. 13697, in "Riv. giur. edil.", 2002, I, 317; Cass., Sez. III, 12 aprile 1999, n. 3564, in "Il Foro It. Rep.", 1999, voce *Obbligazioni in genere*, 53; Cass. civ. Sez. lavoro, 16 gennaio 1988, n. 301, in *Banca Borsa*, 1989, II, 298.

[11] D. Ragozini, *op. cit.*, 894; M.C. Bianca, *op. cit.*, 487; U. Breccia, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato*, G. Iudica, P. Zatti (a cura di), Milano, Giuffré, 1991, 718; G. Perone, voce *Retribuzione*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, Giuffrè, 1989, 81; A. Aranguren, *La tutela dei diritti dei lavoratori*, in *Enc. giur. lav.*, VII, Padova, Cedam, 1981, 202; A. Torrente, *La compensazione dei crediti nascenti dal rapporto di lavoro*, in "Giust. Civ.", 1951, I, 66; U. Majello, *Custodia e deposito*, Napoli, Jovene, 1958, 273.

[12] Se i contrapposti crediti e debiti originano dal medesimo rapporto obbligatorio, la compensazione non si realizza indipendentemente da quale sia la fonte dell'uno o dell'altro credito (ad esempio, contrattuale o legale). In tal senso Cass. civ. Sez. II, 23 aprile 1998, n. 4174, in "Mass. Giur. It.", 1993, che ha negato la compensazione tra il debito del possessore di restituzione dei frutti ed il credito del medesimo per i miglioramenti.

[13] Infatti, nei contratti a prestazioni sinallagmatiche l'obbligazione di una parte risulta ontologicamente collegata alla corrispondente prestazione della controparte, e l'elisione delle reciproche obbligazioni per mezzo della compensazione determina la negazione stessa del negozio, consistente nell'assicurare a ciascuna parte la prestazione oggetto del contratto. In tal senso v. D. Ragozini, *op. cit.*, 895; P. Perlingeri, *op. cit.*, 264; L. Barassi., *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. III, Milano, Giuffrè,1946, 78.

[14] C. Cost., 4 luglio 2006, n. 259, in "Riv. it. dir. lav.", 2006, II, 802. In particolare, la Corte ha affermato che "La circostanza che il credito del datore di lavoro abbia il suo fatto costitutivo in un delitto commesso dal lavoratore non è idonea a rendere in toto equiparabile il credito del datore di lavoro a quello di qualsiasi altro creditore, e quindi a rendere privo di razionale giustificazione l'orientamento giurisprudenziale che ravvisa la specificità di quel credito nella circostanza che l'obbligazione risarcitoria dell'ex dipendente scaturisca da un comportamento che costituisce anche grave violazione dei doveri del prestatore di lavoro verso il datore".

e 545, comma 4, c.p.c., in riferimento agli artt. 3 e 36 Cost.[15] nella parte in cui non prevedono che la compensazione dei crediti retributivi del lavoratore debba avvenire nei limiti di un quinto anche nel caso in cui il credito opposto in compensazione abbia origine nel medesimo rapporto di lavoro.

Pertanto, se nell'ambito del rapporto di lavoro sorgono contrapposti crediti e debiti del datore e del lavoratore, la retribuzione del dipendente può rimanere anche integralmente assorbita nel controcredito del datore di lavoro, posto che ciò che si verifica non è una compensazione in senso tecnico (artt. 1241 e ss. c.c.), bensì un mero conguaglio tra le reciproche pretese[16].

In tale quadro, si ritengono pienamente compensabili: *a)* il credito retributivo del lavoratore con il credito risarcitorio del datore di lavoro a cui il dipendente abbia arrecato un pregiudizio patrimoniale a seguito dell'esecuzione non diligente della prestazione lavorativa[17]; *b)* il credito retributivo del lavoratore con il credito del datore di lavoro che abbia concesso al dipendente una somma a titolo di mutuo[18]; *c)* le somme dovute dai lavoratori per la restituzione del trattamento di fine rapporto - erogate a seguito di licenziamento poi dichiarato illegittimo - e le somme dovute dal datore di lavoro per mensilità retributive arretrate[19].

E' stata, inoltre, affermata la piena compensabilità tra il credito previdenziale del lavoratore, titolare di pensione di inabilità o di indennità di accompagnamento, con il debito contributivo nei confronti dell'Inps derivante dall'indebita percezione di somme di danaro[20]; tuttavia, quando il credito del lavoratore ha ad oggetto prestazioni pensionistiche, la ripetizione dell'indebito deve avvenire secondo un sistema necessariamente rateale, giusto l'art. 1, comma 262, legge 23 dicembre 1996, n. 662[21].

Diversamente dalla compensazione vera e propria, la compensazione atecnica può essere disposta dal giudice anche d'ufficio[22], indipendentemente da un'apposita domanda riconvenzionale o da una for-

[15] Nel caso in esame, il giudice *a quo* è stato il Trib. Palermo, Ord. 27 aprile 2004, in "Riv. it. dir. lav.", 2005, II, 132.

[16] C. Cost., 4 luglio 2006, n. 259, cit.

[17] Cass., Sez Lav., 20 giugno 2003, n. 9904, cit.; Cass., Sez. Lav., 19 marzo 2001, n. 3930, cit.; Cass., Sez. Lav., 5 maggio 1995, n. 4873, cit.

[18] Cass., Sez. Lav., 29 marzo 2004, n. 6214, cit.

[19] Cass. civ. Sez. lavoro, 2 marzo 2009, n. 5024, cit.

[20] Cass., Sez. Lav., 24 luglio 2007, n. 16439, in "Il Foro It. Rep.", 2007, voce *Obbligazioni in genere*, 75.

[21] Cass. civ. Sez. lavoro, 27 luglio 2011, n. 16448, inedita per quanto consta.

[22] Ai sensi dell'art. 1242 c.c., invece, il giudice non può rilevare d'ufficio la compensazione.

male eccezione di compensazione[23], purché si fondi su circostanze tempestivamente dedotte in giudizio, onde evitare un allargamento del *thema decidendum*[24]. Inoltre, non è necessario che i crediti e debiti del datore di lavoro e del lavoratore siano immediatamente esigibili, essendo sufficiente la loro liquidità[25] o la facile e pronta liquidazione, potendo il giudice dichiarare la compensazione della parte del debito che riconosce esistente[26].

L'autonomia contrattuale, e in particolare quella collettiva, possono porre dei limiti all'operatività della compensazione atecnica, al fine di tutelare il credito retributivo del dipendente, ad esempio condizionandone l'operatività alla stipula di specifici accordi negoziali[27].

Infine, si segnala che all'orientamento giurisprudenziale che riconosce la piena compensabilità dei crediti del lavoratore con il controcredito del datore di lavoro, se ne contrappone un altro di segno opposto, secondo il quale la compensazione tecnica non sarebbe necessariamente esclusa dal fatto che le reciproche poste di dare/avere sorgano da un unico contratto o da un'unica fonte negoziale o da un unico evento, in quanto né l'art. 1246 c.c. ("la compensazione si verifica qualunque sia il titolo dell'uno o dell'altro debito") né l'art. 1241 c.c. ("Quando due persone sono obbligate l'una verso l'altra, i due debiti si estinguono per le quantità corrispondenti") circoscrivono l'applicabilità dell'istituto alle sole ipotesi di pluralità di rapporti[28].

In base a tale posizione, la compensazione atecnica o impropria sarebbe configurabile solo laddove le contrapposte pretese siano tra loro in posizione sinallagmatica e manchino, quindi, di autonomia[29]. In ogni

[23] Cass., Sez. Lav., 29 marzo 2004, n. 6214, cit.; Cass., Sez. III, 25 novembre 2002, n. 16561, cit.; Cass., Sez. Lav., 7 ottobre 1991, n. 10447, Soc. C. c. C., inedita per quanto consta.

[24] Cass., Sez. Lav., 16 febbraio 2007, n. 3628, in "Impresa", 2007, 6, 937; Cass., Sez. Lav., 12 maggio 2006, n. 11030, cit.

[25] Cass., Sez. Lav., 14 febbraio 1983, n. 1145, inedita per quanto consta.

[26] Cass., Sez. Lav., 20 giugno 2003, n. 9904, cit.

[27] Ad es., il CCNL Abi prevede che la compensazione atecnica possa avvenire solo per volontà delle parti, v. Cass., Sez. Lav., 20 giugno 2003, n. 9904, cit., e Cass., Sez. Lav., 4 luglio 1997, n. 6033, cit.

[28] Cass., Sez. Lav., 11 marzo 2005, n. 5349, in "Notiz. giur. lav.", 2005, 525; Cass., Sez. III., 10 giugno 2005, n. 12327, in "Giust. civ.", 2006, I, 867.

[29] Secondo tale corrente di pensiero "se in siffatta ipotesi si ammettesse la reciproca elisione delle obbligazioni in conseguenza della compensazione, si verrebbe ad incidere sull'efficacia stessa del negozio, paralizzandone gli effetti": Cass., Sez. Lav., 11 maggio 2004, n. 8924, in "Mass. giur. lav.", 2004, 674; Cass., Sez. Un., 16 novembre 1999, n. 775, in "Nuova giur. civ.", 2000, I, 265.

altro caso, la relazione di credito e debito del lavoratore e del datore di lavoro – ancorché nascente da un unico rapporto obbligatorio – seguirebbe le regole della compensazione propria[30].

[30] In applicazione di tale regola, questa giurisprudenza ha, ad esempio, escluso che il trattamento di fine rapporto possa essere integralmente assorbito nel controcredito del datore di lavoro in conseguenza di "una sorta di compensazione di fatto, cosiddetta atecnica, in ipotesi in cui la disciplina codicistica non la ammetterebbe, ovvero la ammetterebbe entro limiti precisi"Cass., Sez. Lav., 11 marzo 2005, n. 5349, cit.

PAOLO PIZZUTI

Le nuove regole sui licenziamenti

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. I licenziamenti nulli. - 3. Licenziamenti disciplinari e licenziamenti economici: ingiustificatezza qualificata e ingiustificatezza del recesso. - 4. La tutela reale "depotenziata" e la nuova tutela indennitaria. - 5. Il tentativo obbligatorio di conciliazione per i licenziamenti economici. - 6. Motivazione, revoca e impugnativa del licenziamento. - 7. Il licenziamento inefficace. - 8. Le novità sui licenziamenti collettivi.

1. *Premessa*

La legge 28 giugno 2012 n. 92[1] ha introdotto importanti novità nella materia dei licenziamenti, che tradizionalmente costituisce un terreno di innovazione difficile per il legislatore a causa delle spinte contrapposte delle parti sociali e dell'impatto sull'opinione pubblica.

In primo luogo, è caduto il dogma della reintegrazione per il licenziamento ingiustificato intimato nelle aziende che si trovano nell'area di applicazione dell'art. 18 St. lav. Viene infatti introdotto un doppio regime sanzionatorio che prevede, da un lato, una tutela reale attenuata o "depotenziata" e, dall'altro lato, una nuova tutela obbligatoria o indennitaria; l'alternativa tra la sanzione reale e quella obbligatoria viene collegata al grado di responsabilità del datore di lavoro che ha intimato il licenziamento illegittimo.

In secondo luogo, si può osservare che il rischio del contenzioso per

[1] In dottrina sulla riforma dei licenziamenti v. A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, Torino, Giappichelli, p. 41 ss.; A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 statuto dei lavoratori*, in "Riv. it. dir. lav.", 2012, I, 1 ss.; F. CARINCI, *Complimenti, dottor Frankenstein: Il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in "Lav. giur.", 2012, p. 529 ss.; F. LISO, *Le norme in materia di flessibilità in uscita nel disegno di legge Fornero*, in *Centre for the Studies of European Labour Law "M. D'Antona"*, 2012, *unict.it*; P. ICHINO, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori, Relazione al Convegno del Centro Nazionale Studi di Diritto del Lavoro "Domenico Napoletano"*, Pescara, 11 maggio 2012, dattiloscritto inedito per quanto consta; C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in "Arg. dir. lav.", 2012, p. 547 ss.; M. PAPALEONI, *Prime considerazioni critiche sul progetto di riforma del mercato del lavoro: "Mons tremuit, et mus parietur"*, in *Centre for the Studies of European Labour Law "M. D'Antona"*, 2012, *unict.it*; B. CARUSO, *Per un ragionevole, e apparentemente paradossale, compromesso sull'art. 18: riformarlo senza cambiarlo*, in *Centre for the Studies of European Labour Law "M. D'Antona"*, 2012, *unict.it*.

le aziende in questione nel caso di licenziamento ingiustificato è all'incirca dimezzato. In passato – se si prende come riferimento la durata media di un contenzioso, dal licenziamento sino alla sentenza e poi alla effettiva reintegra – il numero delle mensilità dovute, con l'aggiunta delle 15 mensilità opzionali, arrivava facilmente alle 40/50 mensilità di retribuzione globale di fatto, cui dovevano sempre aggiungersi gli oneri contributivi. Dopo la riforma, invece, sia con la tutela reale depotenziata che con la nuova tutela indennitaria, si può ritenere – con una valutazione "a spanne" – che il costo della controversia si aggirerà intorno ad una media di 20/22 mensilità[2] di retribuzione globale di fatto[3].

In terzo luogo, appare evidente che la formulazione del nuovo art. 18 St. lav. ha complicato il sistema sanzionatorio del licenziamento individuale, lasciando un margine di discrezionalità ai giudici del lavoro ancora più ampio rispetto al passato, e quindi aumentando l'incertezza sull'esito del giudizio. Infatti, mentre in passato il discrimine tra tutela obbligatoria e tutela reale era dato esclusivamente dal numero dei dipendenti, ora nelle aziende medio-grandi il giudice decide tra le due alternative anche in base al grado di ingiustificatezza del recesso, secondo parametri che – come vedremo – lasciano spazio a diversi dubbi interpretativi.

Ci sono, invece, altri aspetti importanti della materia che la riforma non ha toccato, sui quali quindi si può continuare a ragionare con il bagaglio di esperienza acquisito negli ultimi quarant'anni.

Il primo di tali aspetti è quello dell'ambito di applicazione della tutela reale e della tutela obbligatoria (art. 18, comma 8, St. lav.)[4]. Rimane confermato lo storico "scalino" dei 15 dipendenti nell'unità produttiva,

[2] Nell'ipotesi della tutela reale, infatti, il rischio massimo è dato dalle 12 mensilità del risarcimento più le 15 mensilità alternative alla reintegra (di solito rifiutata dal lavoratore), cioè non più di 27 mensilità (è però possibile detrarre l'*aliunde perceptum* sul risarcimento, sicché l'importo può essere ridotto); nell'ipotesi della tutela obbligatoria, invece, il rischio è stabilito dalla legge e va da 12 a 24 mensilità, a scelta del giudice, in base ai parametri fissati dall'art. 18 St. lav.

[3] Con versamento della contribuzione, peraltro "differenziale", previsto soltanto nel caso della tutela reale.

[4] Il nuovo art. 18 dello Statuto dei lavoratori ha infatti il medesimo campo di applicazione del passato, si applica cioè al "datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, che in ciascun sede, stabilimento, filiale, ufficio o reparto autonomo nel quale ha avuto luogo il licenziamento occupa alle sue dipendenze più di quindici lavoratori o più di cinque se trattasi di imprenditore agricolo, nonché al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, che nell'ambito dello stesso comune occupa più di quindici dipendenti ed all'impresa agricola che medesimo ambito territoriale occupa più di cinque dipendenti, anche se ciascuna unità produttiva, singolarmente considerata, non raggiunge tali limiti, e in ogni caso al datore di lavoro, imprenditore e non imprenditore, che occupa più di sessanta dipendenti" (art. 18, c. 8).

sempre che l'impresa complessivamente non superi i 60 dipendenti[5]. L'opzione legislativa di conservare questo parametro dei 15 dipendenti si espone alla critica che in tal modo vengono trattate alla stessa maniera realtà produttive modeste (ad esempio con 16 dipendenti) ed aziende di grandi o grandissime dimensioni con migliaia di occupati[6]. Inoltre, il meccanismo legislativo in questione crea un'iniqua distinzione tra dipendenti della medesima azienda[7]: può accadere, infatti, che il lavoratore di un'unità produttiva con 16 dipendenti ottenga la reintegrazione, mentre il collega dell'unità produttiva più piccola, posta in un diverso comune, si debba accontentare della semplice tutela obbligatoria.

Il secondo aspetto che è stato conservato, cui si è appena fatto cenno, è quello della tutela obbligatoria nelle c.d. piccole aziende, che rimane regolata dall'art. 8 della legge n. 604/1966. Tale norma prevede che il licenziamento ingiustificato interrompe il rapporto di lavoro (è dunque un recesso efficace) ed il lavoratore ha diritto ad una indennità che va da 2,5 a 6 mensilità di retribuzione, senza versamento di contribuzione previdenziale su tale somma (con l'alternativa, più teorica che pratica, della riassunzione a scelta del datore di lavoro).

Infine, rimangono inalterate la nozione di giusta causa (art. 2119 c.c.), di giustificato motivo soggettivo (cioè il "notevole inadempimento degli obblighi contrattuali": art. 3 legge 604/1966), e di giustificato motivo oggettivo (relativo alle "ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa": ancora art. 3 legge n. 604/1966).

In sintesi, non cambiano le motivazioni su cui si basa il licenziamento individuale, mentre significative novità sono state introdotte circa le conseguenze derivanti dal recesso ingiustificato.

2. *I licenziamenti nulli*

Il nuovo art. 18, comma 1, prevede una disciplina sanzionatoria uni-

[5] Altrimenti, come è noto, si passa in tutela reale a prescindere dalla dimensione delle singole unità.

[6] Come ha rilevato A. Maresca, op. cit., p. 12, "questo regime si caratterizza proprio per il disconoscimento di qualsiasi modulazione della sanzione con riferimento alla posizione sia del datore di lavoro sia del dipendente. Quindi l'impresa di 16 dipendenti subisce la stessa sanzione di quella che occupa migliaia di lavoratori in unità produttive sparse su tutto il territorio nazionale (ed anche oltre); così come l'appiattimento della sanzione non consente di distinguere tra il lavoratore licenziato dopo pochi mesi dall'assunzione e quello con un'anzianità di servizio di diversi lustri".

[7] Sempre che occupi non più di 60 dipendenti.

ca per i licenziamenti nulli, in quanto intimati: a) per motivi discriminatori ai sensi dell'art. 3 della legge n. 108/1990[8]; b) in concomitanza col matrimonio ai sensi del D.Lgs. n. 198/2006 (art. 35)[9]; c) in violazione dei divieti di licenziamento stabiliti dalla disciplina che tutela la maternità e la paternità (art. 54, commi 1, 6, 7 e 9, D.Lgs. n. 151/2001)[10]; d) in ogni altro caso di nullità previsto dalla legge o determinato da un motivo illecito determinante ai sensi dell'art. 1345 c.c.; e) in forma orale.

In tutte queste ipotesi la norma stabilisce che il lavoratore, anche se dirigente, ha diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro quale che sia il numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro (ed ovviamente a prescindere dal motivo formalmente addotto dall'imprenditore). Se il dipendente licenziato non intende rientrare in azienda, può chiedere – in alternativa alla reintegra – un'indennità pari a 15 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, sulla quale non sono dovuti i contributi previdenziali.

A differenza di quanto accadeva in passato, la nuova norma (art. 18 comma 3, St. lav.) prevede espressamente che la richiesta dell'indennità sostitutiva della reintegra "determina la risoluzione del rapporto di lavoro", in qualunque momento sia effettuata[11]. Ne deriva che se il lavoratore dichiara di non volere la reintegrazione, preferendo l'indennità so-

[8] Il quale a sua volta richiama l'art. 4 della legge n. 604/1966 e l'art. 15 della legge n. 300/1970, che si riferiscono complessivamente a discriminazioni per ragioni di: credo politico, fede religiosa, affiliazione o attività sindacale, razza, lingua e sesso; ovvero ancora per ragioni di handicap, di età, o basate sull'orientamento sessuale o sulle convinzioni personali del lavoratore.

[9] L'art. 35 del D.Lgs. n. 198/2006 si riferisce alla interdizione del licenziamento "dal giorno della richiesta delle pubblicazioni di matrimonio, in quanto segua la celebrazione, a un anno dopo la celebrazione stessa"; a meno che il datore di lavoro non dimostri: a) la giusta causa di licenziamento; b) la cessazione dell'attività aziendale; c) l'ultimazione della prestazione per la quale la lavoratrice è stata assunta o la scadenza del termine finale.

[10] L'art. 54 del D.Lgs. n. 151/2001 fa riferimento alle seguenti ipotesi: a) licenziamento della lavoratrice dall'inizio della gravidanza fino ad un anno di età del bambino; b) licenziamento della lavoratrice o del lavoratore causato dalla domanda o dalla fruizione del congedo parentale e per la malattia del bambino; c) licenziamento intimato al padre per la durata del congedo di paternità e sino al compimento di un anno di età del bambino; d) licenziamento in caso di adozione o di affidamento, fino ad un anno dall'ingresso del minore nel nucleo familiare.

Anche qui, il datore di lavoro può licenziare durante il periodo di interdizione qualora riesca a dimostrare: 1) la giusta causa; 2) la cessazione dell'attività dell'azienda; 3) l'ultimazione della prestazione o scadenza del termine; 4) l'esito negativo della prova.

[11] Dopo la conclusione del giudizio, la richiesta dell'indennità deve essere effettuata entro 30 giorni dalla comunicazione del deposito della sentenza, ovvero – come di solito accade – dall'invito del datore di lavoro a riprendere servizio.

stitutiva, il risarcimento del danno non sarà più dovuto sino alla effettiva reintegra bensì sino al momento in cui è stata richiesta l'indennità sostitutiva (che, come detto, coincide con la cessazione del rapporto)[12].

Oltre alla reintegrazione (od alla indennità sostitutiva), il lavoratore ha diritto al risarcimento del danno pari ad un'indennità commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto maturata dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione (art. 18, comma 2 St. lav.). Da tale indennità può essere detratto quanto il lavoratore abbia eventualmente percepito nel periodo di estromissione per lo svolgimento di altre attività lavorative (c.d. *aliunde perceptum*)[13], mentre non può essere detratto quanto avrebbe potuto guadagnare attivandosi con l'ordinaria diligenza (art. 1227, comma 2, c.c.). In ogni caso, la misura del risarcimento non può essere inferiore a 5 mensilità della retribuzione globale di fatto[14].

3. *Licenziamenti disciplinari e licenziamenti economici: ingiustificatezza qualificata e ingiustificatezza semplice del recesso*

Come detto[15], le nozioni di licenziamento disciplinare e di licenziamento economico rimangono invariate rispetto al passato, facendosi sempre riferimento alla giusta causa ed al giustificato motivo soggettivo od oggettivo.

Tuttavia, in entrambe le ipotesi la riforma prevede due diversi regimi sanzionatori: uno per i licenziamenti affetti da "ingiustificatezza qualificata", con la reintegrazione nel posto di lavoro ed il risarcimento del danno; l'altro per i licenziamenti affetti da "ingiustificatezza semplice", in cui vi è soltanto il risarcimento del danno.

La ingiustifcatezza qualificata è prevista in quattro ipotesi indicate espressamente dalla legge.

a) La prima ipotesi si verifica quando il giudice accerta la mancan-

[12] "Così finalmente viene rimossa l'assurdità interpretativa per cui, nel silenzio della legge, si riteneva che il rapporto proseguisse fino al pagamento della predetta indennità con indecoroso persistente lucro del lavoratore che pure aveva già dichiarato di non voler riprendere servizio": così A. VALLEBONA, *La riforma..*, cit., p. 53.

[13] Secondo la giurisprudenza, l'onere della prova dell'*aliunde perceptum* spetta al datore di lavoro che intende ridurre l'entità del risarcimento, ma la questione in dottrina è tutt'altro che pacifica: al riguardo v. A. VALLEBONA (a cura di), *Aliunde e lavoro nero o rifiutato*, in "Colloqui Giuridici sul Lavoro", Roma, 2011.

[14] Il lavoratore ha anche diritto al versamento dei contributi previdenziali da parte del datore di lavoro per tutto il periodo di estromissione.

[15] V. par. 1 che precede.

za della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo per la "insussistenza del fatto contestato".

E' evidente l'intenzione del legislatore di modulare la sanzione in base al grado di responsabilità del datore di lavoro che ha adottato il recesso: infatti, egli risponde con una sanzione più pesante se il fatto disciplinare è del tutto inesistente, e quindi falsamente rappresentato.

In questa ottica, se il datore di lavoro adduce un motivo disciplinare manifestamente sproporzionato rispetto alla sanzione espulsiva adottata, proprio per evitare la sanzione della reintegrazione, il suo comportamento si configura come fraudolento rispetto alla nuova disciplina legale (art. 1344 c.c.), con equiparazione all'ipotesi di insussistenza del fatto e conseguente applicazione della tutela reale di cui al comma quarto del nuovo art. 18 St. lav[16].

b) La seconda ipotesi si ha quando "il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi o dei codici disciplinari applicabili".

In tal caso l'addebito non è falso poiché il fatto disciplinare sussiste, tuttavia la responsabilità aggravata del datore di lavoro si configura per non aver tenuto conto della previsione vincolante del contratto collettivo o del codice disciplinare (il che determina, quantomeno, un'ipotesi di colpa grave)[17].

La questione più rilevante che si pone riguarda la eventuale possibilità di effettuare una interpretazione estensiva o analogica delle previsioni del contratto collettivo o del codice disciplinare. Nel caso di risposta affermativa, il datore di lavoro subirebbe la sanzione reale anche quando il fatto in concreto addebitato non è contemplato dalla normativa collettiva, ma poteva essere ricollegato ad un'ipotesi in essa prevista mediante un procedimento interpretativo estensivo o analogico.

In questo modo, però, si chiederebbe al datore di lavoro di effettuare una valutazione comparativa tra il fatto concretamente avvenuto (non tipizzato) e l'infrazione tipica prevista dal codice disciplinare. Si tratta di

[16] In questo senso v. A. VALLEBONA, *La riforma..*, cit., p. 57: "Se il fatto contestato risulta vero, ma è manifestamente insufficiente (appunto il "torto marcio" di cui si è detto) a giustificare il licenziamento, ad esempio intimato per un vero ritardo di pochi minuti, ricorre un caso di frode alla legge (art. 1344 cod. civ.) per eludere la tutela reale sancita per l'ipotesi di fatto insussistente, con la conseguente applicazione di questa tutela appunto prevista dall'art. 18, c. 4".

[17] Come è stato affermato, in questo caso "l'illegittimità del licenziamento è meno scusabile, proprio perché è stato risolto a monte il problema del collegamento tra il comportamento del dipendente e la sanzione applicabile, senza che residuino margini significativi d'incertezza": A. MARESCA, op. cit., p. 30.

una valutazione di merito non molto dissimile da quella che lo stesso datore di lavoro effettua nel decidere se un fatto è idoneo ad integrare gli estremi del giustificato motivo soggettivo e della giusta causa oppure no. Pertanto, l'errore su tale valutazione non può essere considerato fonte di responsabilità aggravata, e deve condurre – come nel caso di licenziamento illecito per violazione del principio di proporzionalità della sanzione (art. 2106 c.c.) – alla applicazione della semplice tutela obbligatoria[18].

L'unica eccezione è ipotizzabile quando il fatto concreto e quello previsto dalla disciplina convenzionale si differenziano soltanto per aspetti marginali o di dettaglio, che cioè non modificano le caratteristiche essenziali dell'infrazione, di modo che sia facile per il datore di lavoro in buona fede valutare l'applicabilità della norma collettiva al caso di specie.

c) La terza ipotesi – passando dal licenziamento disciplinare a quello per giustificato motivo oggettivo (o economico) – riguarda i casi in cui ricorre una "manifesta insussistenza" del "fatto posto a base del licenziamento"[19].

Poiché la nozione di insussistenza "manifesta" del fatto su cui si basa il recesso non viene specificata dal legislatore, si possono avanzare diverse interpretazioni[20].

Come è noto, i presupposti del licenziamento per giustificato motivo oggettivo consistono nella sussistenza della ragione tecnico-produttiva, nel c.d. *repechage* e nell'eventuale applicazione dei criteri oggettivi di scelta per la selezione dei soggetti da licenziare.

L'interpretazione letterale porta a ritenere che l'ipotesi di manifesta insussistenza del fatto si verifichi soltanto quando il licenziamento è viziato per la mancanza, o falsità, del primo requisito, cioè della ragio-

[18] Secondo A. VALLEBONA, *La riforma ..*, cit., p. 57-58, "Non sono, ovviamente, consentite interpretazioni estensive, né tanto meno analogiche, sia perché non vi è alcuna lacuna da riempire operando la tutela della ingiustificatezza semplice, sia perché la *ratio* di questa ingiustificatezza qualificata a tutela reale è proprio la sicura e certa conoscenza preventiva da parte del datore di lavoro della tipizzata insufficienza del fatto a giustificare il licenziamento, certezza che verrebbe meno in caso di ampliamento interpretativo della fattispecie".

[19] Come ha rilevato A. MARESCA, *op. cit.*, p. 23, le ipotesi di ingiustificatezza qualificata "si caratterizzano per un tratto unificante individuabile nell'assoluta pretestuosità del licenziamento, poiché il fatto materiale che lo avrebbe dovuto giustificare si palesa del tutto inesistente".

[20] "Manifesta significa evidente e si collega nella sua etimologia all'arresto (preso per mano) nella indiscutibile flagranza dell'azione cui consegue il giudizio direttissimo (art. 449 cod. proc. pen.) ed è lo stesso aggettivo utilizzato per qualificare l'infondatezza della questione di costituzionalità non meritevole neppure di rimessione alla Consulta": così A. VALLEBONA, *La riforma ..*, p. 58-59.

ne tecnico-produttiva che è stata addotta per la soppressione del posto di lavoro. Viceversa, se l'azienda ha violato l'obbligo di *repechage* ovvero non ha applicato criteri oggettivi nella scelta del lavoratore, non essendo manifestamente insussistente il fatto posto a base del licenziamento, si dovrebbe applicare la tutela indennitaria.

Non si può peraltro escludere che la mancanza di un altro posto di lavoro in azienda (cioè l'impossibilità del *repechage*) venga considerata come una componente strutturale del "fatto" posto a base del licenziamento (assieme alle ragioni oggettive del licenziamento). In tale prospettiva, si dovrebbe stabilire se l'insussistenza di questa componente del fatto possa da sola configurare la nozione di "manifesta insussistenza" prevista dalla legge (pur essendo presenti, in ipotesi, le ragioni oggettive del recesso). Solo in questo caso la conseguenza della violazione dell'obbligo di *repechage* determinerebbe l'applicazione della tutela reale e non di quella indennitaria[21].

La norma prevede, infine, che il giudice, dopo aver accertato la manifesta ingiustificatezza del licenziamento, "può" (e non deve) applicare la tutela reale, avendo quindi un ulteriore margine di discrezionalità per la scelta della sanzione da comminare. Qui è dubbio se la norma abbia voluto effettivamente lasciare al giudice la possibilità di apprezzare in concreto ulteriori elementi[22], ovvero se si tratti di una mera svista del legislatore (poiché "è assurdo che nulla si dica sui criteri ai quali dovrebbe attenersi il giudice", ond'è che la disposizione "sarebbe incostituzionale per manifesta irragionevolezza" [23]).

[21] Interessanti al riguardo sono le osservazioni di F. Liso, op. cit., p. 3, secondo cui "Da un lato si potrebbe sostenere, con interpretazione più favorevole alle imprese, che l'accertamento sarà sempre negativo ogniqualvolta comunque sussista una ragione oggettiva che possa giustificarlo in astratto; quindi, in altre parole, l'accertamento potrà essere positivo solo nella assai improbabile ipotesi che il licenziamento sia dovuto ad un mero capriccio dell'imprenditore. Dall'altro lato si potrebbe sostenere, con interpretazione più favorevole ai lavoratori, che la manifesta insussistenza possa anche ricorrere in tutti i casi in cui, pur esistendo una ragione oggettiva, il licenziamento del lavoratore non sia ad essa direttamente collegabile in quanto il datore di lavoro avrebbe potuto adibire il lavoratore ad altro posto vacante di valore equivalente (questa operazione compie la giurisprudenza che considera il licenziamento come *extrema ratio*…). La formulazione del testo non sembra escludere questa possibilità…".

[22] Ad esempio, utilizzando i criteri già previsti dall'art. 18 St. lav., si potrebbe avere riguardo alla "anzianità del lavoratore" (nel caso di lavoratore licenziato illegittimamente dopo pochi giorni di lavoro, la tutela reale potrebbe essere considerata eccessiva), ovvero alle "dimensioni dell'attività economica" (qui la reintegrazione potrebbe essere evitata nelle realtà produttive di dimensioni modeste, che superano di poco i 15 dipendenti).

[23] E' questa la posizione di F. Liso, *op. cit*., p. 4, cui si riferisce il virgolettato nel testo. Sul punto, v. anche A. Maresca, op. cit., p. 28-29.

d) L'ultima ipotesi, infine, riguarda i casi di licenziamento intimato (erroneamente) per inidoneità psichica o fisica del lavoratore o per presunto superamento del periodo di comporto. Qui probabilmente il legislatore ha voluto attribuire una tutela più incisiva a favore di quei lavoratori che si trovano in una situazione di difficoltà, e che vengono colpiti da un licenziamento illegittimo.

Una volta codificate le ipotesi tipiche di ingiustificatezza qualificata del licenziamento, il legislatore introduce un concetto generale di ingiustificatezza semplice, che si configura in tutte le altre ipotesi diverse da quelle esaminate sinora[24].

L'ingiustificatezza semplice riguarda, ad esempio, il caso in cui il giudice accerta che l'addebito disciplinare è sussistente ma non ricorrono comunque gli estremi del licenziamento per giustificato motivo soggettivo o della giusta causa, perché si tratta di sanzione sproporzionata rispetto al comportamento tenuto dal lavoratore (sempre che tale comportamento non sia previsto dal contratto collettivo o dal codice disciplinare con applicazione di una sanzione conservativa, altrimenti si ritorna all'applicazione della tutela reale).

Per il licenziamento economico, la ingiustificatezza semplice si avrà quando il fatto posto a base del giustificato motivo oggettivo è insussistente, ma in modo non manifesto (cioè non è del tutto falso), ovvero quando vi è violazione dell'obbligo di *repechage*, o ancora se non vengono rispettati criteri oggettivi per la scelta dei lavoratori da licenziare.

4. *La tutela reale "depotenziata" e la nuova tutela indennitaria*

Come abbiamo detto, nell'area di applicazione dell'art. 18 St. lav. il licenziamento ingiustificato non determina più l'applicazione necessitata della reintegrazione, ma vi è un doppio regime sanzionatorio a seconda del grado di responsabilità del datore di lavoro che ha intimato il recesso (ingiustificatezza qualificata ovvero ingiustificatezza semplice).

L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento comporta l'applicazione di una tutela reale meno incisiva rispetto alla disciplina del "vec-

[24] Non sembra esservi necessariamente un rapporto di eccezione (la tutela reale) e di regola (la tutela obbligatoria), ma non vi è dubbio che l'area della seconda appare più ampia della prima. Secondo A. Maresca, op. cit., 22-23, però, "l'indennità risarcitoria rappresenta la regola, mentre la reintegrazione è destinata ad entrare in funzione in via residuale, in quanto il nuovo art. 18 attribuisce prevalenza alla prima rispetto alla seconda".

chio" art. 18 St. lav.

In questo caso, il licenziamento viene annullato dal giudice e il lavoratore ha diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro, ovvero, se non vuole essere reintegrato, ad una indennità sostitutiva pari a 15 mensilità[25].

Il lavoratore ha diritto, inoltre, ad un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, ma mai superiore alle 12 mensilità. La norma prevede che da tale indennità possa essere detratto quanto il lavoratore ha percepito durante il periodo di estromissione per lo svolgimento di altre attività lavorative (*aliunde perceptum*), ed anche quanto egli avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione (*aliunde percipiendum*). Viene anche eliminata la disposizione che prevedeva in ogni caso un minimo risarcitorio di cinque mensilità[26].

Sul piano contributivo, il datore di lavoro è condannato al versamento dei contributi previdenziali ed assistenziali dal giorno del licenziamento fino a quello della effettiva reintegrazione, maggiorati degli interessi nella misura legale senza applicazione di sanzioni per omessa o ritardata contribuzione. Si prevede che l'importo dei contributi sia pari al differenziale contributivo esistente tra la contribuzione che sarebbe maturata nel corso del rapporto di lavoro interrotto dall'illegittimo licenziamento e quella accreditata al lavoratore in conseguenza dello svolgimento di altre attività lavorative[27].

Nel caso di ingiustificatezza semplice, invece, il licenziamento (anche se ingiustificato) è comunque efficace ed il rapporto di lavoro viene dichiarato risolto dalla data dell'illegittimo recesso.

Il lavoratore ha però diritto ad un'indennità risarcitoria omnicomprensiva determinata tra un minimo di 12 ed un massimo di 24 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto. L'individuazione della misura di tale indennità spetta al giudice, il quale deve tenere conto dei seguenti elementi: anzianità del lavoratore; numero dei dipendenti occu-

[25] A seguito dell'ordine di reintegrazione, il rapporto di lavoro si intende risolto se il lavoratore non riprende servizio entro 30 giorni dall'invito del datore di lavoro, salvo il caso in cui abbia chiesto l'indennità sostitutiva della reintegrazione (che determina immediatamente la risoluzione del rapporto stesso).

[26] Applicabile ove la reintegrazione intervenga prima di cinque mesi dal licenziamento, ad esempio per effetto della revoca di esso da parte del datore di lavoro.

[27] In quest'ultimo caso, se i contributi afferiscono ad altra gestione previdenziale, essi sono imputati d'ufficio alla gestione corrispondente all'attività lavorativa svolta in quel momento dal dipendente licenziato, con addebito dei relativi costi al datore di lavoro.

pati; dimensioni dell'attività economica; comportamento e condizioni delle parti; iniziative assunte dal lavoratore per la ricerca di nuova occupazione; comportamento delle parti nell'ambito del tentativo obbligatorio di conciliazione previsto dal nuovo art. 7 della legge n. 604/1966.

L'indennità risarcitoria in questione non può essere diminuita per effetto dell'*aliunde perceptum* e dell'*aliunde percipiendum*, e non è soggetta a contribuzione previdenziale.

5. *Il tentativo obbligatorio di conciliazione per i licenziamenti economici*

La riforma introduce un tentativo obbligatorio di conciliazione preventivo nel caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, a carico soltanto di quei datori di lavoro che rientrano nell'ambito della tutela reale in base ai requisiti dimensionali stabiliti dal comma 8 del nuovo art. 18 St. lav.

La procedura prevede che il datore di lavoro effettui una comunicazione alla Direzione territoriale del lavoro del luogo ove lavora il dipendente, inviata per conoscenza anche allo stesso lavoratore. Nella comunicazione il datore deve dichiarare l'intenzione di procedere al licenziamento per motivo oggettivo e indicarne i motivi, nonché le eventuali misure di assistenza alla ricollocazione del lavoratore. La Direzione territoriale del lavoro convoca il datore di lavoro ed il lavoratore entro il termine perentorio di 7 giorni dalla ricezione della richiesta e l'incontro si svolge innanzi alla Commissione provinciale di conciliazione di cui all'art. 410 c.p.c.[28].

Durante la procedura le parti esaminano eventuali soluzioni alternative al recesso con l'ausilio della Commissione. Se la conciliazione ha esito positivo e prevede la risoluzione consensuale del rapporto di lavoro, trovano applicazione le disposizioni in materia di ASpI, e può essere previsto l'affidamento del lavoratore ad un'agenzia di cui all'art. 4, comma 1, lett. a) e b), del d.lgs. n. 276/2003.

La procedura in esame si conclude entro 20 giorni da quando la Direzione territoriale del lavoro ha trasmesso la convocazione per l'incontro, fatta salva la possibilità per le parti di concordare un prolungamento dei termini finalizzato al raggiungimento di un accordo conciliativo.

Se fallisce il tentativo di conciliazione, o comunque se la Direzione territoriale del lavoro non convoca le parti entro il termine di 7 giorni dal-

[28] Le parti si possono far assistere dalle organizzazioni sindacali cui sono iscritte o conferiscono mandato, ovvero da un avvocato o consulente del lavoro.

la ricezione della comunicazione del datore di lavoro, questo può comunicare il licenziamento al dipendente rispettando comunque il termine del preavviso.

La legge prevede che l'effetto giudico del licenziamento retroagisca al momento in cui il lavoratore ha ricevuto la comunicazione che ha avviato il procedimento (cioè la richiesta inviata dall'imprenditore alla Direzione territoriale del lavoro), fatto salvo il diritto del lavoratore al preavviso o alla relativa indennità sostitutiva. Di conseguenza, la malattia del lavoratore insorta durante la procedura non determina la sospensione del rapporto lavorativo, come avviene invece – per espressa previsione di legge – in caso di infortunio sul lavoro e gravidanza[29]. Il periodo di lavoro svolto durante l'espletamento della procedura disciplinare si considera come preavviso lavorato (art. 1, co. 41 legge n. 92/2012)[30].

Nell'eventuale successivo giudizio sul licenziamento, il comportamento complessivo delle parti, desumibile anche dal verbale redatto in sede di Commissione provinciale di conciliazione, verrà valutato dal giudice per la determinazione dell'indennità risarcitoria di cui al nuovo art. 18 St. lav., e per l'applicazione degli artt. 91 e 92 del codice di procedura civile in materia di condanna alle spese del giudizio. In questa ottica, il giudice terrà conto della proposta conciliativa avanzata dalla medesima Commissione, e non accolta da una o da entrambe le parti.

6. *Motivazione, revoca e impugnativa del licenziamento*

Come è noto, prima della riforma il datore di lavoro non era obbligato ad indicare nella comunicazione i motivi del licenziamento. Era il lavoratore ad avere la facoltà di chiedere tali motivi entro 15 giorni dalla ricezione della comunicazione, ed in tal caso il datore doveva renderli noti per iscritto entro sette giorni dalla richiesta (art. 2, comma 2, l. n. 604/1966, vecchio testo).

Peraltro, questo meccanismo riguardava soprattutto i licenziamenti per giustificato motivo oggettivo. Infatti, per quelli disciplinari l'obbligo della contestazione preventiva dell'addebito (introdotto nel 1970 dall'art. 7 St. lav.) ha determinato che il datore di lavoro sin dall'inizio della procedura disciplinare è tenuto a comunicare al lavoratore le ragioni

[29] Anche se in questo ultimo caso il licenziamento dovrebbe essere radicalmente nullo.

[30] La stessa regola è stata introdotta con riferimento alla procedura disciplinare ex art. 7 della l. n. 300/1970, sicché l'effetto giuridico del licenziamento retroagisce dal momento in cui il lavoratore ha ricevuto la contestazione disciplinare.

del licenziamento[31].

Con la riforma, invece, si stabilisce che "la comunicazione del licenziamento deve contenere la specificazione dei motivi che lo hanno determinato" (attuale art. 2, comma 2, legge n. 604/1966). Ciò comporta che anche il licenziamento per motivo oggettivo (o "economico") deve essere immediatamente motivato nella comunicazione del recesso. Tale motivazione, inoltre, deve essere "specifica", cioè completa e dettagliata, non essendo sufficiente una mera ripetizione della formula legislativa[32]. I motivi comunicati sono immodificabili, sicché il datore di lavoro in giudizio non potrà invocarne altri.

Quanto alla revoca, in passato il licenziamento non era revocabile unilateralmente, sicché il lavoratore poteva non accettare la revoca e agire in giudizio contro il recesso[33]. Attualmente, invece, la revoca può essere effettuata dal datore di lavoro per iscritto entro 15 giorni dalla ricezione della impugnativa del licenziamento (art. 18, comma 10, St. lav.).

Con la revoca del licenziamento il rapporto di lavoro si intende ripristinato senza soluzione di continuità ed al lavoratore spetta la retribuzione maturata in tutto il periodo non lavorato con ogni conseguenza anche sul piano previdenziale. Dopo la revoca, il lavoratore deve riprendere servizio, altrimenti incorre nelle sanzioni previste per l'assenza ingiustificata.

Un'altra novità, infine, prevede un ritocco del termine di decadenza previsto dal c.d. "Collegato lavoro" (legge n. 183/2010) per depositare il ricorso presso la cancelleria del Tribunale competente. Era stato inizialmente previsto un termine di 270 giorni, decorrente dalla impugnativa del recesso da parte del lavoratore (art. 6 comma 2 della legge n. 604/1966, come modificato dall'art. 32 del Collegato lavoro); tale termine viene ora ridotto a 180 giorni (art. 1, comma 38 della riforma, che modifica l'art. 6, comma 2, della legge n. 604/1966) che decorrono sempre dallo stesso momento, cioè da quando il lavoratore consegna a mano o spedisce l'impugnativa extragiudiziale.

Il verificarsi della decadenza non è rilevabile d'ufficio ma deve essere eccepito dal datore di lavoro nella memoria difensiva, ed impedisce al lavoratore l'azione contro l'illegittimità del licenziamento.

[31] Tant'è che al termine del procedimento disciplinare il datore di lavoro si può limitare a richiamare la contestazione, anche senza riportarne il contenuto.

[32] Cioè le "ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa": art. 3, l. n. 604/1966.

[33] Cass. 10 maggio 2005, n. 9717, in "Mass. giur. lav", 2005, p. 761; Cass. 3 luglio 2004, n. 10623, *ivi*, 2004, p. 704.

7. *Il licenziamento inefficace*

Il licenziamento è inefficace in alcune ipotesi ben definite, alle quali corrisponde un nuovo regime sanzionatorio.

Come si è visto, la riforma disciplina a parte il recesso verbale, distinguendolo da quelle ipotesi in cui si verifica semplicemente un vizio di forma o di procedura, che la legge punisce con una sanzione attenuata. Nel caso di licenziamento in forma orale si applica il medesimo regime sanzionatorio del licenziamento discriminatorio o contrario alla legge, che corrisponde alla tutela reale prevista dal vecchio art. 18 (cioè la reintegrazione ed il risarcimento del danno per tutto il periodo di estromissione).

Invece, le ipotesi di licenziamento inefficace prese in esame dalla nuova norma si verificano in caso di violazione: a) del requisito di motivazione obbligatoria del licenziamento; b) della procedura disciplinare di cui all'art. 7 dello Statuto dei lavoratori; c) della procedura di cui all'art. 7 della legge n. 604/1966, come modificato dalla riforma (tentativo obbligatorio di conciliazione per il licenziamento economico).

In tutti questi casi il licenziamento inefficace produce i suoi effetti, cioè estingue il rapporto di lavoro (è quindi, in realtà, un licenziamento efficace), ma il lavoratore ha diritto ad un'indennità risarcitoria omnicomprensiva determinata tra un minimo di 6 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, in relazione alla gravità della violazione formale o procedurale commessa dal datore di lavoro (il giudice è tenuto a specificare i criteri che ha utilizzato per determinare nel caso concreto la misura dell'indennità). Peraltro, se sulla base della domanda del lavoratore il giudice accerta che vi è anche una carenza sostanziale del licenziamento, la tutela applicata sarà (soltanto) quella prevista dal medesimo art. 18 per la mancanza di giusta causa o giustificato motivo soggettivo o oggettivo.

Questa sanzione (da 6 a 12 mensilità) riguarda i datori di lavoro che si trovano nel campo di applicazione dell'art. 18 St. lav.[34], mentre la legge tace per quanto riguarda le imprese con meno dipendenti.

Per esse, dunque, occorre distinguere in base al vizio formale nel quale è incorso il datore di lavoro. Non vi sono particolari problemi per quanto attiene alla violazione della procedura disciplinare, che nelle aziende minori comporta tradizionalmente l'applicazione della c.d. tutela d'area (cioè la tutela obbligatoria), né per la mancata effettuazione della procedura preventiva nel licenziamento economico (che non produce alcuna violazione, essendo prevista solo nelle aziende in tutela reale).

[34] Cfr. commi 6 e 8 del medesimo art. 18.

Viceversa, se se non sono stati comunicati i motivi del licenziamento, nelle aziende minori dovrebbe in teoria trovare applicazione l'inefficacia di diritto comune, che comporta il risarcimento del danno commisurato alle retribuzioni (se vi è stata offerta delle prestazioni) e la reintegrazione in servizio (senza la possibilità di opzione per le 15 mensilità). Tuttavia, qui "una dimenticanza del legislatore determina l'assurdità di una tutela reale solo per le aziende minori" sicché si impone "una interpretazione costituzionalmente orientata o un intervento della Corte costituzionale" mediante "un ragionamento simile a quello già utilizzato dalle Supreme Magistrature per sottrarre alla tutela reale per il vizio procedimentale del licenziamento disciplinare i rapporti con tutela meramente obbligatoria"[35]. Anche qui dovrebbe quindi trovare applicazione la c.d. tutela d'area, cioè quella obbligatoria, con l'applicazione di una indennità risarcitoria che va da 2,5 a 6 mensilità.

8. *Le novità sui licenziamenti collettivi*

In materia di licenziamento collettivo, la riforma prevede una serie di modifiche agli articoli 4 e 5 della legge n. 223/1991.

La novità più significativa è la modifica del regime sanzionatorio in caso di vizi del licenziamento collettivo. Sino ad ora, sia il vizio della procedura che quello relativo ai criteri di scelta determinava l'applicazione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori e quindi la reintegrazione in servizio di tutti i lavoratori ed il risarcimento del danno commisurato a tutte le retribuzioni dal licenziamento sino alla effettiva reintegra.

Le nuove regole, invece, prevedono un apparato sanzionatorio più blando.

Se il licenziamento collettivo viene intimato verbalmente, le conseguenze sono identiche a quelle previste per il licenziamento individuale senza forma scritta, cioè la tutela piena costituita dalla reintegrazione e dal risarcimento del danno pari a tutte le retribuzioni per il periodo di estromissione.

Ove, invece, vengano violate le procedure stabilite dall'art. 4 della legge n. 223/1991, si applica il regime di cui al terzo periodo del settimo comma dell'art. 18, cioè l'indennità risarcitoria tra 12 e 24 mensilità.

Se, infine, vengono violati i criteri di scelta previsti dall'art. 5 della legge n. 223/1991, si applica il regime di cui al quarto comma dell'art. 18, cioè la reintegrazione ed un risarcimento del danno non superiore alle 12 mensilità di retribuzione globale di fatto.

[35] A. VALLEBONA, *La riforma ..*, cit., 44.

In tutti i casi, per l'impugnazione del licenziamento collettivo trova applicazione l'art. 6 della legge n. 604/1966, sicché il lavoratore deve rispettare il doppio termine di decadenza che prevede l'impugnativa stragiudiziale nei 60 giorni dalla ricezione della comunicazione e il deposito del ricorso nei 180 giorni che decorrono dalla impugnativa.

Altra novità di rilievo consiste nel fatto che gli eventuali vizi della comunicazione di cui all'art. 4 comma 2 della legge n. 223/1991 "possono essere sanati, ad ogni effetto di legge" mediante l'accordo collettivo che viene stipulato durante la procedura di licenziamento collettivo. L'accordo in questione, però, deve prevedere espressamente tale effetto di sanatoria.

Infine, in passato il datore di lavoro "contestualmente" all'intimazione dei licenziamenti, doveva comunicare per iscritto ai competenti uffici pubblici, nonché ai sindacati aziendali o, in mancanza, a quelli aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative, l'elenco dei lavoratori licenziati con una serie di dati individuali e con l'indicazione delle modalità di applicazione dei criteri di scelta (art. 4 c. 9 legge n. 223/1991). La riforma prevede invece che tale comunicazione debba essere effettuata dal datore di lavoro "entro sette giorni dalla comunicazione dei recessi".

ANDREA RALLO

Ordinaria diligenza e risarcimento del danno nel processo amministrativo*

SOMMARIO: 1. Una promessa operativa. - 2. Art. 1227 codice civile: protezione dall'indebito senza finalità equitative. - 3. Comportamenti del creditore, rilevanza giuridica ed applicazione dell'art. 1227 nella casistica della giurisprudenza. - 4. Trasposizione "autonoma" dell'art. 1227 nel processo amministrativo. - 5. Giudice amministrativo, art. 1227 e bilanciamento equitativo. Il Codice del Processo Amministrativo. - 6. L' adunanza plenaria spiega l'art. 30 del Codice del Processo. - 7. Art. 30 del C.p.a. ed art. 1227 C.c.: unitarietà o separazione concettuale? - 8. Art. 30: una pregiudiziale sostanziale a tutela dell'erario.

1. *Una premessa operativa*

L'art 41 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, che ha valore di Trattato ai sensi dell'art. 6 dell'Atto di Lisbona, prescrive che i cittadini abbiano diritto al risarcimento cagionato dall'attività amministrativa "conformemente ai principi generali comuni agli ordinamenti europei".

La questione che ci occupa, nella necessaria sintesi, deve dunque essere prioritariamente identificata nell'applicazione dell'art. 1227 c.c. all'azione autonoma di risarcimento dei danni per illegittima attività amministrativa, ovvero – per dirla con l'A.P. n. 3/11 – nell'applicazione del principio da questa norma desumibile.

Occorre quindi affrontare anzitutto la domanda del se ed in quali limiti questo principio possa dirsi generalizzato anzitutto nel nostro ordinamento ed a quali finalità esso attenga, rinviando a successivi approfondimenti: sia la questione comparatistica del se si possa parlare di principio comune allo spazio giuridico europeo; sia la questione del se il suo inserimento nell'azione risarcitoria autonoma di cui all'art. 30, co. 3°, del c.p.a. abbia comportato una surrettizia (re)introduzione della pregiudizialità amministrativa o, persino, il venir meno dell'interesse legittimo

*Questo contributo, rivisto e con la bibliografia essenziale di riferimento, è stato presentato al Convegno *La domanda risarcitoria: effettività della tutela e parità delle parti nel processo amministrativo* tenuto a Campobasso presso la Facoltà di Giurisprudenza il 26 maggio 2012

nel nostro ordinamento (Paolantonio, Scoca).

Ciò in quanto, al di là delle condivisibili critiche sulla norma di cui al 3° comma dell'art. 30 del c.p.a. (nonché, ma altri motivi, dell'art. 243bis del Codice dei Contratti e del corrispondente art. 124 c.p.a.), quantomeno per come è stata sin qui interpretata dal GA, è un fatto che queste disposizioni esistono e vengono applicate secondo l'attuale interpretazione fintanto che non prevarranno diverse conclusioni, alla cui presa in considerazione è di sicuro aperta anche la stessa Adunanza Plenaria, come la lunga storia del Consiglio di Stato ha costantemente dimostrato.

2. A*rt. 1227 codice civile: protezione dall'indebito senza finalità equitative*

La dottrina civilistica e la casistica giurisprudenziale che hanno affrontato il tema dell'art. 1227 sono sicuramente infinitamente vaste, non fosse altro perché strettamente connesse, oltre che con il danno giuridicamente rilevante, direi soprattutto con il nesso di causalità giuridica (Bianca) e con le complesse questioni della sua prevedibilità (Visintini).

Tuttavia ciò che più colpisce, muovendo l'analisi dalla prospettiva degli studi di diritto pubblico, è che la *ratio* della norma codicistica limitativa del danno risarcibile non viene vista in quella che potrebbe essere un'ottica di bilanciamento astratto degli interessi tra creditore e debitore (rispettivamente e sinteticamente intesi come chi abbia subito una lesione e come chi sia il responsabile di quella lesione), ovvero in quella di una astratta protezione sociale del primo, bensì nella concezione ben più laica dell' individuazione del danno effettivo ingiustamente subito dal creditore e (dunque) dell'evitare che questi acquisisca più di quanto non abbia perduto: che in pratica si arricchisca indebitamente a danno del debitore (pur se) inadempiente (Carbone).

Il "sistema del codice civile" sarebbe dunque nel senso di "*adeguare il risarcimento dovuto al pregiudizio effettivamente sofferto*" (Carbone): e che si tratti di un "sistema" lo si dimostra con l'esame contestuale delle altre fattispecie di riduzione del danno presenti nel medesimo codice [artt. 1221 (danni che si sarebbero ugualmente verificati); 1225 (danni non prevedibili al momento del sorgere dell'obbligazione); 1223 (danni imprevedibili per il debitore)]. Sistema del quale l'art. 1227, co. 2° (danni evitabili con l'ordinaria diligenza), non costituisce altro che specificazione, in quanto non causa di riduzione del danno prodotto, ma norma che fa venir meno il titolo del risarcimento per quei danni ulteriori, che il creditore avrebbe potuto evitare (per così dire, da sé stesso), con un comportamento coerente con i principi di buona fede e correttezza medie.

Anche il regime probatorio segue questa linea di principio: è infat-

ti il debitore a dover *provare* che il danno si sia verificato per *colpa* del creditore medesimo (impone quindi un preciso onere probatorio a carico del debitore: Carbone; Cass. 2853/02; 14592/01; ecc.) e che pertanto, nell'insieme della perdita patrimoniale subita dal creditore, non potranno computarsi (a pena di una sorta di "arricchimento senza causa") quelle voci che trovano titolo non già nell'inadempimento del debitore, ma nella mancanza di diligenza e buona fede a lui stesso imputabili.

Con la conseguenza che il giudice non potrà accertare d'ufficio l'esistenza di questi danni non imputabili, in mancanza: di *un'eccezione formale* del debitore (Cass. 7025/01; 13403/00, ecc.); della prova del nesso di causalità (ipotetica, ma pur sempre diretta) tra voce di danno e comportamento negligente (colpa) del creditore; della "prevedibile certezza" del risultato che invece si sarebbe raggiunto con l'attività corretta del creditore (Cass. 14853/07).

Ne discende che ad aver rilievo non è "*ogni comportamento che astrattamente possa aggravare il danno, ma solamente quei comportamenti che eccedano i limiti dell'ordinaria diligenza*" (Carbone, Rossello).

3. *Comportamenti del creditore, rilevanza giuridica ed applicazione dell'art. 1227 nella casistica della giurisprudenza*

Ben si comprende dunque l'importanza cui assurge l'interpretazione giurisprudenziale nell'individuazione dei comportamenti minimi ai quali il creditore è tenuto: a questi infatti, in linea del tutto generale, è fatto obbligo di tenere, persino nella fase patologica del rapporto costituito dall'inadempimento altrui, un comportamento (anche) attivo di minima correttezza e buona fede (che risponde ai principi costituzionali di solidarietà: Bianca), nei limiti di attività attraverso le quali il danno si sarebbe potuto evitare (o ridurre) con certezza e sempre che tali comportamenti attivi non comportino tuttavia rischi, sacrifici o spese rilevanti per il creditore.

Non è dunque tenuto, in sintesi, ad ogni "*facere*" che possa essere legittimato dal "*quod plerumque accidit*".

Guardando poi più da vicino la questione della reazione processuale, la posizione della Cassazione in merito all'estensione dell'art. 1227, co. 2°, sembra del tutto univoca nell'escludere che la diligenza attiva del creditore si estenda sino al dovere di proporre azioni giudiziarie, anche se astrattamente idonee a ridurre l'esposizione del debitore.

Si declina cioè, da parte della Cassazione, l'inesistenza di obblighi di azione giudiziaria quali paradigmi della correttezza e buona fede del creditore, appunto perché comportanti rischi, oneri e sacrifici che sono

estranei a quei doveri di correttezza posti a base dell'art. 1227, 2° comma, in quanto eccedenti altresì la diligenza ordinaria del creditore (Cass. 4672/93; 6735/05; 15231/07; 10684/09). Le azioni giudiziarie infatti sono assunte come attività che comportano rischi ed esborsi; esse inoltre rappresentano "una mera facoltà dall'esito non certo" (sul concetto di "incertezza" connaturato all'azione giudiziaria: Cass. 10895/10; v. anche Cass. Lav. 16530/04; 4672/03).

4. *Trasposizione "autonoma" dell'art. 1227 nel processo amministrativo*

Venendo al versante proprio del processo amministrativo, sembra che le attuali difficoltà interpretative fossero state già in qualche modo preconizzate dalla Cassazione.

La Suprema Corte aveva avuto modo di "intervenire" sul tema del risarcimento del danno nel processo amministrativo ed aveva avvertito delle criticità che essa stessa si prospettava quanto alla possibilità del GA di adeguarsi alla disciplina del risarcimento storicamente sviluppata dal GO: ne è esempio eclatante la nota Ord. SS. UU. n. 13660/06, ove si dice che il G. A. *"avrà non poche difficoltà a distinguere il danno, specie sotto il profilo della determinazione del quantum risarcibile: dovrà mutuare le regole civilistiche sul concetto stesso di danno come fatto, sul nesso di causalità, anche ipotetico (si pensi all'art. 1221 c.c.), sui criteri di valutazione ex artt. 1223, 1225, 1226, 1227 co. 1 (concorso di cause) e co. 2 c.c. (danni evitabili con l'ordinaria diligenza)*". In questo senso un'attenta dottrina (VILLATA) (pre)vide un significativo *revirement* riguardo agli oneri di diligenza processuale delle parti anche nel giudizio dinanzi al GA.

Occorre tuttavia rilevare che, nel regime della cd. "pregiudizialità necessaria", raramente il GA aveva occasione di toccare il punto della valutazione dell'art. 1227, 2° comma, con riferimento all'obbligo specifico di impugnazione, poiché l'azione impugnatoria previa costituiva il presupposto processuale indispensabile per il risarcimento.

Al più venivano affrontate questioni relative alla mancata impugnazione di atti conseguenziali (V, 3066/09); alla mancata impugnazione di un atto di autotutela successivo al ricorso (Tar Brescia, 243/05); alla scelta del mezzo impugnatorio (giurisdizionale in luogo del ricorso amministrativo: V, 88/03); alla durata del processo giurisdizionale a seguito di istruttoria (AP 2/03).

Addirittura c'era chi "usava" l'argomento dell'art. 1227 allo scopo di giustificare la pregiudizialità necessaria, ritenuta utile anche per evitare che la mancata impugnazione potesse essere vista quale titolo che avrebbe potuto legittimare l'applicazione dell'art. 1227 alle azioni risar-

citorie (Tar Latina, 328/05).

Può tuttavia ritenersi, in generale, che sebbene il GA "seguisse" il principio affermato dalla Cassazione in merito alla inconfigurabilità della mancata impugnazione (ovviamente, per così dire, "accessoria" e non principale, stante la pregiudizialità necessaria) quale fattispecie idonea ad integrare una riduzione del danno ex art. 1227, questa stessa giurisprudenza non mostrava tuttavia una preclusione concettuale nel ritenere astrattamente configurabile l'art. 1227 c.c. quale onere processuale: nel senso che non escludeva che anche il concreto comportamento "reattivo" del cittadino potesse essere utilmente preso a parametro di riferimento di quella diligenza media, al fine di ridurre l'esposizione dell'amministrazione quanto alla responsabilità conseguente alla lesione di interessi legittimi.

Le pronunce esaminate infatti non eliminavano in radice una simile configurabilità, ma semplicemente sembravano averla giudicata insussistente nei casi concreti da queste decisi, in relazione alle specifiche eccezioni sollevate di volta in volta nei singoli giudizi di merito.

Diverso era stato invece l'approccio del GA verso una pregiudizialità estesa anche alla domanda cautelare, ai fini dell'applicazione dell'art. 1227: già la VI Sezione (2751/08) aveva affrontato la questione specifica della configurazione di una pregiudizialità dell'azione cautelare e della sua omissione, quale possibile titolo per l'applicazione dell'art. 1227, risolvendola tuttavia in modo negativo.

Questa decisione esponeva una ben dotta elaborazione sul tema dell'applicabilità dell'art. 1227 al danno risarcibile da parte dell'amministrazione: al termine della quale escludeva che la mancata presentazione di un'istanza cautelare potesse incidere sulla produzione del danno a carico dell'amministrazione. La VI Sezione, pur prendendo atto della possibile riduzione del danno ex art. 1227, II co., e pur mostrandosi consapevole delle teorie della dottrina e degli interessi sostanziali che potevano deporre per questa soluzione, nondimeno la escludeva per … evitare un uso distorto del mezzo processuale ed un aggravio del contenzioso cautelare[1].

[1] Sosteneva infatti la VI Sezione: "*Ci si deve semmai chiedere se la mancata presentazione di una domanda cautelare volta ad ottenere la sospensione del provvedimento impugnato possa riverberarsi sulla c.d. causalità giuridica e, quindi, incidere sulla quantificazione del danno, ai sensi dell'art. 1227, comma 2, c.c. Si tratta, in particolare, di verificare se possa considerarsi colposa la condotta del ricorrente che non promuove un'istanza cautelare potenzialmente idonea ed evitare la produzione del danno o ad eliderne la portata. Non manca chi, soprattutto in dottrina, ha ritenuto che la mancata tempestiva proposizione di rimedi cautelari può essere valutata dal giudice amministrativo ai fini della valutazione del danno risarcibile, purché, nel determinare la misura della diligenza esigibile, si tenga conto delle circostanze di fatto e delle condizioni soggettive della parte. Questa tesi, tuttavia, se pure ha l'indubbio merito di impedire comportamenti maliziosi del ri-*

Invero, anche un'altra Decisione aveva sancito che l'art. 1227 potesse trovare applicazione solo per le ipotesi di responsabilità "da contatto" o di responsabilità precontrattuale, e che pertanto fosse da escludere che si potesse configurare un onere di diligenza a carico del creditore per la maggiore o minire sollecitudine nell'agire a tutela della propria posizione.

Per la IV Sezione (1084/08) infatti "*l'onere di diligenza che questa norma fa gravare sul creditore* [art. 1227 c.c.] *non si estende alla sollecitudine nell'agire a tutela del proprio credito onde evitare maggiori danni, i quali viceversa sono da imputare esclusivamente alla condotta del debitore, tenuto al tempestivo adempimento della sua obbligazione*", (con ciò facendo apparire comunque non prospettabile la soluzione del ben più significativo onere processuale cautelare).

Sembra quindi potersi dire che, se da una parte la giurisprudenza del GA aveva implicitamente ammesso che, versandosi in altra situazione di fatto e di diritto, ben avrebbe potuto non escludersi che un comportamento processuale non diligente potesse a propria volta comportare l'applicazione della "riduzione" di cui all'art. 1227 c.c. (TAR Bari 1608/03); dall'altra, veniva negato che tale ipotesi fosse dilatabile sino a ricomprendere un onere di attivare anche la fase cautelare del processo di impugnazione.

Occorre però notare che, nel previgente regime della pregiudizialità amministrativa necessaria, ben si poteva sostenere con una qualche ragionevolezza che la mancata presentazione di un'istanza cautelare potesse essere valutata ex art. 1227 c.c., in quanto occorreva poter bilanciare l'interesse del ricorrente con quello dell'amministrazione (Pugliese, Rallo).

La tesi invero poteva trovare sostegno dalla circostanza che, sancita l'obbligatorietà del previo ricorso di annullamento, la proposizione dell'azione cautelare non comportasse alcun onere aggiuntivo particolarmen-

corrente che rinuncia alla tutela cautelare al solo fine di avanzare una domanda risarcitoria, non può essere accolta. Ad essa si oppongono argomentazioni difficilmente superabili. Occorre evidenziare, in primo luogo, che il privato non può essere certo che una volta chiesta la misura cautelare, che è mezzo di difesa ricompreso nella sua assoluta disponibilità, questa gli verrà concessa. D'altro canto, anche l'eventuale accoglimento del merito non garantisce che la misura cautelare, ove diligentemente proposta, sarebbe stata accolta. Ad opinare diversamente, del resto, vi sarebbe il concreto pericolo di dare la stura ad un uso indiscriminato e distorto dell'istanza cautelare, eventualmente presentata pur nella consapevolezza dell'insussistenza dei requisiti, unicamente al fine di mettersi al riparo del rischio di vedersi addebitati danni che si sarebbero potuti evitare con la proposizione della detta istanza. Alla luce delle considerazioni che precedono, deve, pertanto, concludersi nel senso che la mancata presentazione della istanza cautelare non rileva né ai fini di escludere o limitare il c.d. rapporto di causalità materiale, ai sensi dell'art. 1227, comma 1, c.c., né ai fini di limitare i danni risarcibili ai sensi dell'art. 1227, comma 2, c.c.".

te gravoso per il ricorrente (trattandosi di un'istanza incidentale al ricorso di merito, che andava in ogni caso proposto), ma poteva invece essere necessaria per evitare indebiti ed inammissibili opportunismi a danno dell'amministrazione (quali ad esempio quelli dell'aggiudicatario illegittimo, che in assenza di richiesta cautelare, esegue il contratto e ne consegue l'utile; ed il legittimo aggiudicatario che, presentato il ricorso, si limita ad attendere il risarcimento).

5. *Giudice amministrativo, art. 1227 e bilanciamento equitativo. Il Codice del Processo Amministrativo*

Quanto precede dimostra tuttavia che, a differenza della giurisprudenza del GO, quella amministrativa era di gran lunga meno radicale nell'escludere che l'azione giurisdizionale (impugnatoria) fosse estranea alla funzione dell'art. 1227, II co.

Vero che il regime della pregiudizialità amministrativa non consentiva in radice di far a meno dell'impugnazione principale: e tuttavia non può non notarsi come questo Giudice fosse comunque "tentato" dal considerare applicabile il criterio di riduzione del danno ex art. 1227 anche all'esercizio delle azioni giurisdizionali avverso la p.A., laddove queste fossero in astratto idonee a ridurre il danno risarcibile: in un'ottica che tuttavia appariva sin da allora rivolta più ad un'esigenza *di* bilanciamento tra interessi pubblici e privati, che all'accertamento del vero ammontare del danno ingiustamente subito e di correttezza (solidarietà) minima del creditore, secondo l'interpretazione propria della dottrina civilistica e della giurisprudenza del Giudice Ordinario.

In questo quadro, è intervenuto il Codice del Processo Amministrativo ed in particolare l'art. 30, co. 3, che – lungi dal richiamare l'art. 1227, 2° co, (al quale invece espressamente rinviano gli artt. 124 del medesimo c.p.a. e 243bis del Codice dei Contratti) – esplicita il "principio" secondo cui, il mancato esercizio delle facoltà di azione di tutela avverso l'agire amministrativo, possa essere preso in considerazione dal Giudice Amministrativo nella liquidazione del risarcimento conseguente alla lesione di interessi legittimi.

Sul piano metodologico, prima di procedere oltre, è necessaria una premessa.

E' noto infatti che, da più parti, si sostiene che questa norma costituisca una "condizione" imposta al cittadino per indurlo ad una "spontanea" pregiudiziale impugnatoria.

Pregiudiziale che il GA avrebbe nel proprio "DNA", come può no-

tarsi dalla lettura di AG 12.3.1998 n. 30, dove si afferma l'impegno del Consiglio di Stato ad assumere a pieno il ruolo di giudice anche del risarcimento, in quanto giurisdizione "*consapevole delle esigenze di giustizia, esperta del controllo sull'esercizio del potere pubblico, attenta all'emergenza economica che permea l'ordinamento*".

Non avendo potuto affermarla né sul piano giurisdizionale (per la fiera opposizione delle Sezioni Unite), né su quello normativo esplicito, si sostiene che avrebbe ritenuto di inserirla in via interpretativa, non già, appunto, quale pregiudiziale di rito, ma quale "condizione" sostanziale per la liquidazione del danno subito.

Se ciò fosse vero, la discussione potrebbe finire qui, per spostarsi sul piano della politica giudiziaria, o – se si vuole – su quello della tutela finanziaria dello Stato.

Occorre invece provare a verificare se sia possibile giungere ad un'altra conclusione ermeneutica dell'art. 30, co. 3, anche attraverso la lettura critica degli arresti del Giudice Amministrativo, alla luce delle acquisizioni della dottrina e della giurisprudenza del Giudice Ordinario, in tema di rapporto tra ordinaria diligenza e risarcimento del danno.

6. *L'Adunanza Plenaria spiega l'art. 30 del Codice del Processo*

E' noto che la più approfondita interpretazione della norma è quella offerta dalla recente AP 3/2011, secondo la quale, come si è detto, viene enunciato un principio riconducibile all'art. 1227, quale onere del creditore, sussistente anche nella fase patologica del rapporto.

Ad avviso dell'Adunanza Plenaria:

- la responsabilità deve essere esclusa ogni volta che risulti provato, sulla base di un giudizio ipotetico, più che strettamente causale, che il danno avrebbe potuto essere evitato;

- la mancata attivazione della reazione processuale può essere considerata un comportamento contrario a buona fede e solidarietà giuridica tutte le volte in cui il ricorso avrebbe evitato o mitigato il danno;

- l'omissione dell'impugnazione, valutata insieme con la successiva proposizione della domanda di risarcimento, può rendere configurabile un comportamento di tipo opportunistico che viola il canone di buona fede e di autoresponsabilità;

- il ricorso ai mezzi processuali di impugnazione sarebbe sempre rilevante, a meno che la mancata impugnazione non derivi da un'opzione discrezionalmente ragionevole;

- l'azione impugnatoria giurisdizionale non costituirebbe un sacrificio significativo.

La successiva giurisprudenza amministrativa ha seguito questa linea di pensiero in modo del tutto acritico (Tar Roma 3766/11; Napoli 4942/11; Venezia 582/11, Torino 459/12), con qualche rara eccezione mitigatrice (ad es. Tar Genova 1719/11 richiede l'accertamento di una colpa rilevante nella mancata impugnazione e la dimostrazione di un nesso causale diretto tra danno e mancata impugnazione).

A ciò si aggiungano quelle ulteriori pronunce che ampliano il principio sino a ricomprendere anche la mancata proposizione di un'azione cautelare (ad es. Tar Firenze, 1719/11; Venezia, 582/11).

E' interessante notare ad esempio, come la decisione 31 marzo 2011 n. 1983 della VI Sezione, quindi pressocchè coeva con l'AP n. 3 del 23 marzo 2011, cerchi di spiegare (insieme con qualche commento: CIRILLO) le differenze tra il regime civilistico e quello del diritto amministrativo, ritenendo che per le relazioni con la p.A.:

- "*diversamente da quanto avviene di base nei giudizi civili – l'ordinamento, per riparare le lesioni inferte, appronta una specifica e generale tutela (restitutoria o satisfattiva seconda del tipo di interesse) dove l'intervento del giudice giunge ad annullare l'atto lesivo*";

- di talchè "*il danneggiato da un atto amministrativo illegittimo, per accampare il risarcimento dei danni che ne derivano, ha l'onere di tempestivamente attivarsi fino a domandarne l'annullamento giudiziale*", non bastando ad integrare l'ordinaria diligenza né una diffida né addirittura un ricorso gerarchico;

- la proposizione dell'azione giudiziaria di tipo impugnatorio potrebbe apparire un comportamento straordinario e gravoso anche sotto il profilo economico, ma tuttavia l'azione di annullamento ben potrebbe essere esperita anche mediante il più economico Ricorso Straordinario al Capo dello Stato;

- si potrebbe sospettare la reintroduzione della pregiudiziale amministrativa, ma non si tratterebbe in realtà di una condizione pregiudiziale, bensì della questione sostanziale del quantum del risarcimento;

- l'onere si spiegherebbe con l'eccezionale tutela del cittadino mediante l'annullamento dell'atto come rimedio approntato dall'ordinamento insieme con quello risarcitorio: ma ciò non potrebbe significare (con buona pace dell'art. 30, co. 2) che si tratti di una tutela duplicabile a discrezione del cittadino

7. *Art. 30 del C.p.a. ed art. 1227 C.c.: unitarietà o separazione concettuale?*

Anche alla luce di queste posizioni, appare tuttavia chiaro che l'interpretazione offerta della norma di cui all'art. 30, co. 3°, del c.p.a. sia solo latamente riconducibile all'art. 1227, co. 2, c.c., ma in realtà, nell'attuale

interpretazione, si traduca in un'autonoma norma di protezione e privilegio per la p.A.

E ciò non solo e non tanto per la costante esclusione dell'azione giudiziaria come fattispecie riduttiva del danno riconducibile all'art. 1227, secondo la non certo superficiale interpretazione della Corte di Cassazione, quanto piuttosto per una serie di indici diversi, sia di natura sostanziale che processuale.

- anzitutto la rilevabilità d'ufficio del mancato esercizio dell'azione di annullamento da parte del giudice e non mediante l'eccezione della controparte (Tar Firenze, 1150/11). Credo che la questione sia ben poco formale, perché – come si vedrà anche oltre – sarebbe interessante leggere l'eventuale eccezione dell'autorità amministrativa resistente, a dire della quale (evidentemente) andrebbe escluso il risarcimento perché, se il richiedente avesse impugnato l'atto e questo fosse stato annullato dal Giudice, il danno si sarebbe evitato. Facile immaginare quanto banale sarebbe il replicare che l'autorità avrebbe potuto provvedervi da sola in autotutela o rispondere tempestivamente ed evitare così il danno (BACCARINI)!

- manca anche l'onere della prova, necessaria ex art. 1227, co 2°, che il maggior danno sia casualmente connesso con il comportamento negligente del creditore. Qui invece sussiste una pregiudiziale (non di rito, ma) sostanziale, connessa con una generale "presunzione di opportunismo" quando l'azione impugnatoria non venga azionata. Tant'è che le esaminate decisioni, pur qualificandoli come "esempi", dettano un rapporto tra regola (impugnazione) ed eccezione (eventuale sua inutilità per una *quaestio facti*) ai casi in cui l'azione risarcitoria può comportare il riconoscimento di un danno *nonostante* la mancata impugnazione demolitoria (eccezione che sarà però valutata da Giudice solo *ex post*);

- manca il titolo costituzionale dell'affermazione di un dovere di solidarietà (più volte richiamato anche da V, 6296/11, 2252/12 e 1750/12), che invece permea l'art. 1227, co. 2°. E ciò non perché non sarebbe astrattamente configurabile una solidarietà anche del cittadino nei confronti della p. A. inadempiente o illegale, quanto piuttosto perché – trattandosi in ogni caso di lesione di interessi legittimi – manca quel rapporto paritetico tra gli interessati, che è proprio del rapporto interprivato. Se dunque la posizione è di supremazia (si ricordano le teorie sui cd obblighi di protezione e di soccorso gravanti ontologicamente sulla p.A.), ben difficilmente potrebbe invocarsi il dovere di solidarietà, gravante invece all'inverso ed esteso sino alla richiesta giudiziale di annullamento o di adempimento: annullamento ed adempimento che sono interamente nelle facoltà potestative della controparte pubblica;

- la stessa teleologia dell'applicazione giurisprudenziale sembra potersi ricondurre facilmente ad un intento sanzionatorio (di comportamenti che appaiono "opportunistici"), piuttosto che all'intento primo dell'art. 1227, co. 2, che è quello di evitare che il creditore si arricchisca per effetto di un risarcimento superiore al danno (ingiusto) effettivamente subito;

- nei rapporti paritetici tra privati non sussistono quei poteri di autotutela, che sono invece tipici del potere autoritativo e che – se esercitati – avrebbero consentito alla p.A. di evitare da sé il danno conseguente ad una sua condotta illegale. Al contrario, la stessa giurisprudenza nega rilevanza non solo alla doverosità di tali poteri (si pensi che viene esclusa la rilevanza e la doverosità dei poteri di autotutela con la considerazioni che questi sarebbero discrezionali! C. di S., VI, 5183/08; Tar Lecce 4405/05), ma anche al diniego di esercizio sollecitato da un'espressa richiesta del cittadino;

- la colpa del mancato ricorrente non è davvero facilmente configurabile, se non in via presuntiva ed oggettiva, a differenza della precisa prova che occorre darne in sede civilistica per l'affermazione della condotta non diligente del creditore che ha aggravato il danno;

- il sacrificio economico può ben essere rilevante (si pensi solo alle differenze di contributo unificato per le impugnazioni di annullamento, con i connessi inutili e spesso scorretti oneri aggiuntivi per motivi aggiunti) rispetto alla somma occorrente per una richiesta di risarcimento di poche migliaia di euro (FOLLIERI). E la "soluzione" del Ricorso Straordinario francamente appare del tutto impraticabile, se posta a "sistema";

- non è poi chiaro come la mera proposizione della richiesta di annullamento possa ridurre il danno, attesi i tempi pluriennali delle decisioni amministrative. Né potrebbe la ragione risiedere in un'esigenza di maggiore certezza e celerità dell'azione, per rendere edotta l'amministrazione della contestazione, vista la scelta del Codice del Processo Amministrativo per un termine di decadenza estremamente breve per l'azione risarcitoria autonoma (appena 120 giorni, compatibile addirittura con quello del Ricorso Straordinario). A meno che non si imponga col tempo (come già affermato da Tar L'Aquila 4 maggio 2012 n. 308) anche il ricorso alle misure cautelari, sino a quelle *ante causam* (BACCARINI), la cui gravosità e sacrificio (attese anche le attuali significative condanne alle spese) è davvero molto rilevante e fortemente eccedente l'ordinaria diligenza ex art. 1227 (a tacer poi della dequotazione delle misure cautelari in favore del merito e del loro fondarsi sulla latitudine soggettiva del danno irreparabile per il ricorrente, peraltro da valutarsi comparativamente con quello all'interesse pubblico proprio della p. A.).

8. ***Art. 30: una pregiudiziale sostanziale a tutela dell'erario***

Sembra dunque ammissibile, a fronte delle forti differenze tra art. 30, co. 3° c.p.a. ed art. 1227, co. 2°, c.c., immaginare che la norma del Codice, così come interpretata dalla giurisprudenza amministrativa, abbia in realtà creato, più che una "forzatura" della norma del Codice Civile (VILLATA), una nuova forma di protezione processuale per la p. A. e per le pubbliche finanze, individuando di fatto un indebito onere a carico del cittadino per l'accesso al risarcimento: onere che sarà forse anche sostanziale e non di rito, come affermano l'AP 3/11 ed altre Decisioni, ma le cui conseguenze certo non cambiano per il cittadino richiedente, quando la sua domanda autonoma di risarcimento verrà oggi respinta per una pregiudizialità sostanziale, il luogo di quella processuale di ieri. Difficile dunque è resistere alla tentazione di dichiarare l'avvenuto cripto inserimento di una regola identica, quantomeno per gli effetti che si producono nella sfera giuridica del cittadino istante, a quella della pregiudizialità processuale di antica memoria (Jori). Ma se pure così non fosse, allora occorrerà comunque chiedersi se questa norma di protezione per l'amministrazione possa essere ricondotta all'art.1227, 2° co. del Codice Civile; se possa rispondere a qualche esigenza che non sia quella di un mero "ostacolo" tale da scoraggiare l'esercizio dell'autonoma azione risarcitoria (a fini di contenimento della spesa pubblica); se sia in ogni caso ammissibile un pre-giudizio di "opportunismo" quando si sceglie la via della sola azione risarcitoria, pur se ammessa dal Codice del Processo. E la risposta, come si è visto, non può che essere negativa

La norma dunque, nell'attuale interpretazione dell'Adunanza Plenaria, sembra porsi in contrasto sia con i principi processuali costituzionalmente garantiti (artt. 2, 3, 24, 113, e 111) in tema di latitudine della tutela del singolo contro la p. A. (come declinati da Corte Cost. 204/04 e 196/06), sia con i principi del (giusto) processo amministrativo (MERUSI) indicati dallo stesso Codice del P. A. di effettività della tutela e di parità delle parti (artt. 1 e 2 C.p.a.); sia infine con quello di proporzione.

Per tacere dei principi di buona amministrazione comunitaria (art. 41 Carta Dir Fondamentali UE, con forza e valore di Trattato), poiché condiziona l'azione risarcitoria ad un'azione di annullamento generalizzata, esclusa invece dallo stesso Codice e crea dunque un indebito ostacolo al diritto al risarcimento, in quanto non previsto espressamente dalla normativa di diritto positivo.

Per "strumenti di tutela", secondo un'interpretazione corretta e costituzionalmente orientata dell'art. 30, co. 3°, non possono dunque considerarsi le azioni impugnatorie giurisdizionali (letteralmente non indicate dall'art. 30), bensì solo quelle eventualmente apprestate dall'ordinamento sostanziale (A. SCOGNAMIGLIO), a cominciare dalla parteci-

pazione procedimentale (ad esempio, l'art. 10 bis l. 241/90), per finire ai casi in cui è previsto un procedimento di opposizione interna; ovvero ancora nei casi espressamente previsti dal diritto positivo, quali ad esempio gli stessi artt. 124 c.p.a. e 243 bis del Codice dei Contratti, che correttamente richiamano – ed avvertono il cittadino – che il diverso comportamento potrà essere qualificato come violazione dei doveri di collaborazione ex art. 1227 (la critica a queste disposizioni sta piuttosto nell'imposto onere di impugnazione autonoma con motivi aggiunti, quando la risposta della stazione appaltante non sia meramente confermativa!).

Condivisibile è quindi anche l'attenta opinione di chi ritiene sufficienti, ai fini dell'esplicazione di una diligenza e correttezza medie dell'avente diritto (priva anche di rischi e sacrifici rilevanti), il mero avviso di illegalità dell'azione (diffida) ovvero una richiesta di autotutela, allo scopo di rendere l'amministrazione edotta del proprio (eventuale) errore e di porla nelle condizioni di rimediarvi con l'adempimento o con l'esercizio dei propri poteri di autotutela (BACCARINI).

Poteri di autotutela che, laddove non esercitati, dovrebbero, essi sì, essere al contrario valutati ai fini dell'aggravamento del danno per il cittadino, dal momento che la loro attivazione avrebbe consentito all'amministrazione di correggere la propria condotta illegale, riducendo o eliminando del tutto il danno, anche erariale. Di qui anche l'incomprensibile affermazione di un principio di autoresponsabilità a carico del richiedente e non *anche* a carico della p.A..

In sintesi, una volta che l'ordinamento abbia esplicitamente affermato, al termine di un significativo dibattito giurisprudenziale, la proponibilità dell'azione autonoma di risarcimento dinanzi al GA (accogliendo peraltro l'elaborazione di principio svolta appunto dalla Cassazione), quest'ultima non può tollerare norme di iperprotezione di una parte, a danno dell'altra, e che alterino gli equilibri processuali e sostanziali a favore di una sola di essa. Parte che peraltro risulta già dotata di un potere di supremazia tale che è nella sua esclusiva disponibilità ogni rimedio, non concesso invece al privato, per adeguare al diritto la propria azione illegale, anche mediante l'attivazione dell'autotutela. Il rischio, proseguendo invece con le attuali "forzature" (VILLATA) di norme esistenti per altra e diversa finalità, è che si assista al proliferare di interpretazioni estreme (quali ad esempio le già molto annotate Ord delle SS UU nn. 6595, 6595 e 6596 del 23.3.2011: C. SCOGNAMIGLIO, M.A. SANDULLI): estremismi che tuttavia continueranno ad affliggere con accresciute incertezze il sistema giudiziario, sino a quando sussisteranno interpretazioni iperprotettive delle ragioni dell'amministrazione pubblica ed ostacoli alla parità delle parti nel processo di accertamento delle responsabilità a carico della p.A.

Bibliografia Essenziale

BACCARINI: *"Scelta" delle azioni e valutazione della "necessità" dell'annullamento per la tutela del ricorrente*, in Dir. Proc. Amm., 2011;

BIANCA: *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in Commentario Scaloja-Branca, Bologna-Roma, 1979;BIANCA: *Diritto civile*, V, Milano, 1994; CARBONE: *Art. 1227*, in *La giurisprudenza sul Codice Civile annotata con la dottrina,* diretta da Ruperto, Milano 2005; CARBONE. *Art. 1227*, in *Diritto Civile*, diretto da Lipari e Rescigno, III, 1, Milano 2009; CIRILLO: *Il risarcimento del danno e l'incidenza, nella sua valutazione, della mancata proposizione dell'azione di condanna*, in www.giustizia-amministrativa.it;CONSOLO: *La Corte regolatrice della giurisdizione e la tutela del cittadino*, in Corr. Giur., 2006, p. 1041);CORTESE:*L'Adunanza Plenaria ed il risarcimento degli interessi legittimi*, in Giorn. Dir. Amm., 2011, p. 962; FOLLIERI: *Le azioni di condanna*, in Giustizia Amministrativa a cura di SCOCA, Torino 2011; JORI: *La responsabilità della P:A: secondo gli ultimi indirizzi giurisprudenziali, alla ricerca di un equilibrio tra profili sostanziali e profili processuali*, in www.lexitalia.it; MERUSI: *Il codice del giusto processo amministrativo*, in Dir. Proc. Amm, 2011; PAOLANTONIO: *L'interesse legittimo come (nuovo) diritto soggettivo*, in www.giustamm.it; FRANCO PUGLIESE: *Appalti di lavori, forniture e servizi: nel processo cautelare e nelle recenti disposizioni sul contenzioso*, in Riv. Trim. Appalti, 1996; RALLO: La *"tutela diligente" nella nuova direttiva ricorsi 2007/66/CE*, in Scritti in ricordo di Francesco Pugliese, a cura di FOLLIERI e IANNOTTA, Napoli, 2010; ROSSELLO: *Il danno evitabile. La misura della responsabilità tra diligenza ed efficienza*, Padova, 1990; SANDULLI M.A.: *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche amministrazioni: tra soluzioni vecchie e nuovi problemi*, in www.giustamm.it; SCOCA:*Attualità dell'interesse legittimo*, Dir. Proc. Amm., 2011; SCOGNAMIGLIO A.: *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Milano, 2004; SCOGNAMIGLIO C.: *Lesione dell'affidamento e responsabilità civile della pubblica amministrazione*, in Resp. Civ. e prev., 2011;VILLATA: *Spigolature "stravaganti" sul nuovo codice del processo amministrativo*, in Dir. Proc. Amm., 2011; VILLATA: *Pregiudizialità amministrativa nell'azione risarcitoria per responsabilità da provvedimento,* in Dir. Proc. Amm., 2007; VISINTINI: *Risarcimento del danno*, in *Trattato di Diritto Privato* diretto da RESCIGNO, IX, 1, Torino, 1999

GIUSEPPE REALE

La responsabilità del vettore per perdità e avaria nel trasporto stradale nazionale di cose

SOMMARIO: 1. Premessa: il contratto di trasporto di cose e la responsabilità del vettore. - 2. La responsabilità *ex recepto* del vettore e la legittimazione all'azione risarcitoria. - 3. La perdita e l'avaria delle cose trasportate. - 4. L'arco temporale della responsabilità del vettore. - 5. La presunzione di responsabilità. - 6. La prova liberatoria e l'articolazione dell'onere probatorio. - 7. Le ipotesi di esenzione. - 7.1. Il caso fortuito e la forza maggiore. - 7.2. Il furto e la rapina. - 7.3. Casistica relativa al furto e alla rapina. - 7.4 L'incendio. - 7.5. Gli incidenti stradali. - 7.6. La natura delle cose, i vizi, l'imballaggio. - 7.7. Il fatto del mittente o del destinatario. - 8. L'accettazione senza riserve. - 9. Il concorso fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. - 10. (segue:) Il concorso nel trasporto di cose. - 11. La responsabilità per fatto degli ausiliari. - 12. La modificazione convenzionale del regime di responsabilità e le presunzioni di fortuito.

1. *Premessa: il contratto di trasporto di cose e la responsabilità del vettore*

La definizione offerta dal codice civile all'art. 1678 ha portata di carattere generale e comprende tutti i tipi di trasporto[1], quale che sia l'ambiente in cui il trasferimento si svolge[2], rappresentando il momento unificante dell'istituto che, a prescindere dalle differenze, comunque esistenti fra le varie modalità, in questo modo risulta riconducibile ad una sostanziale e fondamentale unitarietà[3].

A tale unitaria definizione non corrisponde, tuttavia, un'unitarietà di disciplina poiché le fonti normative che regolano il trasporto si differenziano in virtù di molteplici fattori[4], identificando in tal modo vari sottotipi[5] che possono poi combinarsi fra loro, dando vita a modalità prov-

[1] Sia di persone che di cose, sia pubblici che privati, sia collettivi che individuali, sia nazionali che internazionali.

[2] Mare, acque interne, spazio aereo, strada, ferroviaria, o anche attraverso la combinazione di due o più distinte modalità, come avviene nel trasporto multimodale.

[3] Cfr. A. ANTONINI, *Corso di diritto dei trasporti*, Milano, 2008, p. 103 ss.; S. BUSTI, *Contratto di trasporto terrestre*, in *Trattato di dir. civ. e comm.* Cicu e Messineo, Milano, 2007, p. 29 ss.; P. GONNELLI e G. MIRABELLI, *Trasporto (contratto di)*, in *Enc. dir.*, XLIV, 1992, p. 1154; M. CASANOVA e M. BRIGNARDELLO, *Diritto dei trasporti. La disciplina contrattuale*, Milano, 2007, p. 31 ss.

[4] A seconda dell'oggetto trasportato, del veicolo utilizzato, dell'ambiente in cui il trasferimento riceve esecuzione, ecc.

viste di concreto rilievo in quanto oggetto di disciplina normativa specifica e differenziata.

Inoltre, nell'ambito di ciascun sottotipo, la disciplina applicabile può ulteriormente differire a seconda che il trasporto abbia carattere nazionale oppure internazionale.

Le ragioni poste a fondamento della menzionata diversificazione della disciplina normativa operante nei vari sottotipi di trasporto dipendono essenzialmente: a) dall'oggetto trasportato (persone oppure cose)[6]; b) da ragioni di carattere storico; c) dal mezzo di trasporto (autoveicolo, treno, nave, aeromobile); d) dall'ambiente (terra, acqua, aria) ove il trasporto riceve esecuzione.

Il codice della navigazione presuppone la nozione offerta dall'art. 1678 c.c., limitandosi soltanto ad aggiungere, nel testo dell'art. 414, uno specifico riferimento al trasporto amichevole, invece del tutto assente nella normativa generale nazionale riguardante il trasporto.

Come è noto, l'obbligazione principale nascente dal contratto in esame in capo al vettore è quella del trasferimento (di persone o cose) da un luogo ad un altro, che costituisce la causa del contratto.

Il trasferimento da un luogo ad un altro identifica il tipo contrattuale, mentre restano irrilevanti a tale effetto sia la diversa natura dell'oggetto trasportato, sia il mezzo che esegue il trasporto, sia la particolarità dell'ambiente ove il trasporto riceve esecuzione, fattori che, come già evidenziato, assumono invece rilievo soltanto per l'individuazione dei singoli sottotipi[7].

Il trasferimento cui fa riferimento l'art. 1678 c.c. consiste in uno spostamento materiale dell'oggetto trasportato e si realizza quando quest'ultimo lascia il punto di partenza per attraversare altri luoghi sino a giungere alla destinazione prevista, che può anche coincidere con il punto di partenza, concretizzando un viaggio, sia pur circolare, dell'oggetto stesso[8].

[5] Trasporto di persone o di cose, trasporto marittimo, aereo, stradale, ecc.

[6] Soprattutto in ragione della nota differenza esistente fra la custodia delle merci (trasporto di cose) ed il mero affidamento al vettore della persona del passeggero (trasporto di persone).

[7] In tal senso, cfr. A. Antonini, *Corso*, cit., p. 104; S. Busti, *Contratto di trasporto terrestre*, cit., p. 29 ss., p. 161 ss.

[8] In questo senso, cfr. S. Busti, *Contratto di trasporto terrestre*, cit., p. 221 ss.; U. La Torre, *La definizione di contratto di trasporto*, Napoli - Roma, 2000, p. 249. Il trasferimento cui fa riferimento la norma è dunque quello da luogo a luogo e non, invece, un semplice spostamento in relazione al quale non rilevino, nella previsione negoziale, le località fra le quali esso avviene (così, U. La Torre, *La definizione di contratto di trasporto*, cit., p. 252). Lo spostamento di cose o di persone da un piano all'altro dello stesso edificio o l'utilizzo di ascen-

Il trasporto deve poi riguardare cose materiali, per cui non sussiste la fattispecie con riferimento ai beni immateriali e alle energie. Altrettanto vale per il trasferimento di fluidi o gas attraverso le apposite condutture [9].

L'esistenza e l'impiego di un veicolo o mezzo di trasporto, tramite il quale avviene il trasferimento, è essenziale per la configurazione del contratto ed insito nella stessa nozione di trasporto[10].

La tipologia del mezzo utilizzato per l'esecuzione della prestazione è evidentemente legata all'ambiente in cui il trasferimento deve avvenire[11].

Nell'ambito della singola tipologia, poi, l'individuazione concreta del mezzo di trasporto da utilizzare può costituire o meno un elemento essenziale del contratto[12].

Dal trasporto, oltre l'obbligazione del trasferimento, possono sorgere ulteriori obbligazioni (strumentali o accessorie), la cui presenza non

sori o di scale mobili non concretizza un trasporto in senso tecnico-giuridico. In tal senso, cfr. S. Busti, *Contratto di trasporto terrestre*, cit., pp. 222-223; R. Rovelli, *Il trasporto di persone*, Torino, 1970, p. 74. *Contra*, G. Cottino, *Il trasporto e la spedizione*, in *Trattato dir. civ. e dir. pubbl. economia* Galgano, XVI, Padova, 1991, p. 744, nota 6. La prevalente giurisprudenza della Suprema Corte condivide questa impostazione escludendo dal novero delle operazioni accessorie o preparatorie al trasporto la discesa sulle scale d'accesso alla stazione metropolitana. In tal senso, cfr. Cass. civ., 17 luglio 2003, n. 11198, in *Dir. trasp.*, 2004, p. 1000. In senso conforme si è espressa anche la giurisprudenza di merito, che esclude la sussistenza del trasporto in caso di utilizzo di scale mobili all'interno di grandi magazzini o di stazioni della metropolitana, ritenendo che l'uso di scale mobili, ascensori, nastri meccanici, gru o paranchi non sia idoneo a concretizzare un contratto di trasporto. In questo senso, v. App. Milano, 2 novembre 1982, in *Riv. giur. circol. e trasp.*, 1983, p. 512; Trib. Roma, 21 luglio 1983, in *Riv. giur. circol. e trasp.*, 1983, p. 939; Trib. Trieste, 23 maggio 1979, in *Riv. giur. circol. e trasp.*, 1980, p. 99). In senso contrario, invece, Trib. Genova, 26 gennaio 1990, inedita, che per le lesioni personali subite da un utente a seguito di una caduta verificatasi sulle scale mobili esistenti all'interno della stazione ferroviaria utilizzate per raggiungere la banchina, ha ritenuto responsabile l'azienda ferroviaria per i danni subiti proprio in base alle norme che regolano il contratto di trasporto. Non esclude, in ipotesi, il possibile configurarsi di un contratto di trasporto in caso di utilizzo delle scale mobili all'interno della stazione ferroviaria Cass. civ., 3 ottobre 1996, n. 8656, in *Danno resp.*, 1997, 2, p. 258.

[9] In tal senso, v. A. Antonini, *Corso*, cit., p. 203. Le energie, pur essendo considerate beni mobili (art. 814 c.c.), possono costituire oggetto di fornitura ma non di trasporto.

[10] Cfr. A. Antonini, *Corso*, cit. p. 207; S. Busti, *Contratto di trasporto terrestre*, cit., p. 161 ss., p. 165. Non costituisce mezzo di trasporto l'impianto nel quale o tramite il quale si realizza lo spostamento di materiali oppure di energie (oleodotto, acquedotto, gasdotto, elettrodotto, ecc.). In queste ipotesi non è configurabile una operazione di trasporto. In questo senso, cfr. A. Antonini, *Corso*, cit., p. 207; S. Busti, *Contratto di trasporto terrestre*, cit., p. 165 ss.

[11] E costituisce il discrimine fra i vari sottotipi contrattuali: trasporto terrestre (stradale, ferroviario), trasporto per acqua (marittimo, acque interne), trasporto per aria (spazio atmosferico)

[12] In tal senso, cfr. A. Antonini, *Corso*, cit., pp. 207-208.

incide sulla natura del contratto, dal momento che esse, anche se corrispondono a prestazioni tipiche di altre figure negoziali, non acquistano autonomia e non incidono sulla qualificazione del contratto stesso.

Le obbligazioni strumentali, di regola, sono quelle intese a consentire oppure ad agevolare l'esecuzione della prestazione del trasferimento[13], indipendentemente dalla quale non conserverebbero alcuna autonomia o ragione di essere, mentre le obbligazioni accessorie sono quelle che, pur potendo avere una propria autonoma rilevanza e formare oggetto di un separato (ed autonomo) rapporto contrattuale, sono connesse a quella principale del trasferimento[14], quale completamento o ampliamento dell'attività posta in essere dal vettore[15].

Questione particolarmente importante e delicata nell'ambito del trasporto è quella concernente la responsabilità del vettore[16] e, per quanto maggiormente interessa in questa sede, il regime di responsabilità in caso di perdita e avaria delle merci trasferite.

Secondo autorevole dottrina l'aspetto autenticamente discretivo del contratto di trasporto è rappresentato dal regime di responsabilità del vettore per i danni alle cose trasportate, che discende dall'inadempimento

[13] Ad esempio, la protezione del passeggero, la custodia delle merci, ecc.

[14] Ad esempio, il vitto, l'alloggio, ecc.

[15] In tal senso, cfr. A. Antonini, *Corso*, cit., p. 211 ss.

[16] La letteratura in materia è assai ampia. In generale, sul contratto di trasporto e sulla responsabilità del vettore, cfr. A. Antonini, *Corso*, cit.; A. Antonini, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: il diritto dei trasporti, banco di prova di una adeguata evoluzione del regime del concorso*, in *Resp civ. e prev.*, 2010, 2, p. 253 ss.; A. Asquini, *Trasporto di cose (contratto di)*, in *Nuovo dig. it.*, XVIII, Torino, 1940, p. 338 ss.; F. Berlingieri, *La disciplina della responsabilità del vettore di cose*, Milano, 1978; V. Buonocore, *I contratti di trasporto e di viaggio*, in *Trat. dir. comm.* Buonocore, II, 3/V, Torino, 2003; S. Busti, *Contratto di trasporto terrestre*, cit.; N. Callipari, *Il contratto di autotrasporto di merci per conto terzi*, Milano, 2009; M. Casanova - M. Brignardello, *Diritto dei trasporti*, cit.; G. Caturani - A. Sensale, *Il trasporto*, Napoli, 1960; M. Comenale Pinto, *Il contratto di trasporto di persone*, in *I contratti turistici*, a cura di F. Morandi, M. Comenale Pinto e M. La Torre, Milano, 2004, p. 147; C. De Marco, *La responsabilità civile nel trasporto di persone e cose*, Milano, 1986; A. Flamini, *Il trasporto amichevole*, Camerino, 1974; P. Gonnelli - G. Mirabelli, *Trasporto*, cit., p. 1154 ss.; M. Grigoli, *Il trasporto*, in *Trattato dei contratti* Rescigno e Gabrielli, XI, 3, Torino, 1984, p. 743 ss; M. Iannuzzi, *Del trasporto*, in *Comm. del cod. civ.* Scialoja e Branca, Bologna - Roma, 1970; U. La Torre, *La definizione del contratto di trasporto*, cit.; G. Mastrandrea, *L'obbligo di protezione nel trasporto aereo di persone*, Padova, 1994; M. Riguzzi, *Il contratto di trasporto stradale*, in *Tratt.dir. priv. Bessone*, XIV, Torino, 2000; G. Romanelli, *Il trasporto aereo di persone. Nozione e disciplina*, Padova, 1966; G. Romanelli, *Profilo del noleggio*, Milano, 1979; G. Romanelli e G. Silingardi, *Trasporto (terrestre)*, in *Enc. giur. it.*, XXXI, 1994; R. Rovelli, *Il trasporto di persone*, cit.; G. Silingardi, *Contratto di trasporto e diritti del destinatario*, Milano, 1980; L. Tullio, *Contratto di noleggio*, in *Trattato di dir. civ. e comm.* Cicu e Messineo, Milano, 2006; S. Zunarelli, *La nozione di vettore*, Milano, 1987.

dell'obbligo di custodia delle stesse, avente carattere strumentale rispetto all'obbligazione principale del trasferimento da un luogo a un altro[17].

Nel trasporto stradale di merci il regime in parola risulta poi diversificato a seconda che si tratti di trasporto nazionale[18] oppure internazionale[19].

I due regimi, peraltro, presentano significative differenze fra loro[20].

Nell'ambito del presente lavoro verranno esaminate alcune delle principali questioni riguardanti il regime di responsabilità del vettore per perdita e avaria nel (solo) trasporto stradale nazionale di cose.

2. *La responsabilità ex recepto del vettore e la legittimazione all'azione risarcitoria*

Nel trasporto stradale nazionale la responsabilità per perdita e avaria delle cose ricevute in consegna per il trasferimento è retta da regole che affondano le proprie origini nel tradizionale principio del *receptum*[21] e configura una violazione dell'obbligo di custodia che incombe sul vettore riguardo le cose trasportate, la cui disciplina è offerta principalmente dagli artt. 1693-1701 c.c.[22].

[17] Cfr. A. Antonini, *Corso*, cit. p. 232.

[18] Il trasporto nazionale di merci su strada è disciplinato dagli artt. 1693 ss. c.c.

[19] Il trasporto internazionale stradale di merci è retto dalla Convenzione di Ginevra del 19 maggio 1956 (CMR).

[20] Sulla Convenzione di Ginevra del 1956, sui presupposti e condizioni per la sua applicazione, nonché per un raffronto con la disciplina sul contratto di trasporto nazionale di cose, cfr. A. Antonini, *Corso*, cit., p. 250 ss.; S. Busti, *Contratto di trasporto terrestre*, cit., p. 367 ss.; N. Callipari, *Il contratto di autotrasporto di merci per conto terzi*, cit., p. 201 ss.; S.M. Carbone, *Il diritto uniforme in tema di trasporto e il suo ambito di applicazione nell'ordinamento italiano: casi e materiali*, in *Dir. maritt.*, 1978, p. 380 ss.; M. Casanova e M. Brignardello, *Diritto dei trasporti*, cit., p. 181 ss.; E. Costanzo, *Il contratto di trasporto internazionale nella CMR*, Milano, 1984; E. Fadda, *Presupposti per l'applicazione della CMR. Finalmente la giurisprudenza cambia orientamento*, in *Dir. maritt.*, 1982, p. 418; A.G. Lana, *Presupposti di applicazione della CMR*, in *Dir. trasp.*, 1992, p. 778; F. Pellegrino, *Studio sulla limitazione del debito del vettore terrestre di merci*, Messina, 1994; A. Pesce, *Il contratto di trasporto internazionale di merci su strada*, Padova, 1984; G. Reale, *Il contratto di trasporto stradale internazionale di cose*, in *Codice dei trasporti*, a cura di L. Tullio e M. Deiana, Milano, 2011, p. 1266 ss.; G. Silingardi, *La Convenzione CMR: da normativa uniforme di applicazione necessaria a disciplina pattizia*, in *Dir. comm. internaz.*, 1987, p. 613; G. Silingardi, A. Corrado, A. Meotti e F. Morandi, *La disciplina uniforme del contratto di trasporto di cose su strada*, Torino, 1994; L. Tullio, *La CMR, convenzione di diritto uniforme*, in *Dir. trasp.*, 1992, p. 125; S. Zunarelli, *Trasporto internazionale*, in *Dig. disc. priv.*, sez. com., XVI, Torino, 2001, p. 88 ss.

[21] In dottrina, cfr. M. Casanova e M. Brignardello, *Diritto dei trasporti*, cit., p. 252 ss. In giurisprudenza v., Cass. civ., 29 ottobre 1981, n. 5708, in *Riv. giur. circol. e trasp.*, 1982, p. 5708.

[22] Cfr. P. Gonnelli e G. Mirabelli, *Trasporto*, cit., p. 1165.

L'art. 1693 c.c. è ritenuto norma di carattrere derogabile in virtù della diversa volontà delle parti, salvo i limiti derivanti dalla prevista nullità delle clausole che escludono o limitano la responsabilità del vettore nel caso di dolo o colpa grave (in applicazione dell'art. 1229 c.c.) e del regime previsto per le cd. clausole vessatorie[23].

Quanto alla dibattuta questione della legittimazione all'esercizio dell'azione risarcitoria[24], ai sensi dell'art. 1689 c.c. la sostituzione del destinatario al mittente nei diritti nascenti dal trasporto ha luogo, nel caso di perdita e avaria delle cose consegnate al vettore per il trasferimento, soltanto dal momento in cui, arrivate le cose a destinazione o scaduto il termine, legale o convenzionale, della consegna, il destinatario sia venuto a conoscenza di tali eventi a seguito della richiesta di riconsegna della merce, con la conseguenza che, in assenza di tale richiesta, la legittimazione all'azione di risarcimento dei danni contro il vettore permane in capo al mittente[25].

Il destinatario delle cose trasportate, inteso come il soggetto a favore del quale è stato stipulato dal mittente il contratto di trasporto, non ha l'onere di provare il titolo di proprietà delle stesse né quando ne richiede la riconsegna al vettore né quando agisce nei suoi confronti per ottenere il risarcimento dei danni[26].

3. *La perdita e l'avaria delle cose trasportate.*

Secondo l'art. 1693 c.c. il vettore risponde «della perdita e dell'avaria delle cose consegnategli per il trasporto».

Presupposto della responsabilità del vettore è la consegna delle cose da trasportare[27].

Nel concetto di perdita rientra sia l'ipotesi di distruzione fisica delle cose trasportate sia quella dello smarrimento o, comunque, di sottrazione della loro disponibilità[28] seguita da irreperibilità delle stesse[29].

[23] Cfr. M. Casanova e M. Brignardello, *Diritto dei trasporti*, cit., p. 261 ss., in particolare nota 240.

[24] Sull'argomento, v. G. Reale, *Vendita con trasporto e legittimazione all'azione contro il vettore*, in *Dir. trasp.*, 2002, p. 203 ss.

[25] Cfr. Cass. civ., 4 giugno 2007, n. 12963, in *Contratti*, 2007, 10, p. 901; Cass. civ., 19 dicembre 2000, n. 15946, in *Mass. Giur. it.*, 2000.

[26] Cfr. Cass. civ., 12 luglio 1991, n. 7764, in *Arch. giur. circ.*, 1991, p. 903.

[27] Cfr. V. Buonocore, *I contratti di trasporto e di viaggio*, cit., p. 170; G. Caturani e A. Sensale, *Il trasporto*, cit., p. 153 ss.; S. Zunarelli e M. Comenale Pinto, *Manuale di diritto della navigazione e dei trasporti*, Padova, 2009, p. 233 ss.

[28] Ad esempio a seguito di furto o per consegna a persona diversa dal destinatario.

[29] Cfr. P. Gonnelli e G. Mirabelli, *Trasporto*, cit., p. 1165.

Per perdita si intende anche quella economica, vale a dire il danno di entità tale da rendere impossibile o antieconomica la riparazione[30].

Con la nozione di avaria si identifica, invece, qualsiasi danno riportato dalle cose trasportate[31], consistente in un loro danneggiamento o anche nella perdita parziale[32].

Il concetto di perdita, oltre ad essere connesso al fenomeno della materiale distruzione del carico, comprende molteplici ed eterogenee circostanze legate all'interesse del destinatario di conseguire la disponibilità delle cose trasportate, mentre l'avaria va ravvisata in qualsiasi alterazione della qualità interna oppure esterna delle cose trasportate tale da provocarne una diminuzione di valore[33].

La perdita può essere totale, se riguarda l'intero carico, oppure parziale, se interessa solo una sua parte[34].

Sussiste perdita anche nel caso in cui, recuperate le cose smarrite, queste ultime vengano consegnate con un ritardo tale da renderle obsolete oppure obiettivamente prive di ogni valore[35].

4. *L'arco temporale della responsabilità del vettore.*

Atteso il peculiare regime di responsabilità cui il vettore rimane assoggettato a seguito della consegna delle cose da trasferire, appare questione di primario rilievo quella concernente l'esatta individuazione del periodo temporale entro cui il vettore è chiamato a rispondere dei danni riportati dal carico.

Secondo l'art. 1693 c.c. il vettore risponde dei danni alle merci «dal momento in cui le riceve a quello in cui le riconsegna al destinatario».

La norma in esame contempla, dunque, la responsabilità del vettore per perdita e avaria nell'arco temporale ricompresso dal momento in cui questi riceve le cose da trasportare fino a quello in cui ne effettua la riconsegna al destinatario[36].

[30] Cfr. A. Antonini, *Corso*, cit., p. 281.

[31] Cfr. P. Gonnelli e G. Mirabelli, *Trasporto*, cit., p. 1165.

[32] Cfr. A. Antonini, *Corso*, cit., p. 281.

[33] Cfr. S. Zunarelli e M. Comenale Pinto, *Manuale di diritto della navigazione e dei trasporti*, cit., p. 234.

[34] Cfr. M. Casanova e M. Brignardello, *Diritto dei trasporti*, cit., p. 246.

[35] Cfr. A. Antonini, *Corso*, cit., p. 281.

[36] Cfr. M. Casanova e M. Brignardello, *Diritto dei trasporti*, cit., p. 246 ss.; P. Gonnelli e G. Mirabelli, *Trasporto*, cit., p. 1165; Cass. civ., 10 giugno 1999, n. 5700, in *Dir. trasp.*, 2000, p. 550.

La responsabilità viene meno soltanto con il trapasso materiale delle cose trasportate al destinatario e non con la semplice richiesta di riconsegna da parte di quest'ultimo[37].

Nello stesso senso ha avuto modo di esprimersi anche la giurisprudenza. Secondo la suprema corte, la responsabilità *ex recepto* del vettore nei confronti del destinatario non cessa con l'arrivo delle merci al magazzino e con la messa a disposizione delle stesse, ma soltanto con la loro consegna materiale poiché l'esecuzione del contratto di trasporto di cose non si esaurisce nell'attività di trasferimento delle merci da un luogo ad un altro, ma comprende l'adempimento di tutte le obbligazioni, anche accessorie, necessarie per il raggiungimento del fine pratico perseguito dalle parti. Per cui, fino alla consegna al destinatario, persiste l'obbligo in capo al vettore di conservare e custodire le merci (di cui peraltro ha la detenzione) ed il diritto ad ottenere il risarcimento del danno in caso di perdita o danneggiamento[38].

Tenuto conto di questi principi, è stata ritenuta insufficiente, ai fini dell'esclusione della responsabilità del vettore, la semplice firma apposta sulla bolla di accompagnamento delle merci[39]

Il vettore non è esonerato dalla responsabilità *ex recepto* neanche in caso di rifiuto della ricezione delle merci da parte del destinatario[40], per l'omessa trasmissione di istruzioni da parte del mittente[41] o per l'omessa riconsegna a seguito di rifiuto del destinatario di pagare il corrispettivo del trasporto, fino a quando non abbia provveduto ai sensi dell'art. 1690, secondo comma, c.c. [42].

5. *La presunzione di responsabilità*

Il primo comma dell'art. 1693 c.c. pone una presunzione di responsabilità a carico del vettore in caso di perdita o avaria verificatesi nell'arco temporale sopra individuato.

La responsabilità del vettore per perdita o avaria è dunque presunta, salvo fornire la prova liberatoria[43].

[37] Cfr. M. Stolfi, *Appalto. Trasporto*, Milano, 1961, p. 144; S. Zunarelli e M. Comenale Pinto, *Manuale di diritto della navigazione e dei trasporti*, cit., pp. 233-234.

[38] Cfr. Cass. civ., 10 giugno 1999, n. 5700, cit.; Cass. civ., 20 febbraio 1984, n. 1227, in *Arch. giur. circol.*, 1984, p. 521.

[39] Cfr. la giurisprudenza citata nella nota precedente.

[40] Cfr. Cass. civ., 23 marzo 1985, n. 2079, in *Arch. giur. circol.*, 1985, 809.

[41] Cfr. Cass. civ., 7 marzo 1981, n. 1288, in *Arch. giur. circol.*, 1981, p. 252.

[42] Cfr. Cass. civ., 10 aprile 1990, n. 2998, in *Riv. giur. circol. e trasp.*, 1990, p. 567.

La formula normativa adottata dall'art.1693 c.c., seppure molto rigorosa, non configura una ipotesi di responsabilità oggettiva poiché ammette la prova liberatoria sia in ordine alla imputabilità della perdita o dell'avaria al caso fortuito, sia in ordine alla riconducibilità causale delle stesse ad altre circostanze specifiche ivi indicate[44].

La giurisprudenza ritiene che la responsabilità del vettore sia di natura soggettiva per colpa presunta, ponendo l'art. 1693 a carico del vettore stesso la presunzione di responsabilità *ex recepto* per la perdita e l'avaria delle cose trasportate[45], dal momento in cui le riceve a quello in cui le riconsegna, superabile soltanto attraverso la specifica prova positiva, incombente sul vettore, che il danno è ascrivibile ad un evento positivamente identificato, non imputabile al vettore ed estraneo alla sua sfera[46].

6. *La prova liberatoria e l'articolazione dell'onere probatorio*

Per liberarsi dalla responsabilità che presuntivamente gli viene addossata il vettore deve fornire la prova che la perdita o l'avaria è dipesa da uno (o più) dei fatti esonerativi specifici indicati nell'ultima parte del primo comma dell'art. 1693 c.c. (caso fortuito, natura o vizi delle cose stesse o del loro imballaggio, fatto del mittente o del destinatario).

La prova liberatoria incombe positivamente sul vettore[47] che, per poter superare la presunzione di responsabilità posta a suo carico, è tenuto all'individuazione esatta del fattore produttivo della perdita o avaria: se esso consiste in uno di quelli indicati tassativamente dall'art. 1693 c.c. è liberato da responsabilità, trattandosi di fattori che escludono la sua colpa o la riconducibilità del danno al vettore stesso[48].

[43] Cfr. M. Casanova e M. Brignardello, *Diritto dei trasporti*, cit., p. 253 ss.

[44] Cfr. P. Gonnelli e G. Mirabelli, *Trasporto*, cit., p. 1165.

[45] Cfr. Cass. civ., 14 novembre 2006, n. 24209, in *Mass. Giur. it.*, 2006; Cass. civ., 14 luglio 2003, n. 11004, in *Dir. trasp.*, 2004, p. 279; Cass. civ., 14 luglio 2003, n. 10980, in *Dir. trasp.*, 2004, p. 996; Cass. civ., 22 ottobre 1984, n. 5342, in *Arch. giur. circol.*, 1985, p. 87; App. Roma, 18 giugno 2009, in *Repertorio di giurisprudenza, pluris-cedam.utetgiuridica.it*, *massima redazionale*, 2009; App. Genova, 8 giugno 2007, in *Repertorio di giurisprudenza, pluris-cedam.utetgiuridica.it*, *massima redazionale*, 2007; App. Napoli, 9 giugno 2006, in *Repertorio di giurisprudenza, pluris-cedam.utetgiuridica.it*, *massima redazionale*, 2006; Trib. Nocera Inferiore, 24 febbraio 2010, in *Repertorio di giurisprudenza, pluris-cedam.utetgiuridica.it*, *massima redazionale*, 2010; Trib. Genova, 6 agosto 2009, in *Repertorio di giurisprudenza, pluris-cedam.utetgiuridica.it*, *massima redazionale*, 2009.

[46] Cfr. Cass. civ., 30 gennaio 1990, n. 641, in *Mass. Giur. it.*, 1990; Cass. civ., 20 febbraio 1984, n. 1227, cit.

[47] Cfr. P. Gonnelli e G. Mirabelli, *Trasporto*, cit., p. 1165.

[48] Cfr. A. Antonini, *Corso*, cit., pp. 250-251; S. Zunarelli e M. Comenale Pinto, *Manuale di diritto della navigazione e dei trasporti*, cit., p. 234.

Affinchè possa aversi liberazione del vettore questi deve offrire la prova precisa non soltanto dell'evento che ha prodotto la perdita o l'avaria delle cose trasportate, ma anche della sussistenza del nesso causale fra l'evento medesimo e la perdita o avaria[49].

Anche secondo la giurisprudenza il vettore può liberarsi dalla presunzione di responsabilità *ex recepto* di cui all'art. 1693 c.c. soltanto attraverso la specifica prova positiva, di cui è onerato, che il danno è derivato da un evento non solo sicuramente ed esattamente individuato, ma del tutto estraneo alla sua sfera e tale da non potergli essere imputato, in quanto non ricollegabile al suo inadempimento o, comunque, alla sua negligenza[50].

Diversamente, il vettore è responsabile poiché non gli è consentita la dimostrazione dell'ordinaria diligenza nell'apprestamento delle condizioni del servizio del trasporto (cd. prova generica) [51].

Da quanto precede, nel trasporto stradale nazionale di merci, in caso di perdita o avaria delle stesse, l'interessato al carico è gravato unicamente della prova dell'esistenza del contratto e del danno[52], mentre il vettore per liberarsi da responsabilità deve provare la causa del danno stesso[53].

Se la stessa consiste in uno dei fattori esonerativi previsti dall'art. 1693 c.c. il vettore è definitivamente liberato[54].

Se essa risiede, invece, in un accadimento cui le parti hanno attribuito efficacia esonerativa ai sensi dell'art. 1694 c.c. il vettore è liberato salva la prova contraria spettante all'interessato al carico[55].

Ove si tratti di un fattore diverso da quelli contemplati dagli artt. 1693 e 1694 c.c. il vettore è responsabile non essendogli consentita, come già detto, la dimostrazione dell'uso dell'ordinaria diligenza.

In ogni caso, il vettore deve individuare la causa concreta del danno, per cui il danno da causa ignota resta a suo carico[56].

[49] Cfr. P. Gonnelli e G. Mirabelli, *Trasporto*, cit., p. 1165.

[50] Cfr. Cass. civ., 14 novembre 2006, n. 24209, cit.; Cass. civ., 14 luglio 2003, n. 10980, cit.; Cass. civ., 22 gennaio 1990, n. 317, in *Mass. Giur. it.*, 1990; Cass. civ., 23 marzo 1985, n. 2079, cit.; Cass. civ., 22 ottobre 1984, n. 5342, cit.; Cass. civ., 20 febbraio 1984, n. 1227, cit.; Cass. civ., 29 ottobre 1981, n. 5708, cit.; App. Genova, 8 giugno 2007, cit.; App. Napoli, 9 giugno 2006, cit.; Trib. Nocera Inferiore, 24 febbraio 2010, cit.; Trib. Milano, 10 dicembre 1992, in *Dir. maritt.*, 1994, p. 817.

[51] Cfr. A. Antonini, *Corso*, cit., p. 251.

[52] Cfr. A. Antonini, *Corso*, cit., p. 242, p. 252.

[53] Cfr. A. Antonini, *Corso*, cit., p. 252.

[54] Cfr. A. Antonini, *Corso*, cit., p. 252.

[55] Cfr. A. Antonini, *Corso*, cit., p. 252.

[56] Cfr. A. Antonini, *Corso*, cit., p. 242; S. Zunarelli e M. Comenale Pinto, *Manuale di diritto della navigazione e dei trasporti*, cit., p. 234.

Su questo tema, comunque, con riserva di ulteriore approfondimento nei successivi paragrafi, la casistica giurisprudenziale risulta assai ampia ed articolata.

7. *Le ipotesi di esenzione*

Le cause di esenzione della responsabilità possono raggrupparsi essenzialmente in tre categorie di avvenimenti, tutti riconducibili alla nozione generale di causa non imputabile: a) il caso fortuito in senso proprio; b) i fatti derivanti dalle cose trasportate o dal loro imballaggio; c) i fatti imputabili al mittente o al destinatario.

Il vettore, come già evidenziato, è tenuto ad identificare positivamente la causa precisa del danno per poterne dimostrare la riconducibilità ad uno dei fattori esonerativi previsti in suo favore dalla legge.

Inoltre, è tenuto a provare il nesso di causalità intercorrente fra l'evento di cui trattasi e la perdita o avaria.

7.1. Il caso fortuito e la forza maggiore

In linea generale, il caso fortuito[57] è l'avvenimento imprevedibile ed inevitabile che provoca il danno nonostante ogni accorgimento o misura preventiva da parte del debitore[58].

Il caso fortuito esonera da responsabilità soltanto se non concorre con la mancanza di diligenza da parte del vettore, determinando in tal caso la riconducibilità, quanto meno in linea concorrente, del danno al vettore stesso[59]. In senso stretto il caso fortuito ricomprende solo i fatti umani e, pertanto, si differenzia dalla forza maggiore che è invece riferibile agli accadimenti imprevedibili ed inevitabili della natura[60], anche se sul piano legislativo i loro effetti sono equiparati[61].

Nel settore del trasporto l'art. 1693 c.c. cita espressamente soltanto il caso fortuito, anche se la dottrina ritiene che tale riferimento debba

[57] La letteratura in materia è molto ampia. In generale, sul tema v. G. COTTINO, *Caso fortuito e forza maggiore*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 377 ss.; M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milano, 1975; F. REALMONTE, *Caso fortuito e forza maggiore*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., II, Torino, 2002, p. 248 ss.; G. VISINTINI, *La responsabilità contrattuale*, Napoli, 1979.

[58] Cfr. A. ANTONINI, *Corso*, cit., p. 262.

[59] Cfr. P. GONNELLI e G. MIRABELLI, *Trasporto*, cit., p. 1165; Cass. civ., 29 ottobre 1981, n. 5708, cit.

[60] Cfr. A. ANTONINI, *Corso*, cit., p. 262.

[61] Talora, peraltro, caso fortuito e forza maggiore sono menzionati insieme, come avviene ad esempio nel testo dell'art. 45 c.p.

essere interpretato in senso ampio e, quindi, comprensivo anche della forza maggiore[62].

Nello stesso senso sono orientate sia la giurisprudenza di legittimità[63] che quella di merito[64].

Il caso fortuito viene diversamente interpretato dalla dottrina a seconda che se ne accolga una concezione di tipo c.d. soggettivo (secondo la quale esso è una ipotesi di assenza di colpa, caratterizzata dall'imprevedibilità e dall'inevitabilità), oppure di tipo cd. oggettivo, (secondo cui è un fatto estraneo al debitore idoneo, da solo, a costituire la causa del danno, interrompendo la serie causale avviata dal debitore, che finisce per rilevare quale mera occasione del danno, escludendo così il nesso causale)[65].

Nel regime del contratto di trasporto di cose la giurisprudenza prevalente accoglie la concezione soggettiva del fortuito[66].

Le principali e più rilevanti ipotesi concrete riconducibili al concetto di caso fortuito sono: a) il fatto imprevedibile ed inevitabile della natura (forza maggiore: terremoto, inondazione, tempesta, ecc.); b) *il factum principis*; c) lo sciopero o avvenimenti equiparati; d) il fatto dell'avente diritto (fatto del mittente o del destinatario); e) il fatto del terzo[67].

Il giudizio sul carattere della imprevedibilità ed inevitabilità deve essere effettuato *ex ante*, ossia nelle condizioni in cui il vettore si trovava prima dell'accadimento[68].

Va evidenziato che la casistica giurisprudenziale esistente in materia risulta estremamente ampia e caratterizzata dalla presenza di molteplici e diversi orientamenti affacciatisi progressivamente nel corso degli anni.

Ciò si è verificato anche in ragione delle caratteristiche proprie e dei diversi elementi riscontrati dalle corti giudicanti nelle specifiche situazioni concrete oggetto d'esame. Molto articolata e ricca di posizioni, spesso anche sensibilmente diverse fra loro, si presenta l'ipotesi, tutt'altro che infrequente, della perdita o del danneggiamento delle merci a seguto di fatti costituenti furto o rapina.

[62] Cfr. A. Antonini, *Corso*, cit., p. 262.

[63] Cfr. Cass. civ., 14 novembre 2006, n. 24209, cit.; Cass. civ., 14 luglio 2003, n. 10980, cit.; Cass. civ., 22 gennaio 1990, n. 317, cit.; Cass. civ., 22 ottobre 1984, n. 5342, cit.; Cass. civ., 20 febbraio 1984, n. 1227, cit.; Cass. civ., 7 marzo 1981, n. 1288, cit.

[64] Cfr. App. Genova, 8 giugno 2007, cit.; App. Napoli, 9 giugno 2006, cit.

[65] A favore di questa tesi, v. P. Gonnelli e G. Mirabelli, *Trasporto*, cit., p. 1165.

[66] Cfr. Cass. civ., 21 aprile 2010, n. 9439, in *CED Cassazione* 2010; Cass. civ., 13 maggio 2009, n. 11024, in *Mass. giur. it*., 2009; Cass. civ., 9 agosto 2007, n. 17478, in *Contratti*, 2008, 8-9, p. 807.

[67] Cfr. Cass. civ., 8 giugno 1996, n. 7293, in *Contratti*, 1996, 6, p. 618; Cass. civ., 20 febbraio 1984, n. 1227, cit.

[68] Cfr. A. Antonini, *Corso*, cit., p. 264.

7.2. Il furto e la rapina

Come anticipato, particolarmente controversa e dibattuta si presenta la questione della riconducibilità al caso fortuito del furto e della rapina, che costituiscono accadimenti abbastanza frequenti, soprattutto nel settore del trasporto stradale di merci.

Va rilevato che, in un primo momento, la giurisprudenza si era orientata nel senso di esonerare il vettore stradale da responsabilità in tutti i casi di rapina ma non anche in quelli di furto, poiché si riteneva che quest'ultimo, almeno normalmente, potesse considerarsi prevedibile ed evitabile[69].

Successivamente, soprattutto a seguito dell'intensificarsi del fenomeno delle rapine, è prevalso un orientamento giurisprudenziale maggiormente restrittivo, secondo il quale la rapina non costituisce sempre e necessariamente un evento, di per sé, esonerativo della responsabilità vettoriale, dovendosi invece valutare nella fattispecie concreta se essa rappresenti effettivamente un avvenimento assolutamente imprevedibile ed inevitabile[70].

Secondo la dottrina il furto, di regola, non è considerato né imprevedibile né inevitabile, sicché non integra gli estremi del caso fortuito[71], salvo ipotesi particolari.

E' stata quindi esclusa la configurabilità del caso fortuito in ipotesi di furto che poteva essere evitato con l'uso della particolare diligenza imposta al vettore nella custodia delle cose affidategli[72], mentre è stato considerato caso fortuito il furto perpetrato con modalità tali da non essere assolutamente prevedibile e prevenibile con la normale diligenza o al quale il vettore sia stato nell'impossibilità di opporsi[73].

Al di fuori di tali peculiari ipotesi, il furto rientra nel rischio tipico dell'attività di trasporto e, in quanto prevedibile, ricade sul vettore[74].

La rapina, invece, viene generalmente ricondotta nell'ambito del caso

[69] Cfr. Cass. civ., 7 marzo 1981, n. 1288, cit.; Cass. civ. 8 giugno 1979, n. 3268, in *Giust. civ.*, 1980, I, p. 1981 ss., con nota di M. Grigoli, *Furto di merce trasportata su strada ed evoluzione normativa della responsabilità del vettore*.

[70] Cfr. Cass. civ., 23 marzo 2001, n. 4236, in *Dir. maritt.*, 2003, p. 1288 ss., con nota di E. Fadda, *In tema di responsabilità dell'autotrasportatore in casi di rapina*; Cass. civ., 21 dicembre 1999, n. 14397, in *Dir. trasp.*, 2000, p. 839 ss., con nota di V. Corona, *Rapina e responsabilità ex recepto: prospettive per un cambiamento*; Trib. Napoli 27 gennaio 2001, in *Dir. maritt.*, 2002, p. 258 ss., con nota di C. Tincani, *Imprevedibilità e inevitabilità della rapina e responsabilità del vettore stradale di merci*.

[71] Cfr. A. Antonini, *Corso*, cit., p. 264.

[72] Cfr. Cass. civ., 8 giugno 1979, n. 3268, cit.

[73] Cfr. Cass. civ., 14 luglio 2003, n. 11004, cit.; Cass. civ., 20 febbraio 1984, n. 1227, cit.

[74] Cfr. Cass. civ., 14 luglio 2003, n. 11004, cit.

fortuito poiché la minaccia o la violenza che la caratterizzano sono ritenute tali da determinare la qualificazione delle sue conseguenze come inevitabili, non essendo tenuto il vettore a sottoporre a rischio l'incolumità fisica propria o dei propri dipendenti e ausiliari per la tutela degli interessi patrimoniali legati al trasferimento del carico[75].

In base a questo ragionamento, come già evidenziato, la giurisprudenza aveva inizialmente ritenuto che la rapina costituisse di per sé caso fortuito e che il vettore potesse liberarsi da responsabilità *ex recepto* fornendo prova che la sottrazione della merce era stata commessa con violenza o minaccia[76].

Nel periodo più recente la giurisprudenza ha mutato tale suo precedente indirizzo, affermando che la sottrazione delle cose trasportate ad opera di terzi può costituire caso fortuito, quale causa di esonero da responsabilità del vettore, solo se ricorra l'estremo della assoluta inevitabilità del fatto, nonostante l'adozione di tutte le opportune cautele per prevenirlo[77], poiché, in caso contrario, al di fuori di tali ipotesi, il furto rientra nel rischio tipico dell'attività di trasporto e, in quanto prevedibile, ricade sul vettore[78], mentre la rapina, in sé stessa, non integra sempre e comunque gli estremi del caso fortuito, ma ciò avviene soltanto ove, considerate le caratteristiche e gli elementi propri del caso concreto, nonché le circostanze di tempo e di luogo in cui essa fu effettuata, risulti assolutamente imprevedibile ed inevitabile[79] in base ad una prudente valutazione da effettuarsi, in caso di vettore professionale, con la diligenza qualificata di cui all'art. 1176, secondo comma, c.c. e tenuto conto di tutte le circostanze del caso e delle possibili misure idonee ad elidere od at-

[75] Cfr. A. Antonini, *Corso*, cit., p. 264.

[76] Cfr. Cass. civ., 29 agosto 1987, n. 7116, in *Mass. Giur. it.*, 1987.

[77] Cfr. Cass. civ., 14 novembre 2006, n. 24209, cit.; Cass. civ., 14 luglio 2003, n. 11004, cit.; Cass. civ., 14 luglio 2003, n. 10980, cit.; Cass. civ., 22 gennaio 1990, n. 317, cit.; Cass. civ., 10 aprile 1986, n. 2515, cit.; Cass. civ., 23 marzo 1985, n. 2079, cit.; Cass. civ., 22 ottobre 1984, n. 5342, cit.; Cass. civ., 10 giugno 1982, n. 3537, in *Mass. Giur. it.*, 1982; App. Genova, 8 giugno .2007, cit.; App. Napoli, 9 giugno 2006, cit.

[78] Cfr. Cass. civ., 14 luglio 2003, n. 11004, cit.

[79] Cfr. Cass. Civ., 21 aprile 2010, n. 9439, cit.; Cass. civ., 13 maggio 2009, n. 11024, in *Mass. Giur. it.*, 2009; Cass. civ., 9 agosto 2007, n. 17478, cit.; Cass. civ., 28 novembre 2003, n. 18235, cit.; Cass. civ., 14 luglio 2003, n. 10980, cit.; Cass. civ., 23 marzo 2001, n. 4236, cit.; Cass. civ., 7 ottobre 1996, n. 8750, in *Danno resp.*, 1997, 2, p. 259; Cass. civ., 10 giugno 1982, n. 3537, cit.; App. Napoli, 9 giugno 2006, cit.; App. Napoli, 28 ottobre 2002, in *Dir. trasp.*, 2003, p. 1075; Trib. Nocera Inferiore, 24 febbraio 2010, cit.; Trib. Monza, 18 marzo 2008, in *Repertorio di giurisprudenza, pluris-cedam.utetgiuridica.it*, *massima redazionale*, 2008; Trib. Milano, 16 dicembre 1998, in *Dir. maritt.*, 2000, p. 944; Trib. Genova, 1 agosto 1994, in *Gius*, 1995, p. 807.

tenuare il rischio della perdita del carico[80].

Pertanto, secondo la più recente giurisprudenza, al fine di escludere la responsabilità del vettore, non è sufficiente la semplice prova della perdita del carico a causa di una rapina, se il fatto è avvenuto con modalità tali da evidenziare l'omessa adozione di cautele idonee ad evitarlo, essendo necessario accertare che gli accadimenti, ancorché riconducibili ad un reato perpetrato con violenza e minaccia sulla persona, si siano svolti con modalità talmente atipiche ed abnormi da doversi ritenere del tutto imprevedibili ed inevitabili anche mediante l'assunzione di misure di prevenzione adeguate[81].

Imprevedibilità ed inevitabilità, quali elementi costitutivi del fortuito, costituendo oggetto di un giudizio di fatto, sono rimessi alla valutazione ed all'apprezzamento del giudice di merito[82].

7.3. Casistica relativa al furto e alla rapina

In relazione alle ipotesi di furto o di rapina del carico trasportato appare opportuno evidenziare come molto spesso non risulti affatto agevole per le corti giudicanti ricostruire l'esatta ed effettiva dinamica degli eventi al fine di valutare poi gli indici di prevedibilità e di evitabilità di tali fatti delittuosi, dal momento che, nella maggior parte dei casi, le pronunce possono basarsi, per quanto concerne la ricostruzione dell'accaduto, soltanto sulla testimonianza del conducente[83].

La casistica in tema di furto e rapina risulta estremamente ampia.

Al riguardo, appare significativa una sinteca rassegna di giurisprudenza in argomento.

Non è stato ravvisato il caso fortuito nel furto di un dipinto trasportato su un autofurgone, avvenuto mentre il veicolo era stato lasciato incustodito dall'autista in una strada cittadina, anche se chiuso con un lucchetto, poi agevolmente forzato dal ladro[84].

Ove si tratti di beni di valore particolarmente elevato, appartenenti ad un *genus* (nel caso di specie gioielli) frequentemente attinto da fur-

[80] Cfr. Cass. civ., 13 maggio 2009, n. 11024, cit.; Cass. civ., 9 agosto 2007, n. 17478, cit.; Cass. civ., 28 novembre 2003, n. 18235, cit.; Cass. civ., 10 febbraio 2003, n. 1935, in *Danno resp.*, 2003, 7, p. 786; Cass. civ., 21 dicembre 1999, n. 14397, in *Danno resp.*, 2000, 4, p. 435; Trib. Monza, 18 marzo 2008, cit.

[81] Cfr. Cass. civ., 8 agosto 2007, n. 17398, in *Contratti*, 2008, 8-9, p. 810.

[82] Cfr. Cass. civ., 14 novembre 2006, n. 24209, cit.; Cass. civ., 28 novembre 2003, n. 18235, cit.; Cass. civ., 10 febbraio 2003, n. 1935, cit.

[83] Cfr. C. Tincani, *Imprevedibilità e inevitabilità della rapina e responsabilità del vettore stradale di merci*, in *Dir. maritt.*, 2002, 2, p. 262.

[84] Cfr. Cass. civ., 20 febbraio 1984, n. 1227, cit.

ti e rapine compiuti con raffinata tecnica, non può ritenersi adeguatamente soddisfatto l'obbligo di custodia con la collocazione - durante le ore della notte precedente la prevista partenza - dell'autovettura (pur munita di cassaforte interna e di sistema di allarme) contenente i gioielli all'interno di un cortile chiuso con cancello e circondato da mura adiacenti alla casa dove l'autista dormiva[85].

Esula dalle ipotesi di esenzione da responsabilità quella in cui la sottrazione della merce sia avvenuta ad opera dell'autista stesso del mezzo sul quale essa veniva trasportata, con conseguente responsabilità del vettore, che avrebbe potuto evitare il fatto rivolgendosi a personale fornito di idonee credenziali ovvero affiancando lo stesso con personale di vigilanza o, ancora, eseguendo direttamente il suddetto trasporto[86].

Il furto della merce trasportata non è stato ricondotto al caso fortuito, idoneo ad escludere la responsabilità del vettore, neanche in presenza di dispositivo antifurto di cui fosse munito il veicolo usato per il trasporto[87].

Non è stato ritenuto sufficiente per il vettore, ai fini dell'esonero dalla responsabilità per la perdita delle cose consegnategli, il solo fatto d'essersi avvalso dell'ausilio di terzi che esercitano professionalmente un'attività di vigilanza, dovendo egli provare che l'opera resa da costoro ha potuto essere a sua volta superata grazie ad un comportamento minaccioso o violento, affermandosi nel caso di specie la responsabilità del vettore in un caso in cui l'autotreno utilizzato per il trasporto era stato sottratto, senza usare violenza o minaccia, in un'area di parcheggio custodita da un servizio di vigilanza[88].

Non è possibile invocare l'esimente del caso fortuito nell'ipotesi in cui l'autotrasportatore abbia parcheggiato il semirimorchio su cui erano caricati i *containers* contenenti la merce in una zona nota per l'elevatissimo rischio di furto, senza provvedere all'inserimento degli opportuni dispositivi di sicurezza, integrando tale comportamento gli estremi della colpa grave[89].

E' da escludere la riconducibilità al fortuito del furto della merce consumato durante una sosta dell'autotreno che effettuava il trasporto lasciato momentaneamente incustodito dal vettore[90].

Il vettore professionale, pur godendo di ampia autonomia nello sce-

[85] Cfr. App. Genova, 8 giugno 2007, cit.
[86] Cfr. App. Napoli, 9 giugno 2006, cit.
[87] Cfr. Trib. Desio, 13 maggio 2003, in *Gius*, 2003, 24, p. 2867.
[88] Cfr. Cass. civ., 16 febbraio 2000, n. 1712, in *Dir. maritt.*, 2001, p. 1092.
[89] Cfr. App. Genova, 20 maggio 1999, in *Dir. maritt.*, 2000, p. 909.
[90] Cfr. Cass. civ., 4 ottobre 1991, n. 10392, in *Mass. giur. it.*, 1991.

gliere tempi, modalità ed itinerario del trasporto, è comunque tenuto a compiere tali scelte in modo da ridurre al minimo il rischio di perdita o avaria del carico, per cui è stata ritenuta gravemente colposa la condotta del vettore che aveva scelto di effettuare una sosta del veicolo contenente la merce in ora notturna ed in una zona incustodita, circostanze in cui si era poi verificata la rapina del carico[91].

In caso di rapina avvenuta nelle ore notturne, in area di sosta isolata, dopo poco tempo dall'inizio del viaggio a causa della stanchezza e del sonno sopravvenuto all'autista, partito in condizioni fisiche inadeguate e senza l'ausilio di un secondo, è stata esclusa la possibilità di invocare il caso fortuito[92].

In caso di consegna della merce trasportata a persona diversa dal destinatario a seguito dell'attività truffaldina di terzi perpetrata a danno del vettore, inducendolo in errore circa l'identificazione del reale destinatario e del luogo di consegna, per poter superare la presunzione di responsabilità *ex recepto* è necessaria la positiva dimostrazione che l'errore, determinato dall'altrui artificio o raggiro, non poteva essere evitato con l'ordinaria diligenza e con la puntuale esecuzione del contratto[93], atteso che il difetto di diligenza del vettore impedisce di individuare i requisiti (necessari per il superamento di quella presunzione) della imprevedibilità e della inevitabilità[94].

Il vettore può invece invocare a suo favore l'esimente del caso fortuito nell'ipotesi di rapina qualora la stessa sia avvenuta in circostanze non sospette o non anomale, in pieno giorno, in un'area di servizio autostradale luogo di abituale sosta per gli autocarri e, per di più, sia stata compiuta a mano armata da più soggetti con situazione di rischio e pericolo per il conducente[95].

Allo stesso modo, il vettore è stato ritenuto esente da responsabilità in caso di mezzo di trasporto bloccato da un'autovettura posta di traverso sulla rampa di accesso all'autostrada ed il cui autista era stato trascinato fuori dal mezzo da persone armate che si impossessavano poi del veicolo stesso[96].

Altrettanto articolata si presenta, poi, ai fine dell'esclusione o meno della responsabilità, la questione attinente agli specifici profili probato-

[91] Cfr. Cass. civ., 27 marzo 2009, n. 7533, in *Mass. giur. it.*, 2009.

[92] Cfr. Cass. civ., 8 agosto 2007, n. 17398, cit.

[93] Che comprendono, tra l'altro, il pronto avviso al destinatario *ex* art. 1687 c.c. e l'obbligo di chiedere immediatamente istruzioni al mittente nel caso contemplato dall'art. 1686 c.c.

[94] Cfr. Cass. civ., 14 luglio 2003, n. 11004, cit.

[95] Cfr. Trib. Milano, 25 luglio 2003, in *Guida al diritto*, 2003, 39, p. 60.

[96] Cfr. Trib. Napoli, 27 febbraio 2001, in *Dir. maritt.*, 2002, p. 258.

ri in presenza di furto o rapina[97].

Infine, la clausola contrattuale che estenda la responsabilità del vettore all'ipotesi della perdita della merce trasportata a causa di rapina è stata ritenuta valida ed efficace e, quindi, non vessatoria, escludendosi la necessità della sua specifica approvazione per iscritto *ex* art. 1341 c.c., atteso che essa comporta un obbligo di maggiore protezione della merce, ampliando in tal modo la tutela dell'avente diritto al carico e non costituendo una limitazione della responsabilità[98].

7.4 L'incendio

Diversamente da quanto previsto nel campo del trasporto marittimo[99], nel trasporto terrestre l'incendio, di regola, non assume alcuna ri-

[97] La giurisprudenza ha ritenuto del tutto insufficiente sotto il profilo strettamente probatorio la semplice produzione in giudizio di una denuncia di furto nei confronti di ignoti, che non può di per sé costituire prova dell'imprevedibilità ed inevitabilità dell'evento dannoso, consistente nella sottrazione della merce trasportata a bordo di un furgone, né tanto meno valere ad attribuire alle dichiarazioni in essa documentate una presunzione di credibilità ai sensi degli artt. 2727 e 2729 c.c. (cfr. App. Roma, 21 maggio 2009, in *Contratti*, 2009, 8-9, p. 831). Sempre per il caso del furto, non essendo sufficiente al vettore la semplice allegazione di averlo subito, egli deve necessariamente dimostrare, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1693 c.c., l'estremo dell'assoluta inevitabilità di tale evento (cfr. Cass. civ., 10 aprile 1986, n. 2515, in *Riv. giur. circol. e trasp.*, 1986, p. 783). Sulle medesime basi, dovendo essere specificamente provata la perdita delle merci trasportate a seguito di rapina con puntuale dimostrazione sia del suo accadimento che delle specifiche modalità, non è stata considerata sufficiente la semplice denuncia presentata all'autorità di polizia (cfr. App. Trieste, 16 aprile 1999, in *Dir. trasp.*, 2001, p. 900), così come la denuncia in sede penale di determinati fatti delittuosi non è stata ritenuta sufficiente ed idonea a far considerare l'effettivo svolgimento dei fatti così come denunciati (non essendo assistita, come già detto, da presunzione di credibilità, ai sensi degli artt. 2727 e 2729 c.c.), ancorché in ordine ad essi vi sia stata sentenza istruttoria di non doversi procedere perché ignoti gli autori del reato, con la conseguenza che la semplice denuncia non è sufficiente, attesa la particolare diligenza imposta al vettore nella custodia delle cose affidategli, ad esonerarlo da responsabilità per la perdita delle merci trasportate assumendosi vittima di una rapina (cfr. Cass. civ., 10 febbraio 2003, n. 1935, in *Dir. trasp.*, 2004, p. 278). Nel caso in cui il vettore si sia avvalso dell'ausilio di terzi che esercitano professionalmente un'attività di vigilanza, ai fini dell'esonero da responsabilità per la perdita delle cose la circostanza è stata considerata insufficiente, dovendo invece il vettore dimostrare che l'opera resa dal personale di vigilanza è stata superata dalle altrui condotte connotate da minaccia o violenza, restando altrimenti ferma la sua responsabilità (in questo senso, cfr. Cass. civ., 16 febbraio 2000, n. 1712, in *Dir. trasp.*, 2002, p. 511, che ha affermato la responsabilità del vettore nel caso di un autotreno utilizzato per il trasporto che era stato sottratto, senza tuttavia usare violenza o minaccia, in un'area di parcheggio custodita nella quale operava un servizio di vigilanza).

[98] Cfr. Cass. civ., 19 maggio 2006, n. 11757, in *Dir. trasp.*, 2007, 2, p. 620.

[99] Nel campo del trasporto per acqua è prevista l'esenzione da responsabilità del vettore per incendio non determinato da sua colpa *ex* art. 422 c. nav e art. 4 Convenzione di Bruxelles del 1924.

levanza liberatoria per il vettore[100].

Per cui, per evitare la responsabilità contemplata dall'art. 1693 c.c. il vettore deve dimostrare che l'incendio sia comunque riconducibile ad uno dei fattori esonerativi specificamente previsti dalla legge[101].

7.5. Gli incidenti stradali

L'incidente stradale attribuibile in via esclusiva ad un terzo esclude la responsabilità del vettore ove quest'ultimo dimostri di aver fatto tutto il possibile per prevenirlo ed evitarlo, ossia se in relazione ad esso non può essergli mosso alcun addebito di colpa, costituendo, a tali condizioni, caso fortuito[102].

Rientrando fra le obbligazioni accessorie, necessarie al raggiungimento del fine proprio del contratto (trasferimento delle cose), anche quella concernente la sicurezza del mezzo di trasporto, in caso di ribaltamento del veicolo in corrispondenza di una pericolosa curva la responsabilità va ascritta esclusivamente al vettore ove quest'ultimo non fornisca la prova liberatoria atta a dimostrare di aver adottato ogni cautela necessaria per evitare danni o che il sinistro stradale sia dipeso da un fatto imprevedibile ed inevitabile con l'uso della ordinaria diligenza[103].

Non può essere ricondotto al caso fortuito neppure lo scoppio di uno dei pneumatici dell'autoveicolo utilizzato per il trasporto, poiché incombe sul vettore l'obbligo di provvedere alla idonea manutenzione del veicolo utilizzato[104].

[100] Cfr. A. Antonini, *Corso*, cit., pp. 259-260.

[101] Non è stato considerato caso fortuito un incendio ove non sia risultato provato che lo stesso fosse dovuto, in concreto, a circostanze costituenti esse stesse caso fortuito. In tal senso, cfr. Cass. civ., 29 ottobre 1981, n. 5708, cit., secondo cui l'incendio doloso delle cose trasportate provocato da persone rimaste sconosciute non esonera il vettore da responsabilità se costui non prova l'inevitabilità dell'evento da parte sua per essere stata l'azione compiuta con violenza o minaccia ovvero in circostanze di tempo e di luogo tali da non potere essere comunque impedita.

[102] Cfr. A. Antonini, *Corso*, cit., p. 265.

[103] Cfr. Trib. Genova, 21 novembre 2006, in *Repertorio di giurisprudenza, pluris-cedam.utetgiuridica.it*, *massima redazionale*, 2007.

[104] Secondo App. Roma 31 luglio 2007, in *Repertorio di giurisprudenza, pluris-cedam.utetgiuridica.it*, *massima redazionale*, 2007, in materia di sinistri stradali, atteso che nel corso di un trasporto può prodursi, per le più svariate ragioni, la necessità di effettuare brusche e improvvise manovre di deviazione e che lo sbandamento del mezzo rientra tra i casi possibili e comunque prevedibili da parte di persona dotata di ordinaria diligenza e prudenza, questo dovere di attivazione è ancora più richiesto laddove si esplichi un'attività oggettivamente pericolosa per la natura dei mezzi adoperati e per le modalità di esercizio. Nella specie, considerate le particolari condizioni di vetustà ed usura del mezzo pe-

7.6. La natura delle cose, i vizi, l'imballaggio

La natura delle cose, i vizi e l'imballaggio costituiscono fattori esonerativi propri del trasporto di cose, in tutte le sue forme.

E' richiesto che la natura o la qualità della merce costituiscano la causa unica del danno, nel senso che le merci lo avrebbero riportato comunque, indipendentemente dal trasporto (p. es. anche se avessero continuato a sostare nei magazzini) o dalle modalità di esso[105].

Se con uno o più di tali fattori concorre altra causa addebitabile al vettore quest'ultimo non è liberato da responsabilità[106].

Al riguardo, la dottrina cita l'ipotesi del danno da germogliazione o da trasudamento per umidità propria della merce, per il quale il vettore è esonerato da responsabilità allorquando tali eventi dipendono dalla natura propria delle cose, ma non anche quando essi dipendono da cattiva aerazione[107].

Analoghe considerazioni possono svolgersi a proposito del vizio di imballaggio quando la merce è presentata al vettore già imballata ed il danno dipende unicamente dal difetto di imballaggio[108].

Secondo la giurisprudenza sul mittente grava l'onere dell'esatta indicazione della natura e quantità delle cose da trasportare *ex* art. 1683, primo comma, c.c. con la sanzione prevista dal successivo terzo comma della medesima disposizione, per cui sono a suo carico i danni derivanti dall'omissione o dall'inesattezza di tali indicazioni[109].

Pertanto, atteso il principio secondo il quale il vettore non risponde delle perdite e delle avarie dovute a fatto del mittente, occorre caso per caso accertare se la mancanza di quelle indicazioni sia stata la causa della perdita delle cose consegnate per il trasporto, con la conseguenza che la perdita avvenuta per difetto delle adeguate misure di custodia da parte del vettore, intanto può farsi risalire a fatto del mittente, a nor-

sante, le caratteristiche del tracciato stradale e la peculiarità della merce trasportata, non può ascriversi l'evento dannoso (consistente nello sbandamento del mezzo e nello sganciamento di una parte del carico trasportato con conseguente invasione della carreggiata) a semplice caso fortuito consistente nello scoppio di uno pneumatico del mezzo stesso, dovendosi al contrario ritenere che la condotta di guida dell'autista del mezzo pesante, per le sueposte considerazioni, dovesse essere improntata a massima cautela e prudenza, non solo in termini di velocità, ma anche in ragione delle doverose misure di manutenzione del mezzo di locomozione.

[105] Cfr. A. ANTONINI, *Corso*, cit., p. 260; S. BUSTI, *Contratto di trasporto terrestre*, cit., p. 890 ss.

[106] Cfr. A. ANTONINI, *Corso*, cit., p. 260.

[107] Cfr. A. ANTONINI, *Corso*, cit., p. 260.

[108] Cfr. A. ANTONINI, *Corso*, cit., p. 260.

[109] Cfr. Cass. civ., 13 dicembre 1982, n. 6835, in *Arch. giur. circol*, 1983, p. 201.

ma dell'art. 1693, primo comma, c.c. con contestuale configurazione della fattispecie di cui al terzo comma dell'art. 1683 c.c., in quanto si tratti di misure che, da un lato, il vettore avrebbe dovuto adottare per evitare la perdita e, dall'altro, egli non abbia attuato proprio per non essere stato debitamente informato[110].

Fra le obbligazioni accessorie necessarie al raggiungimento del fine proprio del contratto di trasporto rientrano quelle dirette ad assicurare il corretto imballaggio della merce[111].

Ai sensi dell'art. 1693 c.c. il vettore può vincere la presunzione di responsabilità a suo carico per i danni alle cose consegnategli per il trasporto e da lui accettate senza riserve dimostrando che i danni sono conseguenza di un vizio non apparente dell'imballaggio predisposto a cura esclusiva del mittente[112].

D'altra parte, il vettore, oltre ad avere l'onere della verifica esterna dei contenitori, è tenuto, in relazione alle specifiche circostanze del caso, ad assumere informazioni sui sistemi e sul materiale usato per assicurare la consistenza dell'involucro ed eventualmente a vigilare sulle operazioni di carico[113].

7.7. Il fatto del mittente o del destinatario

La riconducibilità del danno a fatto del mittente o del destinatario esime il vettore da responsabilità[114], trattandosi di un fatto oggettivo che

[110] Cfr. Cass. civ., 13 dicembre 1982, n. 6835, cit.

[111] Cfr. Trib. Genova, 21 novembre 2006, cit.

[112] Cfr. Cass. civ., 20 gennaio 1995, n. 622, in *Mass. giur. it.*, 1995. Considerato che, ai sensi dell'art. 1693 c.c., il vettore può vincere la presunzione di responsabilità per i danni alle cose consegnategli per il trasporto e da lui accettate senza riserve dimostrando che i danni sono conseguenza di un vizio non apparente dell'imballaggio predisposto a cura del mittente, e che, d'altra parte, il vettore, oltre ad avere l'onere della verifica esterna del contenitore, è tenuto, se del caso, in relazione alle specifiche circostanze, ad assumere informazioni sui sistemi e sul materiale usato per assicurare la consistenza dell'involucro ed eventualmente a vigilare sulle operazioni di carico, il giudice di merito deve indagare, ove se ne prospetti la rilevanza, su tutti i detti elementi, anche facendo ricorso alla prova testimoniale.

[113] Cfr. Cass. civ., 20 gennaio 1995, n. 622, cit. Nel caso di specie la Suprema Corte ha cassato per violazione di legge e per difetto di motivazione la sentenza del giudice di merito che, in relazione al trasporto su un autocarro di tre «sgrigliatrici», del complessivo peso di dodici tonnellate, imballate in casse che erano cadute dal veicolo in corrispondenza di una curva, aveva ritenuto la responsabilità del vettore senza avere prima ammesso la prova testimoniale da lui chiesta allo scopo di dimostrare la non idoneità della legatura della merce all'interno delle casse, per il ritenuto carattere valutativo della prova, escluso invece dalla Cassazione in quanto la stessa era volta alla descrizione dello stato della legatura dei macchinari.

[114] Cfr. A. Antonini, *Corso*, cit., p. 261 ss.

prescinde da qualsiasi indagine sulla colpa[115].

Nel fatto del mittente o del destinatario sono comprese le operazioni di carico delle merci[116].

Difatti, le ipotesi maggiormente rilevanti appaiono quelle del danno verificatosi nel corso della caricazione e della scaricazione effettuate dal mittente e dal destinatario o per conto degli stessi[117].

Secondo la giurisprudenza, in caso di omissione di indicazioni da parte del mittente, occorre accertare volta per volta se l'omissione sia stata la causa della perdita avvenuta per difetto di quelle speciali e congrue misure di custodia che, da un lato, il vettore avrebbe dovuto adottare al fine di evitare la perdita della cosa trasportata e, dall'altro, che questi non abbia attuato proprio per non essere stato messo sull'avviso.

In simili ipotesi si può parlare, in relazione all'art. 1693 c.c., di perdita per fatto del mittente[118].

Il vettore, che non esegue la riconsegna della merce per essersi il destinatario rifiutato di pagare il corrispettivo del trasporto, resta comunque obbligato a custodirla sino a quando non ne esegue il deposito nelle forme previste per il caso di mora del creditore. Ne consegue che il vettore, mentre ha diritto verso il destinatario al pagamento delle spese e dei danni dipendenti dall'inadempimento di quello, continua ad essere soggetto alla responsabilità per la perdita del carico *ex* art. 1693 c.c., senza che rispetto a tale responsabilità la sottrazione della merce, dopo che si è determinato l'inadempimento del destinatario, operi come causa di esonero, giacché a tal fine per fatto del destinatario deve intendersi che il destinatario sia stato l'autore causale del fatto che ha dato luogo alla perdita del carico[119].

L'omessa indicazione del valore delle merci che non abbia avuto influenza causale sul danno non esclude o riduce la responsabilità del vettore per perdita o avaria[120].

[115] Cfr. V. Buonocore, *I contratti di trasporto e di viaggio*, cit., p. 182.

[116] Cfr. Cass. civ., 11 agosto 1987, n. 6892, in *Arch. giur. circol.*, 1988, p. 112.

[117] Cfr. A. Antonini, *Corso*, cit., p. 262.

[118] Cfr. Cass. civ., 16 febbraio 2000, n. 1712, cit.; Cass. civ., 13 dicembre 1982, n. 6835, cit.

[119] Cfr. Cass. civ., 10 aprile 1990, n. 2998, cit.; Cass. civ., 23 marzo 1985, n. 2079, cit.

[120] Cfr. Cass. civ., 17 gennaio 1983, n. 359, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 732, con nota di M. Grigoli, *Sulla incidenza della mancata indicazione del valore delle cose da trasportare nella distribuzione dei rischi del trasporto terrestre*.

8. *L'accettazione senza riserve*

Allo scopo di semplificare il rapporto contrattuale il secondo comma dell'art. 1693 c.c. prevede, con aggravamento della responsabilità del vettore, che se questi accetta le cose da trasportare senza riserve si presume che le stesse non presentino vizi apparenti di imballaggio, successivamente deducibili come causa del danno[121].

Si tratta di una presunzione semplice, superabile allegando una prova contraria concreta, determinandosi soltanto uno spostamento dell'onere della prova[122].

Si è ritenuto che la mancanza di riserve per i vizi apparenti d'imballaggio esclude ogni possibilità per il vettore di dare la prova della sussistenza degli stessi, in quanto una tale prova contraria comporterebbe per il vettore l'ammissione della propria negligenza[123].

Il vettore può vincere la presunzione di responsabilità a suo carico per i danni alle cose consegnate per il trasporto ed accettate senza riserve dimostrando che i danni sono conseguenza di un vizio non apparente dell'imballaggio predisposto a cura del mittente[124].

D'altra parte, il vettore, in relazione alle specifiche circostanze, oltre ad avere l'onere della verifica esterna del contenitore, è tenuto, se del caso, ad assumere informazioni sui sistemi e sul materiale usato per assicurare la consistenza dell'involucro[125].

La presunzione *ex* art. 1693, secondo comma, c.c. concerne unicamente la mancanza di vizi apparenti d'imballaggio e non riguarda i difetti di stivaggio, se eseguito dal caricatore[126], restando in tal caso a carico di quest'ultimo la prova della buona esecuzione di tale operazione, anche senza riserve al riguardo da parte del vettore[127].

9. *Il concorso fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*

Tema assai dibattuto nell'ambito della responsabilità vettoriale è quello concernente il concorso fra responsabilità da inadempimento e responsabilità per fatto ilecito, nonché fra le relative azioni.

[121] Cfr. P. Gonnelli e G. Mirabelli, *Trasporto*, cit., p. 1166.
[122] Cfr. P. Gonnelli e G. Mirabelli, *Trasporto*, cit., p. 1166.
[123] Cfr. S. Busti, *Contratto di trasporto terrestre*, cit., p. 942, nota 306.
[124] Cfr. Cass. civ., 20 gennaio 1995, n. 622, cit.
[125] Cfr. Cass. civ., 20 gennaio 1995, n. 622, cit.
[126] Cfr. App. Bologna, 28 aprile 1987, in *Dir. trasp.*, 1988, II, p. 267.
[127] Cfr. S. Busti, *Contratto di trasporto terrestre*, cit., p. 942, nota 306.

Sono note le differenze fra la responsabilità contrattuale e quella extracontrattuale: la prima deriva dall'inadempimento di una obbligazione (art. 1218 ss. c.c.), mentre la seconda nasce dalla violazione del generale dovere del *neminem laedere*, ossia di non arrecare danni a terzi (art. 2043 ss. c.c.).

Le due ipotesi di responsabilità hanno diversa natura, autonomo fondamento e sono notoriamente caratterizzate da un differente regime giuridico[128]. La problematica del concorso assume una diversa portata a seconda che si tratti di trasporto di persone oppure di cose, nonché a seconda che sia applicabile la normativa nazionale oppure quella internazionale uniforme

Nel campo del trasporto di persone regolato dalle norme di diritto interno è ammissibile il concorso fra le due ipotesi di responsabilità[129], al contrario di quanto avviene per i trasporti assoggettati alla disciplina internazionale uniforme.

In linea generale, l'azione per responsabilità contrattuale si presenta maggiormente vantaggiosa per il danneggiato in ragione del più favorevole regime concernente l'onere probatorio[130] e per i più lunghi

[128] Sull'argomento la letteratura è vastissima. Senza alcuna pretesa di completezza, per un approfondimento della tematica, cfr. G. Alpa e M. Bessone, *La responsabilità civile*, Milano, 2001; F. Carnelutti, *Sulla distinzione tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1912, 743; G. Di Giandomenico, *La lesione del rapporto giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, p. 625 ss.; F. Giardina, *La distinzione tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, in *Tratt. responsabilità contrattuale,* a cura di G. Visintini, I, Torino, 2009, p. 73; C. Salvi, *La responsabilità civile*, Milano, 2005; R. Scognamiglio, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1968, p. 670; G. Visintini, *Trattato della responsabilità civile*, Padova, 2004; G. Visintini, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Enc. giur. it.*, XVI, Roma, 1991, p. 1 ss.

[129] Sul tema del concorso di responsabilità e di azioni, cfr.. E. Dalmotto, *Prospettazioni alternative in tema di infortuni sul lavoro e scelta del giudice competente (concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale)*, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, c. 867 ss.; P.G. Monateri, *Cumulo di responsabilità. Analisi comparata di un problema*, Padova, 1989; C. Rossello, *Responsabilità contrattuale ed aquiliana: il punto sulla giurisprudenza*, in *Contratto e impresa*, 1996, I, p. 642; C. Rossello, *Concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Nuova giur. civ. commentata*, 1985, II, p. 317 ss.; R. Sacco, *Concorso delle azioni contrattuale ed extracontrattuale*, in *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, a cura di G. Visintini, Milano, 1984, p. 155 ss. Sul concorso e sulle differenze fra l'azione contrattuale e quella extracontrattuale, in ordine all'onere della prova, alla prescrizione ed al danno risarcibile, con specifico riferimento al settore dei trasporti v. A. Antonini, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, cit., p. 253 ss.; A. Antonini, *Corso*, cit., p. 239 ss., p. 284 ss.; M. Casanova e M. Brignardello, *Diritto dei trasporti*, cit., p. 103 ss.

[130] Nel caso di azione per responsabilità di natura contrattuale, secondo i principi generali sanciti dall'art. 1218 ss. c.c., il creditore deve provare la fonte (negoziale o legale) del proprio diritto, limitandosi alla mera allegazione dell'inadempimento del debitore che, a sua volta, per risultare esente da responsabilità, deve riuscire a dimostrare l'adempimento oppure

termini di prescrizione[131].

altro fatto estintivo dell'obbligazione (p. es. impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa a lui non imputabile). In linea generale, nell'ambito della responsabilità del vettore nel trasporto di persone un punto fermo è costituito dall'identificazione dell'onere probatorio gravante, rispettivamente, sul passeggero e sul vettore: il primo deve provare l'esistenza del contratto e l'entità del danno, mentre il secondo deve fornire la prova liberatoria, diversamente articolata a seconda del regime giuridico operante nei vari sottotipi di trasporto (cfr. A. ANTONINI, *Corso*, cit., p. 246). Le differenze sussistenti nella regolazione della responsabilità e della prova liberatoria da fornire nelle varie forme di trasporto dipendono dal diverso atteggiarsi in ciascuna di esse dell'onere di cooperazione del passeggero nella fruizione del trasporto in relazione al conseguente diverso contenuto dell'obbligo di protezione a carico del vettore. Trattandosi, nel caso dell'art. 1681 c.c., di una azione di responsabilità contrattuale il passeggero è tenuto a dimostrare di aver subito il danno nel periodo cd. coperto dal contratto di trasporto, ossia durante l'arco temporale in cui sussiste in capo al vettore l'obbligo di protezione del passeggero e di custodia del bagaglio. Il vettore per andare esente da responsabilità deve dimostrare di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno (cfr. M. CASANOVA e M. BRIGNARDELLO, *Diritto dei trasporti*, cit., p. 105). Il disposto dell'art. 1681 c.c. pone a carico del vettore una presunzione di responsabilita per i danni subiti dal viaggiatore, così che dal punto di vista dell'onere probatorio grava sul danneggiato la dimostrazione del nesso causale tra il sinistro occorso e l'attività del vettore in esecuzione del contratto di trasporto, mentre grava sul vettore la prova liberatoria della mancanza di colpa (cfr. Trib. Milano, 11 marzo 2009, in *Repertorio di giurisprudenza, pluris-cedam.utetgiuridica.it*, *massima redazionale*, 2009).

[131] La normativa del settore dei trasporti è ispirata all'esigenza di certezza e di rapidità dei rapporti al fine di evitare che il vettore sia esposto per un periodo di tempo eccessivamente lungo alle richieste di risarcimento da parte del passeggero. A tale esigenza provvedono le numerose disposizioni contenute nella normativa nazionale e nelle convenzioni internazionali che stabiliscono termini di decadenza e di prescrizione breve per far valere le pretese risarcitorie nei confronti del vettore. La previsione di termini brevi ha spesso suscitato in dottrina l'interrogativo circa l'esatta qualificazione dei termini stessi, ossia se si tratti di termini di decadenza o di prescrizione. Il quesito assume notevole rilievo in ragione del fatto che, come è noto, il termine di decadenza non può essere interrotto (art. 2964 c.c.), mentre quello di prescrizione, di regola, può essere interrotto con il conseguente inizio di un nuovo periodo prescrizionale (art. 2943 c.c.). Inoltre, il termine di decadenza può essere posto anche contrattualmente dalle parti con il rispetto dei limiti imposti dall'art. 2965 c.c., mentre le disposizioni sulla prescrizione sono inderogabili ed è nullo ogni patto volto a modificare la disciplina legale (art. 2936 c.c.). La distinzione fra decadenza e prescrizione ha dato vita ad un ampio dibattito dottrinale circa l'esatta ricostruzione concettuale dei due istituti ed i criteri di differenziazione degli stessi di cui non è possibile dare conto in questa sede. Sul tema, cfr. G. GRASSO, *Prescrizione*, in *Enc. dir.*, XXXV, 1986, p. 56 ss.; G. MOLFESE, *Prescrizione e decadenza in materia civile*, Milano, 2005. Sulla decadenza e la prescrizione nelle diverse modalità di trasporto la letteratura è assai vasta. Sull'argomento, cfr. A. ANTONINI, *Corso*, cit., p. 225 ss.; M. CASANOVA e M. BRIGNARDELLO, *Diritto dei trasporti*, cit., p. 164 ss.; E. FOGLIANI, *La decadenza dall'azione*, in *La nuova disciplina del trasporto aereo*, p. 337 ss. Generalmente, si ritiene che il superamento del termine di decadenza estingua l'azione (ossia l'esercizio del diritto), mentre il superamento del termine di prescrizione estingua il diritto stesso. Nel campo dei trasporti spesso sono previsti entrambi i termini: un termine breve di decadenza, superato il quale il diritto al risarcimento non può più essere esercitato, ed uno più lungo di prescrizione, trascorso il quale il diritto al risarcimento si estingue.

Difatti, sotto il primo profilo, spetta sempre al vettore, in ogni forma di trasporto di persone, l'identificazione del fattore causativo del danno e l'onere di fornire in relazione ad esso la prova esimente a suo carico, restando altrimenti il danno da cd. causa ignota a carico del vettore stesso.

Nel campo dei trasporti è stata particolarmente avvertita l'importanza dell'azione extracontrattuale per tutte quelle ipotesi in cui l'azione contrattuale non possa essere esercitata o risulti meno soddisfacente dal punto di vista risarcitorio[132].

Diversamente da quanto accade a livello generale, nei trasporti il termine di estinzione dei diritti nascenti dal contratto risulta più breve[133] non soltanto rispetto a quello ordinario decennale operante nel campo della responsabilità contrattuale *ex* art. 2946 c.c.[134], ma anche rispetto a quello dei diritti derivanti da responsabilità aquiliana, fissato in linea generale in cinque anni dall'art. 2947, primo comma, c.c. che si riducono poi a due nella circolazione stradale dei veicoli *ex* art. 2947, secondo comma, c.c.

Pertanto, venuta meno per prescrizione la possibilità di far valere il diritto al risarcimento del danno da inadempimento può non essere venuto meno il diritto nascente da fatto illecito, assistito da un più lungo termine prescrizionale.

Ulteriormente, l'esistenza in taluni casi di limiti legali al risarcimento del danno[135] rende conveniente l'azione extracontrattuale allo scopo di conseguire il risarcimento nel suo effettivo ammontare.

Dunque, pur in presenza di un più gravoso onere probatorio, l'esperienza concreta ha spesso evidenziato l'utilità dell'azione extracontrattuale allorquando quella contrattuale sia prescritta oppure non esercitabile in maniera satisfattoria per l'esistenza di limiti nel risarcimento.

Con specifico riferimento alla responsabilità del vettore nel trasporto di persone e di bagagli l'azione contrattuale intentata dal passeggero si presenta maggiormente favorevole per il danneggiato sotto il profilo dell'onere probatorio, mentre risulta meno vantaggiosa sotto quello della prescrizione (il relativo diritto, di regola, soggiace ad un più breve ter-

[132] Sul tema, cfr. A. ANTONINI, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale,* cit., p. 261 ss.; A. ANTONINI, *Corso*, cit., p. 285 ss.

[133] Sei mesi, un anno, un anno e sei mesi o due anni, a seconda del tipo di trasporto e del luogo di svolgimento dello stesso.

[134] Salva peraltro la sussistenza di prescrizioni brevi per alcuni contratti commerciali: v. artt. 2949, 2950, 2951, 2952 c.c.

[135] Ad esempio nel trasporto del bagaglio e nel trasporto di merci.

mine rispetto a quello esercitabile a seguito di fatto illecito) e per quanto concerne il danno risarcibile, poiché in caso di azione extracontrattuale il vettore è tenuto a risarcire integralmente tutti i danni subiti dal passeggero, mentre la disciplina della responsabilità contrattuale del vettore che regola la sua responsabilità nelle varie modalità di trasporto consente di limitare la somma dovuta dal passeggero nel caso di danni al bagaglio trasportato.

Altra differenza, di minore rilievo, si ravvisa per quanto concerne la mora del debitore, che è *mora ex re* in caso di obbligazione risarcitoria derivante da responsabilità extracontrattuale, mentre è mora *ex persona* in caso di responsabilità contrattuale.

Pertanto, a parte il più gravoso onere della prova, per il passeggero-danneggiato può risultare più conveniente agire in via extracontrattuale nei confronti del vettore, per poter aspirare ad un più elevato risarcimento del danno. Nel caso in cui i diritti derivanti dal contratto di trasporto siano caduti in prescrizione non resta che esperire l'azione per fatto illecito[136].

Si pone, allora, la questione dell'ammissibilità di un concorso tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale.

Il problema può sorgere esclusivamente per i danni subiti dal passeggero o dal suo bagaglio durante il periodo in cui il vettore assume contrattualmente un obbligo di protezione del primo e di custodia del secondo.

Appare evidente come il ricorso alla responsabilità extracontrattuale, ove configurabile, non consenta alcuna alternativa allorquando la responsabilità del vettore riguardi un momento anteriore o successivo all'esecuzione del contratto, per cui non risulta possibile da parte del danneggiato invocare una responsabilità di tipo contrattuale[137].

[136] Cfr. A. Antonini, *Corso*, cit., p. 285 ss.; M. Casanova e M. Brignardello, *Diritto dei trasporti*, cit., p. 106; M. Comenale Pinto, *Il contratto di trasporto di persone*, cit., p. 225 ss.

[137] La giurisprudenza ha riconosciuto la responsabilità extracontrattuale del conducente di uno scuolabus per non aver avvertito un minore, sceso incolume dal veicolo, che stava subito dopo attraversando la strada, del sopraggiungere di un autoveicolo che lo aveva poi investito. La Suprema Corte, nel caso in esame, ha ritenuto che nell'esercizio del servizio di accompagnamento di studenti minorenni a mezzo scuolabus la conduzione del minore dalla fermata dell'automezzo fino alla propria abitazione compete, di regola, ai genitori oppure ai soggetti da costoro incaricati, senza che ciò possa, peraltro, esimere da responsabilità l'autista incaricato dell'accompagnamento ove quest'ultimo, allorché alla fermata dell'automezzo non sia presente nessuno dei soggetti predetti, non abbia cura di adottare tutte le necessarie cautele suggerite dall'ordinaria prudenza in relazione alle specifiche circostanze di tempo e di luogo e, nel caso di specie, preoccuparsi dell'assistenza nell'attraversamento della strada. In talo senso, cfr. Cass. civ., 3 marzo 2004, n. 4359, in *Arch. giur. circol.*, 2004, p. 729 ss.; Cass. civ., 19 febbraio 2002, n. 2380, in *Danno resp.*, 2002, 10, p. 956 ss.

In ipotesi del genere non sussistono questioni in merito all'ammissibilità del concorso di responsabilità (poiché non è esperibile l'azione contrattuale) quanto piuttosto in merito all'esatta individuazione del momento in cui inizia e di quello in cui termina la responsabilità del vettore sulla base del contratto di trasporto[138].

Soltanto nel caso in cui i danni al passeggero oppure al suo bagaglio si siano verificati durante il periodo coperto dal contratto di trasporto sorge il problema del concorso fra le due forme di responsabilità, ossia se il passeggero possa agire non soltanto in via contrattuale ma anche proponendo una azione per responsabilità extracontrattuale.

Come già accennato, al quesito circa l'ammissibilità del concorso può essere fornita una diversa soluzione, a seconda che venga presa in esame la disciplina normativa nazionale o quella recata dalle convenzioni internazionali.

La dottrina ha evidenziato come il problema del concorso non si pone nell'ambito della disciplina internazionale uniforme per il trasporto retto dalle diverse convenzioni internazionali operanti nel settore, che stabiliscono, per espressa previsione normativa, che i diritti nei confronti del vettore sono assoggettati alle disposizioni in esse contenute, indipendentemente dal titolo, contrattuale o extracontrattuale, dell'azione esercitata[139].

Per cui, anche ove sia fatta valere una responsabilità di natura extracontrattuale, sul piano sostanziale, trova applicazione la stessa disciplina di quella contrattuale[140], non dando luogo così ai problemi propri dell'ordinamento nazionale.

Appare corretto ritenere che la normativa uniforme applicabile ai trasporti internazionali piuttosto che escludere il concorso di responsabilità e di azioni (consentendo l'esercizio della sola azione contrattuale ed escludendo quella aquiliana) invece comunque lo ammetta, ma esso rimane del tutto irrilevante sul piano giuridico, poiché l'azione, a qualsiasi titolo esercitata, resta sempre soggetta alle condizioni ed alle regole previste da ciascuna convenzione applicabile[141].

[138] Sull'argomento v. § 4.

[139] Cfr. A. ANTONINI, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, cit., p. 263 ss.

[140] Cfr. art. 29 Convenzione di Montreal del 1999; art. 7 Convenzione di Amburgo del 1978; art. 41 Regole CIM allegate alla Convenzione di Berna del 1980, come modificata dal Protocollo di Vilnius del 1999; art. 52 delle Regole CIV allegate alla Convenzione di Berna del 1980, come modificata dal Protocollo di Vilnius del 1999; art. 14 Convenzione di Atene del 1974; art. 4 *bis*, n. 1, Convenzione di Bruxelles del 1924, come modificato dal Protocollo di Bruxelles del 1968; art. 28, n. 1, Convenzione CMR del 1956.

[141] In tal senso, A. ANTONINI, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, cit., p. 264.

Il regime di perfetta equivalenza adottato a livello internazionale uniforme consente quindi di ovviare a quelle problematiche che, invece, si presentano nell'ordinamento interno, che possono determinare il prevalere della forma (azione esercitata) sulla sostanza (effettiva tutela del danneggiato), potendosi giungere persino all'estrema conseguenza che il diritto del danneggiato sia giudicato sussistente o meno, o possa avere un diverso contenuto, anche in termini strettamente risarcitori, a seconda dell'esercizio dell'una anziché dell'altra azione o della valorizzazione dell'una anziché dell'altra forma di responsabilità[142].

Secondo autorevole dottrina, tale impostazione evidenzia un nuovo lineamento della responsabilità civile introdotto dal diritto dei trasporti, secondo il quale la tutela risarcitoria del danneggiato viene realizzata mediante l'applicazione di regole sostanziali costanti, che prescindono dal diritto fatto valere (inadempimento o lesione di situazioni giuridiche soggettive fonte di responsabilità aquiliana) e dallo strumento processuale prescelto (azione contrattuale o extracontrattuale), evitando così di pervenire all'illogico risultato che al danneggiato venga riconosciuto o meno il risarcimento e, in caso positivo, in misura più o meno elevata, a seconda dell'azione prescelta[143].

Va evidenziato che il regime di equivalenza fra le due azioni adottato a livello internazionale ha assunto oggigiorno portata generale nel settore aeronautico e trova applicazione anche con riguardo ai trasporti regolati dalla legge italiana, in quanto il trasporto aereo di persone e di cose, dopo la riforma della parte aeronautica del codice della navigazione del 2005-2006, è disciplinato dalla normativa internazionale in vigore in Italia, vale a dire dalla Convenzione di Montreal del 28 maggio 1999 (cfr. artt. 941 e 951 c. nav.).

A parte ciò, nel nostro ordinamento interno non esistono specifiche disposizioni normative che nel campo dei trasporti affrontino la problematica del concorso di responsabilità e di azioni.

Nel trasporto di persone la giurisprudenza prevalente ammette il concorso tra la responsabilità contrattuale *ex* art. 1681 c.c. e quella extracontrattuale, sostenendo che l'azione di risarcimento del danno da responsabilità contrattuale e quella da responsabilità extracontrattuale, fondata la prima sull'inadempimento delle obbligazioni nascenti dal contrat-

[142] Cfr. A. Antonini, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, cit., p. 267 ss.

[143] Cfr. A. Antonini, *Corso*, cit., p. 284, p. 288; A. Antonini, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, cit., p. 264; M. Casanova e M. Brignardello, *Diritto dei trasporti*, cit., p. 103 ss.

to di trasporto e la seconda sulla violazione del principio generale del *neminem laedere*, sono del tutto distinte ed autonome, essendo diversi i diritti in relazione ai quali sono accordate e richiedendo indagini su elementi di fatto differenti, rimettendo la scelta fra le due azioni al potere dispositivo della parte[144].

Vige, pertanto, l'autonomia tra le due forme di responsabilità, quando si tratti di un medesimo fatto che violi contemporaneamente sia diritti che alla persona spettano indipendentemente da un contratto o da un rapporto giuridico preesistente, sia diritti che derivano da un contratto o comunque da un *vinculum iuris* già esistente, trovando la prima fondamento nel generale precetto del *neminem laedere* e la seconda nel contratto, con le diverse conseguenze che ne derivano in tema di onere della prova e prescrizione[145].

I due differenti tipi di responsabilità sono esercitabili cumulativamente ma alternativamente nel medesimo processo e presuppongono da parte del soggetto che li invoca l'assolvimento di entrambi i diversi oneri probatori[146].

Nel caso in cui la domanda del danneggiato sia rivolta esclusivamente all'accertamento della responsabilità contrattuale del vettore non è consentito al giudice di pronunciarsi oltre i limiti della domanda stessa (art. 112 c.p.c.) e di accoglierla per un diverso titolo, cioè sotto il profilo della responsabilità extracontrattuale[147].

Più articolato risulta, invece, l'atteggiamento assunto al riguardo dalla dottrina[148], che in parte si è pronunciata - sebbene argomentando la scelta con motivazioni di diverso fondamento - in senso critico circa l'ammissibilità di tale concorso di responsabilità[149], mentre in parte non nutre dub-

[144] Cfr. Cass. civ., 3 ottobre 1996, n. 8656, cit.; Cass. civ., 20 aprile 1989, n. 1855, in *Riv. giur. circol. e trasp.*, 1989, p. 571 ss.; Cass. civ., 22 settembre 1983, n. 5638, in *Mass. giur. it.*, 1983; Cass. civ., 29 marzo 1983, n. 2278, in *Riv. giur. circol. e trasp.*, 1983, p. 709 ss. ¸ Cass. civ., 9 gennaio 1979, n. 119, in *Arch. civ.*, 1979, p. 330 ss.; Cass. civ., 5 dicembre 1975, n. 4032, in *Mass. giuri. it.*, 1975.

[145] Cfr. Cass. civ., 24 maggio 1993, n. 5831, in *Arch. giur. circol.*, 1993, p. 878; Trib. Bari, 5 febbraio 2009, in *Repertorio di giurisprudenza, pluris-cedam.utetgiuridica.it*, *massima redazionale*, 2009.

[146] Cfr. Cass. civ., 3 ottobre 1996, n. 8656, cit.; Trib. Torino, 16 febbraio 1998, in *Giur. it.*, 2000, p. 320 ss.

[147] Cfr. Cass. civ., 3 ottobre 1996, n. 8656, cit.

[148] Per una ricostruzione delle posizioni assunte dalla dottrina in merito all'ammissibilità o meno del concorso di responsabilità, v. S. Busti, *Contratto di trasporto aereo*, cit., p. 541 ss.

[149] In questo senso, v. S. Busti, *Contratto di trasporto terrestre*, cit., p. 1093 ss.; A. Flamini, *Osservazioni critiche sulla responsabilità contrattuale ed extracontrattuale del vettore*, in *Dir. trasp.*, 2002, p. 822 ss.; G. Gucciardi, *Contratto di trasporto. Responsabilità del vettore per sini-*

bi sull'ammissibilità del concorso di responsabilità (e di azioni) poiché la lesione dei diritti primari della persona gode di immediata tutela ai sensi dell'art. 2043 c.c., il cui sistema di protezione non viene derogato o addirittura rinunziato a seguito della stipulazione di un contratto[150].

Ogni volta che il medesimo fatto addebitabile allo stesso soggetto (il vettore) possa essere qualificato sia come inadempimento di preesistenti obblighi che lo legano ad un altro soggetto (il passeggero) che come lesione di diritti soggettivi rilevante ai sensi dell'art. 2043 ss. c.c., esso determina il sorgere tanto di responsabilità contrattuale per l'inadempimento di detti obblighi (di trasferimento, di protezione, di custodia, ecc.) quanto di responsabilità extracontrattuale per la violazione del dovere generale del *neminem laedere* e, dunque, consente il relativo concorso di responsabilità e di azioni.

Sul piano processuale, le due azioni hanno il medesimo *petitum* (salvo che per l'entità del danno, qualora sussistono dei limiti risarcitori) e diversa *causa petendi* e possono essere esercitate contemporaneamente e cumulativamente nell'ambito del medesimo processo, nel qual caso deve essere dimostrata per ciascuna di esse la sussistenza dei rispettivi elementi costitutivi, secondo le regole proprie di ciascuna di esse, non potendo l'eventuale carenza di alcuni elementi dell'una essere colmata con la presenza di elementi dell'altra[151].

Rimane salva, naturalmente, l'unicità del danno risarcibile, che rappresenta il limite della pronuncia di condanna, non potendo il danneggiato sommare i vantaggi dell'una e dell'altra azione[152].

La qualificazione dell'azione, se non effettuata dall'attore, compete comunque al giudice, salvo il limite rappresentato dall'impossibilità di accogliere una ricostruzione giuridica neppure ipotizzata dall'attore.

Del tutto diversa dall'ipotesi del cd. concorso proprio, nel quale il diritto al risarcimento del danno sussiste in favore del danneggiato a duplice titolo (contrattuale ed extracontrattuale) nei confronti del medesi-

stro. Azione per colpa contrattuale o extracontrattuale, in *Foro it.*, 1958, IV, c. 238 ss.; G. Mastrandrea, *L'obbligo di protezione*, cit., p. 95 ss.; C. Medina, *Ancora sul concorso o meno di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale del vettore aereo e sulla decadenza dell'azione di responsabilità*, in *Dir. maritt.*, 1989, p. 1139 ss.; D.R. Peretti Griva, *In tema di cumulabilità dell'azione extracontrattuale e contrattuale nel trasporto di persone*, in *Foro pad.*, 1959, I, p. 1145.

[150] In tal senso, cfr. A. Antonini, *Corso*, cit., p. 286 ss; A. Antonini, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, cit., p. 258 ss.

[151] In tal senso, cfr. A. Antonini, *Corso*, cit., p. 287; A. Antonini, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, cit., p. 255.

[152] In tal senso, cfr. A. Antonini, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, cit., p. 255.

mo soggetto (cd. pretese parallele), è il caso del cd. concorso improprio, nel quale il diritto al risarcimento del danno sussiste, sempre in favore del danneggiato, in virtù di titoli autonomi e nei confronti di soggetti distinti, trattandosi in tal caso di coesistenza di azioni spettanti al danneggiato in relazione sì al medesimo fatto, ma nei confronti di soggetti diversi (cd. pretese non parallele) [153].

10. *(segue:) Il concorso nel trasporto di cose*

Passando al trasporto di cose - come già anticipato esaminando l'ipotesi del trasporto di persone e di bagagli - anche nel campo del trasporto internazionale di merci il problema del concorso tra responsabilità da inadempimento e responsabilità per fatto illecito non sussiste in quanto è risolto a priori dalle varie convenzioni internazionali che, allo scopo di evitare l'elusione delle rispettive disposizioni, sanciscono l'appicabilità delle medesime quale che sia l'azione intentata dall'avente diritto al risarcimento[154].

Anche in questo caso, la normativa interna non offre specifiche disposizioni normative al riguardo[155].

La dottrina prevalente ritiene che nel settore del trasporto di cose possa valere la medesima soluzione adottata per il trasporto di persone, ammettendo il concorso tra responsabilità contrattuale e responsabilità aquiliana[156],

[153] Il concorso improprio si realizza quando uno stesso fatto dannoso è ascrivibile a più persone sulla base di titoli autonomi. In tal caso, non dovrebbe neppure parlarsi di concorso bensì di coesistenza di diritti e di azioni, in quanto di un medesimo danno sono chiamati a rispondere più soggetti sulla base di titoli differenti. Per un approfondimento delle problematiche sollevate dal cd. concorso improprio e per un esame della principale casistica, v. A. ANTONINI, *Corso*, cit., p. 287 ss..; A. ANTONINI, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, cit., p. 265 ss.

[154] Cfr. art. 29 Convenzione di Montreal del 1999; art. 51 C.O.T.I.F. C.I.M.; art. 4 *bis*, n. 1, Convenzione di Bruxelles del 1924, come modificato dal Protocollo di Bruxelles del 1968; art. 28, n. 1, Convenzione CMR del 1956.

[155] Con l'eccezione, come peraltro già evidenziato, del settore del trasporto aereo. Difatti, la problematica in esame non risulta più ravvisabile nel campo del trasporto aereo di cose poiché il regime di equivalenza fra le due azioni adottato a livello internazionale ha assunto portata generale e trova applicazione anche con riguardo ai trasporti regolati dal diritto interno, in quanto il trasporto aereo di cose, dopo la riforma della parte aeronautica del codice della navigazione del 2005-2006, è disciplinato dalla normativa internazionale in vigore in Italia, vale a dire dalla Convenzione di Montreal del 28 maggio 1999 (cfr. 951 c. nav.).

[156] Cfr. A. ANTONINI, *Corso*, cit., p. 284 ss.; M. CASANOVA e M. BRIGNARDELLO, *Diritto dei trasporti*, cit., p. 236 ss.; G. CATURANI e A. SENSALE, *Il trasporto*, cit., 53 ss.; M. STOLFI, *Appalto. Trasporto*, cit., p. 119 ss. In senso contrario, S. ROBERTI, *Il preteso assurdo cumulo di azioni nel contratto di trasporto*, in *Foro it.*, 1960, IV, c. 266.

purché sia ascrivibile al vettore, in maniera diretta o indiretta, una condotta, commissiva od omissiva, quanto meno colposa, da cui derivi un danno alle cose trasportate e, quindi, al patrimonio del soggetto avente diritto ad esse, che prescinde dalla mera violazione dell'obbligo di custodia, avente pura rilevanza contrattuale[157].

Peraltro, proprio nel settore del trasporto di merci, l'azione extracontrattuale può risultare maggiormente conveniente per il danneggiato al fine di evitare che il vettore benefici di determinate cause di esonero della responsabilità nonché di limitazioni del debito risarcitorio.

Parte della dottrina, invece, si è espressa in senso sfavorevole all'ammissibilità del concorso[158].

Alla stessa conclusione giunge anche una parte della giurisprudenza.

Tuttavia, va rilevato che molte delle decisioni che ammettono, in linea di principio, la possibilità del concorso finiscono poi per escludere, nei casi concreti decisi, la sussistenza dei necessari elementi atti ad integrare nella fattispecie una ipotesi di responsabilità di natura extracontrattuale[159].

Sempre secondo la giurisprudenza, nel caso di danni alle cose trasportate è possibile la coesistenza di una responsabilità extracontrattuale del vettore (oltre naturalmente a quella contrattuale) ogni volta che alla violazione degli obblighi contrattuali si accompagni anche la violazione del principio generale del *neminem laedere*[160], ammettendosi il concorso tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale di fronte ad un medesimo fatto che violi contemporaneamente non soltanto i diritti derivanti dal contratto, ma anche i diritti spettanti alla persona danneggiata indipendentemente dal contratto stesso[161].

In alcuni casi, invece, la giurisprudenza ha ritenuto che la perdita delle cose trasportate vada ricondotta esclusivamente nell'ambito dell'inadempimento dell'obbligo contrattuale di custodia[162].

Va infine segnalato che nel peculiare campo del trasporto marittimo di cose la giurisprudenza prevalente sembrerebbe orientata nel senso di esclu-

[157] Cfr. A. ANTONINI, *Corso*, cit., p. 286 ss.

[158] In questo senso, v. S. ROBERTI, *Il preteso assurdo cumulo di azioni nel contratto di trasporto*, cit., c. 266 ss.

[159] Cfr. Cass. civ., 16 aprile 2003, n. 6099, in *Dir. trasp.*, 2004, p. 994; Cass. civ., 27 marzo 1987, n. 2980, in *Giust. civ.*, 1987, I, p. 1946.

[160] Cfr. Cass. civ., 21 gennaio 2005, n. 1312, in *Dir. maritt.*, 2006, 1, p. 162 ss.

[161] Cfr. Cass. civ., 16 aprile 2003, n. 6099, cit.; Cass. civ., 19 gennaio 1996, n. 418, in *Mass. giur. it.*, 1996.

[162] Ritenendo che il furto reso possibile da negligenza o imprudenza del vettore nella sorveglianza delle cose a lui affidate possa dare luogo soltanto ad una responsabilità di tipo contrattuale (cfr. App. Roma, 20 ottobre 1980, in *Foro it.*, 1982, I, c. 812).

dere la possibilità del concorso[163], pur non mancando qualche decisione in cui il concorso di azioni è stato invece riconosciuto ammissibile[164].

La giurisprudenza più recente sembrerebbe orientata in senso favorevole all'ammissibilità del concorso[165].

A favore dell'ammissibilità del concorso risulta orientata anche parte della dottrina, secondo cui ove un medesimo fatto addebitabile al vettore possa essere qualificato sia come inadempimento di obblighi contrattuali che come lesione di diritti rilevante ai sensi dell'art. 2043 c.c. esso dà luogo tanto a responsabilità contrattuale per inadempimento degli obblighi di trasferimento e custodia, quanto a responsabilità extracontrattuale per violazione del *neminem laedere* ed al relativo concorso di azioni[166].

Sotto certi aspetti, tuttavia, la soluzione della questione risulta ancora dubbia e dibattuta[167].

11. *La responsabilità per fatto degli ausiliari.*

Il vettore, per essere esonerato da responsabilità, ha l'onere di provare che la perdità del carico o il danno subito dalle merci non siano dipesi da causa determinata da colpa sua o dei suoi dipendenti[168].

Il vettore risponde in forza dell'art. 1228 c.c. della perdita o dell'ava-

[163] Cfr. Cass. civ., 26 luglio 1983, n. 5121, in *Dir. maritt.*, 1984, p. 845 ss., con nota di M. Lopez de Gonzalo, *Orientamenti della giurisprudenza in tema di concorsi di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale nel trasporto marittimo di cose*; App. Ancona, 29 marzo 2005, in *Dir. trasp.*, 2006, 3, p. 1012; App. Palermo, 29 novembre 2003, in *Dir. maritt.*, 2005, p. 565, con nota di N. Romana, *Su alcune questioni relative alla responsabilità del vettore marittimo di cose*; App. Genova, 22 gennaio 1992, in *Dir maritt.*, 1993, p. 93; Trib. Napoli, 2 febbraio 2000, in *Giurisprudenza napoletana*, 2001, p. 38; Trib. Livorno, 4 novembre 1987, in *Dir. maritt.*, 1989, p. 235.

[164] Cfr. Cass. civ., 28 gennaio 1972, n. 226, in *Giur. it.*, 1972, I, 1, c. 1797 ss.; Cass. civ., 25 febbraio 1959, n. 534, in *Giur. it*., 1959, I, 1, p. 635 ss.

[165] Cfr. Cass. civ., 21 gennaio 2005, n. 1312, cit., che ammette, anche se *incidenter tantum*, il principio del concorso di responsabilità e di azioni.

[166] Cfr. A. Antonini, *Corso*, cit., p. 286 ss.; A. Antonini, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, cit., p. 259 ss.; M. Casanova e M. Brignardello, *Diritto dei trasporti*, cit., p. 236 ss.

[167] Per un approfondimento della problematica in esame cfr. anche G. Lallini, *Orientamenti sul concorso dell'azione contrattuale ed extracontrattuale nel trasporto marittimo di cose*, in *Dir. trasp.*, 1988, II, p. 278 ss.; C. Rossello, *Brevi rilievi sugli orientamenti della giurisprudenza italiana in materia di concorso di responsabilità contrattuale ed exracontrattuale*, in *Dir. maritt.*, 1986, p. 605 ss.; E. Spasiano, *Concorso tra azione contrattuale ed extracontrattuale*, in *Dir. maritt*., 1986, p. 598 ss.

[168] Cfr. Trib. Venezia, 30 maggio 1986, in *Dir maritt.*, 1987, p. 354.

ria delle cose consegnategli derivanti da dolo o colpa dei dipendenti di cui si avvalga per eseguire il trasporto, senza la necessità di configurare o dimostrare una sua *culpa in eligendo*, trattandosi di una sorta di responsabilità oggettiva, in cui il comportamento dell'ausiliario che lo ha sostituito nell'adempimento è valutato secondo gli stessi criteri applicabili in caso di adempimento diretto dell'obbligazione da parte del debitore[169].

Secondo la giurisprudenza, in tema di responsabilità del debitore per fatto degli ausiliari, l'art. 1228 c.c., disposizione con cui è stata estesa all'ambito contrattuale la disciplina contenuta negli art. 2048 e 2049 c.c., presuppone che l'opera svolta da questi ultimi sia connessa con l'adempimento della prestazione, di modo che, ai fini dell'affermazione di tale responsabilità, deve essere accertato il nesso di causalità tra l'opera dell'ausiliario e l'obbligo del debitore[170]

12. *La modificazione convenzionale del regime di responsabilità e le presunzioni di fortuito*

Contrariamente a quanto avviene nel settore del trasporto di persone il regime di responsabilità del vettore nel trasporto di cose è derogabile a suo favore attraverso la volontà espressa in tal senso dalle parti, fatti salvi i limiti, per le clausole contrattuali dirette a modificare il regime di responsabilità a favore del vettore stesso, derivanti dalla previsione della nullità, stabilità in via generale dall'art. 1229 c.c., per le clausole che prevedono l'esonero o la limitazione di responsabilità nel caso di dolo o colpa grave, del regime previsto per le cd. clausole vessatorie e per le limitazioni in materia di onere della prova *ex* art. 2698 c.c.[171].

In particolare, le clausole con le quali venga modificato il regime della prova in ordine alla responsabilità del vettore sono ammissibili soltanto se riconducibili entro i limiti fissati dalla norma generale di

[169] Cfr. Cass. civ., 4 aprile 2003, n. 5329, in *Dir. trasp.*, 2004, p. 279; Trib. Bari, 30 luglio 2007, in *Repertorio di giurisprudenza, pluris-cedam.utetgiuridica.it*, *massima redazionale*, 2007.

[170] Cfr. Cass. civ., 11 maggio 1995, n. 5150, in *Danno resp.*, 1996, 1, p. 127. Nel caso di specie, la Cassazione ha confermato la decisione di merito che aveva ritenuto responsabile una società di trasporti della perdita della merce, in quanto causata da fatto doloso attribuito ad un dipendente che, pur dimissionario, aveva agito in nome e per conto di detta società, convenendo le modalità di carico della merce ed assicurando l'utilizzo di mezzi di trasporto appartenenti a terzi estranei alla società.

[171] Cfr. M. Casanova e M. Brignardello, *Diritto dei trasporti*, cit., p. 261 ss., in particolare nota 240; P. Gonnelli e G. Mirabelli, *Trasporto*, cit., p. 1166; M. Iannuzzi, *Del trasporto*, cit., p. 281; M. Stolfi, *Appalto. Trasporto*, cit., p. 149.

cui all'art. 2698 c.c.[172].

Tali clausole sono quindi invalide ove riguardino diritti indisponibili oppure se l'inversione dell'onere della prova renda al mittente o al destinatario eccessivamente oneroso l'esercizio del suo diritto[173].

La disposizione recata dall'art. 1694 c.c. è stata ritenuta speciale rispetto al dettato dell'art. 2698 c.c., in quanto essa rende indipendenti le clausole di presunzione di fortuito «normale» nel trasporto di cose dal divieto di rendere, per chi subisce tale presunzione, eccessivamente difficile la prova contraria[174].

Nel caso di deroghe a favore del vettore concluse su moduli o formulari è richiesto il rispetto delle disposizione di cui agli artt. 1341 e 1342 c.c. [175].

Il regime di responsabilità di cui all'art. 1693 c.c. è dunque mitigato dall'affermazione della validità delle clausole negoziali che introducono presunzioni convenzionali di irresponsabilità *iuris tantum* in capo al vettore con l'effetto di invertire l'onere della prova[176].

Nell'art. 1694 c.c. si è evitato di tipizzare i rischi particolari e considerevolmente possibili di danno alle cose trasportate[177].

Proprio per la difficoltà di identificare in concreto la nozione di fortuito quale causa esimente dalla responsabilità per perdita e avaria il codice statuisce che sono valide le clausole contrattuali che stabiliscono presunzioni di fortuito per eventi che normalmente, in relazione alle condizioni del trasporto, dipendono da caso fortuito[178].

E' consentito quindi alle parti di stabilire presunzioni di fortuito in relazione ad accadimenti che normalmente, in relazione ai mezzi ed alle condizioni del trasporto, dipendono da caso fortuito, ossia rappresentano fattori causativi di danno non riferibili a colpa del vettore[179].

Tali clausole non costituiscono una deroga al principio che la responsabilità del vettore risulta esclusa soltanto in presenza di una delle cause previste dalla legge, ma costituiscono una semplificazione dell'accertamento giudiziale o negoziale diretto alla ricognizione della concomi-

[172] Cfr. P. Gonnelli e G. Mirabelli, *Trasporto*, cit., p. 1166.

[173] Cfr. P. Gonnelli e G. Mirabelli, *Trasporto*, cit., p. 1166.

[174] Cfr. S. Busti, *Contratto di trasporto terrestre*, cit., p. 942 ss., in particolare nota 307.

[175] Cfr. G. Caturani e A. Sensale, *Il trasporto*, cit., p. 170.

[176] Cfr. S. Zunarelli e M. Comenale Pinto, *Manuale di diritto della navigazione e dei trasporti*, cit., p. 235.

[177] Cfr. S. Busti, *Contratto di trasporto terrestre*, cit., pp. 942-943.

[178] Cfr. P. Gonnelli e G. Mirabelli, *Trasporto*, cit., p. 1166.

[179] Cfr. A. Antonini, *Corso*, cit., p. 233.

tanza, o meno, nella singola fattispecie, di caso fortuito avente incidenza causale esclusiva nella perdita o avaria delle cose trasportate[180].

Si tratta, in sostanza, di presunzioni semplici, superabili allegando la prova contraria, determinandosi in tal modo soltanto uno spostamento dell'onere della prova[181].

La presunzione di irresponsabilità di cui all'art. 1694 c.c. postula comunque che il vettore dia la prova della (soltanto) potenziale connessione tra l'evento di danno alle merci ed una situazione di normale rischio per le stesse in relazione alla loro natura ed alle pattuite modalità del loro trasferimento, tanto da far presumere il fortuito[182].

In presenza di tali clausole opera l'inversione dell'onere della prova, nel senso che la dimostrazione della derivazione causale del danno da uno di tali fattori esonera il vettore da responsabilità, salvo che il danneggiato interessato al carico dimostri positivamente che il danno è derivato non già dall'accadimento assunto come fortuito ma dalla colpa del vettore[183].

La prova contraria consiste o nella dimostrazione della colpa (o del dolo) del vettore (o dei suoi ausiliari) nella causazione dell'evento corrispondente alla presunzione di fortuito oppure che il fatto dannoso non coincide con il preteso caso fortuito, non essendo tenuto il danneggiato, in quest'ultima ipotesi, a dimostrare anche la colpa del vettore[184].

Il danneggiato può comunque sempre dimostrare che fra il danno e l'evento oggetto della presunzione di fortuito non sussiste alcun nesso causale[185].

[180] Cfr. P. Gonnelli e G. Mirabelli, *Trasporto*, cit., p. 1166.
[181] Cfr. P. Gonnelli e G. Mirabelli, *Trasporto*, cit., p. 1166.
[182] Cfr. S. Busti, *Contratto di trasporto terrestre*, cit., p. 943.
[183] Cfr. A. Antonini, *Corso*, cit., p. 251; M. Stolfi, *Appalto. Trasporto*, cit., p. 144.
[184] Cfr. S. Busti, *Contratto di trasporto terrestre*, cit., p. 942 ss., in particolare nota 307.
[185] In tal senso, cfr. G. Caturani e A. Sensale, *Il trasporto*, cit., p. 171.

GIUSEPPE SACCONE

Il giusto processo alla luce del contraddittorio e all'ombra delle sue deroghe

***"la caccia vale più della preda"* o *"la preda vale* [talvolta] *più della caccia"*?**

SOMMARIO: 1. Il giusto processo alla luce del contraddittorio. - 2. Il contraddittorio nella sua valenza logica, metodologica, epistemologica, politica. - 3. Circolazione probatoria e deroghe al contraddittorio. - 4. L'art. 238 *bis* c.p.p. come ipotesi *sui generis* di limite al contraddittorio.

1. *Il giusto processo alla luce del contraddittorio*

Quando nel processo giurisdizionale si afferma che il modo in cui si agisce conta più del risultato o, secondo la famosa metafora di corderiana memoria, che «la caccia vale più della preda»[1] si vuol sostenere che il processo penale deve prodigarsi non tanto nell'utopico sforzo di raggiungere la verità assoluta sui fatti oggetto di contesa, quanto nel tentativo di coniugare due obiettivi "strumentali": il perseguimento di un metodo di ricerca idoneo a supportare la formazione di un convincimento quanto più possibile corretto sulla *res iudicanda*, e la contestuale salvaguardia dei diritti fondamentali delle parti, e, *in primis*, dell'accusato, che del rito è - non l'oggetto - ma un soggetto[2], "l'unico che, nel processo penale , "ci rimette"[3].

Nella sua funzione di «metodo giudiziario», di «modo con il quale si caccia»[4], il contraddittorio processuale non può risolversi in una libera contesa dialettica, poiché il microcosmo giurisdizionale *habet sua sidera*: gli strumenti di persuasione del terzo (il giudice) debbono consistere in meccanismi di produzione della conoscenza obbedienti a canoni for-

[1] F. CORDERO, *Diatribe sul processo accusatorio*, in ID., *Ideologie del processo penale*, Milano, 1966, p. 220.

[2] In tal senso, S. CIAMPI, *L'informazione dell'indagato nel procedimento penale*, Milano, 2010, p. 186.

[3] A. DE CARO, *Costituzionalizzazione del diritto al contraddittorio e circolazione probatoria, I Ciclo di Seminari di Procedura Penale* a cura della Cattedra di Procedura Penale Università Telematica Pegaso Napoli, 4 maggio 2012, in *www.unipegaso.it, Pegaso Tv, Sezione Education-Seminari di procedura penale I ciclo.*

mali intesi a garantire il risultato e a rispettare i diritti fondamentali"[5]. Ciò che conta, allora, non è solo il raggiungimento di una certezza giuridica che sia e appaia alla collettività come la più prossima al vero, ma che ciò avvenga nel pieno rispetto dei diritti e della dignità dei protagonisti della vicenda processuale. Tutto ciò significa che ciascuno dei passaggi che struttura il procedimento probatorio è sensibile alla questione di metodo, nel senso che il suo svolgimento in modo autocratico da parte di un inquisitore solitario non è omologabile, per qualità intrinseche, ad un'attività che, sugli stessi temi, sia governata dalle iniziative di tutte le parti interessate; così come la gamma dei poteri spettanti a ciascuna di esse non è indifferente rispetto ai possibili esiti della ricerca. «Poiché ogni passaggio della catena inferenziale contiene il rischio dell'errore, bisogna […] che il giudice abbia sempre di fronte a sé il dubbio, bene esemplificato dalle opposte ragioni delle parti: non solo nella valutazione delle prove, ma prima ancora nel momento della loro formazione, quando siano costruite nel processo. Che il lavorio analitico nella ricostruzione del fatto e poi nella sua definizione non sia mai sottratto al vaglio dialettico, al contributo critico delle parti: ecco il miglior antidoto contro i pericoli di un accertamento unilaterale o superficiale, di un primato delle ipotesi sui fatti»[6].

Il metodo incide sul risultato, e la logica del confronto agonistico, del tentativo di reciproca falsificazione[7], rappresenta – pur sul presupposto «della generale (e ormai uniformemente accettata) impossibilità di conseguire […] soglie 'assolute' di accertamento dei fatti empirici»[8] – la garanzia più affidabile di attingere ad una soluzione gno-

[4] A. De Caro, *Costituzionalizzazione del diritto al contraddittorio e circolazione probatoria,* cit.

[5] G. Giostra, voce *Contraddittorio (principio del) - II) Diritto processuale penale,* in *Enc. giur. Treccani*, vol. VIII, Roma, 2001, p. 2. Ciò che conta secondo l'Autore è il raggiungimento di una certezza giuridica che sia ed appaia alla collettività come la più prossima al vero, e ciò deve avvenire nel pieno rispetto dei diritti e della dignità dei protagonisti della vicenda processuale.

[6] P. Ferrua, voce *Difesa (diritto di),* in *Dig. disc. pen.*, vol. III, Torino, 1989, p. 468; ID. *Processo penale, contraddittorio e indagini difensive*, in *Studi sul processo penale, III. Declino del contraddittorio e garantismo reattivo*, Torino, 1997, p. 95.

[7] "La funzione dell'avvocato non è quella di ingarbugliare la corte e, anche quando lo fa, la sua funzione – nobilissima - è quella di fomentare il dubbio, perché il giudice deve verificare se gli elementi [probatori] consentono di superare il ragionevole dubbio". Così A. De Caro, *Costituzionalizzazione del diritto al contraddittorio e circolazione probatoria,* cit.

[8] G. Di Chiara, *Processo penale e giurisprudenza costituzionale, Itinerari*, in "*Il Foro Italiano*", 1996, p. 6.

seologicamente[9] corretta. Nell'ambito della logica, il contraddittorio era, infatti, visto come quel principio per cui si hanno «due giudizi, dei quali l'uno nega quello stesso che l'altro afferma»[10], ovvero come il rapporto tra due ragionamenti che - rispetto allo stesso *thema* - affermano cose opposte, finalizzato alla ricerca di principi generali, e oggetto della speculazione dialettica.

Se ciò è vero dal punto di vista gnoseologico, non può non esserlo sul terreno delle scienze umane, in cui il diritto si ritaglia uno spazio rilevante nella sua funzione di accertamento della verità, ma non nell'accezione storico-filosofica, bensì in senso processuale: quella *cognitio et ratio* di cui parlavano gli antichi, verità semantica, che è la verità intesa come *ciò che si dice di entità linguistiche o mentali*, a differenza della verità ontologica (come realtà, autenticità, essere)[11]. D'altronde, come efficacemen-

[9] Per la funzione gnoseologica del contraddittorio v. *ex multis* C. Fanuele, *Le contestazioni nell'esame testimoniale*, Padova, 2005, p. 88 e ss.; A. De Francesco, *Il principio del contraddittorio nella formazione della prova nella Costituzione italiana. Analisi della giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di prova penale*, Milano, 2005, p. 178; G. Giostra, *Contraddittorio (principio del), II) Dir. proc. pen.*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VIII, Agg., Roma, 2001, p. 1 e ss.

[10] Aristotele, *Organon*, secondo l'analisi e il commento di S. Boezio, *De Interpretatione, Editio prima*, PL, 64, coll. 293 e ss.

[11] «Qual è l'oggetto della decisione del giudice? Se chiudete gli occhi e non fate un grande sforzo di fantasia, risponderete tutti con una parola, che sembra semplice, ma in realtà è molto complessa: la verità. In realtà le cose non stanno proprio così. E analizzandone le ragioni, forse si riesce a capire perché è stata fatta questa scelta epistemologica dal legislatore costituzionale prima, dal legislatore del 1988 poi, e dal legislatore costituzionale del 1999 in maniera definitiva, direi formalmente definitiva. Proprio perché nel processo penale non si accerta la verità, e non perché essa sia antipatica … anzi la verità è un fatto nobile. Non si accerta la verità per una constatazione oggettiva: la verità come concetto assoluto e irrintracciabile, non è verificabile, è un concetto teologico, non è un concetto giuridico. Nessuno potrà mai dire, all'esito di un processo, se i fatti accertati corrispondono realmente a quell'evento irripetibile che è il reato. Soprattutto quando il processo è indiziario. Ovviamente non ci si può fermare di fronte a questa constatazione. E' necessario che un sistema democratico abbia al suo interno dei meccanismi capaci di accertare i fatti e di applicare le sanzioni legali previste dalla legge. Ma ciò va fatto, però, utilizzando dei criteri diversi dalla constatazione che l'obiettivo è la verità. Ci sono stati dei momenti storici nei quali si cercava la verità a tutti i costi. C'è stato un periodo abbastanza buio della nostra storia, l'Inquisizione di Santa Romana Chiesa, soprattutto, in cui vigeva la tortura. Era il metodo attraverso cui si raggiungeva la verità. Il fine era nobile: la ricerca della verità. Il metodo era profondamente lesivo dei diritti fondamentali dell'individuo che all'epoca, in verità, non erano neppure ipotizzati. Esisteva ancora un concetto di persona molto diverso da quello che poi l'evoluzione della storia della democrazia e della ragione umana ha consentito di raggiungere. Dall'Illuminismo in poi la persona è divenuta il centro di una serie di diritti, di una serie di libertà che sono state man mano amplificate. Ciò ha determinato la mutazione del modo di ragionare. Quindi non si accerta la verità, perché la verità assoluta - per chi ci crede - è riservata a Nostro Signore, è quella che pro-

te sostenuto in dottrina, «è corretto denunciare quanto spesso suoni ambiguo e vuoto il richiamo alla 'verità', fonte di abusi d'ogni genere nella storia del processo, anche perché nulla dice sui criteri della ricerca; ed è doveroso sottolineare l'impossibilità di andare oltre il 'probabilmente vero o l''approssimativamente vero'. Ma lasciare il valore della verità al processo inquisitorio che lo persegue in un contesto autoritario, chiuso al dialogo e con forti restrizioni alle libertà fondamentali, è un grave errore, di cui approfittano i nemici del contraddittorio»[12].

L'esperienza giuridica è stata opportunamente valutata, nella sua dimensione processuale, come *scientia probabilis* in cui solo il metodo dialettico è in grado di condurre alla "verità probabile": infatti non è possibile «nessuna forma di conoscenza nel dominio del probabile, ignorando le opinioni altrui»[13]. Il contraddittorio, pertanto, costituisce lo strumento più idoneo a ridurre lo scarto tra verità giudiziale e verità storica, atteso che «nei duemila anni di storia che abbiamo alle nostre spalle, non è stato ancora scoperto un diverso sistema di accertamento della verità che non quello del confronto dialettico di tesi contrapposte»[14].

È certo che ogni forma di contraddittorio presuppone una dualità antagonistica e paritetica, nel senso che i suoi protagonisti debbono essere portatori di interessi ed obiettivi diversi, devono godere di diritti equivalenti; devono, pertanto, conoscere compiutamente l'oggetto del contendere, tanto da doverlo considerare un presupposto del contraddittorio[15]. La contrapposizione dialettica ha, poi, come obiettivo quello di persuadere un terzo deputato a risolverla. Da ciò «il contraddittorio postula sempre un rapporto triadico»[16].

viene direttamente da Dio. Quella che si accerta nel processo è una verità relativa. I filosofi parlano di concezione semantica della verità. E si dice che se un processo con verità è un'utopia, un processo senza verità è una contraddizione in termini; perché la verità nobilita il processo, tenendo, però, chiaro che la verità come concetto assoluto non esiste». Cfr. A. De Caro, *Costituzionalizzazione del diritto al contraddittorio e circolazione probatoria,* cit.

[12] P. Ferrua, *Studi sul processo penale,* vol. II, *Anamorfosi del processo accusatorio*, Torino, 1992, p. 187.

[13] A. Giuliani, *La controversia. Contributo alla logica giuridica,* in AA.VV., *Studi nelle scienze giuridiche e sociali dell'Università di Pavia*, Pavia, 1967.

[14] G. Pansini, *La rassegnazione inquisitoria*, Padova, 2002, p. 93.

[15] G. Conso, *Considerazioni in tema di contraddittorio nel processo penale italiano*, in "*Riv. it. dir. e proc. pen*.", 1966, p. 405.

[16] F. Cordero, *Riti e sapienza del diritto*, Bari-Roma, 1981, p. 433; G. Giostra, *Contraddittorio (principio del)*, in *Enc. giur. Treccani*, cit., p. 1. In tal senso v. anche A. De Caro, *Costituzionalizzazione del diritto al contraddittorio e circolazione probatoria,* cit., in cui l'Autore afferma: «Il contraddittorio non è un discorso a due, ma è un discorso a tre: parti e giudice, perché le parti essenziali sono PM e difesa, se c'è anche la parte civile diventa un discor-

E se nel confronto dialettico è stato ravvisato l'indefettibile nucleo dell'idea di «giustizia procedurale minima»[17], sia civile che penale, e la conflittualità degli interessi alla base dell'intervento giurisdizionale troverebbe la sua espressione fisiologica nella strutturazione in forma dialettica del processo, che, secondo la dottrina processualcivilista, non sarebbe altro che "l'organizzazione giuridica del contraddittorio", nell'ambito prettamente penale - poiché la struttura del processo non dipende tanto dal rapporto che vi è sotteso, quanto dallo scopo che gli si assegna, cioè dalle scelte di valore[18] - è necessario estendere il contraddittorio come metodo all'interno della giurisdizione, "processualizzandone" le modalità di svolgimento. Esso, dunque, non può essere considerato un mero dialogo informale, ma un confronto dialettico disciplinato da un preciso *ordo procedendi*, scandito da ritmi processuali precisi e vincolato a specifiche regole probatorie: il contraddittorio in senso "processuale" non deve vertere soltanto sull'oggetto da provare, *res iudicanda*, ma anche sulle attività intese a provarlo, *iudicium*.

2. *Il contraddittorio nella sua valenza logica, metodologica, epistemologica, politica.*

Nel processo, inteso - allora - come sequela di atti il cui compimento è idoneo ad influire sul relativo epilogo, i vari momenti dialettici hanno una autonomia logica e confluiscono in quella unità teleologica alla

so a quattro, ma al minimo deve essere un discorso a tre, in cui il giudice è il fautore del momento probatorio. Questo è un passaggio a cui bisogna prestare molta attenzione, perché si dice spesso che il giudice deve assumere un atteggiamento neutro nei confronti della prova. Questa può essere una profonda verità o un errore macroscopico: è verità quando vuole significare che il giudice è neutrale rispetto all'iniziativa probatoria, al diritto alla prova che, infatti, spetta alle parti, in quanto il giudice che dovesse esercitare un diritto alla prova sarebbe un giudice che inevitabilmente cede la propria imparzialità. Perché quando si assume l'iniziativa probatoria si individua un momento conclusivo da raggiungere e un percorso per raggiungerlo: esattamente l'opposto di quello che deve fare il giudice. Invece nella fase di formazione del dato probatorio numerose prove sono prove del giudice (la ricognizione, il confronto). Anche nell'esame e nel controesame il ruolo del giudice non sarà quello di chi interviene con prepotenza, ma certamente è il ruolo di chi evita che l'esame diventi uno scontro, perché il rischio proprio del contraddittorio è che si trasformi in uno scontro dove vince il più forte, il più bravo, il più ricco (saremmo agli antipodi del giusto processo); invece il giudice deve garantire che il confronto sia leale, che abbia come obiettivo l'accertamento perché all'esito si dovranno avere quante più informazioni possibili in maniera che il giudice possa decidere».

[17] S. Veca, *Sull'idea di giustizia procedurale minima*, in *Riv fil.*, XCII, 2001, p. 231.

[18] P. Calamandrei, *Processo e giustizia*, in M. CAPPELLETTI (a cura di), *Opere giuridiche,* I, Napoli, 1965, p. 572.

loro base, che è la comune direzione verso un risultato finale, dal contenuto variabile a seconda dell'obiettivo che ciascuna parte persegue.

Tale proiezione finalistica della volontà di ciascuna delle parti verso un evento futuro che non è nel suo esclusivo potere, ma al cui prodursi essa contribuisce, essenzialmente, attraverso attività volte a persuadere il giudice[19], percorre l'intera dialettica processuale, dalla domanda alla decisione: ciò comporta che una sentenza può dirsi pronunciata in contraddittorio, quando questo ha accompagnato l'intero suo *iter* di formazione. Per cui il contraddittorio è garanzia di metodo soltanto quando non resta «intransitiva logomachia fra le parti, ma impegna il giudice, fissando il perimetro e le scansioni del suo decidere»[20].

Nell'ambito del processo penale, il principio del contraddittorio trova il suo settore privilegiato anche se di più difficile realizzazione. nel conflitto autorità-libertà, nell'esigenza di tutelare i valori fondamentali dell'individuo, il confronto dialettico trova la sua sede elettiva non solo dal punto di vista giuridico, ma anche in senso politico-ideologico.

Nei sistemi assolutistici, caratterizzati da un assetto istituzionale improntato alla prevalenza del potere sul diritto, c'è indubbiamente un naturale rifiuto verso modelli processuali che comportino una equiparazione dell'autorità (inquirente) all'individuo (inquisito), posti su un terreno comune di confronto in termini dialettici. Il metodo sperimentato contro l'*haeretica pravitas* sin dagli inizi del XIII secolo è l'emblema di ogni propensione inquisitoria di ricercare la verità, procedendo *simpliciter et de plano absque ad vocatorum et iudiciorum strepitu et figura* giacché «…l'abitudine alla discussione fa presto a corrodere i fondamenti carismatici del potere politico»[21].

Ma quando il conflitto autorità-libertà/potere-diritto inizia a pendere molto di più verso il secondo termine dei binomi, quando, dunque, ai presupposti di inquisizione e repressione fanno spazio i valori di garanzia e di democrazia, il contraddittorio assume il ruolo di forza mo-

[19] Le c.d. "*Erwirkungshandlungen*", secondo l'espressione tedesca dello studioso J. Goldschmidt, sono attività processuali dirette a ottenere dal giudice una pronuncia di contenuto determinato. Un'*erwirkungshanlung* per eccellenza è la formazione del mezzo di prova. Nella loro differenza con le *Bewirkungshandlungen*, quali attività volte essenzialmente a creare situazioni processuali nell'ambito delle quali sia possibile compiere attività del primo tipo. Cfr. R. Orlandi, *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale,* in P. Ferrua-F.M. Grifantini-G. Illuminati-R. Orlandi, *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 2005, p. 1, in nota.

[20] G. Gostra, *Contraddittorio (principio del)*, cit., p. 1 e ss.

[21] F. Cordero, *Ideologia del processo penale*, Milano, 1966, p. 6.

trice rispetto agli altri principi del processo che lo condizionano e lo qualificano: la realizzazione del contraddittorio, insomma, denota un processo penale assiologicamente orientato, cioè una concezione della giustizia dove il metodo per scrutare la verità rappresenta di per sé un valore, nella considerazione che un «giusto processo non è eticamente e socialmente meno importante di una giusta decisione»[22].

Se si prescinde dal contraddittorio - non solo opzione tecnica, principio politico, forza epistemologica, ma «traduzione in atto di una vera e propria scelta di civilità»[23] - sarebbe arduo, in caso di condanna, definire la colpevolezza provata "oltre ogni ragionevole dubbio", come vuole l'art. 533, comma 1 cpp: se una parte non viene messa in condizione di interloquire sul *thema decidendum* e di contribuire in modo effettivo alla formazione del convincimento del giudice, dal punto di vista delle teorie della conoscenza potrà sempre avanzarsi un "ragionevole dubbio" circa la correttezza del giudizio operato dall'*in medio cognoscens.* D'altronde «il tema del dubbio non è un tema estraneo o eccentrico rispetto alla decisione del giudice, ma *è* il tema della decisione del giudice, al quale va pertanto fornito tutto il materiale informativo possibile. E il miglior metodo scientifico per consentire al giudice di avere a disposizione gli elementi necessari, nella maniera più completa possibile è il contraddittorio: soprattutto è l'esercizio della regola d'oro del contraddittorio, ossia l'esame incrociato (direct examination, cross-examination, riesamination = esame diretto, controesame, riesame); l'esame diretto, in particolare, che non va interpretato, però, come una competizione, bensì come un confronto dialettico tra le parti, di cui il giudice non è lo spettatore, ma è arbitro, colui, cioè, che lo incanala sui binari dell'accertamento»[24]. Per dirla con Calamandrei «nel processo moderno, quello che risponde ai principi costituzionali degli ordinamenti democratici moderni», il principio fondamentale, la forza motrice, la garanzia suprema «è il 'principio del contraddittorio: *audiatur et altera pars; nemo potest inauditus damnari*"[25]», a sottolinearne la componente soggettiva[26], ma non senza rimar-

[22] O. Dominioni, *L imputato fra protagonismo dell'accusa e subalternità della difesa*, in *"Arch. pen."*, 1982, p. 79.

[23] G. Giostra, *Contraddittorio (principio del),* cit., p. 5,

[24] A. De Caro, *Costituzionalizzazione del diritto al contraddittorio e circolazione probatoria*, cit.

[25] P. Calamandrei, *Processo e democrazia. La dialetticità nel processo*, in ID. *Conferenza tenuta alla facoltà di diritto dell'Università nazionale del Messico*, Padova, 1954, p. 678.

[26] Come pure fanno in dottrina E. Amodio, S. Maffei, G. Spangher, e in giurisprudenza Corte Cost., 26 giugno 2009, n. 184, in *http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2009&numero=184.*

carne, parallelamente, il connotato metodologico, la caratura epistemologica, delineata dallo stesso Autore con l'affermare che «nel processo è indispensabile il contraddittorio […] nell'interesse della giustizia e del giudice, che proprio nella contrapposizione dialettica […] trova senza fatica il miglior mezzo per vedere dinanzi a sé, illuminata sotto i più diversi profili, la verità tutt'intera»[27].

Secondo autorevole dottrina sarebbe, d'altronde, un equivoco assai nocivo la tendenza, che pervade molti discorsi sul processo penale, a concepire il contraddittorio «come una mera garanzia individuale che tutela efficacemente l'imputato, ma entra per ciò stesso in conflitto con le esigenze di ricostruzione dei fatti»[28]: si è «insistito troppo sul contraddittorio come diritto di difesa, come garanzia individuale» senza rimarcare «con pari forza la sua dimensione pubblicistica di *mezzo* per l'accertamento della verità, per la corretta ricostruzione dei fatti»[29].

Ma, al di là degli sterili *distinguo* che vorrebbero il contraddittorio come principio invece che come diritto, come metodo piuttosto che come garanzia, e che nell'affannosa bipartizione in oggettivo e soggettivo tralasciano di considerare che non è esclusa la possibilità di coesistenza di tutte le diverse "anime" nel medesimo concetto[30], non si può non rico-

[27] P. Calamandrei *Processo e democrazia. La dialetticità nel processo*, cit., p. 682.

[28] P. Ferrua, *Contraddittorio e verità nel processo penale*,in ID., *Studi sul processo penale*, vol. II, *Anamorfosi del processo accusatorio*, cit., p. 47.

[29] *Ivi*, p. 49. Il corsivo è nostro.

[30] In dottrina c'è chi non accoglie questa distinzione: in tal senso cfr. E. Amodio, *Processo penale, diritto europeo e common law. Dal rito inquisitorio al giusto processo*, Milano, 2003, p. 136, in cui si ritiene "erronea" e "fuorviante" la dicotomia tra garanzie oggettive e soggettive derivante dal nuovo art. 111 Cost., in quanto, secondo l'Autore "riemerge" in tale distinzione, «in una forma nuova e quanto mai insidiosa per la copertura che se ne vorrebbe ricavare dall'art. 111 Cost., quella antitesi tra garantismo e difesa sociale cui da sempre viene attribuito un ruolo centrale nella disciplina del processo penale»; e ancora G. Ubertis, *Contraddittorio e difesa nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: riflessi nell'ordinamento italiano*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1093, in cui, allo stesso modo, si afferma che, poiché evidenziare il valore del contraddittorio in una prospettiva epistemologica non comporta rinunciare alla ricerca della verità giudiziaria, «ne deriva il rifiuto della distinzione, da taluno sostenuta, tra contraddittorio oggettivo e contraddittorio soggettivo. Il contraddittorio, invero, è un modo di procedere che, se mai, si realizza attraverso il riconoscimento dei diritti di intervento nel processo garantiti alle parti: e sono questi diritti a possedere un profilo soggettivo, non il contraddittorio in quanto tale». In giurisprudenza, cfr. Corte cost., 21 marzo 2007, n. 117, in *http://www.giurcost.org/decisioni/2007/0117s-07.html*, dove si prescinde «da qualsiasi considerazione sulla validità della concezione oggettiva del contraddittorio"» e si afferma che la formula del contraddittorio nella formazione della prova «non comporta che il cosiddetto profilo oggettivo […] non sia correlato a quello soggettivo», essendo «ciò che conta [...] pur sempre la tutela del diritto di difesa».

noscere che il contraddittorio è posto in imprescindibile rapporto col giusto processo. E pertanto il sapere del giudice - come risultante dall'acquisizione dei dati cognitivi portati dalle prove - deve formarsi in ossequio ad un ben determinato *metodo legale probatorio*, che intende anche tutelare il singolo dalle degenerazioni decisorie sempre possibili quando si lasciano il soggetto inquirente e l'organo giudicante liberi nell'esercizio della loro potestà cognitiva. Il libero convincimento del giudice diventerebbe «vorace potenza superlogica» allorché questi venga autorizzato «a fagocitare tutto ciò che appare sulla scena del processo: che si tratti di verbali degli atti raccolti dalla polizia o di un accertamento fatto […] in modo magari atipico non fa nessuna differenza. Tutto [da utilizzare] ai fini della decisione»[31]. Viceversa, «il giudice non è un animale onnivoro: è animale che usa il cibo epistemologicamente testato, cioè che si è formato in contraddittorio»[32] e che gli è utile per decidere «secondo il libero convincimento, che si dice razionale, perché egli deve dar conto, in motivazione, del percorso seguito, delle ragioni per le quali ha deciso in un dato modo e, soprattutto, delle ragioni per le quali la prova contraria (prova di resistenza) non è stata utile a ingenerare quel ragionevole dubbio che è la soglia della valutazione del giudice; ma soprattutto legale, cioè fondato sugli *elementi probatori legalmente formati*, secondo il metodo dialogico»[33].

In tal senso, l'assunto per cui "sono fattori autosufficienti di legittimazione non i risultati delle ricerche, ma i modi di produzione della verità"[34] ha, ormai, a tutti gli effetti, copertura costituzionale nell'art. 111 della Costituzione, che - pur non facendo alcun riferimento diretto ad un principio di legalità probatoria - è frutto della scelta del legislatore di vincolare il corretto esercizio della giurisdizione all'utilizzo di un preciso metodo probatorio[35]. Se, infatti, la disposizione richiamata sancisce al pri-

[31] F. Cordero, *Diatribe sul processo accusatorio*, in ID., *Ideologie del processo penale*, Milano, 1966, p. 230.

[32] A. De Caro, *Costituzionalizzazione del diritto al contraddittorio e circolazione probatoria*, cit.

[33] A. De Caro, *ivi*.

[34] C. Santoriello, in F.R. Dinacci (a cura di), *Processo penale e Costituzione*, Milano, 2010, p. 412.

[35] L'*iter* parlamentare che ha portato alla riforma dell'art. 111 Cost. e la collocazione sistematica dell'articolo stesso evidenziano, come sottolinea G. Riccio, presidente della Commissione Ministeriale per la Riforma del Codice di Procedura Penale, il progressivo passaggio del contraddittorio da diritto a regola per la giurisdizione ed il bisogno di "approfittare dell'occasione per rinforzare le regole della giurisdizione. Riccio evidenzia come la riforma operi su quattro diversi fronti: quello del giudice, con la creazione di un organo terzo ed imparziale, quello del processo, con le parti in posizione di parità di fronte alla

mo comma che "la giurisdizione si attua secondo il giusto processo[36] regolato dalla legge", e al quarto che "il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova", non potendo la colpevolezza dell'imputato essere provata "sulla base di dichiarazioni di chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore", si ricava come la Carta costituzionale subordini la qualificazione di un processo penale come "giusto" non al raggiungimento di un determinato risultato cognitivo, bensì alla circostanza che la fase istruttoria dello stesso si svolga secondo ben precisi criteri epistemologici che garantiscano ad un tempo l'attendibilità delle conclusioni e la tutela della posizione dell'accusato[37]. «La giustizia della sentenza sta nel cammino seguito per il risultato»[38] e «decisione giusta, cioè conforme ai principi del diritto, coerente alle risultanze processuali, è quella che si ottiene – secondo il legislatore – utilizzando il metodo dialogico della formazione della prova che è un diritto, ma è soprattutto un principio perché serve al giudice[39]».

Naturalmente il contraddittorio trova la sua massima espressione quando siano assicurati oralità e contestualità del confronto, di modo che ognuno dei protagonisti possa immediatamente ascoltare e controbattere le asserzioni dell'altro[40], per consentire al terzo di cogliere gli elementi per il proprio convincimento dalla viva voce e dal comportamento delle parti. Il contraddittorio fra le parti – nei molteplici aspetti e nelle diverse modalità di attuazione normativa – costituirebbe, dunque, «lo sche-

giurisdizione, quello del metodo cognitivo, in cui strumento principe è il contraddittorio, "contestualmente elevando a dignità costituzionale il consenso come strumento di rinunzia al metodo dialogico" ed infine quello del tempo del processo, "sul confluente terreno del diritto dell'imputato e dell'attesa della collettività".

Cfr. G. Riccio, *Nota di commento tecnico, in Commissione Riccio - per la riforma del codice di procedura penale (27 luglio 2006), in http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.wp?previsiousPage=mg_1_12&contentId=SPS47446.*

[36] Si può apprezzare la distinzione con il *fair trail* o *procès équitable* disciplinato dalla CEDU, che muove dal riconoscimento di un diritto al processo e di diritti nel processo, e l'art. 111 Cost., fondato sulla coesistenza tra dimensione oggettiva e soggettiva del giusto processo. Sul punto v. M. Chiavario, *Giusto processo*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVII, Roma, 2001, p. 65; P. Ferrua, *Il giusto processo*, II ed., Bologna, 2007, p. 25 e 91.

[37] In tal senso, C. Santoriello, *Processo penale e Costituzione, cit.*, p. 413, v. anche M. Chiavario, voce *Giusto processo, Il) Processo Penale,* in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVII, Roma, 2001, p. 1.

[38] T. Ascarelli, *Processo e democrazia,* in "*Riv. Trim. dir. proc. civ.*", 1958, p. 858.

[39] A. De Caro, *Costituzionalizzazione del diritto al contraddittorio e circolazione probatoria,* cit. Il corsivo è nostro.

[40] L. Ferraioli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989, p. 629.

ma metodologico per neutralizzare il pericolo insito in ogni giudizio: la inevitabile soggettività del giudicante. Nessuna investitura di funzione assicura, di per sé, l'imparzialità del giudice. La vera garanzia risiede nelle regole processuali che collocano il giudice in posizione di eguale distanza fra le parti. Conseguentemente, il contraddittorio realizza qualcosa più che un diritto di queste ultime di essere interpellate e di contribuire, con proprie iniziative, all'accertamento del fatto: vi si deve cogliere l'espressione di un principio (essenzialmente politico) volto a realizzare l'imparzialità del giudizio»[41].

Per questa ragione, la dimensione dialettica dell'escussione probatoria dinanzi al giudice è del tutto funzionale all'esigenza di imparzialità e dà effettiva impronta accusatoria ad un sistema in cui sono riconosciute le garanzie individuali[42].

3. *Circolazione probatoria e deroghe al contraddittorio.*

La manovra culminata nella legge costituzionale 23 novembre 1999, n° 2, di modifica dell'art. 111 Cost. rappresenta, più che un traguardo, un nuovo inizio: confermata la predilezione del processo penale per il contraddittorio, la parità tra le parti e l'imparzialità del giudice, rimane da definire quale spazio spetti alla circolazione delle prove. In astratto, la stessa esistenza di tale fenomeno attenua l'integrità del contraddittorio come vessillo dell'accertamento penale: la discussione sul dato preformato non è contraddittorio *per* la prova, poiché carente di immediatezza, ed il confronto delle parti *sulla* prova garantisce un'oralità critica, ma non genetica.

D'altronde, generalmente la disciplina sulla prova dipende da come si concepisce l'intervento giudiziario, nonché dalle tecniche di accertamento. Come ben si sottolinea in dottrina «se prevale l'idea autoritaria del processo – dove un magistrato ha il potere di esplorare la vicenda con ogni mezzo che crede – il legislatore è poco attento alla fissazione di regole in materia di prove, perché l'esito giudiziario conta molto di più del

[41] R. Orlandi, *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, cit., p. 9. L'Autore nega valenza logica ed epistemologica al contraddittorio. Afferma in nota al testo citato: «Personalmente, sono dell'opinione che - anche dopo la riforma dell'art. 111 Cost. - il contraddittorio nella formazione della prova continui ad avere un fondamento politico (e non logico). Esso assicura un modo accettabile (sul piano sociale e giuridico-culturale) di pervenire all'accertamento di responsabilità penali. Non fornisce alcuna garanzia logica e, men che meno, epistemologica».

[42] A. A. Dalia-M. Ferraioli, *Manuale di diritto di procedura penale*, Padova, 2004, p. 700.

"come" lo si raggiunge… Se, al contrario, si pensa – sulla base di un assetto pluralistico di valori – che la disciplina del processo è frutto del bilanciamento tra più beni meritevoli di tutela, l'opzione cognitiva si muove attraverso un reticolo di norme in violazione delle quali il prodotto finale diventa insoddisfacente; in tal caso, è una disciplina ben scandita a guidare le mosse dei protagonisti sullo scacchiere dell'accertamento»[43].

Sebbene, come già affermato, di contraddittorio sia lecito parlare facendo riferimento ad un concetto polisenso, perché «contraddittorio è termine plurivoco della semantica giuridica»[44], il minimo denominatore dei significati ad esso attribuibili è rappresentato dalla possibilità che le parti si confrontino sul dato destinato a fondare la decisione; però, per la sua piena realizzazione servono una vera parità tra i contendenti, l'oralità come immediatezza, e l'imparzialità del giudice. Mancando una di queste voci, il contraddittorio sopravvive come principio, realizzabile nella forma del «più o meno»[45], ma non come regola, poiché la regola è il metodo epistemologico, il quale o si realizza appieno o non si compie affatto.

Per valutare la legittimità delle regole sulla trasmigrazione di prove tra procedimenti occorre, altresì, tenere a mente che, per volere del costituente, "la legge" deve assicurare "che la persona accusata di un reato […] abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico" (art. 111, co. 3), e che il giudizio sulla "colpevolezza dell'imputato" non può poggiare su dichiarazioni rese da persone che gli abbiamo volutamente negato il confronto. Appare evidente, dunque, che a tali coordinate non possano sfuggire i *congegni circolatori*: o si garantisce la partecipazione degli imputati alla genesi della prova "esterna", o si assicura il confronto con i dichiaranti nella sede di destinazione, oppure si dovrà rinunciare alla prova.

Del resto, conferme in tal senso giungono dalla lettura che la Corte di Strasburgo da tempo fornisce in merito all'art. 6 § 3 lett. *d* della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ove si prevede che ogni persona accusata abbia diritto di interrogare o far interrogare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'interrogazione di quelli a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni d'accusa. Nello specifico, la Corte Europea ha coniato due interpretazioni compatibili con questo dettato: dapprima, sarebbe prefe-

[43] Cfr. A. Scalfati, *Premesse sulla prova penale*, in G. Spangher (diretto da), *Trattato di procedura penale*, vol. II, tomo I, (a cura di A. Scalfati), *Le prove*,Torino, 2009, p. 3 e ss.

[44] G. Giostra, *Quale contraddittorio dopo la sentenza 361/1998 della Corte costituzionale?*, in "*Questione giustizia*", 1999, p. 198.

[45] Cfr. P. Ferrua, *Il giusto processo tra modelli, regole e principi*, in "*Dir. pen. proc.*", 2004, p. 405.

ribile che gli elementi di prova venissero «prodotti davanti all'accusato in pubblica udienza, in vista di un dibattito in contraddittorio»; in subordine, deve quanto meno essere concessa all'accusato «un'occasione adeguata e sufficiente per contestare» la prova a carico, confrontandosi con «l'autore, nel momento della deposizione o più tardi»[46].

La particolare elasticità del concetto di *fairness* processuale, tuttavia, ha guidato la Corte europea a tracciare anche una diversa – e meno esigente – soglia, al di sotto della quale - solo - andrebbe riconosciuta la violazione dell'art. 6: i diritti della difesa verrebbero violati qualora una condanna si fondasse «unicamente o in misura determinante sulle deposizioni di un testimone che né in fase istruttoria né durante il dibattimento l'accusato ha potuto interrogare o far interrogare»[47]. Tradotte in chiave nazionale, le prime due esegesi non permettono di considerare *fair* la circolazione delle prove se non nei casi di confronto tra accusatore e accusato nel procedimento d'origine o in quello di destinazione; la terza, invece, permette l'impiego delle prove trasferite anche senza un reale contraddittorio con la fonte delle accuse, purché i relativi verbali non siano impiegati come unici o determinanti elementi per decretare la condanna dell'imputato.

In questo caso, l'art. 111 Cost. si mostra più esigente, offrendo un'alternativa netta: o la prova è passata attraverso il contraddittorio (comma 4), oppure la sua utilizzabilità dipende da una delle eccezioni al metodo (comma 5). Peccato, però, che la portata delle deroghe gravi pesantemente sul contraddittorio, trasfigurandolo da regola a eccezione, e rendendo il sistema permeabile al proliferare di pratiche probatorie alternative[48].

L'art. 111 Cost., infatti, attribuisce (vorrebbe attribuire!) risalto costituzionale al principio del contraddittorio, anche nella prospettiva della impermeabilità del processo - quanto alla formazione della prova - al materiale raccolto in assenza della dialettica tra le parti, mirando così ad impedire che il fenomeno della circolazione probatoria (nelle sue varie forme) si atteggi a meccanismo illimitato e incondizionato di acquisizio-

[46] *Ex plurimis*, Corte EDU, 14 dicembre 1999, A.M. contro Italia, in "*Leg. pen.*", 2000, p. 159.

[47] V. soprattutto M. Chiavario, in S. Bartole-B. Conforti-G. Raimondi, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 241; A. Saccucci, *L'incidenza della Convenzione europea dei diritti umani sulle regole in materia di formazione e valutazione della prova*, in AA.VV., *Giusto processo e prove penali*, Milano, 2000, p. 291 e ss.; A. Tamietti, *Il diritto dell'imputato ad esaminare o far esaminare i testimoni a carico tra Convenzione europea e diritto interno*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1088 e ss.

[48] Cfr. H. Belluta, voce *Prova (circolazione della (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, vol. II, tomo I, Milano, 2008, p. 953 e ss.

ne di elementi raccolti nel corso delle indagini preliminari, prima e fuori del contraddittorio, o addirittura in altri procedimenti.

Come condivisibilmente affermato, «il principio di separazione delle fasi processuali introduce una concezione della prova strettamente legata a contesti di acquisizione ed uso, in cui il regime di utilizzazione del materiale probatorio è modulato sulla scorta della fase processuale di acquisizione e del metodo utilizzato per la sua formazione»[49]. Pertanto la possibilità di acquisire e utilizzare in dibattimento atti formatisi in un altro contesto si colloca emblematicamente al crocevia tra differenti concezioni del processo: «materia di regole minime e fortemente instabili, la tipologia dei filtri apposti alla circolazione contribuisce a far luce sulla natura stessa del sistema, il quale, nonostante l'aspirazione ad una certa autonomia dei singoli giudizi, non ne assicura le reciproca autosufficienza»[50].

Per capire se un sistema predilige l'oralità o la scrittura, il contraddittorio o la non dispersione, occorre concentrare sulla prova l'interesse e la diffidenza che suscita il tema della circolazione: «qui, come per il plasma in medicina, s'impone anzitutto di accertare la provenienza e la genuinità dell'elemento da trasfondere, poi la relativa compatibilità con le esigenze del destinatario»[51]. La validità della conoscenza è presupposto della sua spendibilità dentro e fuori della sede d'origine: quanto all'accoglienza nel diverso processo, all'elemento "esterno" non potranno riconoscersi condizioni più favorevoli di quelle riservate agli atti interni.

Sembra, dunque, lecito domandarsi se il sistema – accusatorio e ispirato ai canoni del giusto processo – «sopporti uno scambio extraprocedimentale di dati: senza dubbio, la 'acquisizione di verbali di prove di altri procedimenti' denuncia una chiara predilezione per il sapere in atti. Peraltro la storia dell'attuale rito penale dimostra che all'evolvere delle *priorità* si favorisce o si sacrifica il contraddittorio, trascurando o valorizzando gli elementi preformati»[52].

E', infatti, opportuno ricordare che quando la priorità per il nostro ordinamento giuridico è stata, all'inizio degli anni '90, quella della lotta al crimine, all'indomani della stagione delle stragi di mafia, ad essere avversato aspramente fu proprio «il principio di separazione tra fase delle indagini e fase del giudizio, (*ritenuto*) irragionevole e foriero di limiti (divieti) probatori in grado di vanificare l'utile esercizio dell'azio-

[49] M. Nobili, *La concezione relativistica della prova*, in ID., *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, p. 11.

[50] H. Belluta, cit., p. 953.

[51] *Ibidem*.

[52] *Ibidem*. Il corsivo è nostro.

ne penale»[53]. La pronuncia della Corte Costituzionale n° 255/1992 - a conclusione di un'operazione di «diritto giurisprudenziale inammissibile, che ha stravolto il sistema per via giuridiziaria»[54] - «argomentava nel senso

[53] G. SACCONE, *Il processo penale tra esigenze di difesa sociale e garanzie della persona: l'esperienza italiana*, in *http://www.diritto.it/docs/33092-il-processo-penale-tra-esigenze-di-difesa-sociale-e-garanzie-della-persona-l-esperienza-italiana#*.

[54] A. DE CARO, *Costituzionalizzazione del diritto al contraddittorio e circolazione probatoria*, cit. Nel suo intervento, l'Autore, altresì, afferma: «Non mi convincono le sentenze del 1992. Hanno devastato il codice di procedura penale, tant'è vero che hanno consentito una serie di aberrazioni processuali. Fra queste, una - ricorrente - in contrasto con l'art. 6 CEDU: l'imputato nella fase delle indagini fa una serie di affermazioni di accusa per uscire dal carcere, patteggia la pena, va al dibattimento, si avvale della facoltà di non rispondere; le dichiarazioni rese entrano a far parte del fascicolo del dibattimento, violando il principio previsto dall'art. 6, che è il diritto ad interrogare le fonti di accusa: l'imputato si sottrae volontariamente all'esame della difesa e, ciononostante, questo elemento diventa cruciale per un'affermazione di responsabilità. Chi di voi non griderebbe allo scandalo se fosse condannato senza poter sentire, chiedere, confrontarsi con il suo accusatore? E' un principio di democrazia basilare. Bisognava intervenire su questa "rivoluzione della Corte Costituzionale", giustamente criticata perché aveva una sorta di "torcicollo", in quanto la cultura dei giudici della Corte di quel momento storico era una cultura inquisitoria. Essi non hanno mai digerito il sistema completamente diverso, e allora la commistione ha generato un vero e proprio "mostro", che ha indotto il legislatore ad intervenire nel 1997, con la modifica dell'art. 513. Ovviamente il legislatore è intervenuto male. Innanzitutto non sulla prova dichiarativa nel suo complesso, ma solo su una parte di essa (quella che più preoccupava il legislatore che tentava di tutelare se stesso dalla stagione di tangentopoli). Il legislatore è, dunque, intervenuto in maniera parziale. Questo intervento legislativo è stato sottoposto nuovamente al vaglio della Corte Cost., che è intervenuta con una dichiarazione di legittimità dell'art. 513, ma questa volta con una sentenza che è un monumento giuridico: la sentenza n. 361/1998, criticabile sotto il profilo della scelta perché sposa una concezione formalistica e non sostanzialistica del contraddittorio, ma che però è una sentenza formidabile perché per la prima volta la Corte Cost. dice "il fine del processo è la verifica dell'imputazione", non l'accertamento della verità. Seconda affermazione importante: il diritto di difesa non è mai conculcabile, se non quando bisogna realizzare delle garanzie alternative e importanti. Terzo elemento: critica del diritto al silenzio; il legislatore non può amplificare il diritto al silenzio in maniera così totale, perché amplificandolo si creano dei vulnus all'accertamento, ai quali bisogna sopperire con delle modifiche che forse mettono in crisi determinati principi (se l'imputato si difende ha il diritto di mentire, e il diritto anche di non parlare; ma se decide di accusare un terzo ha il dovere parlare, perché assume la funzione che non è quella di difendersi, ma è quella di accusare qualcun altro; pertanto il diritto al silenzio andrebbe ridotto drasticamente, eliminando tutte quelle figure ibride, come il teste assistito, l'impumone, definite dalla dottrina). La Corte dice che il principio del contraddittorio è sicuramente espressione del diritto di difesa e va tutelato, però se si contestano all'imputato che si avvale della facoltà di non rispondere le dichiarazioni rese nel contraddittorio, si salvaguarda il metodo dialogico di formazione della prova. Qui è la caduta della Corte, che adotta una concezione formalistica e non sostanzialistica del contraddittorio. Perché contestare le dichiarazioni rese all'imputato muto non equivale a formare il dato probatorio secondo il metodo dialogico. Bisognava, allora, scrivere in Costituzione in maniera chiara quello che la dottrina più avveduta vi leggeva. Da qui nasce la legge costituzionale del 1999».

che nel sistema processuale introdotto dal codice d'ispirazione accusatoria, il principio del contraddittorio e, quindi, dell'oralità (e dell'immediatezza) nell'assunzione della prova dichiarativa dovesse convivere […] con il principio di "*non dispersione* (o conservazione) *della prova*", quest'ultimo volto a garantire che i materiali antecedentemente raccolti nella fase delle indagini preliminari non venissero del tutto vanificati nei casi in cui non si fosse riuscito, per specifici motivi indicati nello stesso codice (casi di c.d. "*irripetibilità dell'atto*", originaria o sopravvenuta), a riprodurre la prova in dibattimento»[55].

Sulla scorta di tali considerazioni, la Consulta dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 500 commi 3 e 4 c.p.p.[56], la cui formulazione originaria «sanciva un netto 'sbarramento' tra fase investigativa e fase dibattimentale, *nel prevedere* il divieto assoluto di considerare - come prova dei fatti in essa affermati - la dichiarazione utilizzata per la contestazione che poteva essere valutata dal giudice del dibattimento soltanto per stabilire la credibilità del teste»[57], e, pertanto, «costituiva il fulcro di un

[55] G. SACCONE, *Il processo penale tra esigenze di difesa sociale e garanzie della persona: l'esperienza italiana*, cit.

[56] Nel riconoscere che «il sistema accusatorio positivamente instaurato ha prescelto la dialettica del contraddittorio dibattimentale quale criterio maggiormente rispondente all'esigenza di ricerca della verità», la Corte affermava che, accanto al principio dell'oralità era presente il principio di non dispersione degli elementi di prova, non compiutamente (o non genuinamente) acquisibili con il metodo orale. Che la volontà del legislatore esprimesse anche un principio di non dispersione dei mezzi di prova emergeva con evidenza, secondo la corte, da tutti gli istituti che recuperano al fascicolo del dibattimento, e quindi alla utilizzazione probatoria, atti non suscettibili di essere surrogati (o compiutamente e genuinamente surrogati) da una prova dibattimentale: in tal senso depongono le disposizioni sugli atti irripetibili (art. 431 c.p.p., il quale dispone l'allegazione al fascicolo dibattimentale dei verbali degli atti non ripetibili compiuti dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria), sugli atti assunti nell'incidente probatorio (art. 392 c.p.p.), sulla lettura degli atti assunti dal pubblico ministero o dal giudice nel corso dell'udienza preliminare, quando per fatti o circostanze imprevedibili ne è divenuta impossibile la ripetizione (art. 512 c.p.p., configurato dalla dottrina come una sorta di necessario correttivo, avente carattere generale, al principio dell'oralità), sulla lettura di dichiarazioni rese dall'imputato (o dall'imputato in procedimento connesso o collegato) qualora sia contumace, assente, ovvero si rifiuti di rispondere (art. 513 c.p.p.), sull'acquisizione di dichiarazioni rese da testi "nel corso delle perquisizioni ovvero sul luogo e nell'immediatezza del fatto" o utilizzate per le contestazioni nell'esame (vecchio art. 500, comma 4 e art. 503, comma 5). Siffatti istituti derogano chiaramente, secondo la corte, al principio dell'oralità e dell'immediatezza dibattimentale, che non sarebbe regola assoluta bensì criterio-guida del nuovo processo al fine di contemperare il rispetto del metodo orale con l'esigenza di evitare la perdita di quanto acquisito prima del dibattimento e che sia irripetibile in tale sede.

[57] G. SACCONE, *Il processo penale tra esigenze di difesa sociale e garanzie della persona: l'esperienza italiana*, cit.

sistema che privilegia la netta distinzione funzionale fra le fasi del processo: la inutilizzabilità fisiologica degli atti di indagine rappresenta la radicale distinzione tra azione e giudizio e, quindi, tra procedimento per l'azione e processo»[58].

Con la legge costituzionale di riforma dell'art. 111 il principio di non dispersione della prova subisce (almeno formalmente) un generale ridimensionamento, anche attraverso norme di diritto positivo, che di quell'articolo costituiscono attuazione. Detto articolo infatti, in via precettiva, offre ampi spazi per una sua immediata applicazione all'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese da chi si è sempre e volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore; in via programmatica, poi, esso ha fissato i principi, attuati dal legislatore ordinario con la legge n° 63 del 2001, per ridisegnare le *possibili proiezioni processuali* delle dichiarazioni «difformi» (art. 500 comma 1 e 2) e per regolare in deroga al principio del contraddittorio per la prova, le ipotesi di «consenso dell'imputato» (art. 500 comma 3), di «impossibilità di natura oggettiva» e di «condotta illecita» (art. 500 comma 4)[59].

Eppure, la non irrilevante presenza (in numero e tipologie) di deroghe al metodo della formazione della prova nel contraddittorio orale davanti al giudice della decisione - «alcune fisiologiche, stabilite in base ad un bilanciamento ragionevole tra istanza di verità ed esigenze di difesa, altre eversive rispetto al modello codificato, riconducibili all'eredità inquisitoria informata al 'sapere per la verità»[60] - pone un problema logicamente insormontabile a chi difende una visione del contraddittorio come "forza epistemica". E' senz'altro condivisibile che «se […] il contraddittorio inteso in senso obiettivo *avesse rappresentato* per il legislatore un caposaldo dell'ordinamento, esprimendo un metodo di accertamento […] irrinunciabile per il giudizio, sarebbe stato lecito attendersi *minori possibilità di eccezioni* in proposito e, tantomeno, conferite a livello costituzionale»[61].

[58] G. Spangher-G. Riccio-A De Caro, *La procedura penale*, Napoli, 2002; G. Saccone, *Il processo penale tra esigenze di difesa sociale e garanzie della persona: l'esperienza italiana*, cit.

[59] M. C. Giaffreda, *La riforma dell'art. 111 Cost*, in *http://www.studiolegalegiaffreda.it/articoli/16-approfondimenti.*

[60] Cfr. D. Chinnici, *Giudizio penale di seconda istanza e giusto processo*, Torino, 2009, p. 96.

[61] L. Marafioti, *Prova negoziata e contraddittorio*, in *"Cass. pen."*, 2002, p. 2933. Il corsivo è nostro.

4. *L'art. 238 bis c.p.p. come ipotesi sui generis di limite al contraddittorio*

Il trasferimento delle prove, peraltro, costituisce la variabile fondamentale dell'apparato circolatorio, ma non lo esaurisce. Le prove sono strumenti cognitivi privilegiati, non unici: infatti possono circolare anche gli atti d'indagine, dotati normalmente di minore capacità dimostrativa ma di maggiore forza motoria, nonché le sentenze irrevocabili, ora "ai fini del giudizio sulla personalità dell'imputato o della persona offesa" oppure per "valutare la credibilità di un testimone", come disposto dall'art. 236 c.p.p., ora per provare il "fatto in esse accertato", come invece vuole l'art. 238 *bis* c.p.p.

Proprio tale ultima disposizione «rappresenta una ipotesi di limite al contraddittorio, non riconducibile a nessuna delle tre categorie costituzionali, in quanto meccanismo processuale che consente di ritenere prova in un diverso processo un fatto sol perché in una diversa sentenza quel fatto è stato accertato, caso mai all'esito di un giudizio abbreviato[62], tenutosi in assenza di contradditorio, o di patteggiamento»[63].

Non si dimentichi che l'art. 238 *bis* è frutto dell'intervento novellistico del 1992 (essendo stato introdotto dall'art. 3, comma 2, d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito nella l. 7 agosto 1992, n. 356) e nella sua nuova formulazione consente l'acquisizione delle sentenze passate in giudicato ai (ben più ampi) fini della prova del fatto in esse accertato. Viene, tuttavia, a tale scopo stabilita una particolare regola di valutazione della prova: le sentenze irrevocabili sono idonee a provare, nel «diverso» processo, il fatto in esse accertato unitamente agli altri elementi di prova interni al processo *ad quem* che ne confermano l'attendibilità. La prova del

[62] In giurisprudenza si ritiene che, con il riferimento alle sentenze divenute irrevocabili, il legislatore ha inteso rendere utilizzabili, ai fini della prova del fatto in esse accertato, non soltanto le sentenze rese in seguito a dibattimento, ma anche quelle emesse a seguito di giudizio abbreviato, ovvero di applicazione della pena su richiesta. La *ratio* della disposizione risiede nell'intento di non disperdere elementi conoscitivi acquisiti in provvedimenti che hanno, comunque, acquistato il valore di cosa giudicata, fermo restando il principio del libero convincimento del giudice (Cass. pen., Sez. II, 10 giugno 1994 n. 6755, in *Rv*. 198107). Si ritiene, altresì, legittima l'utilizzazione di una sentenza divenuta irrevocabile nel corso del giudizio, pur se al momento dell'acquisizione non lo era ancora (Cass. pen, I Sez., 25 settembre 1998, n. 10107, in *Giust. pen*, 1999, III, p. 530) come anche l'utilizzazione di circostanze raccolte in procedimento conclusosi con sentenza irrevocabile di assoluzione, non riguardando la preclusione del nuovo giudizio la rinnovata valutazione delle medesime rilevanti per l'accertamento di reati diversi da quello giudicato (Corte di Cassazione 5 febbraio 1999, n. 1495).

[63] G. Saccone, *Conclusioni* alla *Lectio magistralis* di A. De Caro, *Costituzionalizzazione del diritto al contraddittorio e circolazione probatoria*, cit.

fatto non può, dunque, essere desunta esclusivamente da una sentenza irrevocabile «esterna»: il legislatore pretende a tale scopo un elemento corroborante ulteriore, ed infatti il richiamo all'art. 192, 3° comma, c.p.p., secondo l'interpretazione ampiamente consolidata, serve a indicare che alla sentenza irrevocabile «non può essere attribuito un valore decisivo in ordine alla sussistenza del fatto da provare, dovendo essa trovare conferma nel complesso degli elementi acquisiti nel processo nel quale viene introdotta»[64], e che pertanto detta tipologia di fonte di prova, in tanto può consentire l'accertamento di un fatto, in quanto è confortata da «riscontri esterni individualizzanti»[65].

Nell'impianto originario del codice, teso a garantire in modo rigoroso l'oralità e l'immediatezza del dibattimento, le sentenze irrevocabili non potevano essere acquisite se non ai limitati fini *del giudizio sulla personalità dell'imputato o della persona offesa dal reato,* ma a seguito della riforma del 1992 si è notevolmente incrementato il fenomeno della circolazione probatoria tra processi diversi, attraverso, soprattutto, una incisiva modifica dell'art. 238 c.p.p., che non poteva non avere conseguenze anche sull'efficacia probatoria delle sentenze. Parallelamente, infatti, ad un notevole ampliamento della possibilità di utilizzare, in deroga ai principi dell'oralità e dell'immediatezza, la documentazione di atti probatori formatisi in altro processo, il legislatore ha voluto che gli accertamenti compiuti in altra sede processuale, sulla base di prove in quella raccolte, potessero essere vagliati dal giudice ai fini della prova dei fatti, realizzando così un ampliamento dell'orizzonte probatorio del giudizio, che quanto meno è sicuramente cosa ben diversa dal vincolo derivante da un precedente giudicato (vincolo, peraltro, che non troverebbe alcun argomento di diritto positivo su cui essere fondato, poiché non esiste nell'ordinamento processuale alcuna disciplina in ordine all'efficacia del giudicato nell'ambito di un altro procedimento penale, con l'unica eccezione del giudicato civile che decide una questione sullo stato di famiglia o cittadinanza, ex art. 3 comma 4 c.p.p.). Una chiara conferma di quest'ultimo assunto può trarsi, d'altronde, dal riferimento, contenuto nella seconda parte della norma, all'art. 187 c.p.p. ed al criterio valutativo di cui all'art. 192, comma 3 c.p.p., poiché sarebbe del tutto incomprensibile la

[64] Cfr. N. Rombi, *Prova penale,(circolazione della), Enc. giur. Treccani*, vol. XXV, Roma, 2003, p. 13; A. Corbo, *I documenti*, in G. Spangher (diretto da), *Trattato di procedura penale*, vol. II, tomo I, (a cura di A. Scalfati), *Le prove*, cit., p. 375.

[65] Cass. pen., 26 maggio 2005, Ronch, in *"Cass. pen."*, 1996, p. 3673 e ss.; Cass. pen., 28 febbraio 2007, Guarnieri e altro, in *CED* n. 236650; Cass. pen., Sez. IV, 29 gennaio 2008, n. 12349, De Angioletti e altri, in *CED* n. 239299.

necessità di un elemento di riscontro per confermare l'attendibilità non già di un mezzo di prova, bensì di un accertamento giurisdizionale.

D'altronde la formula legislativa che consente l'utilizzazione della ricostruzione storica e naturalistica dell'evento contenuta nella sentenza irrevocabile, attraverso una verifica rimessa al libero convincimento del giudice, dà luogo a un meccanismo che si differenzia chiaramente da quello della pregiudizialità penale cui è connessa l'automatica efficacia *erga omnes* del giudicato penale e anche sotto questo profilo tale disciplina non appare in contrasto con il principio stabilito dall'art. 2 comma 2 c.p.p..

Intanto, cruciale nodo interpretativo è costituito dalla corretta definizione dell'oggetto della prova e dal significato che è da attribuire all'espressione "fatto in esse accertato", usata dal legislatore.

Un orientamento restrittivo sostiene che la norma vuole alludere al solo fatto ritenuto in sentenza, ed argomenta che una diversa interpretazione renderebbe vane le previsioni dell'art. 238 c.p.p., che pone limiti all'acquisizione dei verbali di prove di altri procedimenti.

Secondo un diverso orientamento, seguito dalla giurisprudenza di legittimità[66], l'art. 238 *bis* c.p.p. consente l'acquisizione di sentenze divenute irrevocabili, in vista della utilizzazione, ai fini del decidere, di risultanze di fatto emergenti anche dalla loro motivazione, e non dal solo dispositivo, dovendosi intendere per "*fatto*" ogni elemento concernente i nudi fatti storici scevri di ogni qualificazione giuridica, riconducibile o meno a quelli enunciati nell'imputazione, sui quali il giudice, al fine di fondare la pronuncia conclusiva, abbia espresso il proprio giudizio storico affermandone o negandone l'esistenza. Questa interpretazione appare la più aderente al dettato normativo, poiché distingue chiaramente tutti i fatti dei quali si discute nella sentenza da quelli sui quali viene compiuto un accertamento funzionale per la decisione e, come è stato rilevato in giurisprudenza[67], appare coerente con la presunzione di pertinenza della motivazione di cui all'art. 546, *lett. e)* c.p.p.. Essa trova, inoltre, una chiara conferma nella stessa lettera della legge, dove viene fatto riferimento all'art. 187 c.p.p., poiché il richiamo operato ad una norma che indica l'oggetto della prova senza porre alcuna regola di valutazione apparirebbe inutile o impreciso, ove non fosse funzionale a definire l'ambito di rilevanza probatoria quale criterio per definire i fatti oggetto di accertamento.

Proprio le peculiarità della sentenza irrevocabile, quale prova dei

[66] Cass. pen., Sez. I, 26 maggio 1995, cit.

[67] Trib. Marsala, 12 luglio 1995, Alfano e altri, in "*Foro it.*", 1996, II, p. 605.

fatti che hanno costituito oggetto di accertamento, determinano, tuttavia, un livello di affidabilità più basso rispetto a quello di altre prove rappresentative, poiché in essa i fatti sono ricostruiti sulla base di prove non direttamente verificabili dal giudice e sono inseriti all'interno di una più complessa costruzione logica nella quale acquistano pregnanza, ma che potrebbe non essere validamente proponibile in un diverso giudizio. E' per questo motivo che il giudice non può sottrarsi, con riferimento ai fatti accertati in altre sentenze, al dovere di esercitare un rigoroso vaglio critico dell'efficacia probatoria del documento e che, comunque, come già detto, il legislatore gli richiede la verifica dell'esistenza di elementi esterni di riscontro, secondo un meccanismo già sperimentato per la chiamata in correità e in ordine al quale è sufficiente richiamare i canoni ermeneutici in precedenza esposti, anche ai fini di ammettere l'utilizzabilità di più sentenze irrevocabili in funzione vicendevolmente complementare[68]. La relativa casistica giurisprudenziale ha suscitato vivaci critiche in dottrina, la quale ha sottolineato che, in tal modo, si svilisce il significato del richiamo alla regola di cui all'art. 192, 3° comma, c.p.p., in quanto si impedisce un «sia pure residuale recupero del contraddittorio» e si favorisce, per di più, «un'acritica ricezione delle valutazioni fattuali altrui nel nuovo contesto processuale»[69].

Secondo tale condivisibile impostazione il «residuale recupero del contraddittorio […] pare possibile a condizione di riconoscere idoneità confermativa del valore probatorio della sentenza solo ai risultati di istruzione probatoria elaborata nel processo *ad quem* e tra le sue parti»[70], e pertanto appare logicamente incompatibile assegnare al medesimo elemento di prova sia la funzione di concorrere alla formazione del convincimento del primo giudice, autore della sentenza oggetto di acquisizione, sia la funzione di offrire il riscontro esterno, per il secondo giudice, alla stessa decisione[71].

In ogni caso, nonostante i tentativi di ridurne il diametro operativo, sino alla completa asfissia[72], l'art. 238 *bis* ha una portata molto ampia, considerando che trova applicazione sia in dibattimento che prima

[68] Corte Assise Messina, Sez. II, 11 aprile 1998, in *http://www.giustiziamessina.it/Giurisprudenza/Peloritana%201/operazione_peloritana_1.htm;* sui riscontri individuati in altre sentenze penali irrevocabili v. Cass. pen, 26 maggio 1995, cit.; Trib. Marsala, 12 luglio 1995, cit.

[69] N. Rombi, *Prova penale,(circolazione della)*, cit., p. 2 e ss.

[70] *Ibidem.*

[71] Cfr. N. Rombi, *Prova penale, (circolazione della)*, cit., p. 13; A. CORBO, *I documenti*, cit., p. 376.

[72] F. Cordero, *Procedura penale*, Milano, 2006, p. 675. L'Autore parla di «finta norma, mai applicabile».

di esso, e che non permette di distinguere fra sentenza e sentenza, includendo - come abbiamo visto - anche gli epiloghi decisionali dei riti deflattivi. "Proprio tali rilievi, dunque, dovrebbero dimostrare che la circolazione delle sentenze necessita di un ripensamento, poiché, per quanti argini si creino a livello esegetico, non è dato rinvenirvi una piena consonanza con il metodo del contraddittorio, né con le sue eccezioni"[73]. A tale considerazione fa eco anche un'ulteriore, esplicita opinione dottrinale secondo cui l'esigenza di garantire una piena attuazione del contraddittorio nella formazione della prova, ha indotto a riflettere sulla compatibilità tra la regola fissata da tale norma e l'art. 111 Cost.. Se da taluna parte si sostiene che il principio posto dall'art. 111, 4° comma, Cost., si riferisce esclusivamente alle prove dichiarative, con esclusione, quindi di quelle documentali[74], vi è chi ha efficacemente osservato che la disposizione in esame prevede una deroga al principio del contraddittorio nella formazione della prova diversa da quelle ammesse dalla Costituzione, per cui - al fine di superare dubbi di illegittimità costituzionale - se ne dovrebbe attuare un'interpretazione correttiva, ammettendo più ridotti ambiti di utilizzabilità del provvedimento pronunciato in altro giudizio. E qualche declinazione giurisprudenziale dà ragione a tale impostazione: fra le altre[75], una sentenza della Corte d'Assise di S. Maria Capua Vetere[76] secondo cui «a seguito della riforma dell'art. 111 Cost., si impone una differenziazione circa l'utilizzabilità dei dati probatori risultanti dalle sentenze irrevocabili pronunciate in altro processo: mentre per le decisioni emesse in contraddittorio con l'imputato contro il quale si procede, e per quelle acquisite con il suo consenso, resta pienamente applicabile il disposto dell'art. 238 *bis*, nella sua originaria portata, che consente di utilizzare nel processo "ricevente" tutte le risultanze di fatto emergenti dalla motivazione del provvedimento giudiziario, invece le sentenze irrevocabili pronunciate in assenza del contraddittorio con l'imputato contro il quale vengono prodotte, ed acquisite al fascicolo del dibattimen-

[73] H. Belluta, cit., p. 964.

[74] A. Corbo, *I documenti*, cit., p. 375; in giurisprudenza, Cass. pen. 8 maggio 2003, Rosmini, in "*Cass. pen.*", 2004, 2887, che, pronunciandosi su un ricorso che deduceva l'illegittimità costituzionale del 238 *bis* in relazione agli artt. 24 e 25 Cost. (ma non anche all'art. 111), ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione, affermando che "le modalità di acquisizione del materiale probatorio assicurano il rispetto del principio del contraddittorio, la difesa può far valere tutti i suoi diritti e non vi è pregiudizio per la terzietà ed il libero convincimento del giudice, in quanto l'acquisizione della decisione irrevocabile costituisce una possibilità non vincolante, rimessa alla scelta discrezionale del giudice".

[75] Cfr. Cass. pen., 4 dicembre 2003, Brambilla, in "*Cass. pen.*", 2004, p. 3167.

[76] Corte di Assise S. Maria Capua Vetere, 20 aprile 2004, in "*Il merito*", 2004, n. 11, p. 69.

to senza il suo consenso, possono essere utilizzate o limitatamente alla parte in cui danno conto di atti irripetibili *ab origine* o divenuti tali per fatti o circostanze sopravvenuti ed imprevedibili, ovvero esclusivamente "in favore" dell'imputato e cioè per verificare se dalle stesse emergano elementi idonei a contrastare le risultanze probatorie addotte a carico»[77].

Meno rigidamente, invece, la Corte Costituzionale, nella sentenza n° 29 del 6 febbraio 2009, ha espressamente escluso la paventata illegittimità costituzionale della norma in esame, argomentando che «la portata del principio del contraddittorio nella formazione della prova va individuata in considerazione della specificità dei singoli mezzi di prova», e muovendo dall'affermazione secondo cui «la sentenza irrevocabile non può essere considerata un documento in senso proprio, poiché si caratterizza per il fatto di contenere un insieme di valutazioni di un materiale probatorio acquisito in un diverso giudizio; tuttavia, neppure può essere equiparata alla prova orale. Ne consegue che, in relazione alla specifica natura della sentenza irrevocabile, il principio del contraddittorio trova il suo naturale momento di affermazione non nell'atto dell'acquisizione […] ma in quello successivo della valutazione e utilizzazione. Una volta che la sentenza è acquisita, le parti rimangono libere di indirizzare la *critica* che si andrà a svolgere in contraddittorio, in funzione delle rispettive esigenze. Nel corso del dibattito, ai fini della valutazione e utilizzazione […], non si potrà non tenere conto del tipo di provvedimento (ordinario, abbreviato, con accettazione della pena) in cui la sentenza acquisita è stata pronunciata, e, quindi, anche del contraddittorio in esso svoltosi»[78]. Sembra quasi che la Corte abbia restituito al contraddittorio la funzione di mera critica, dimenticando l'insegnamento di Giuliano Vassalli per cui il diritto di difesa è diritto di difendersi "provando", non solo criticando, e che «il contraddittorio non ha un valore assoluto, dal punto di vista delle informazioni che produce, ma ha un valore in riferimento al faro che illumina il processo, che è l'imputazione. Un determinato verbale di prova, un determinato contraddittorio esercitato in relazione ad un'imputazione non può essere equivalente o non può essere utilizzato in maniera autonoma per un'imputazione diversa, perché significa "contrabbandare" un atto epistemologicamente dotato di un suo valore con un atto che non ha quel valore, e non lo ha perché si è costituito rispetto ad un'imputazione alternativa, diversa, eccentrica rispetto alla ulteriore»[79].

[77] A. Corbo, cit., p. 377, nota 274.

[78] A. Corbo, cit., p. 377 in nota 275. Il corsivo è nostro.

[79] Cfr. A. De Caro, *Costituzionalizzazione del diritto al contraddittorio e circolazione probatoria*, cit.

Il fenomeno della circolazione probatoria dovrebbe, pertanto, illuminarsi della «consapevolezza che il contraddittorio non è un bene esportabile, poiché profondamente intriso del contesto nel quale si realizza»[80].

Come efficacemente affermato[81], diventa lecito chiedersi se l'*habitat* dal quale provengono le prove *aliunde* formate possa davvero assicurare un contributo effettivo dell'imputato nel diverso processo che le ospiterà. Senza la partecipazione della difesa alla genesi della prova si crea un'asimmetria irrecuperabile: peraltro la stessa Costituzione ammette che la difesa possa trasformare in prova ciò che non lo è, ma le ipotesi derogatorie operano ove sia mancato il contraddittorio. Metodo ed eccezioni sono vasi comunicanti a circuito chiuso: in assenza di contraddittorio, per aversi prova occorre un elemento (atto di consenso, una provata condotta illecita o un'impossibilità oggettiva) che faccia superare il gap epistemologico esistente fra atto d'indagine e prova[82].

Diversamente, consentendo la circolazione di una prova invalidamente acquisita (che pertanto dovrebbe rimanere "esclusa dal metabolismo decisorio") attraverso meccanismi che, "inquisitoriamente", eludono la *ratio* contraria, «in ossequio al 'libero convincimento' inteso come abusiva cognizione onnivora»[83], bisognerà, tristemente, riconoscere che la «preda» vale, talvolta, più della «caccia», e che reminiscenze di stampo inquisitorio abbiano lasciato le proprie, indelebili tracce nel diritto positivo, nel tentativo (talvolta ben riuscito) di negare «che la forza epistemologica migliore del nostro codice democratico e repubblicano è la for-

[80] H. Belluta, cit., p. 961.

[81] *Ibidem*.

[82] A. De Caro, *Costituzionalizzazione del diritto al contraddittorio e circolazione probatoria*, cit. L'Autore non è molto d'accordo sulla deroga costituita dall'impossibilità oggettiva, e richiama G. Giostra, il quale ha sostenuto «in questo caso che l'elemento non debba essere utilizzato come prova, ma debba poter essere utilizzato come riscontro ad una prova altrove costituita: cioè potrebbe essere un elemento idoneo a suffragare la prova, piuttosto che un elemento probatorio autonomo, perché se il criterio è quello di avere accanto all'atto d'indagine un elemento che consente di ritenere raggiunto il minimo livello epistemologico sufficiente ad integrare la prova, nell'impossibilità oggettiva non abbiamo alcun elemento che ci autorizzi a ritenere soddisfatta questa esigenza, abbiamo l'impossibilità dell'atto e ci dobbiamo affidare al giudice. Però verrebbe da fare la riflessione: perché non affidiamo al giudice anche le voci correnti, gli atti inutilizzabili o nulli, e finanche il prodotto della tortura? insomma, se il legislatore ha fatto una scelta ritenendo che la prova debba avere un livello epistemologico significativo, questa scelta comporta dei costi e comporta l'organizzazione di un sistema che consente di evitare di trovarsi in queste situazioni. Quindi, da questo punto di vista, quest'eccezione mi pare francamente un'eccezione verso la quale assumere una posizione leggermente più critica».

[83] Cfr. F. Cordero, *Procedura penale*, Milano, 2006, p. 1214.

za del contraddittorio, come metodo che il legislatore ha scelto per la formazione della prova»[84], come «caccia» che *deve* valere più della «preda», e che - lungi dal significare rinuncia al perseguimento dell'obiettivo - è, piuttosto, un voler affermare che l'obiettivo si raggiunge se il metodo è rispettato, in quanto il contraddittorio - da sempre considerato estrinsecazione del diritto di difesa sancito dall'art. 24 della Costituzione - è ormai assurto ad autonomo principio cardine del sistema, proprio attraverso la modifica della norma fondamentale in materia di giurisdizione, che ne rafforza la dimensione costituzionale in una duplice prospettiva: assicurare alla persona accusata di un reato il diritto a "*contra dicere*", e garantire che la "*regola di giudizio*" utilizzabile per affermare la colpevolezza dell'imputato sia inscindibilmente ancorata al metodo dialogico nella formazione della prova[85].

Altrimenti, la "preda" sarà, pure, effettivamente "catturata", ma la "caccia" - condotta nell'irriverenza delle regole metodologiche che la governano - non potrà essere investita della legittima ed auspicabile qualificazione di "giusto processo".

[84] A. DE CARO, *Costituzionalizzazione del diritto al contraddittorio e circolazione probatoria*, cit.

[85] G. SACCONE, *Conclusioni* alla *Lectio magistralis* di A. DE CARO, *Costituzionalizzazione del diritto al contraddittorio e circolazione probatoria*, cit.

ANDREINA SCOGNAMIGLIO

La tutela risarcitoria dei diritti soggettivi nelle materie di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo[1]

1. L'art. 30 c.p.a., ai commi 2° e 6°, fa esplicito riferimento alla tutela risarcitoria dei diritti soggettivi nelle materie di giurisdizione esclusiva.

La prima delle disposizioni citate, stabilisce che nei casi di giurisdizione esclusiva può essere chiesto al giudice amministrativo il risarcimento dei danni da lesione di diritti soggettivi. La successiva precisa che di tale domanda può conoscere solo il giudice amministrativo.

Applicando tali coordinate ermeneutiche a casi pratici, si deve ritenere che possa essere proposta al giudice amministrativo la domanda di risarcimento dei danni subiti dal concessionario del demanio marittimo per la erosione di un tratto della spiaggia, causata da una violenta mareggiata, verificatasi dopo che il comune aveva deliberato di sospendere i lavori di manutenzione della scogliera di protezione, intrapresi su istanza dell'attore[2]. Così come è proponibile in sede di giurisdizione amministrativa la richiesta di danni al Comune per avere deliberato e finanziato la realizzazione di un porto, il quale incidendo sull'andamento delle correnti marine abbia determinato l'avvicinamento delle acque ad una villa provocando gravi danni[3].

Cito due fattispecie, in ordine alle quali – rispettivamente nel 1998 e nel 2007, le sezioni unite avevano affermato la giurisdizione ordinaria, in base alla considerazione che gli interessati avevano fatto valere in giudizio – tramite la azione risarcitoria – pretese inquadrabili nello schema del diritto soggettivo.

Domande risarcitorie analoghe, oggi, dovrebbero essere fatte valere davanti al giudice amministrativo, in quanto inerenti alla materia "uso del territorio".

Nella direzione della proponibilità al giudice amministrativo sospinge pure l'ottica, definita rimediale, inaugurata dalla Corte co-

[1] Questo contributo, rivisto e corredato di note minime di richiami, è stato presentato al Convegno *La domanda risarcitoria: effettività della tutela e parità delle parti nel processo amministrativo,* tenuto a Campobasso presso la Facoltà di Giurisprudenza il 26 maggio 2012.

[2] Cass. Sez. un. 2 dicembre 1998, n. 12201, in Foro it. rep. 2000, voce Giurisdizione civile.

[3] Cass. Sez. III 7 maggio 2007, n. 10300, in Foro It. 2007, I,1685.

stituzionale con la sentenza 191 del 2006[4]: la proponibilità della domanda risarcitoria al giudice amministrativo – pure nelle materia di giurisdizione esclusiva - non si giustifica esclusivamente per una esigenza di concentrazione delle tutele e quindi per ragioni di connessione, con altra domanda. Attribuito al giudice amministrativo il potere di somministrare la tutela in una determinata materia, il relativo dovere di pronunciarsi nel merito sulla domanda di risarcimento dei danni sussiste laddove questa sia stata proposta, anche autonomamente.

2. Se l'art. 30, nei suoi commi 2° e 6°, fornisce una risposta agevole al problema della giurisdizione, l'aspetto, che mi sembra meriti un approfondimento, è quello del regime applicabile all'azione.

Come è noto, il terzo comma dello stesso art. 30 detta una disciplina speciale per l'azione risarcitoria, proposta al giudice amministrativo in relazione a danni da lesione di interessi legittimi.

Speciale, nel senso di derogatorio rispetto alla disciplina comune, è il termine per proporre la domanda, che è breve, centoventi giorni, e di decadenza. Speciale, nel senso di peculiare alla disciplina del c.p.a., è pure la disposizione che sancisce il dovere del giudice di valutare tutte le circostanze di fatto ed il comportamento complessivo delle parti, escludendo il risarcimento per quei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento dei mezzi di tutela previsti.

Il problema, che allora mi sembra meritevole di attenzione, può essere espresso in questi termini: la tutela risarcitoria dei diritti, affidata al giudice amministrativo, segue il modello speciale dettato dal comma 3 con riferimento agli interessi legittimi, o il modello di diritto comune?

Mi pare che, in risposta a questo quesito, si siano già delineati tre orientamenti.

Schematizzando, il primo intravede due modelli di tutela distinti, a seconda che si tratti di diritti o di interessi; il secondo, un solo modello, derogatorio rispetto al diritto comune e dominato dal diritto pubblico; il terzo pure inclina per l'unità del modello, che però deve essere quello di diritto comune.

[4] Corte Cost., 11 maggio 2006, n. 191 in Foro it., 2006, I, 1626 – 2277, con note di A. TRAVI, G. DI MARZO e L. MARZANO, in Corr. giur., 2006, 922 con nota di DI MAJO, e in Giornale dir. Amm., 2006, 1095, con nota di F. BASSI.

3. La prima risposta parte dal riferimento testuale, operato dal comma 3, ai soli interessi legittimi.

Secondando la lettera della norma, si afferma che la disciplina speciale è riservata all'azione di risarcimento di danni da lesione di interessi legittimi. La richiesta di danni, correlata alla violazione di diritti soggettivi, segue invece le forme ordinarie. Il regime ordinario implica termine di prescrizione per l'esercizio dell'azione e la ricorribilità in cassazione per violazione di legge delle sentenze del Consiglio di Stato[5].

Si osserva che la norma che attrae alla giurisdizione amministrativa una controversia su diritti non può mutare il regime pertinente della tutela, nel quale rientra anche il ricorso in cassazione per violazione di legge. Dunque, a Costituzione invariata e del tutto in linea con l'art. 111 Cost, le sentenza del giudice amministrativo, nella parte in cui vertono sul risarcimento di diritti, sono soggette a questo mezzo di impugnazione[6].

La soluzione che ancora i caratteri della azione risarcitoria, esperibile dinanzi alla giurisdizione amministrativa, alla natura della situazione incisa non mi sembra convincente, per una serie di ragioni che provo ad elencare di seguito.

In primo luogo, i caratteri della tutela non discendono dal tipo di situazione soggettiva incisa, ma sono quelli propri del tipo di tutela che viene richiesta. La tecnica di tutela è necessariamente neutra rispetto alla natura degli interessi serviti[7].

Inoltre, collegare le modalità della tutela alla natura della situazione soggettiva coinvolta dalla azione risarcitoria può creare enormi complicazioni pratiche, perché si grava il giudice amministrativo del compito di qualificare la situazione soggettiva in relazione alla quale la tutela risarcitoria è chiesta. Addirittura il giudice si potrebbe trovare a dover distinguere la porzione di domanda di danni correlata ad interessi legittimi da quella relativa a diritti soggettivi, e ad applicare regimi diversi.

Infine, anche nella materie di giurisdizione esclusiva, i diritti soggettivi approdano dinanzi al giudizio amministrativo quando sono in qual-

[5] A questo orientamento, ascriverei le opinioni di P. VITTORIA, *Commento agli artt. 110 e 111,* in *Il processo amministrativo. Commentario al d.lgs. 104/2010,* (a cura di) A. QUARANTA - V. LOPILATO, Milano, 2011, 847 e G. VERDE, *Sguardo panoramico al libro primo e in particolare alle tutele e ai poteri del giudice,* in Dir. proc. amm., 2010, 803.

[6] P. VITTORIA (nt 4).

[7] Da ultimo, N. IRTI, *Prefazione a Amministrazione pubblica e diritto privato* di V. CERULLI IRELLI, Torino 2011,.

che modo collegati con l'esercizio del potere[8] e le situazioni che fronteggiano un potere amministrativo sono quelle denominate tradizionalmente "interessi legittimi". Viene allora da chiedersi quali sono questi diritti, che godono del regime di tutela ordinario. Forse i diritti fondamentali[9]? o forse dovremmo accedere all'idea che il comma 3 costringe nelle maglie del regime speciale gli interessi pretensivi, mentre assegna al regime ordinario gli interessi oppositivi[10]?.

Nessuna delle due risposte sembra in grado di fornire una soluzione convincente.

Quella dei diritti fondamentali è una categoria ambigua. I diritti fondamentali non offrono una barriera rigida al potere amministrativo. La loro soddisfazione è spesso condizionata alla valutazione di ulteriori interessi e ad una ponderazione comparativa con questi. Ancora una volta, la linea di distinzione rispetto agli interessi legittimi (situazioni che fronteggiano un potere amministrativo) è labile e non è opportuno assestare su questa il confine tra modalità ordinarie e speciali di tutela.

Non mi sembra maggiormente apprezzabile l'idea che siano i soli interessi oppositivi a meritare le piene garanzie della tutela ordinaria (termine di prescrizione, interpretazione mitigata dell'onere di diligenza e terzo grado di giurisdizione) e che gli interessi pretensivi possano patire termine di prescrizione, pregiudizialità (sia pure mascherata) e sottrazione al controllo nomofilattico della Corte di cassazione. Gli interessi oppositivi coincidono con il diritto di proprietà, ma pure dietro agli interessi pretensivi vi sono diritti[11] (il diritto di iniziativa economica). L'impostazione che si premura di far salvo il regime ordinario per i soli interessi oppositivi è perciò antiquata. Presenta l'antico vizio della iperprotezione delle situazioni statiche e della ipoprotezione delle situazioni dinamiche, dal quale pure è ora di prendere le distanze.

[8] Corte Cost., 6 luglio 2004, n. 204, in Foro amm. 2004, 1895, con note di F. SATTA, C.E. GALLO e D. SICLARI; in Dir. proc. amm., 2004, 799, con note di V. CERULLI IRELLI e R. VILLATA; in Dir. proc. amm., 2005, 214, con nota di L. MAZZAROLLI e in Foro it., 2004, I, 2598 con note di TRAVI e di FRACCHIA; e Corte Cost., 11 maggio 2006, n. 191 cit.

[9] Così, ancora P. VITTORIA, (nt 4).

[10] Così G. VERDE, (nt. 4).

[11] E. CANNDA BARTOLI, *Il diritto soggettivo come presupposto di qualificazione dell'interesse legittimo,* in Riv. trim. dir. pubbl., 1953, 334.

4. Eliminata la tesi mediana, restano in campo le due alternative estreme.

La prima, come ho già ricordato, assegna la prevalenza al diritto pubblico e al regime speciale. La tutela risarcitoria nei confronti del potere pubblico – si osserva - è accettabile nella misura in cui venga ricostruita in termini squisitamente pubblicistici. Ben venga dunque l'imbrigliamento della autonoma azione risarcitoria, operata dal codice con la previsione del termine di decadenza per il suo esercizio. Ma tale imbrigliamento deve riguardare ogni ipotesi di danno da esercizio del potere amministrativo perché è l'esercizio del potere pubblicistico ad esigere un regime suo proprio e questo deve applicarsi in ogni caso in cui si discute delle conseguenze dannose dell'esercizio del potere. L'opera di pubblicizzazione dell'istituto della responsabilità della p.a., avviata dal codice, deve essere proseguita dal giudice amministrativo, il quale – divenuto anche giudice esclusivo del risarcimento del danno da illegittimo esercizio del potere pubblico, dovrà costruire in termini pubblicistici anche il diritto della responsabilità, conformemente al suo ruolo di giudice speciale del diritto pubblico[12] .

La tesi è suggestiva, ma suscita una immediata obiezione. La esigenza di specialità della tutela risarcitoria nei confronti di un atto di esercizio di un potere pubblico ha una giustificazione nella realtà delle cose e dell'ordinamento?

A me sembra che il problema al quale la tutela risarcitoria vuole fare fronte è sempre il medesimo e cioè quello di reintegrare un assetto di interessi, apprezzabile in termini patrimoniali, leso dal fatto del terzo. La circostanza che il terzo sia una pubblica amministrazione e che il fatto dal quale il danno deriva coincida, o sia legato da un nesso di causalità con un atto di esercizio di un potere pubblico di per sé non muta i termini del problema[13].

[12] M. MAZZAMUTO, *A cosa serve l'interesse legittimo?*, in Dir. proc. amm., 2012, 70 ss.

[13] La tesi che interpreta la specialità del diritto amministrativo come specialità del soggetto pubblica amministrazione risale alla prima parte del secolo scorso e fino al secondo dopo guerra. Prevale oggi l'idea che l'amministrazione sia un soggetto dell'ordinamento e, come tale, sottoposta all'intero sistema giuridico e anche al principio di uguaglianza. In questo senso, gli studi di F. SATTA, *Introduzione ad un corso di diritto amministrativo,* Padova, 1980, spec. 183, F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario,* in *studi in onore di E. Guicciardi,* Padova, 1975; F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni trenta all'alternanza,* Milano, 2001; U. ALLEGRETTI, *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico,* in Foro it., 1984, V, 205, e F. BASSI, *Autorità e consenso,* in Riv. trim. dir. pubbl., 1992, 745.

5. Il confronto tra le due tesi ripropone un interrogativo antico: la responsabilità della p.a. è istituto di diritto speciale, dal punto di vista sostanziale e processuale, ovvero improntato alle norme del diritto comune[14]?

L'alternativa è cruciale perché investe il modo stesso di intendere la posizione della pubblica amministrazione come soggetto di diritto e nei suoi rapporti con i cittadini. La risposta corrisponde allora ad una scelta di fondo del nostro ordinamento. Non può essere rimessa al legislatore ordinario, tanto meno al legislatore di una legge processuale. Le linee guida vanno ricercate nella Costituzione, nel patto fondante della convivenza civile, che riguarda anche i rapporti tra cittadini e amministrazione.

Nella costituzione la opzione verso il regime di diritto comune della responsabilità della p.a. mi sembra chiara. Ciò risulta dall'art. 28, ma anche dal complesso delle norme che –assorbendo nella costituzione i principi fondamentali della legge del 1865 – accolgono il principio della giurisdizione di un unico giudice sui diritti, e lo assumono nel significato proprio della legge abolitrice del contenzioso. Nel contesto culturale della legge abolitrice, nel quale la giurisdizione amministrativa era tutt'altra cosa, anzi neppure si poteva parlare di giurisdizione in senso proprio ma piuttosto di organi del contenzioso amministrativo, la attribuzione della giurisdizione all'unico giudice – allora quello ordinario – assume un significato ben preciso: "uno è il diritto e una la giustizia " (Spaventa). Il diritto applicabile è sempre il medesimo, ancorché sia parte una pubblica amministrazione e ancorché sia stato emanato un atto amministrativo. Ed il giudice, l'unico giudice, sta a salvaguardia dell'unità del diritto.

La scelta, operata nel 2000, di completare la panoplia degli strumenti di tutela del giudice amministrativo con l'arma della tutela risarcitoria, non contraddice la premessa di fondo. Difatti tale scelta si colloca in un contesto diverso. In un contesto nel quale, in luogo della separazione tra giurisdizioni, e della specialità del giudice amministrativo, si afferma prepotentemente l' unità della giurisdizione, che è articolata al suo interno in più ordini di giudici, secondo un principio di specializzazione. In questo mutato contesto, la attribuzione al giudice amministrativo della tutela risarcitoria non implica affatto un ripensamento della opzione di fondo, quella della unità del diritto applicabile.

[14] L'autore della relazione introduttiva ai lavori di questo convegno ha ricordato come il dibattito tra i fautori del codice civile, come norma applicabile ai rapporti tra amministrazione pubblica e terzi" e tra i convinti sostenitori della inutilizzabilità del codice civile "per le definizioni del diritto civile dello Stato, per le quali non è scritto", sia antico. Cfr. F. BUSNELLI, *La responsabilità per illegittimo esercizio della funzione amministrativa vista con gli occhiali del civilista,* in corso di pubblicazione in Dir. amm., 2012.

6. Chiarite dunque le ragioni della scelta, desumibile dall'ordinamento, per un sistema ed un regime di diritto comune della responsabilità da esercizio del potere pubblico, il quesito iniziale va declinato forse in modo diverso: i tratti di specialità introdotti dall'art. 30, comma 3, sono ragionevolmente conciliabili con il regime della responsabilità, quale disciplinato dal codice civile?

6a. Il profilo che attrae maggiormente l'attenzione è quello del termine, perché la deroga rispetto al diritto comune è eclatante. Sul punto è attesa a breve la sentenza della Corte Costituzionale[15], non è escluso che, prima ancora della Corte, intervenga sul punto lo stesso legislatore con il secondo correttivo al codice[16].

Tuttavia può essere non ozioso esprimere qualche considerazione a riguardo.

La previsione di un termine di centoventi giorni per la proposizione dell'azione risarcitoria dinanzi al giudice amministrativo viola il diritto di difesa e urta il canone della ragionevolezza.

Il termine non consente il pieno esercizio del diritto di difesa. La proposizione di una domanda di danni richiede tempi più lunghi. Il danneggiato deve maturare la consapevolezza del danno subito, deve raccogliere le prove. Un termine breve non è sufficiente a tal fine.

Il codice del processo amministrativo ha creato una frattura verticale nella figura dell'illecito dell'amministrazione perché non tutti gli illeciti della pubblica amministrazione devono essere fatti valere, ai fini risarcitori, davanti al giudice amministrativo. Residua una sfera di competenza del giudice ordinario, per il risarcimento dei danni cagionati dalla attività non provvedimentale della amministrazione. La tutela risarcitoria nei confronti della p.a. segue allora due modelli distinti a seconda che si svolga davanti al giudice amministrativo o al giudice ordinario.

[15] Il Tar, Sicilia, sede Palermo, con ord. 7 settembre 2011, n. 1628 ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 30, comma 3°, c.p.a., nella parte in cui sottopone l'azione di risarcimento per lesione di interessi legittimi al termine di decadenza di centoventi giorni.

[16] La aspettativa è andata delusa. Come è noto, lo stesso art. 44, comma 4°, della legge delega 69/2009, prevedeva che, entro due anni dalla entrata in vigore del decreto legge di attuazione potessero essere apportate al codice le correzioni e le integrazioni che l'applicazione pratica avrebbe reso necessarie ed opportune. La Commissione per il correttivo aveva dunque proposto la soluzione di compromesso di allungare il termine ad un anno. La proposta di modifica non è passata, come risulta dal testo del d.lgs. 14 settembre 2012, n. 160, provocando qualche malcontento, cfr. F. MERUSI, *A volte ritornano….il correttivo del correttivo del codice del processo amministrativo,* in www.giustamm.it, 4 settembre 2012.

Il termine di 120 giorni è irragionevolmente breve rispetto al termine sancito, nella analoga situazione, dinanzi al giudice ordinario. Non ha senso prevedere dinanzi al giudice amministrativo un termine di 120 giorni, che decorre dal provvedimento o dal fatto lesivo e un termine di cinque anni, dinanzi al giudice ordinario.

Qui non si può invocare quella esigenza di certezza dei rapporti giuridici, che assiste la previsione del termine di decadenza per l'esercizio della azione di impugnazione. E se l'esigenza, che sta alla base della previsione del termine, è quella di non tenere troppo a lungo assoggettato il bilancio dell'ente al pericolo di una richiesta di danni, tale esigenza vale sia quando la pretesa risarcitoria è dedotta dinanzi al giudice amministrativo, sia quando è dedotta dinanzi al giudice ordinario.

E' vero che il rigore del termine è stemperato dalla individuazione del *dies a quo* nel giorno del passaggio in giudicato della sentenza di annullamento. Ma il temperamento vale solo nel caso in cui la domanda di annullamento è stata proposta. Né tale previsione è in linea, dal punto di vista logico, con la asserita autonomia della azione risarcitoria.

Logica e diritto impongono dunque che il termine per proporre la domanda di risarcimento del danno sia ragionevole, che sia sempre il medesimo, che si agisca davanti al giudice amministrativo o al giudice ordinario, che decorra, in ogni caso, dal momento in cui il danno si è manifestato.

In senso contrario, e a sostegno della equità e della ragionevolezza del termine di centoventi giorni per l'esercizio della azione di risarcimento, si osserva che un termine breve e di decadenza, per l'esercizio della azione risarcitoria, è prescritto pure dall'art. 2377 c.c..

L'art. 2377 c.c., intitolato "invalidità delle delibere assembleari", nel sancire il diritto del socio di una società per azioni al risarcimento dei danni a lui cagionati dalla non conformità della deliberazione alla legge o allo statuto, prevede che la azione debba essere proposta "nel termine di novanta giorni dalla data della deliberazione" o dalla iscrizione nel registro delle imprese, entro novanta giorni dall'iscrizione o dal deposito presso l'ufficio che tiene il registro.

La disposizione va però letta insieme con l'altra che è contenuta nello stesso art. 2377 c.c. poiché ne condivide la *ratio*, che risulta chiara dalla lettura complessiva della norma.

L'art. 2377 c.c. prima parte esclude la legittimazione del singolo socio ad impugnare le delibere invalide. L'impugnazione della delibera ai fini del suo annullamento può essere proposta solo da un numero di soci che rappresenti una certa percentuale del capitale sociale. Il limite alla legittimazione ad impugnare è disposto al fine di assicurare al massimo grado la stabilità delle deliberazioni della assemblea, al fine cioè di blin-

dare le decisioni della maggioranza dei soci, contro i possibili ostruzionismi della minoranza.

Al medesimo scopo risponde l'altra disposizione dell'art. 2377 c.c., alla quale si richiama la critica sopra ricordata. L'affievolimento della tutela obbligatoria per il socio di minoranza è parallela all'affievolimento della tutela reale.

La scelta, operata dall'art. 2377 c.c., è quella di rafforzare la posizione della maggioranza. Ma questa scelta si giustifica in quanto si inserisce nella dialettica maggioranza-minoranza interna ad una società per azioni. Si riferisce cioè ad un rapporto nel quale il socio di minoranza e dissenziente ha pur sempre il diritto di recedere, a condizioni date, e comunque ha il diritto di vendere la sua quota[17].

Non così nei rapporti tra amministrazione ed amministrati. La soluzione normativa, maturata nell'ambito del diritto societario, non può essere richiamata per giustificare una scelta analoga nel nostro diverso contesto. Gli amministrati non possono evitare di avere a che fare con la amministrazione. Non possono esercitare un diritto di *exit*. E' questa la ragione per la quale nessuna delle tutele, a garanzie della correttezza, della legittimità e della liceità della azione amministrativa, può impunemente deflettere.

6b. Il secondo profilo derogatorio rispetto al diritto comune riguarda il vincolo a carico del giudice di escludere la risarcibilità dei danni, che si sarebbero potuti evitare attraverso l'esperimento dei mezzi di tutela previsti. Qui si può parlare di deroga nella misura in cui la giurisprudenza giunga a ravvisare un vero e proprio onere di impugnare il provvedimento lesivo, senza dare ingresso ad altre considerazioni legate ad esempio alla esigibilità soggettiva del comportamento consistente nell'esperimento degli altri mezzi di tutela giurisdizionale o al contegno complessivo delle parti.

La disposizione potrebbe essere viceversa non incompatibile con il regime di diritto comune se letta come diretta a colpire esclusivamente i casi nei quali la tutela sia nel suo complesso esercitata dall'attore con

[17] E' noto il dibattito se la tutela del socio di minoranza debba concentrarsi piuttosto sul diritto di *voice* (ovvero sul diritto a partecipare alle decisioni della società, con poteri che gli consentano di far fronte alla maggioranza), o sul diritto di *exit* (ovvero sul diritto di recesso). Ed è noto pure che la riforma del diritto societario del 2003, cui si deve la nuova formulazione dell'art. 2377 c.c., propenda per l'*exit*, più che per la *voice*. Sui termini della alternativa, per tutti C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, Padova, 2003, 71 ss e 91ss.

modalità non conformi al canone della buona fede o tali da implicare un sacrificio eccessivo per la amministrazione convenuta[18]. Mi sembra che una simile interpretazione sarebbe possibile e che si inquadri bene nell'indirizzo interpretativo che sta emergendo in altri contesti nella giurisprudenza amministrativa e che è rivolto a colpire i casi di abuso del diritto o della azione. Il giudice qualifica abusivo l'uso dell'azione secondo modalità tali da comportare un aggravio sproporzionato e non giustificato nella sfera della controparte (Cfr. Cons. stato, V, 656/2012 e IV, 1209/2012).

6c. Un ulteriore profilo di deroga, rispetto al modello ordinario, si annida nella mancata proponibilità del ricorso in cassazione per violazione di legge, avverso le pronunce del giudice amministrativo.

La questione presenta un aspetto formale ed un aspetto sostanziale.

Sotto il profilo formale, la deroga si risolve nel fatto che il diritto al risarcimento del danno, se esercitato davanti al giudice ordinario, gode di un terzo grado di giurisdizione, contro la sola possibilità dell'appello nel caso in cui l'analoga situazione sia fatta valere davanti al giudice amministrativo. Il vizio di costituzionalità sarebbe quello della disparità di trattamento, collegata semplicemente al diverso numero dei gradi di giudizio.

L'obiezione, altrettanto formale, è semplice. La Costituzione (art. 111, comma 7°) garantisce un terzo grado di giudizio ed il controllo di legittimità della Corte di cassazione solo contro le sentenza sulla libertà personale e non per tutti i diritti.

Delicatissima è invece la questione sostanziale, che è quella di garantire comunque la omogeneità della tutela risarcitoria, qualunque sia il giudice che la eroghi. La mancata esperibilità del ricorso in cassazione e dunque la circostanza per la quale le sentenze del giudice amministrativo, sfuggono al sindacato di interpretazione della legge e alla funzione nomofilattica della Suprema Corte, non assicura per questa via la unità nella interpretazione del diritto applicabile.

Qui le risposte sono varie.

La prima, è quella seguita ad esempio dalla Corte di cassazione, nelle tre ordinanze 6594/6 del 2011[19], che predicano la giurisdizione ordi-

[18] L'interpretazione che si sta affermando nella giurisprudenza amministrativa sembra però essere la prima, dunque quella derogatoria rispetto al modello di diritto comune, cfr. la relazione a questo convegno di A. RALLO, *Ordinaria diligenza e risarcimento del danno nel processo amministrativo*,in questi *Scritti.*

[19] Cfr. Cass., sez. un., 23 marzo 2011, n. 6594-6595-6596.

naria per i danni subiti dal destinatario dell'atto illegittimo, e quindi annullato, per aver fatto affidamento sulla legittimità di questo. Con la conseguenza che dei danni, subiti dal destinatario degli effetti svantaggiosi di un atto illegittimo, sarebbe competente a conoscere – in via esclusiva – il giudice amministrativo, e di quelli subiti dal destinatario degli effetti vantaggiosi, ma precari, del medesimo atto, il giudice ordinario – in via altrettanto esclusiva.

La logica, che permea le ordinanze, è quella antica della separazione e del conflitto tra giurisdizioni nella loro essenza diverse. La convinzione di fondo è che l'applicabilità del diritto comune può essere garantita solo acquisendo alla giurisdizione ordinaria quanti più territori è possibile.

E' una ottica nella quale c'è un sicuro perdente: il cittadino sballottato dall'un giudice all'altro solo per individuare quello tra i due che sia competente a decidere sulla domanda.

La seconda risposta afferma la ineludibilità del ricorso al giudice di legittimità contro le sentenza del giudice amministrativo, in materia di responsabilità[20]. Si osserva peraltro che il ricorso in cassazione non solo è indispensabile, ma la stessa Costituzione già lo prevede. Il limite della ricorribilità in cassazione per soli motivi di giurisdizione e dunque la garanzia della inviolabilità del contenuto della giurisdizione, ha un significato giuridico e costituzionale accettabile solo se circoscritta alla giurisdizione specificatamente attribuita dall'art. 103 (tutela di interessi legittimi e dunque impugnativa di provvedimenti). Al di fuori della giurisdizione propria del giudice amministrativo, il limite non ha ragione di essere e non sussiste[21].

La tesi è suggestiva.

Non c'è dubbio però che la disposizione di cui all'art. 111, comma 8° è stata sempre interpretata in un senso diverso, come riferito alla giurisdizione amministrativa nel suo complesso e non solo ai giudizi di impugnazione di atti.

La inaugurazione di un diverso indirizzo interpretativo andrebbe ad alterare un equilibrio centenario tra le due istituzioni, anche perché non potrebbe restare confinato al "diritto al risarcimento del danno", ma andrebbe immediatamente esteso a tutti i diritti, affidati alla giurisdizione amministrativa. Questi sono numerosissimi. Non sono forse diritti le pretese patrimoniali inerenti a rapporti di pubblico impiego privatizza-

[20] Cfr. VITTORIA (nt. 4).

[21] Così F. SATTA, *Un problema irrisolto: la Cassazione e i giudici speciali*, in www.apertacontrada.it, 25 luglio 2009.

ti, o la pretesa alla presa di servizio del vincitore di un pubblico concorso bandito ed espletato dalla amministrazione[22]?

Inoltre, se si dovesse giungere alla conclusione che in ogni caso in cui il giudice amministrativo giudichi di diritti sia proponibile il ricorso in cassazione, non limitato ai motivi di giurisdizione, si produrrebbero gli effetti negativi di cui si diceva prima e inevitabili ogni volta che si scelga di far discendere i modi della tutela dalla natura della situazione incisa.

La terza risposta alla esigenza della omogeneità della tutela risarcitoria nei confronti della p.a., qualunque sia il giudice che se ne occupa, è quella di ammettere la concorrenza tra i due ordini di giudici.

E' una legge della fisica quella per la quale tra due vasi comunicanti il liquido si assesta naturalmente allo stesso livello. Se ne può trarre una metafora riferibile anche ai rapporti tra giurisdizioni. La comunicabilità impone di trovare un linguaggio comune tra i due giudici, chiamati ad applicare la stessa disciplina. La garanzia della uniformità nella applicazione del diritto può allora restare affidata alla libertà del soggetto che chiede la tutela di adire l'uno o l'altro giudice, entrambi muniti del potere di emettere sentenze di condanna al pagamento di somme di denaro a titolo di risarcimento e dunque gravati del dovere di pronunciare sulla relativa domanda.

Se questa affermazione è esatta, la norma che merita di essere rivista non è quella che limita il ricorso in cassazione ai motivi di giurisdizione. Bensì il comma 6, dell'art. 30 che – per così dire – chiude il cerchio della inaugurata o incipiente specialità del regime della responsabilità della pubblica amministrazione, individuando nel solo giudice amministrativo il giudice competente a pronunciare sulla domanda risarcitoria. E l'interpretazione, che merita di essere rivisitata, è quella che ha sospinto verso la necessaria concentrazione presso il giudice amministrativo della tutela risarcitoria per i danni derivanti da illegittimo esercizio della funzione amministrativa[23].

A diverse conclusioni avrebbe potuto condurre la lettura dell'art. 7, legge tar così come riformulato dalla l. 205 del 2000, che sanciva il potere del giudice amministrativo di condannare la pubblica amministrazione al risarcimento del danno, in ogni caso in cui il giudice stesso ha la giurisdizione, ma senza alcuna sanzione di esclusività.

[22] Cfr. Cass., sez. un., 2 ottobre 2012, n. 16728, ove "anche nel pubblico impiego l'espletamento della procedura concorsuale, con la compilazione della graduatoria finale e la sua approvazione fa nascere nel candidato utilmente collocato il diritto soggettivo all'assunzione secondo le modalità fissate dal bando di concorso".

[23] Cfr. Cass., sez. un., 13 giugno 2006, n. 13659/13660, in Danno e responsabilità, 2006, 914.

In particolare la disposizione avrebbe potuto essere letta nel senso di ammettere la giurisdizione amministrativa, ove la domanda di risarcimento sia proposta contestualmente a quella di annullamento, e (anche) la giurisdizione ordinaria, nel caso di proposizione autonoma della domanda[24].

L'obiezione che sempre si muove alla opzione favorevole ad una concorrenza tra le due giurisdizioni invoca il principio del giudice naturale precostituito per legge. Questo sarebbe violato, se si lasciasse all'attore la libertà di adire l'uno o l'altro ordine.

Ma nella interpretazione offerta dalla Corte costituzionale, il principio della necessaria predeterminazione del giudice ha un significato diverso. Il principio rappresenta uno dei postulati dello stato di diritto ed esprime il divieto per il legislatore di individuare il giudice a posteriori, a regiudicanda già commessa.

E' chiaro che la concorrenza tra i giudici, per poter funzionare, deve essere ad armi pari. Torna in evidenza il discorso del termine. Non si può ammettere un termine di decadenza per l'esercizio dell'azione, davanti al giudice amministrativo, ed un termine di prescrizione per far valere il diritto, davanti al giudice ordinario. Una simile scelta equivale di fatto a sottrarre la tutela risarcitoria al giudice amministrativo e, in definitiva, a svuotarne la giurisdizione. Difatti, in un contesto in cui la legalità-legittimità è messa alle strette dalla insofferenza per i vizi formali e dalla logica del risultato, la responsabilità, con i canoni sostanziali che conformano l'idea stessa di illecito produttivo di danno risarcibile[25], potrebbero diventare il nuovo paradigma della legalità amministrativa.

[24] Sul punto, sia consentito rinviare a A. SCOGNAMIGLIO, *Giurisdizione esclusiva e risarcimento del danno,* in Dir. proc. amm., 2001, 1065.

[25] Cfr. F. SATTA, *Responsabilità della p.a.,* in *Enc. Dir.,* vol. XXXIX, Milano, 1988, spec. 1373 ss.

FRANCESCA SCUDIERO

Il controverso tema delle modifiche mediate delle fattispecie incriminatrici*

SOMMARIO: 1. La successione di leggi penali nel tempo. Cenni generali. - 2. La c.d. successione mediata. Le soluzioni proposte dalla dottrina. - 3. Gli orientamenti giurisprudenziali.

1. *La successione di leggi penali nel tempo. Cenni generali*

L'ordinamento giuridico penale è costituito, nel suo nucleo, da un insieme di fattispecie legali astratte che individuano le classi di fatti umani ritenute meritevoli di pena dal legislatore.

Le valutazioni della rilevanza penale di tali accadimenti – e le relative figure di reato che le incarnano – mutano al mutare delle scelte politico-criminali.

A nuove istanze di tutela penale corrisponde la configurazione di nuove figure di reato o l'ampliamento dell'ambito di applicazione di ipotesi criminose già esistenti.

Viceversa, al venir meno del giudizio di meritevolezza o bisogno di pena per determinate classi di fatti, consegue l'abolizione, integrale o parziale, di fattispecie già esistenti.

In alcune occasioni, inoltre, le valutazioni politico-criminali del legislatore riguardano esclusivamente il mutamento della disciplina da riservare ad un determinato fatto, la cui perdurante rilevanza penale rimane ferma. Non è, in altri termini, oggetto di discussione il "se" punire, ma il "come o il quanto" punire[1].

La disciplina della successione delle leggi penali nel tempo presenta connotati del tutto peculiari, che la differenziano da quella vigente negli altri rami dell'ordinamento: solo per le leggi penali, infatti, il princi-

* La tematica è ampia e offre numerosi spunti di riflessione. Il presente contributo è parte di un più ampio lavoro sull'argomento. In questa breve relazione si provvederà ad illustrare gli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali ed i tre diversi casi affrontati dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

[1] In questi termini, GATTA, *Abolitio criminis e successione di norme "integratrici": teoria e prassi*, Milano 2008, 115 ss.

pio di irretroattività – stabilito come principio generale dell'intero ordinamento dall'art. 11 disp. att. prel. c.c. – è sancito a livello costituzionale dall'art. 25, c. 2, Cost; il *dictum*, da ritenersi riferito alle sole leggi penali sfavorevoli, risulta poi integrato, nella disciplina dettata dall'art. 2 c.p., dal diverso principio della retroattività più favorevole al reo[2].

All'interno dell'istituto della successione di leggi penali nel tempo, tematica di assoluto rilievo teorico-pratico concerne la distinzione tra il fenomeno abolitivo e quello semplicemente modificativo di una norma incriminatrice[3]. In linea generale, in tanto può dirsi che si sia realizzata una vera e propria abolizione del reato in quanto, per l'oggettiva perdita di disvalore del fatto, il legislatore sia pervenuto ad una valutazione di totale inoffensività e di piena liceità della condotta originariamente incriminata.

Si ha fenomeno successorio, con conseguente applicazione dell'art. 2, c. 4, c.p., quando, all'esito del raffronto tra gli elementi strutturali del contenuto normativo delle fattispecie incriminatrici, persiste, anche se mutato, il giudizio di disvalore astratto ed il significato lesivo del fatto storico sia riconducibile, nel suo nucleo essenziale, ad una diversa categoria d'illecito, penalmente rilevante nonostante l'intervento legislativo, che, di fatto, modifica l'ambito di applicabilità della previgente e diversa norma incriminatrice.

Diversi sono i criteri – elaborati dalla dottrina – che presiedono alla individuazione del fenomeno "successione di leggi penali nel tempo".

[2] Cfr. sul punto DOLCINI-MARINUCCI, *Codice penale commentato,* artt. 1-240, Milano 2011, 65 ss.

[3] Per un'ampia disamina sull'argomento, cfr. AMBROSETTI, *Abolitio criminis e modifica della fattispecie*, Padova 2004; DI MARTINO, *Successione di norme penali: modifiche strutturali e giudizi di valore*, in "dir. pen. proc.", 2003, 533 ss.; DODARO, *Principio di retroattività favorevole e "termini più brevi" di prescrizione dei reati,* nota a C. Cost., 23 ottobre 2006, n. 393, in "giur. cost." 2006, 4116 ss.; DOLCINI-MARINUCCI, *Codice penale commentato,* cit., 65 ss.; FIANDACA, *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente* orientata, Napoli 2003; GAMBARDELLA, *Abolitio criminis: casi e regole processuali*, in "cass. pen." 2005, 1379 ss.; ID, *L'art. 2 del Codice Penale tra nuova incriminazione, abolitio criminis, depenalizzazione e successione nel tempo*, in "riv. it. dir. proc. pen", 2009, 3, 1194 ss.; PADOVANI, voce *"Legge penale nel tempo"*, in enc. dir., vol. XXIII, 1973, 1063; ID, *Tipicità e successione di leggi penali. La modificazione legislativa degli elementi della fattispecie incriminatrice o della sua sfera di applicazione, nell'ambito dell'art. 2, 2° e 3° comma, c.p.*, in "riv. it. dir. proc. pen." 1982, 1354 ss.; ID, *La legge penale tra irretroattività e retroattività*, in "giur. pen.", 1991, II, c. 1 ss.; PALMERO, *Abrogazione di norma integratrice della fattispecie penale*, nota a Cass., sez. VI, 5 giugno 2002, Bortot, in "dir. pen. proc." 2003, 223 ss.; PARDINI, *Vecchi e nuovi problemi in tema di successione di norme integratrici,* nota a Cass., sez. I, 24 gennaio 2006, Bova, Cass., sez. I, 9 marzo 2005, Screti; Cass., sez. I, 10 febbraio 2005, Caruso, in dir. pen. proc. 2006, 614 ss.; PETRONE, *L'abolitio criminis*, Milano 1985; PODO, voce *"Successione di leggi penali"*, in nov. dig. it., vol. XVIII, Torino 1971, 643 ss.; ROMANO, *Il rapporto tra norme penali. In temporalità, spazialità, coesistenza*, Milano 1996; SEVERINO, voce *"Successione di leggi penali nel tempo"*, in enc. dir., vol. XXX, Roma 1993; SIRACUSANO, *Successione di leggi penali*, I, Messina 1998.

Dai lavori preparatori del codice Rocco (Relazione Appiani e Relazione Rocco) emerge che il c.d. *fatto concreto* rappresenta la teoria fatta propria dal legislatore nell'art. 2 c.p.

Il *test* per risolvere l'alternativa: legge abolitiva/legge semplicemente modificativa è costituito dalla possibilità o meno di qualificare ancora come reato il "fatto storico".

In Italia, la teoria del fatto concreto è stata magistralmente illustrata da Marcello Gallo e Antonio Pagliaro[4].

Secondo tale impostazione nella vicenda normativa delineata nell'art. 2, c. 2, c.p. non si esige che la legge successiva intervenga ad abrogare la fattispecie incriminatrice, bensì che alla stregua di una legge posteriore il fatto da qualificare non risulti più costitutivo di reato. Pertanto, non è necessario che sia eliminata una figura criminosa, ma occorre che non sia più possibile qualificare, secondo regole posteriori, un fatto concreto come reato.

Per aversi una successione di leggi modificativa, è sufficiente che la fattispecie concreta sia riconducibile sotto la qualificazione giuridica di due regole l'una consecutiva all'altra. Non serve, invece, che le due regole che si susseguono nel tempo siano tra loro in rapporto di specialità in astratto.

Invero, il tema può essere posto correttamente solo con il riferimento al fatto concreto, e non ai rapporti astratti tra fattispecie incriminatrici: l'art. 2, c. 4, c.p. si applica allorché il fatto concreto sia rimasto punibile per le diverse leggi che si sono succedute[5].

[4] GALLO, *Appunti di diritto penale*, vol. I, *La legge penale*, Torino, 1999, 111 ss.; PAGLIARO, *La legge penale tra irretroattività e retroattività*, in "giust. pen.", II, 1991, 1 ss.; ID, *Principi di diritto penale, parte generale*, Milano, 2003, 112 ss.

[5] Il tentativo di Pagliaro di legittimare il criterio del "fatto concreto" passa attraverso due ordini di argomentazioni:

1) nella pretesa di individuare una medesima *ratio* di tutela della libertà dei singoli tra il requisito della doppia incriminazione, rilevante ai fini dell'ammissibilità dell'estradizione (art. 13, c. 2, c.p.) e quello della perdurante previsione del fatto come reato, rilevante per l'applicazione del quarto comma dell'art. 2 c.p. Il soggetto deve essere punibile per entrambe le legislazioni e sarebbe ultroneo richiedere la identità del *nomen juris* che qualifica il fatto o richiedere la coincidenza "in astratto" delle matrici normative cui il fatto è ricondotto". Perché il requisito della doppia incriminazione nell'estradizione sia soddisfatto, è sufficiente la riconducibilità del fatto storico, dedotto a fondamento della domanda di consegna, a due distinte fattispecie legali, senza che rilevi la circostanza che le stesse siano tra di loro in rapporto di specialità; 2) nella esigenza di precisare cosa debba intendersi per fatto concreto. Per tale non dovrebbe intendersi un accadere formato solo da elementi materiali oppure anche da elementi psicologici, ma comunque ancora privo di ogni riferimento al disvalore. Per fatto concrteo dovrebbe intendersi il fatto storico commesso nella parte in cui è portatore delle ragioni della illiceità penale.

In questi termini, GATTA, *Abolitio criminis e successione di norme "integratrici": teoria e prassi*, cit., 227-229.

Il punto di forza del criterio del fatto concreto risiede nella sua semplicità di applicazione, anzi nella sua semplicità si risolve in un "non criterio".

La teoria del fatto concreto non risolve i cosiddetti "casi difficili", e rappresenta solo un primo dato per distinguere tra *abolitio* e modifica: giacché se il fatto storico non è sussumibile sotto entrambe le norme in successione il problema neppure si pone: siamo sicuramente in presenza di un fenomeno abolitivo[6].

Tale impostazione è stata sottoposta a dure critiche sia in dottrina che in giurisprudenza. Secondo autorevole dottrina, il criterio del fatto concreto è inaccettabile perché si pone in deciso contrasto con il principio costituzionale di irretroattività della norma incriminatrice.

Infatti, alla stregua di tale criterio vi è successione modificatrice se il fatto concreto sia riconducibile a due fattispecie che si avvicendano nel tempo, anche se le due fattispecie sono costituite da elementi eterogenei tra loro: dando così rilevanza penale ad elementi che prima non l'avevano.

In sostanza, si applica qui retroattivamente la norma incriminatrice in contrasto con quanto disposto dall'art. 25, c. 2, Cost.

Invece, il confronto deve instaurarsi necessariamente tra norme incriminatrici, tra tipi di reato, tra modelli astratti di reato[7].

[6] Per un'ampia disamina sull'argomento, cfr. GAMBARDELLA, *L'art. 2 del Codice Penale tra nuova incriminazione, abolitio criminis, depenalizzazione e successione nel tempo*, cit.

[7] Cfr., sul punto, PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali*, in "riv. it. dir. pen. proc.", 1982, 1359. Così anche FIANDACA, *Questioni di diritto transitorio in seguito alla riforma dei reati di interesse privato e abuso innominato di ufficio*, in "*Foro it.*", 1990, II, c. 643, per il quale non risulta più accettabile il criterio della mediazione del fatto concreto quale parametro diagnostico della successione di leggi, giacché esso elude, più o meno surrettiziamente, il principio di irretroattività della norma penale.

Cfr., altresì, SEVERINO, voce *Successione di leggi penali nel tempo*, cit., 5, secondo la quale il criterio del fatto concreto può comportare la violazione del divieto di retroattività: potrebbero « rifluire su elementi del fatto non costitutivi della originaria configurazione illecita le qualificazioni introdotte dalla norma entrata in vigore successivamente, in palese contrasto con il principio sancito dall'art. 25 Cost.».

AMBROSETTI, *Abolitio criminis e modifica della fattispecie*, cit., 54 ss., GATTA, *Abolitio criminis e successione di norme "integratrici"*, cit., 217 ss., DEL CORSO, voce *Successione di leggi penali*, in "*Dig. disc. pen.*", vol. XIV, Torino, 1999, 97 ss., secondo cui, seguendo il criterio dell'applicazione in concreto si potrebbe arrivare a violare, nei casi più complessi, il divieto di retroattività della norma incriminatrice sancito dall'art. 25 comma 2 Cost.

PECORELLA, *C'è spazio per criteri valutativi nell'abolitio criminis?*, in "riv. it. dir. proc. pen." 2003, 1519 ss.: il criterio del fatto concreto non garantisce dal rischio di una applicazione retroattiva della nuova legge penale.

MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, Padova, 2007, 85 nt. 8, secondo cui il criterio del fatto concreto rinvia per l'individuazione delle ipotesi di successione di leggi modificativa ad un'inafferrabile mediazione del fatto concreto, anziché al sottostante rapporto di specialità tra fattispecie.

Seguendo questa teoria, dunque, si potrebbero applicare retroattivamente aspetti che prima erano privi di rilevanza penale[8].

Tali critiche sono state ribadite nella pronuncia della Cassazione a sezioni unite "Magera" del 2007, in cui si è esclusa la possibilità di accogliere la teoria della doppia punibilità in concreto: perché, per individuare il campo di applicazione dell'art. 2, c. 2, c.p., non ci si può limitare a verificare se il fatto storico, punito in base alla legge anteriore, sia punito o meno, anche in base alla legge posteriore[9].

Alla luce del disposto costituzionale dell'art. 25, c., 2, non è più ammissibile la teoria del fatto concreto: una nuova norma incriminatrice non potrebbe mai essere applicata retroattivamente a condotte accadute prima della sua entrata in vigore, anche se il fatto concreto fosse già in precedenza qualificato come illecito penale. In tal caso, prescindendo dalla natura favorevole o sfavorevole della norma subentrante, andrebbe comunque ritenuta, da un lato, l'abolizione della vecchia figura di reato e, dall'altro lato, l'introduzione di una nuova incriminazione.

L'art. 25, c. 2, Cost. – a differenza dell'art. 2, c. 1, c.p. – prescinde dalla circostanza che il fatto storico sia in origine (ossia quando è stato realizzato) penalmente lecito.

Per l'art. 25 Cost. non conta che il fatto concreto sia già qualificabile come reato in base ad una precedente norma incriminatrice: ciò che qui si vieta è solo che una nuova norma incriminatrice sia applicata retroattivamente.

Con l'espressione "fatto commesso" nell'enunciato dell'art. 25, c. 2, Cost. si designa anche il fatto storico che già integra una diversa ed eterogenea norma incriminatrice.

La regola espressa dall'art. 25, c., 2 Cost. vieta comunque di applicare una norma incriminatrice ad un fatto (illecito o lecito penalmente) che non gli preesista.

Ora, nell'ottica del codice penale del 1930, se il legislatore inserisce una nuova incriminazione (o rende applicabile una norma generale prima derogata, eterogenea strutturalmente rispetto alla precedente), la quale introduce un trattamento più favorevole per il reo, e il fatto storico è riconducibile ad entrambe le norme in sequenza temporale, non viene in questione il divieto dell'art. 2, c. 1, c.p.: qui si applica sempre l'art. 2,

[8] Così, Cass., sez. un., 26 marzo 2003, Giordano, in "cass. pen.", 2003, 3310 ss., con nota di PADOVANI, *Bancarotta fraudolenta impropria e successione di leggi: il bandolo della legalità nella mani delle Sezioni unite.*

[9] Cass., sez. un., 27 settembre 2007, Magera, in "cass. pen.", 2008, 898 ss, con nota di GAMBARDELLA, *Nuovi cittadini dell'Unione europea e abolitio criminis parziale dei reati in materia di immigrazione.*

c. 4, c.p., che impone l'applicazione della legge più favorevole.

Invece, il principio di cui all'art. 25, c. 2, Cost. ha escluso quest'ultimo caso dal novero di quelli compatibili con la regola costituzionale.

Oggi, dunque, tale caso violerebbe il sovraordinato principio costituzionale, sicché non si può più ricomprenderlo tra i casi disciplinati dall'art. 2, c. 4, c.p.

In base all'art. 25, c. 2, Cost. non si può punire un fatto concreto anche se già penalmente illecito alla stregua di una norma non vigente o non applicabile quando il fatto storico è stato commesso[10].

Secondo altra impostazione, si ha successione di leggi penali nel tempo allorchè, nel passaggio dalla vecchia alla nuova formulazione permane la "continuità del tipo di illecito", ossia quando rimangono identici sia l'interesse protetto, sia le modalità di aggressione del bene, nonostante la novazione legislativa.

Il criterio in esame presta il fianco ad un duplice rilievo critico.

Ad intenderlo in senso stretto, le due condizioni sopra menzionate si verificherebbero soltanto nel caso di perfetta identità del fatto di reato, così finendosi però col vanificare la stessa utilità pratica del criterio.

A concepirla in senso lato, la tesi finisce per risultare di incerta applicazione perché fondata non solo su apprezzamenti di valore opinabile, ma anche sulla indeterminatezza del peso rispettivamente attribuibile al criterio del bene ed a quello delle modalità aggressive del fatto.

La funzione di garanzia propria del principio di irretroattività, invece, richiede parametri di valutazione più certi e tali, comunque, da scongiurare elusioni mascherate[11].

A tale teoria si contrappone un criterio, di natura formale, definito della piena continenza, poi integrato e sostituto dalla teoria dei rapporti strutturali fra due fattispecie incriminatrici succedutesi nel tempo, che fonda il giudizio di continuità normativa sulla sostanziale omogeneità degli elementi costitutivi caratterizzanti la norma precedente e quella sopravvenuta.

Due fattispecie sono strutturalmente eterogenee quando descrivono modelli di condotta diversi, cioè condotte tipiche eterogenee, incentrate su comportamenti strutturalmente non assimilabili.

Nel caso di accertata eterogeneità tra le fattispecie a confronto, si è

[10] In questi termini, GAMBARDELLA, *Abolitio criminis: casi e regole processuali*, cit., 1380.

[11] Così, FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale, parte generale*, Bologna, 2007, 80 ss; PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali. La modificazione legislativa degli elementi della fattispecie penale incriminatrice o della sua sfera di applicazione nell'ambito dell'art. 2, 3° comma, c.p.*, in "riv. it. dir. proc. pen.", 1982, 1354 ss.

in presenza di un'*abolitio criminis* e della introduzione di una nuova figura di reato. I fatti antecedentemente commessi non sono più punibili, perché non costituiscono più reato, e le eventuali sentenze di condanna passate in giudicato devono essere revocate, a norma dell'art. 673 c.p.p.

Quanto alla nuova figura di reato, in base al principio di irretroattività non può essere applicata ai fatti commessi prima della sua entrata in vigore.

Quando il confronto tra le fattispecie legali astratte in successione temporale evidenzia, invece, figure di reato strutturalmente omogenee – ossia fattispecie esattamente identiche – non si è mai in presenza di un'*abolitio criminis*, bensì un'*abolitio criminis* parziale, ovvero, in ipotesi di modifica avente ad oggetto oltre alla fattispecie legale astratta anche la sua disciplina, di una successione di norme modificative di quest'ultima, rilevante *ex* art. 2, c. 4, c.p.[12].

Naturalmente può rinvenirsi un rapporto di specialità reciproca, nel senso che sussisterebbe continuità di incriminazione tanto nel caso in cui la nuova norma sia speciale rispetto alla precedente (limitatamente all'area di illecito delineata dalla nuova norma), quanto nel caso inverso, in cui la precedente norma sia speciale rispetto alla nuova (limitatamente all'area di illecito delineata dalla vecchia norma).

Pare preferibile e conforme al dettato costituzionale di cui all'art. 25 il criterio che procede alla individuazione del fenomeno successorio attraverso un confronto strutturale tra le fattispecie legali astratte che si succedono nel tempo.

Come ha chiarito la giurisprudenza di legittimità, per stabilire se tra

[12] Fra le pronunce in cui si assiste ad un allontanamento dal criterio della continuità del tipo di illecito a favore di quello incentrato sul raffronto formale tra le fattispecie vale la pena annoverare, a titolo esemplificativo, una sentenza delle Sezioni Unite in materia di false comunicazioni sociali e bancarotta fraudolenta impropria, la n. 25887 del 26 marzo 2003.

Il Supremo Collegio, prendendo le mosse dalle vicende legislative rispettivamente concernenti gli artt. 2621 c.c. e 223, comma 2, l. fall. (r.d., 16 marzo 1942, n. 267), ha precisato che, ai fini della distinzione tra *abolitio criminis* e successione di leggi penali nel tempo, il criterio da seguire è costituito dalla comparazione strutturale tra le fattispecie astratte, ulteriormente specificando che lo stesso si basa sulla ricerca di un'area di coincidenza tra gli elementi oggettivi e soggettivi, individuati dalle leggi succedutesi nel tempo, a prescindere dalle valutazioni concernenti i beni oggetto della tutela penalistica e le modalità dell'offesa, parametri che si sarebbero dimostrati, alla prova dei fatti, inidonei a "condurre ad approdi interpretativi sicuri". La Corte ha stabilito, inoltre, che il ricorso ad un controllo bifasico, il quale faccia seguire ad un verifica strutturale una verifica valutativa, "non sia di regola necessario e debba avvenire solo se vi sono elementi univocamente indicativi di una volontà legislativa totalmente abolitrice", che, peraltro, nel caso di specie e` già desumibile dall'esame logico-strutturale delle norme in successione.

due norme sussista o meno continuità normativa, occorre innanzitutto valutare se vi è omogeneità strutturale tra fattispecie astratte, in caso di esito positivo, occorre, inoltre, individuare la relazione di specialità tra le stesse intercorrente[13].

Tale rapporto di specialità può essere per specificazione o per aggiunta: ricorre la prima ipotesi quando venga a realizzarsi un rapporto di genere a specie fra uno o più elementi delle due fattispecie, nel secondo caso, invece, la norma speciale presenta alcuni elementi specializzanti, che si aggiungono a quelli costitutivi della norma generale, determinando un restringimento della sua sfera di applicazione.

Di talchè, mentre nella specialità per specificazione la fattispecie generale include sempre tutti gli elementi descrittivi della fattispecie speciale, nella specialità per aggiunta è, piuttosto, la fattispecie speciale a includere tutti gli elementi descrittivi di quella generale, oltre all'elemento aggiuntivo che la caratterizza[14].

Tanto nel primo quanto nel secondo caso, quindi, ''sarebbe riscontrabile una situazione di doppia punibilità in astratto, cui si ricollega una relazione di continuità'' normativa[15].

Più nello specifico, nell'ipotesi di specialità per specificazione, il legislatore prevede con la nuova disciplina lo stesso reato, ma conferma la punibilità di solo una parte dei fatti prima sanzionati; ne segue che per quei fatti per cui permane l'illiceità, non c'è *abolitio criminis*, ma una vicenda modificativa di disciplina; per quelli per cui, all'opposto, l'illicei-

[13] Cfr. Cass. Pen., Sez. V, 16 ottobre 2002, n. 34622.

[14] Le ipotesi fin qui descritte rientrano nella c.d. specialità ''unilaterale'', mentre una parte della dottrina e della giurisprudenza ritengono che il congegno predisposto dall'art. 15 c.p. sarebbe applicabile anche quando un fatto concreto risulti sussumibile in piu` fattispecie astratte, che presentino alcuni elementi comuni tra loro ed altri, generici o tipizzanti, diversi, fenomeno questo meglio descritto come specialità ''bilaterale''o ''reciproca''.

Cfr. Cass. Pen., Sez. V, 21 novembre 1999, in ''riv. pen.'', 2001, 559, secondo cui ''le fattispecie criminose previste, rispettivamente, dall'art. 648 c.p. e dall'art. 12 d.l. 3 maggio 1991 n. 143, convertito con modificazioni in l. 5 luglio 1991 n. 197 sono tra loro in relazione di specialità reciproca. Tra le due, quindi, deve trovare applicazione quella caratterizzata da maggiore specialità rispetto all'altra''.

In dottrina, cfr. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2006, 378; CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Padova, 2005, 190 (che fa rientrare anche la specialità in concreto nella specialità reciproca o bilaterale).

Si oppongono alla tesi che riconduce la specialita` reciproca alla previsione dell'art. 15 c.p. MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Milano 2006, 385.

[15] Cfr. Cass. Pen., Sez. Un., 16 giugno 2003, n. 25887, Giordano, in ''cass. pen.'', 2003, 3310, con nota di PADOVANI, *Bancarotta fraudolenta impropria e successione di leggi: il bandolo della legalita` nelle mani delle Sezioni unite.*

tà penale non è confermata, non si può che sostenere la sussistenza del fenomeno abrogativo parziale.

Nella seconda ipotesi di specialità, invece, la valutazione di continuità o meno non può prescindere dall'esame dell'elemento speciale introdotto: in tali casi, infatti, non si ha mai un fenomeno abrogativo parziale per le condotte di cui non e` ribadita la penale rilevanza, in quanto se l'elemento specializzante ha una portata tale da esprimere la volontà del legislatore di punire un diverso disvalore, e quindi, di mutare la propria scelta punitiva, si verifica un'*abolitio criminis* totale; nel caso contrario, in cui non e` ravvisabile tale mutamento, dato che la norma non riduce l'ambito di penale rilevanza dei fatti già puniti, ma, anzi, introduce un ulteriore elemento aggiuntivo, non si ha alcuna *abolitio criminis*, ma modificazione di disciplina *ex* art. 2, c. 4, c.p[16].in definitiva, l'*abolitio criminis*, totale o parziale che sia, è sempre il risultato di una modifica normativa che incide sulla struttura della fattispecie legale astratta.

Questa costituisce lo strumento del quale il legislatore si serve tan-

[16] Cfr. Cass. Pen., Sez. V, 16 ottobre 2002, in "dir. pen. proc.", 2003, n. 6, 712, con nota di MICHELETTI, *La continuita` intertemporale della bancarotta fraudolenta "cagionata" tramite reati societari.* L'avvicendamento di due fattispecie incriminatrici comporta sempre un'*abolitio criminis* totale, e dunque la costante applicazione dell'art. 2, comma 2, c.p., qualora intercorra tra le stesse un rapporto di specialità per aggiunta e l'elemento costitutivo speciale abbia un "peso" tale da ascrivere al fatto di reato un significato lesivo diverso da quello sottostante alla fattispecie generale. Secondo tale ricostruzione, se tra falso in comunicazioni sociali vecchia e nuova ipotesi sussiste un'omogeneità strutturale, nel senso di una specialità per specificazione, tra bancarotta impropria vecchia e nuova formula esiste un rapporto di specialità per aggiunta, in cui l'elemento nuovo (nesso di causalità tra reato presupposto e dissesto dell'impresa) ha quel peso e quella rilevanza che esprimono una mutata *voluntas legis* e determinano la sussistenza di una abrogazione totale della norma precedente.

Cfr. Cass. Pen., Sez. Un., 26 marzo 2003, Giordano, secondo cui in tema di diritto intertemporale sussiste la punibilità della condotte di falsità e delle omissioni previste dagli artt. 2621 c.c. e ss., poste in essere prima della riforma introdotta con il d.lgs. n. 61 del 2002, solo quando siano state superate le soglie di punibilità previste dalla nuova disciplina. Nel stesso senso sembra orientata Cass. Pen., Sez. V, 23 aprile 2003, Ruocco, in "dir. pen. proc.", 2003, 3747, ove si stabilisce che la Corte deve annullare senza rinvio la sentenza impugnata, qualora dalla stessa non risulta possibile stabilire se le soglie di punibilità siano state superate o meno. Ancora così (almeno in parte) Cass. Pen., Sez. V, 3 ottobre 2003, Fodde, in C.E.D. Cass., n. 226918, secondo cui al fine di verificare se i fatti commessi prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 61 del 2002 siano sussumibili nell'attuale fattispecie criminosa di cui all'art. 2622 c.c., occorre che tutti gli elementi richiesti dalla nuova disciplina (quali ad esempio il superamento delle soglie di punibilità) siano stati contestati e abbiano formato oggetto di accertamento in contraddittorio. Ne consegue che nel giudizio di cassazione, nel quale la Corte e` chiamata a decidere sulla base di un accertamento già compiuto dal giudice di merito, se i nuovi elementi non hanno formato oggetto di valutazione nella decisione impugnata, il fatto-reato rientra nell'ambito dell'*abolitio criminis*.

to per selezionare le classi di fatti penalmente rilevanti, quanto per deselezionare quelle che non sono più ritenute penalmente rilevanti.

Il venir meno del giudizio di disvalore astratto, espresso da una precedente incriminazione, che caratterizza l'*abolitio criminis* come scelta politico-criminale del legislatore, trova, quindi, necessariamente ed inderogabilmente espressione in modifiche normative che incidono sulla fattispecie legale astratta[17].

2. *La c.d. successione mediata. Le soluzioni proposte dalla dottrina*

Il tema delle c.d. *modifiche mediate* della fattispecie incriminatrice concerne i casi in cui sia modificata o abrogata una disposizione qualificatrice di un elemento normativo della norma penale.

In queste ipotesi – in cui la norma incriminatrice non è il prodotto dell'interpretazione di una singola disposizione – l'innovazione legislativa non incide direttamente sulla disposizione incriminatrice principale, bensì modifica un qualsiasi enunciato normativo richiamato dalla disposizione medesima: enunciato che contribuisce così a determinare la vera e propria norma incriminatrice.

Qui il dato oggetto di variazione non è, dunque, l'enunciato legislativo principale da cui si ricava, mediante interpretazione, la norma incriminatice, ma un enunciato normativo secondario che apporta un effettivo contributo alla determinazione del tipo di reato.

Si tratta, in pratica, di un meccanismo di eterointegrazione della fattispecie astratta mediante apporti derivanti da altri testi normativi.

La norma incriminatrice si ricava da più enunciati legislativi in combinazione tra loro: sicché "norma" in tale contesto è il significato di una combinazione di enunciati legislativi.

La norma incriminatrice deve essere, allora, identificata combinando la disposizione principale con ogni disposizione integratrice: la norma è espressa attraverso la congiunzione di una pluralità di enunciati diversi[18].

Nell'ambito delle modifiche mediate, ad assumere rilevanza è, dunque, un intervento legislativo che lascia formalmente inalterata l'incriminazione, incidendo soltanto indirettamente sulla struttura del tipo, nel senso che la variazione normativa concerne elementi rilevanti in concre-

[17] In questi termini, GATTA, *Abolitio criminis e successione di norme "integratrici": teoria e prassi*, cit., 245.

[18] Per un'ampia disamina sull'argomento, cfr. GAMBARDELLA, *L'art. 2 del Codice Penale tra nuova incriminazione, abolitio criminis, depenalizzazione e successione nel tempo*, cit., 1194 ss.

to per l'applicabilità della fattispecie penale[19].

Ci si chiede da tempo se la modifica indiretta della fattispecie incriminatrice rientri o meno nella dinamica applicativa dell'art. 2 c.p.

In altre parole, se la successione di norme giuridiche o extragiuridiche, penali o extrapenali, richiamate dagli elementi normativi in funzione di qualificazione del comando, sia sottoposta o meno al regime dell'*abolitio criminis* o della successione modificatrice[20].

[19] Sulla distinzione fra modificazioni "mediate" ed "immediate" della fattispecie penale, cfr. la fondamentale e pionieristica indagine di PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali. La modificazione legislativa degli elementi della fattispecie incriminatrice o della sua sfera di applicazione, nell'ambito dell'art. 2, 2° e 3° comma, c.p.*, cit., 1356 ss.

[20] Sul tema della successione mediata, cfr. AMBROSETTI, *Brevi note in tema di successione di norme penali a seguito di modifiche mediate della fattispecie*, in dialoghi del diritto, dell'avvocatura, della giurisdizione (rivista trimestrale a cura del Consiglio dell'ordine degli avvocati di Venezia), 2006, n. 4, 168 ss.; DOLCINI-MARINUCCI, *Codice penale commentato,* cit. 65 ss.; GAMBARDELLA, *L'art. 2 del Codice Penale tra nuova incriminazione, abolitio criminis, depenalizzazione e successione nel tempo*, cit., 1194 ss.; GARGANI, *Il controverso tema delle modifiche mediate della fattispecie incriminatrice al vaglio delle Sezioni Unite,* in "cass. pen.", 2008, 06, 2694 ss.; GATTA, *Abolitio criminis e successione di norme "integratrici": teoria e prassi*, cit.; ID, *Trattenimento nel territorio dello Stato dello straniero espulso: reato permanente o istantaneo?*, in cm, 2005, 198 ss.; IZZO, *Legge tributaria come elemento normativo del fatto*, in "il fisco", 1994, n. 34, 8849 ss.; MUSCO, *L'abolitio criminis dell'omessa dichiarazione annuale di cui al previgente art. 1 l. n. 516/82: la svolta delle Sezioni Unite in tema di successione di leggi penali,* nota a Cass. S.U. 13 dicembre 2000, Sagone, in "cass. pen.", 2001, 2059 ss.; ID, *La riformulazione dei reati tributari e gli incerti confini dell'abolitio criminis*, nota a Cass., S.U. 25 ottobre 2000, Di Mauro, in "cass. pen.", 2001, 458 ss.; PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali. La modificazione legislativa degli elementi della fattispecie incriminatrice o della sua sfera di applicazione, nell'ambito dell'art. 2, 2° e 3° comma, c.p.*, cit., 1354 ss.; PALMERO, *Abrogazione di norma integratrice della fattispecie penale*, nota a Cass. Sez. VI 5 giugno 2002, Bortot, in "dir. pen. proc.", 2003, 223 ss.; PARDINI, *Vecchi e nuovi problemi in tema di successione di norme integratrici*, nota a Cass. Sez. I , 24 gennaio 2006, Bova, Cass., sez. I, 9 marzo 2005, Screti; Cass., sez. I, 10 febbraio 2005, Caruso, cit., 614 ss.; PECORELLA, *C'è spazio per criteri valutativi nell'abolitio criminis?*, cit., 925 ss.; PETRONE, *La costruzione della fattispecie penale mediante rinvio*, in AA.VV., *Studi in onore di Marcello Gallo. Scritti degli allievi*, Torino, 2004, 151 ss.; PULITANÒ, *Problemi di diritto intertemporale*, in ALESSANDRI (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società. D.lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, Milano, 2002, 112 ss.; RAVAGNAN, *Il piccolo imprenditore ed il fallimento alla luce della riforma della legge fallimentare: ipotesi di applicabilità dell'art. 2 c.p.*, nota a T. Bassano del Grappa 3 aprile 2007, in "riv. pen.", 2007, 907 ss.; RENOLDI, *Modificazioni mediate e immediate della fattispecie nella nuova configurazione del delitto di usura*, in *Studi economico-giuridici*, vol. LVI (1995-1996), a cura della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Cagliari, Torino, 1998, 377 ss.; RISICATO, *Interventi di recupero edilizio e successione di norme extrapenali: le c.d. "modifiche mediate" della fattispecie incriminatrice*, nota a Cass. Sez. III 5 dicembre 2002, Castagna, in "dir. pen. proc.", 2003, 993 ss.; ID, *Successione di norme "integratrici" e mancanza alla chiamata di leva: si consolida il revirement della Cassazione*, nota a Cass. Sez. I 11 maggio 2006, B.A., in "riv. it. dir. proc. pen.", 2006, 1633 ss.; ID, *La restaurata ostilità delle Sezioni Unite nei confronti delle modifiche mediate della fattispecie penale*, in cass. pen., 2008, 314 ss.; ROMANO, *Modifiche normative non incidenti sul piano strutturale e cristallizzazione dellillecito in una ipotesi attenuata di gattopardismo penalistico*, nota a Cass. Sez. V 25 febbraio 1997, De Lisi, in "foro it.", 1998, II, 95 ss.; RUGGIERO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Lineamenti giurisprudenziali*, Napoli, 1965.

Sul tema dell'estraneità o meno della modificazione di norme, richiamate da elementi normativi della fattispecie incriminatrice, alla trama della successione di leggi penali, si registra una disorientante pluralità di orientamenti interpretativi.

Sia in dottrina, sia in giurisprudenza, si riscontrano, infatti, opinioni eterogenee, che alimentano un dibattito irto di discordanze e di discrasie, che attendono ancora di essere "composte", attraverso un criterio certo e razionale, in grado di essere validamente utilizzato in fase applicativa.

Prima di accennare alle più significative impostazioni, occorre segnalare come gli esiti ermeneutici dipendano essenzialmente dal diverso modo di affrontare due questioni che assumono un valore pregiudiziale.

Da, un lato, si tratta di decidere se la relazione esistente tra la norma incriminatrice e la norma extrapenale (richiamata dall'elemento normativo) debba essere inquadrata in termini di integrazione o, al contrario, di separatezza; dall'altro, occorre chiedersi se l'art. 2 c.p. si incentri sulla fattispecie astratta (ossia sul fatto nella sua consistenza normativa), oppure sul fatto concreto costituente reato.

Nel primo caso, si dovrebbe ritenere persistente la punibilità del fatto concreto che soltanto dopo la sua commissione non risultasse più sussumibile nella fattispecie astratta; nel secondo caso, si dovrebbe, invece, escludere la punibilità, in conseguenza della mutata valutazione, intervenuta per effetto di una legge posteriore su uno degli elementi da qualificare alla stregua del tipo penale.

Secondo un primo orientamento, fondandosi l'*abolitio criminis ex* art. 2, c. 2, c.p. su una successione di "leggi penali", essa non può verificarsi nel caso di successione di leggi richiamate da elementi normativi della fattispecie[21].

Se la norma incriminatrice fa riferimento ad un'altra norma attraverso un elemento normativo della fattispecie, la disposizione richiamata non integra la norma incriminatrice, non riflettendosi sulla fisionomia del reato e non contribuendo ad esprimere l'opzione politico-criminale racchiusa nella fattispecie astratta.

Le norme richiamate dagli elementi normativi non possono essere considerate integratrici del precetto penale, cosicché ogni loro modificazione si risolverebbe in un fenomeno estraneo all'ambito della successio-

[21]Così, ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Milano, 2004, 59, secondo cui tale soluzione deve essere accolta anche quando venga dichiarato illegittimo o revocato un atto amministrativo integrante il presupposto di fatto della norma incriminatrice che ne sanzioni la trasgressione.

ne di leggi penali[22].

Le uniche eccezioni alla regola della rilevanza delle sole modifiche immediate (ovvero gli unici casi di norme extrapenali realmente integratrici del precetto) sarebbero rappresentate dalle norme definitorie e dalle c.d. norme penali in bianco, le quali descriverebbero e delimiterebbero la portata della norma incriminatrice astratta, dando luogo, in caso di variazione normativa, ad un'ipotesi di successione di leggi penali.

Le norme realmente integratrici, infatti, contribuiscono a descrivere la fattispecie legale astratta e, quindi, a delineare il giudizio di disvalore espresso dal legislatore nella configurazione di una determinata figura di reato.

Solo la modifica delle norme realmente integratrici dà luogo ad una modifica strutturale della fattispecie legale astratta e, ripercuotendosi sulle scelte politico-criminali e sul giudizio di disvalore espresso dal legislatore nella configurazione del reato, può comportare *abolitio criminis*.

La modifica delle norme solo apparentemente integratrici, invece, non può mai comportare *abolitio criminis* perché non si ripercuote sulla struttura della fattispecie legale astratta e, attraverso di essa, sulle scelte politico-criminali e sul giudizio di disvalore espresso dal legislatore nella configurazione del reato[23].

Le disposizioni che riempiono il precetto di norme penali in tutto o in parte "in bianco" sono vere e proprie norme integratrici della legge penale.

In presenza di norme penali "in bianco", infatti, il precetto è contenuto, in tutto o in parte, nella disposizione normativa integratrice, la quale, di conseguenza, descrive o concorre a descrivere il modello legale di condotta penalmente rilevante, contribuendo, in tal modo, a selezionare classi di fatti ritenute dal legislatore meritevoli e bisognose di pena.

Ogni modifica di una norma realmente integratrice incide in via immediata sulla struttura della fattispecie legale astratta ed è in grado di comportare *abolitio criminis*. La fisionomia di una fattispecie legale in tutto o in parte "in bianco" muta al variare della norma che ne contiene la descrizione. Di conseguenza, è possibile che all'esito di un confronto strut-

[22] CADOPPI-VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, Padova 2007, 116; FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale, parte generale*, cit., 94 ss.; GATTA, *Abolitio criminis e successione di norme "integratrici": teoria e prassi*, cit.; MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano 2001, 276 ss.; PETRONE, *L'abolitio criminis*, cit., 26; PODO, voce *"Successione di leggi penali"*, cit., 659; PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2007, p. 686; SIRACUSANO, *Successione di leggi penali*, cit., 71.

[23] In questi termini, GATTA, *Abolitio criminis e successione di norme "integratrici": teoria e prassi*, cit., 247.

turale tra le fattispecie "in bianco" risultanti prima e dopo la modifica della norma integratrice, l'interprete riscontri l'abolizione del reato configurato dalla norma penale in bianco.

Le norme definitorie sono vere e proprie norme integratrici al pari di quelle richiamate dalla disposizione normativa in bianco.

Completano, infatti, la norma incriminatrice, precisandone il significato, in modo da vincolare l'interpretazione giurisprudenziale.

Tra il concetto di fattispecie definito e la più complessa proposizione contenuta nella norma definitoria intercorre un rapporto di equivalenza, il quale comporta che ogni modifica della norma definitoria equivale ad una modifica del concetto definito e, di conseguenza, della fattispecie legale astratta che impiega quel concetto nella propria descrizione. Variazione che è in grado di comportare *abolitio criminis* in quanto incide imediatamente sulla struttura della ipotesi criminosa e, tramite essa, sulla scelta politico-criminale e sul giudizio di disvalore di cui la stessa è espressione[24].

Basata sulla sfuggente distinzione (rilevante anche in tema di errore, *ex* art. 47, c. 3, c.p.) tra norme extrapenali integratrici ovvero non integratrici del precetto penale (rispettivamente incorporate nella norma incriminatrice oppure estranee al precetto), questa teoria approda a conclusioni permeate da un elevato formalismo.

Prendendo le mosse da un'accezione astratta di fatto, trascura di considerare che il contenuto di una fattispecie non si apprezza come se fosse una monade isolata e che, se incidente sull'estensione concettuale di un elemento costitutivo del fatto, la norma extrapenale richiamata decide dell'effettiva applicabilità della norma penale ad un fatto commesso sotto la sua vigenza[25].

Un secondo indirizzo adotta, invece, un criterio interpretativo incentrato sulla *ratio* di tutela della singola previsione penale.

Seguendo questa impostazione, occorrerebbe verificare se la mutazione della norma extrapenale incida o meno sullo scopo dell'incriminazione[26].

Si tratterebbe, in altri termini, di accertare caso per caso se la modifi-

[24] Cfr., sul punto, Gatta, *Abolitio criminis e successione di norme "integratrici": teoria e prassi*, cit., 257 ss.; Pulitanò, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano 1976, 292; Siracusano, *Successione di leggi penali*, cit., 73 ss.

[25] Gargani, *Il controverso tema delle modifiche mediate della fattispecie incriminatrice al vaglio delle Sezioni Unite,* cit., 2694.

[26] Mantovani, *Diritto penale*, *parte generale*, cit., 83 ss.; Marini-La Monica-Mazza, *Commentario al codice penale*, tomo I, Torino 2002, art. 2, 63 ss.; Micheletti, *Legge penale e successione di norme integratrici*, Torino 2006, 355 ss.; Pulitanò, *Diritto penale*, cit., 686 ss.

ca delle norme richiamate da elementi normativi della fattispecie faccia venire meno il disvalore astratto del tipo di fatto e, quindi, la *ratio punendi*.

Solo quando si verifichi questa evenienza la modifica di norme richiamate da elementi normativi sarebbe in grado di comportare *abolitio criminis*.

Diversamente, la rilevanza penale del fatto commesso prima della modifica normativa rimarrebbe immutata e la disciplina dell'art. 2, c. 4, c.p. non troverebbe applicazione.

Rispetto alla successione di norme integratrici di un elemento normativo della fattispecie penale, tirando le somme, si ha successione di norme penali: nell'ipotesi di emanazione di nuove norme integratrici, poiché si rende punibile un fatto prima non punibile; nell'ipotesi di abolizione di norme integratrici quando questa fa venir meno il disvalore del fatto. Non si ha successione di leggi penali nell'ipotesi di abolizione di norme integratrici qualora ciò non fa venir meno il disvalore del fatto commesso anteriormente e, quindi, la *ratio punendi*.

L'idea che il venir meno o il perdurare del disvalore del fatto possa dipendere anche dalla modifica di norme richiamate da elementi normativi della fattispecie ha suscitato perplessità in una parte di dottrina, la quale ha evidenziato che tale categorie di norme non concorrono a descrivere la fattispecie legale astratta e, di conseguenza, non possono neanche concorrere a delineare il giudizio di disvalore penale espresso dal legislatore con la scelta della incriminazione di determinate classi di fatti[27].

Per definizione, dislavore significa negazione di un valore.

In un diritto penale retto dal principio di offensività, i valori la cui negazione dà luogo a fatti meritevoli e bisognosi di pena sono i beni giuridici.

Valutare se, a seguito di una modifica normativa, sia venuto meno il disvalore penale del fatto anteriormente commesso, significa perciò accertare se quella modifica esprima la scelta politico-criminale di rinunciare a reprimere con la pena un determinato tipo di offesa ad un bene giuridico. Ma, essendo proprio le fattispecie legali astratte deputate a descrivere forme di offesa tipiche di beni giuridici, e non essendo il bene giuridico una entità separata dalla struttura della fattispecie legale astratta, ne consegue che in assenza di una modifica strutturale del fatto tipico non può in alcun caso ritenersi sussistente una rinuncia del legislatore a presidiare con la pena un determinato tipo di offesa ad un bene giuridico[28].

[27] Cfr. GATTA, *Abolitio criminis e successione di norme "integratrici": teoria e prassi*, cit., 332 ss.; MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit., 78 ss.

[28] In questi termini, GATTA, *Abolitio criminis e successione di norme "integratrici": teoria e prassi*, cit., 333.

Lungo una terza linea interpretativa si muovono, invece, gli orientamenti più estensivi che riconducono in generale alla disciplina dettata dall'art. 2 c.p. il fenomeno della successione di leggi "mediate".

In questa prospettiva, la tesi dell'incorporazione della disposizione integratrice dell'elemento normativo (o della norma penale in bianco) nella stessa norma incriminatrice valorizza il contributo portato dalla disposizione integratrice alla definizione dei presupposti normativi della rilevanza penale del fatto.

Ebbene – come per le modificazioni dirette o immediate – una qualunque *novatio legis* concernente in senso lato la disposizione integratrice (ossia non solo il profilo della sua struttura linguistica), che restringa l'ambito applicativo della incriminazione, comporta di conseguenza una parziale abrogazione della norma incriminatrice, con efficacia retroattiva ai sensi dell'art. 2, c. 2, c.p., travolgendo anche il giudicato formatosi rispetto alla classe di condotte abolite.

Il fenomeno dell'*abolitio criminis*, deve essere considerato come concetto o nozione unica di natura normativa, che vale cioè sia per le modificazioni immediate sia per quelle mediate.

Si tratta invariabilmente dell'abrogazione (almeno parziale) di una norma incriminatrice.

Viene in considerazione il medesimo statuto logico dell'*abolitio criminis*, legato alla restrizione dell'area di applicazione di un determinato illecito penale.

Anche in materia di successione di disposizioni integratrici per verificare l'effetto abolitivo, bisogna stabilire se la fattispecie astratta di quella specifica figura di reato si è ridotta, se l'area incriminatrice di essa si è circoscritta.

In definitiva, per decidere del fenomeno abolitivo occorre riscontrare la presenza (almeno) di una parziale abrogazione della norma incriminatrice. Mentre non rileva che un concreto fatto verificatosi non sia più riconducibile alla norma incriminatrice a seguito della modifica che ha investito il dato normativo richiamato[29].

[29]In questi termini, GAMBARDELLA, *L'art. 2 del Codice Penale tra nuova incriminazione, abolitio criminis, depenalizzazione e successione nel tempo*, cit., 1194 ss.

In tal senso, cfr. PETRONE, *L'abolitio criminis,* cit., 25 ss., secondo cui quando la vicenda modificativa operi su una disposizione richiamata da un elemento normativo della fattispecie incriminatrice, eliminando dal suo campo di operatività una sottofattispecie, si determina una *abolitio criminis* parziale. Così anche MICHELETTI, *Legge penale e successione di norme integratrici*, cit., 65 ss., il quale precisa che si tratta di fenomeni intertemporali perfettamente identici, da assoggettare perciò alla medesima disciplina.

Un diverso approccio muove dalla considerazione della necessaria unitarietà della nozione di "fatto" di cui al primo e al secondo comma dell'art. 2 c.p.: tale nozione è definita con riferimento al "fatto storicamente determinato in tutti gli aspetti rilevanti ai fini dell'applicazione di una disposizione incriminatrice", aspetti comprensivi, quindi, anche delle modifiche indirette o mediate della legge penale[30].

Si ritiene che le modifiche della norma extrapenale influiscano sul disvalore del reato base. In questo senso, ogni norma extrapenale richiamata dall'elemento normativo sarebbe integratrice del precetto.

Per sostenere l'*abolitio criminis,* dunque, sarebbe sufficiente accertare che il fatto concreto, se commesso dopo quella modifica non sarebbe più punibile.

Nessun rilievo è attribuito alla circostanza che la modifica normativa in questione non incide sulla struttura della fattispecie legale che impiega l'elemento normativo.

Il fenomeno dell'*abolitio criminis* possiederebbe una valenza idonea a ricomprendere ogni variazione normativa in grado di incidere sul disvalore del fatto concreto: la riprova sarebbe data dalla circostanza che il concetto di *fatto* non può non assumere lo stesso significato nei primi due commi dell'art. 2 c.p.

Nel ricondurre alla disciplina dell'art. 2 c.p. tutte le ipotesi sin qui considerate, la tesi in esame offre il considerevole vantaggio di assicurare certezza e uniformità in una materia sovente oggetto di sottili concettualizzazioni, di ardua praticabilità.

Parte della dottrina ha evidenziato che si tratta dell'orientamento maggiormente attento alle implicazioni concettuali e alle funzionalità degli elementi normativi della fattispecie penale. Sottolineando che i predetti elementi non costituiscono un dato statico, cristallizzato una volta per tutte, bensì un concetto dinamico, soggetto a mutazioni nel tempo, si coglie il tratto caratterizzante la relazione osmotica sussistente tra fattispecie incriminatrice e variazione della norma da essa richiamata. Nel legare il fenomeno successorio alla dimensione del fatto concreto, questa tesi risulta, altresì, la più coerente ed armonica con i principi di eguaglianza e di garanzia sottesi allo statuto della successione di leggi penali. Ciò che sembra davvero essenziale è la differenza di trattamento giu-

[30]PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2002, 41;DEL CORSO, voce *Successione di leggi penali*, in dig. pen., vol. XIV, Torino, 1999, che ha sottolineato come essa valga anche nel caso di modifica "mediata" della fattispecie incriminatrice, con conseguente applicazione dell'art. 2, c. 3 (ora c. 4), c.p.

ridico-penale che per lo stesso fatto consegue alla modifica legislativa seppure "mediata", cosicché, nel caso sussista una diversità tra la disciplina giuridica vigente al momento della commissione del fatto e quella vigente al momento del giudizio, il principio di uguaglianza, sovraordinato all'intera materia della successione di leggi penali nel tempo, impone di applicare la normativa che risulti in concreto più favorevole[31].

L'eventuale affermazione di responsabilità penale dell'imputato per un fatto che, se commesso al momento del giudizio, non costituirebbe più reato, si rivela, altresì, in palese contrasto con il complesso ed articolato quadro teleologico in cui si inserisce la pena nel nostro ordinamento. A prescindere dalla difficoltà di assicurare alla risposta punitiva il necessario finalismo rieducativo, risulta assai difficile comprendere in che modo tale pena potrebbe svolgere, in termini general-preventivi, un'effettiva funzione di asseveramento e di conferma del comando, giacché *quel* precetto ha subito una restrizione applicativa e non sussiste più nei confini e nei termini originari. Ad essere sanzionata sarebbe, in realtà, esclusivamente la disubbidienza e la violazione della legge penale, secondo una prospettiva subbiettivistico-imperativistica, estranea alla logica e alla sistematica costituzionale[32].

3. *Gli orientamenti giurisprudenziali*

Alla pluralità degli indirizzi dottrinali si accompagna poi un panorama giurisprudenziale non certo riconducibile ad univoci approcci interpretativi.

Costante, nella giurisprudenza di legittimità, è l'affermazione secondo cui la disciplina di cui all'art. 2 c.p. trova applicazione rispetto alle norme che definiscono la natura sostanziale e circostanziale del reato; ma la concreta definizione delle tipologie normative sussumibili in questo ampio *genus* ha fatto registrare – anche con riferimento alla medesima vicenda – pronunce discordanti: emblematici sono il caso della privatizzazione dell'Enel[33] o quello della liberalizzazione del prezzo del pane[34].

[31] PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2007, 168.

[32] GARGANI, *Il controverso tema delle modifiche mediate della fattispecie incriminatrice al vaglio delle Sezioni Unite*, cit., 2694.

[33] Cfr., ad es., Sez. VI, 2 novembre 1988, Caronna, in "cass. pen.", 1990, 227, con nota adesiva di DELL'ANNO; Sez. VI, 8 aprile 2002, Bassetti, in "riv. pen.", 2004, 890.

[34] Secondo Sez. III, 29 dicembre 1998, Sciacchitano, in cass. pen., 2000, 896, con nota di GARGIULO, per norma incriminatrice deve intendersi la norma che definisce la struttura essenziale e circostanziale del reato, "comprese le fonti extrapenali che contribuiscono

Ancora, se consolidato è l'orientamento secondo cui il reato di calunnia permane anche nel caso di depenalizzazione del fatto oggetto dell'incolpazione, una pronuncia della Suprema Corte ha escluso la configurabilità del reato di associazione per delinquere *ex* art. 416 c.p. a seguito della sopravvenuta depenalizzazione del reato-fine del sodalizio criminoso.

Accedendo ad un'interpretazione restrittiva di "legge penale", il giudice di legittimità ha poi affermato che la disciplina della successione di leggi penali non si applica alle modifiche delle norme extra-penali e degli atti o fatti amministrativi che – non incidendo sulla struttura essenziale e circostanziata del reato – si limitano a precisare la fattispecie precettiva, delineando la portata del comando, che viene a modificarsi nei contenuti a far data dal provvedimento innovativo; alla lettura dell'art. 2 c.p. si affianca qui una valutazione sul perdurante disvalore e rilievo penale del fatto anteriormente commesso[35].

Un'orientamento di segno contrario emerge, invece, da un'altra pronuncia della Corte di Cassazione secondo cui nel novero delle norme integratrici della legge penale devono essere ricomprese tutte quelle che intervengano nell'area di rilevanza penale di un fatto umano, escludendola, riducendola o comunque modificandola in senso migliorativo per l'agente; e ciò quand'anche la nuova norma non rechi testuale statuizione in tal senso ma, comunque, regoli significativamente il fatto in termini incompatibili con la precedente disciplina penalistica ovvero incidenti, per il nuovo caso regolato, nella struttura della norma incriminatrice o, quanto meno, sul giudizio di disvalore in essa espresso[36].

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione si sono espresse per la prima volta sulla questione con la sentenza n. 8342 del 23 maggio 1987, Tuzet.

Aderendo alla teoria dell'incorporazione, la pronuncia delle Sezioni Unite scioglie senza riserve il nodo dell'applicabilità dell'art. 2 c.p. nel caso di modifiche mediate afferenti la configurazione giuridica del soggetto attivo dei reati propri.

ad integrare la fattispecie penale", sicché qualsiasi modifica delle fonti integratrici comporta un mutamento della norma incriminatrice, mutamento riconducibile alla disciplina di cui all'art. 2 c.p. *Contra*, sempre in tema di liberalizzazione del prezzo del pane, Sez. III, 17 febbraio 1998, Vittoria, in giust. pen., II, 1999, c. 187.

[35] Cfr. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2006, 43; DE VERO, *Corso di diritto penale*, vol. I, Milano, 2004, 301 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 94 ss.; PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, cit., 168;VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano*, vol. I, *Concetti, fonti, validità, interpretazione*, Milano, 1999, 324 ss.

[36] Per un'ampia disamina sul punto, cfr. CAPUTO, *Prime note sulle conseguenze penali dell'ingresso di nuovi paesi nell'Unione Europea*, in "cass. pen.", 2007, n. 4.

Premesso che per legge incriminatrice deve intendersi il complesso di tutti gli elementi rilevanti ai fini della descrizione del fatto e che tra questi elementi, nei reati propri, è indubbiamente compresa la qualità del soggetto attivo, la sentenza Tuzet giunge ad un conclusione netta: "Se la *novatio legis* riguarda la qualità del soggetto attivo, nel senso che, come nella specie, fa venire meno al dipendente bancario la qualità di incaricato di pubblico servizio, necessaria per integrare il reato di peculato, non può non applicarsi in favore di quel dipendente il principio di retroattività della legge più favorevole affermato dall'art. 2 c.p. La formulazione letterale del comma 2 dell'art. 2 è abbastanza chiara nell'escludere la punibilità per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce più reato".

Centrale, nell'argomentare delle Sezioni Unite, è il riferimento alla *novatio legis* concernente la qualificazione del soggetto attivo e, dunque, alla differenza di trattamento giuridico-penale che discende dalla modifica mediata della norma incriminatrice.

È in questa prospettiva che viene in rilievo la particolare pregnanza rivestita dall'individuazione normativa del soggetto attivo del reato proprio, una pregnanza che anche la Corte Costituzionale ha avuto modo di sottolineare, quando ha affermato a chiare lettere che la determinazione della cerchia degli obbligati rappresenta il nucleo fondante il contenuto d'illecito del reato proprio, in quanto tale contenuto discende essenzialmente dal rapporto funzionale intercorrente tra la posizione del soggetto e l'interesse tutelato dalla norma.

Le successive pronunce della Corte di Cassazione a Sezioni Unite si sono discostate dal criterio del fatto concreto per la soluzione dei problemi inerenti la c.d. successione mediata, adottando il criterio strutturale.

Tale criterio affermatosi a partire dalla sentenza Giordano sul terreno delle c.d. modifiche immediate, ha finito per imporsi, nella giurisprudenza delle Sezioni Unite, come criterio di accertamento dell'*abolitio criminis* anche nell'ipotesi delle c.d. modifiche mediate.

L'indagine sugli effetti penali della successione di leggi extrapenali è condotta facendo riferimento alla fattispecie astratta e non al fatto concreto: non basta riconoscere che oggi il fatto commesso dall'imputato non costituirebbe più reato, ma occorre prendere in esame la fattispecie e stabilire se la norma extrapenale modificata svolga in collegamento con la disposizione incriminatrice un ruolo tale da far ritenere che, pur essendo questa rimasta immutata, la fattispecie risultante dal collegamento tra la norma penale e quella extrapenale sia cambiata e in parte non sia più prevista come reato.

Nel percorrere la via della distinzione tra norme integratrici e nor-

me non integratrici, un passaggio centrale della motivazione della sentenza Magera del 27 settembre 2007 sottolinea come si tratti di distinzione possibile e imposta dalla legge.

È una distinzione alla quale si ricorre anche nell'applicazione del terzo comma dell'art. 47 c.p., per decidere se un errore su una legge diversa da quella penale escluda o meno la punibilità; nell'art. 47 c.p. il legislatore ha riconosciuto l'esistenza di leggi diverse da quelle penali, alle quali ha ricollegato un diverso trattamento dell'errore, e non è arbitrario pensare che anche agli effetti dell'art. 2 c.p. le leggi diverse da quelle penali possano avere trattamenti diversi.

La questione di diritto sottoposta dalla Sezione I della Corte di Cassazione all'attenzione delle Sezioni Unite era la seguente: se la sopravvenuta circostanza che dal 1° gennaio 2007 la Romania è entrata a far parte dell'Unione europea giustifichi l'applicazione delle disposizioni di cui all'art. 2 c.p. e debba, quindi, fare pronunciare l'assoluzione, con la formula "perché il fatto non è previsto dalla legge come reato", nel processo a carico di un cittadino rumeno imputato del reato previsto dall'art. 14, c. 5 *ter*, dlgs. n. 286/98 per l'inosservanza dell'ordine di lasciare il territorio italiano anteriormente emesso dal questore a seguito del decreto prefettizio di espulsione.

L'art. 14, c. 5 *ter*, dlgs. n. 286/1998 punisce lo straniero che, senza giustificato motivo, si trattenga nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine di allontanamento impartito dal questore, ai sensi dell'art. 14, c. 5 *bis*, dlgs. n. 286/98 (a seguito di decreto prefettizio di espulsione). Si tratta di un reato omissivo proprio ed esclusivo, suscettibile di essere realizzato dallo straniero che si trovi nelle condizioni previste dall'art. 14, c. 5 *ter*, dlgs. n. 286/98.

Il contenuto e il significato dell'elemento normativo in esame si determinano, dunque, attraverso il rinvio implicito ad una norma extrapenale, che delimita la portata precettiva della disciplina penale di cui al Testo Unico, sulla base di una nozione *ad hoc*, quella di straniero.

L'art. 1 del Testo Unico in materia di immigrazione definisce straniero l'individuo che non abbia la cittadinanza in uno degli Stati dell'Unione Europea.

In sé e per sé considerato, l'art. 1 non è in grado di informare esaustivamente l'interprete circa la riconducibilità o meno dell'autore del fatto alla cerchia degli stranieri.

L'ambito di applicazione soggettiva della norma incriminatrice non può che dipendere dalle fonti extra-penali – trattati e leggi di ratifica – cui la predetta norma definitoria implicitamente e necessariamente rinvia, per stabilire l'esatta ed attuale latitudine del concetto normativo di

straniero. Per determinare il novero dei soggetti attivi del reato in esame, occorre, cioè, fare riferimento alle norme giuridiche adottate in ambito comunitario che individuano quali siano gli Stati facenti parte dell'Unione: si tratta, dunque, di norme definitorie che concorrono a delineare gli estremi "subiettivi" del precetto penale, potendo ora restringere, ora dilatare l'ambito dei destinatari e che fanno sì che la relativa disciplina penale risulti ancora o non sia più applicabile ai cittadini di un dato Stato.

Siamo di fronte ad un meccanismo bifasico: i trattati di adesione (e le relative leggi di ratifica) integrano la definizione di straniero di cui all'art. 1 dlgs. n. 286/98, che, a sua volta, integra il precetto della fattispecie incriminatrice prevista all'art. 14, c. 5 *ter,*: un duplice collegamento normativo, di carattere logico-sistematico, necessario per determinare il concetto di straniero.

In definitiva, le fonti che individuano i diversi Stati appartenenti all'U.E. assumono carattere definitorio della nozione di straniero di cui all'art. 1 T.U. immigrazione, e, di riflesso, delimitano la portata del precetto di cui all'art. 14, c. 5 *ter,* di tale decreto legislativo.

Il progressivo allargamento dell'U.E. ha posto il problema della persistenza o meno della rilevanza penale delle condotte poste in essere da soggetti qualificabili come stranieri al momento della commissione del fatto e, successivamente, divenuti cittadini comunitari (e che in tale qualità sono chiamati a rispondere dell'illecito penale in materia di immigrazione).

L'itinerario argomentativo seguito dalle Sezioni Unite si muove lungo due direttrici: da una parte, la sentenza afferma che la qualifica soggettiva costituisce un presupposto della condotta che può riflettersi sulla rilevanza penale del fatto concreto, senza invece concorrere a delineare il precetto penale dei reati di cui all'art. 12 T.U.; dall'altra, secondo la Corte di Cassazione, l'adesione del nuovo Paese all'U.E. ha determinato una variazione della rilevanza penale del fatto con decorrenza dall'emanazione del successivo provvedimento normativo, ma senza far venir meno il disvalore penale del fatto anteriormente commesso.

La verifica degli effetti penali della successione di leggi extrapenali andrebbe, infatti, condotta facendo riferimento alla fattispecie astratta e non al fatto concreto.

Occorrerebbe, cioè, accertare se la successione tra norme extrapenali incida o meno sulla fattispecie astratta: la prima ipotesi si realizzerebbe allorquando la fattispecie risultante dal collegamento con la disposizione norma penale e quella extrapenale sia cambiata e in parte non sia più prevista come reato; la seconda situazione riguarderebbe, invece, il caso in cui in concreto il reato non è più configurabile, giacché la modi-

ficazione della norma extrapenale comporta solo una nuova e diversa situazione di fatto[37].

Applicando i predetti principi all'analisi delle conseguenze dell'ingresso nell'U.E. da parte dello Stato di appartenenza del soggetto attivo del reato proprio di cui all'art. 14, c. 5-*ter*, dlgs. n. 286/98, si ritiene che la cittadinanza dell'uno o dell'altro Stato, membro oppure no dell'Unione europea, rispetto alla fattispecie in esame, non dia luogo a sottoclassi, non designi nell'ambito della categoria una parte con caratteristiche specifiche, ma individui più semplicemente l'appartenenza all'una o all'altra categoria, cioè a quella dei cittadini extracomunitari o dei cittadini comunitari.

Sul presupposto che l'ingresso di uno Stato nell'U.E. rappresenterebbe un mero dato di fatto, anche se frutto di un'attività normativa e non un dato formale, si esclude l'applicabilità dell'art. 2, c. 2, c.p., in quanto la norma incriminatrice complementare sarebbe rimasta immutata nella sua portata generale ed astratta.

In altri termini, non essendo le norme modificative dello *status* dei rumeni né integratrici del precetto penale, né in grado di operare retroattivamente, non potrebbe ritenersi che i cittadini rumeni, ai fini penali, debbano essere trattati come se fossero sempre stati cittadini dell'Unione e che i reati commessi quando essi per il nostro ordinamento erano stranieri siano divenuti non punibili in forza dell'art. 2, c. 2, c.p.[38].

La soluzione adottata dalle Sezioni unite mira, in primo luogo, ad assicurare l'effettività e la tenuta generalpreventiva della disciplina repressiva dell'immigrazione clandestina.

Il *dictum* della Suprema Corte appare, infatti, anche il frutto della ponderazione dei problematici riflessi pratico-applicativi delle diverse opzioni ermeneutiche, nonché di complesse considerazioni di opportunità politico-criminale, particolarmente condizionanti in una situazione caratterizzata dalla recrudescenza di gravi fatti criminosi, posti in essere da cittadini neo-comunitari e sovente amplificati a livello mediatico, a causa dell'elevato allarme che ne deriva sul piano sociale.

La soluzione proposta dalle Sezioni Unite è stata criticata da parte della dottrina.

Si è evidenziato che la fonte normativa extrapenale la quale ha consacrato l'ingresso della Romania e della Bulgaria nell'Unione europea ha

[37] In questi termini GARGANI, *Il controverso tema delle modifiche mediate della fattispecie incriminatrice al vaglio delle Sezioni Unite*, cit., 2694 ss.

[38] Così C.S.U. 27 settembre 2007, Magera.

spiegato una diretta incidenza sul campo applicativo delle norme incriminatrici contenute nel testo unico immigrazione.

E tale modificazione, concorrendo a delineare il contenuto dei precetti penali si è chiaramente ripercossa sull'area della fattispecie astratta dei reati in materia di immigrazione, determinando un effetto di restringimento dell'area incriminatrice: sia circoscrivendo la classe dei cittadini extracomunitari-soggetti attivi del reato sia quella degli stranieri-oggetto materiale della condotta[39].

Anche l'*iter* argomentativo della sentenza è stato sottoposto a critica.

A destare perplessità è stata, in primo luogo, la rigida contrapposizione tra fatto e norma, in cui il primo termine risulta cristallizzato in un significato definitivo, insensibile ad ogni mutamento successivo.

Se è vero che il fatto in quanto tale una volta accaduto non può subire modificazioni, non si può negare che possa, però, subire variazioni nel tempo la relativa qualificazione normativa.

Per variazione della qualificazione normativa si intende, ovviamente, la modificazione della disciplina in termini generali ed astratti, in quanto suscettibile di incorporare o di escludere nell'ambito di applicazione della norma determinate sottoclassi.

Da questo punto di vista, si deve distinguere l'ipotesi del mutamento della sfera di operatività di una norma penale dal caso in cui venga meno, in riferimento ad un soggetto determinato, il presupposto richiesto per l'applicabilità della fattispecie incriminatrice.

L'eventuale acquisizione – in seguito alla commissione dell'illecito di cui all'art. 14, c. 5 *ter*, dlgs. n. 286/98 – da parte di un cittadino extracomunitario, della cittadinanza europea non potrebbe, infatti, incidere sulla persistente rilevanza penale del fatto commesso in precedenza.

Facendo difetto la modificazione della qualificazione normativa, la predetta acquisizione della cittadinanza escluderebbe per il futuro l'applicabilità a tale soggetto della disciplina prevista per gli extracomunitari, essendo venuto meno *singulatim* il relativo presupposto.

L'illecito precedentemente commesso rileverebbe ancora in base al criterio *tempus regit actum*. Un'ipotesi del genere non potrebbe essere confusa con le modifiche mediate della fattispecie penale e, in particolare, con il caso della riduzione dell'ambito soggettivo del precetto per effetto della variazione del frammento normativo extrapenale.

Sul piano interpretativo, l'individuazione di una soluzione lineare

[39] GAMBARDELLA, *L'art. 2 del Codice Penale tra nuova incriminazione, abolitio criminis, depenalizzazione e successione nel tempo*, cit., 1194 ss.

e ripetibile, appare ostacolata dall'asserita necessità di selezionare all'interno delle norme richiamate dalla norma penale quelle autenticamente integratrici del precetto penale o retroattive.

Il tentativo di incentrare la questione dell'applicabilità o meno dell'art. 2, c. 2, c.p., da un lato, sull'inafferrabile concetto di norma integrativa, dall'altro sull'opinabile dipendenza dell'*an* della successione di leggi penali dalla retroattività o meno della norma extrapenale richiamata, non sembra in grado di assicurare risultati soddisfacenti in termini di razionalità e di uniformità applicativa.

Le soluzioni ermeneutiche proposte dalle Sezioni Unite si rivelano, in definitiva, di ardua verificabilità e generalizzabilità, in quanto condizionate dall'influenza di fattori, esterni al piano logico-sistematico, che si radicano su istanze di difesa sociale e di opportunità politico-criminale, le quali prendono il sopravvento sui principi di uguaglianza e di legalità, indebolendo, in ultima istanza, il ruolo fondante dei canoni di garanzia.

Sia che si muova alla ricerca delle norme realmente integratrici, sia che si tenti di operare ulteriori distinzioni in seno a quest'ultime, è difficile sottrarsi all'impressione che nessun "setaccio" sia in grado di isolare e fissare efficacemente categorizzazioni e concettualizzazioni che, aldilà della forma logica, proprio per la sottigliezza delle argomentazioni, si rivelano intrinsecamente polisense ed ambivalenti[40].

La questione della c.d. successione mediata è stata, poi, affrontata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nella sentenza n. 19601 del 28 febbraio 2008, Niccoli.

Sul piano del diritto intertemporale si è posta la questione se, in relazione ai reati di bancarotta, in seguito all'entrata in vigore del d.lg. n. 5/06, che ha modificato la nozione di piccolo imprenditore, si sia determinato un fenomeno abolitivo con riguardo a quei casi in cui oggi il soggetto attivo del reato rivestirebbe qualità di piccolo imprenditore.

Nella motivazione viene dato spazio ad un diverso problema, e cioè quello della vincolatività dell'accertamento della qualità di imprenditore compiuta dal giudice fallimentare agli effetti della legge penale.

La Corte di cassazione ha aderito all'indirizzo secondo cui deve considerarsi vincolante l'accertamento dello *status* di imprenditore anche agli effetti della legge penale.

In particolare, due sono gli argomenti che sono a fondamento di tale decisione.

[40] In questi termini GARGANI, *Il controverso tema delle modifiche mediate della fattispecie incriminatrice al vaglio delle Sezioni Unite*, cit., 2694 ss.

In via preliminare, la sentenza ha chiarito che le modifiche apportate dal vigente codice alla materia delle questioni pregiudiziali al processo penale non avrebbero alcuna incidenza determinante: lo *status* di fallito non rappresenterebbe, infatti, una questione pregiudiziale da cui dipende la decisione sui reati di bancarotta, perché questo *status* è diretto effetto della sentenza dichiarativa di fallimento, che, non è sindacabile dal giudice penale.

I nuovi contenuti dell'art. 1 l. fall. non inciderebbero su un dato strutturale del paradigma della bancarotta (semplice o fraudolenta), bensì sulle condizioni di fatto per la dichiarazione di fallimento. Il corollario di simili premesse è, ad avviso delle Sezioni Unite, il seguente: le norme che regolano la qualità di piccolo imprenditore fallimentare – ed in specie l'art. 1 l. fall. – non possono dirsi norme extrapenali che interferiscono sulla fattispecie penale.

Pertanto, il giudice penale, non potrebbe sindacare la sentenza dichiarativa di fallimento sulla base della normativa all'epoca vigente e, allo stesso modo, non potrebbe escluderne gli effetti sulla base di una normativa sopravvenuta[41].

Secondo la sentenza Niccoli, la modifica dei requisiti perché l'imprenditore sia assoggettabile al fallimento non incide sulla fattispecie di bancarotta.

I nuovi contenuti dell'art. 1 l. fall. non incidono su un dato strutturale del paradigma della bancarotta (semplice o fraudolenta), ma sulle condizioni di fatto per la dichiarazione di fallimento, sicché non possono dirsi norme extrapenali che interferiscono sulla fattispecie penale.

Nella struttura dei reati di bancarotta la dichiarazione di fallimento assume rilevanza nella sua natura di provvedimento giurisdizionale, e non per i fatti con essa accertati: ciò che rileva è l'esistenza di una sentenza dichiarativa di fallimento, a prescindere dalle condizioni di fatto normativamente richieste per la dichiarazione di fallimento.

Se muta la definizione dei presupposti perché un provvedimento giurisdizionale richiamato dalla fattispecie penale possa essere adottato, non può dirsi che le norme sopravvenute incidano sulla struttura del reato. Questa infatti continua pur sempre a richiedere, quale elemento costitutivo del fatto, l'esistenza di una sentenza dichiarativa di fallimento che, una volta intervenuta e passata in giudicato, è un dato di fatto non modificabile.

[41] Per un approfondito esame della sentenza Niccoli, cfr. AMBROSETTI, *I riflessi penalistici derivanti dalla modifica della nozione di piccolo imprenditore nella legge fallimentare al vaglio delle Sezioni Unite*, in "cass. Pen.", 10, 3602 ss.

Non solo, le Sezioni Unite giungono ad affermare – e finiscono per porre al centro della motivazione della loro sentenza – l'insindacabilità da parte del giudice penale della sentenza dichiarativa di fallimento, che vincolerebbe il giudice penale quale elemento della fattispecie, e non quale questione pregiudiziale: quando elemento della fattispecie è una sentenza, il giudice penale non è abilitato a compiere alcuna valutazione, neppure incidentale, sulla legittimità di essa, perché le sentenze, a prescindere dalla loro definitività, hanno un valore *erga omnes* che può essere messo in discussione solo in via principale, con i rimedi previsti dall'ordinamento per gli errori giudiziari (e cioè con i mezzi ordinari o straordinari di impugnazione previsti dalla disciplina processuale)[42].

Non pare condivisibile l'approccio seguito dalle Sezioni unite.

In effetti, anche ammettendo che il giudice sia vincolato dall'accertamento del tribunale fallimentare circa lo *status* di imprenditore, rimane nondimeno il problema che tale accertamento è stato compiuto in base a norme oggi non più vigenti. E proprio accogliendo il criterio ermeneutico proposto nella precedente sentenza delle Sezioni unite si sarebbe potuto sostenere che dalle fattispecie di cui agli artt. 216 e 217 l. fall. è stata espunta la sottoclasse degli imprenditori che non rientrano nei requisiti previsti dall'art. 1 l. fall. per la dichiarazione di fallimento[43].

Le Sezioni Unite pur muovendo espressamente dalle acquisizioni teoriche delle Sezioni Unite "Giordano" (valutare gli effetti che la modifica legislativa ha avuto rispetto all'astratto tipo legale di reato) finiscono però per escludere che il restringimento dell'ambito normativo del soggettivo attivo qualificato dei delitti di bancarotta abbia prodotto una parziale *abolitio criminis.*

Parte della dottrina ha evidenziato che, a ben vedere, siamo invece di fronte ad un caso "di scuola" di abrogazione parziale: essendo la bancarotta un reato proprio, realizzabile unicamente dall'imprenditore dichiarato fallito, non c'è dubbio che la modifica legislativa del 2006, circoscrivendo in astratto il novero degli imprenditori fallibili, abbia comportato un fenomeno di *abolitio criminis* parziale *ex* art. 2, c. 2, c.p. [44].

Con la sentenza n. 24468 del 24 febbraio 2009, Rizzoli, infine, le Sezioni Unite sono state stabilire se, a seguito dell'eliminazione dalla leg-

[42] In questi termini, GATTA, *Abolitio criminis e successione di norme "integratrici" nella recente giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione*, in cass. pen., 2011, 01, 437 ss.

[43] Così AMBROSETTI, *I riflessi penalistici derivanti dalla modifica della nozione di piccolo imprenditore nella legge fallimentare al vaglio delle Sezioni Unite*, cit. 3602 ss.

[44] Cfr. GAMBARDELLA, *L'art. 2 del Codice Penale tra nuova incriminazione, abolitio criminis, depenalizzazione e successione nel tempo*, cit. 1194 ss.

ge fallimentare dell'istituto dell'amministrazione controllata (art. 147 d.lg. n. 5/06), si sia determinata, rispetto al delitto di bancarotta societaria in amministrazione controllata (art. 236, cpv., n. 1 l. fall.), una vera e propria *abolitio criminis*, oppure una semplice successione modificativa tra norme.

Le Sezioni Unite hanno osservato in via preliminare che, contrariamente a quanto prospettato dall'ordinanza di rimessione della Prima Sezione della Corte di Cassazione, non si tratta di un'ipotesi di modifica mediata legge penale, bensì di un caso di modifica 'immediata' della stessa.

Ciò in quanto la riforma della legge fallimentare non si è limitata a intervenire sulla normativa esterna relativa all'istituto dell'amministrazione controllata, ma ha eliminato ogni riferimento a questo presente nella disposizione incriminatrice, risultata, quindi, amputata di un suo elemento strutturale.

E proprio in ragione di tale modifica strutturale della fattispecie legale astratta le Sezioni Unite hanno riconosciuto l'*abolitio criminis* della bancarotta antecedentemente commessa in società ammesse all'amministrazione controllata.

Il problema delle modifiche che non incidono direttamente sulla struttura della fattispecie penale non è risolto in maniera uniforme, né in giurisprudenza, né in dottrina.

È ragionevole ritenere che la prassi continuerà a conoscere soluzioni non univoche.

L'evidenziata incertezza presente in giurisprudenza, nonostante il ripetuto intervento delle Sezioni unite, non favorirà di certo in futuro una pronta e sicura risoluzione dei prossimi *hard cases* in tema di diritto intertemporale.

MARIA AUSILIA SIMONELLI

La naissance de la sociologie du droit*

SOMMAIRE : *Carlo Nardi-Greco* (*Naples, 1883 – Serravalle Langhe, 1944*) *est l'auteur du premier ouvrage entièrement consacré à la sociologie du droit, intitulé* Sociologia Giuridica. Contributo *(Torino, Fratelli Bocca, 1907; date d'impression: 1906). C'est un ouvrage important pour sa valeur intrinsèque et pour son intérêt documentaire, qui est resté, toutefois, presque ignoré. Dans celui-ci, l'auteur – partant des résultats naturalistes offerts par la biologie et par la psychologie – parvient à une méthodologie de recherche historique et sociale dans laquelle convergent de nombreuses contributions disciplinaires, puisées dans sa culture juridique mais aussi dans d'autres domaines scientifiques tels que l'anthropologie, l'histoire, l'ethnographie, la sociologie, l'économie, la philosophie. Après avoir analysé les caractères spécifiques que le droit revêt dans les divers types d'agrégations sociales, Nardi-Greco expose l'essence même du droit qui réside, selon lui, dans "la force sociale", même non organisée politiquement. Sa prise de position contre l'étatisme juridique confère à sa recherche – qui s'exprime en termes conceptuels d'un positivisme par moments hétérodoxe – une évidente connotation anti-formaliste et une incontestable valence innovatrice. Même dans sa recherche sur les causes générales qui déterminent les variations du droit, Nardi-Greco conjugue les motifs d'origine psychique aux conditions économiques du devenir historique, dans une union – certainement audacieuse, pourtant très féconde – de nature et de culture, de l'évolutionnisme et du matérialisme historique.*

Au bas du célèbre et concis préambule de son ouvrage, *Grundlegung der Soziologie des Rechts* [*Fondements* (ou bien) *Fondation de la sociologie du droit*] [1], publié en 1913, le juriste autrichien Eugen Ehrlich note: "Paris, jour de Noël 1912".

Avec une fierté non dissimulée, Ehrlich choisit cette date pour mettre symboliquement en évidence la naissance d'une nouvelle discipline, la sociologie du droit – précisément; naissance, d'autre part confirmée avec clarté dans le mot initial du titre: *Grundlegung*, c'est-à-dire fondation, création et institution d'une science inédite. Une science

* Questo scritto costituisce il testo della relazione presentata, su invito, al Convegno celebrativo per i 50 anni del *Research Committee on Sociology of Law* (ISA-RCSL Jubilee Ceremonial Conference, Università di Varsavia, 19-21 ottobre 2012). Per la pubblicazione ho apportato qualche variazione ed ho inserito dei passaggi che avevo lasciato da parte per non rendere il mio intervento troppo lungo. Volutamente ho conservato il tono semplice e libero che si conviene ad un discorso scritto per essere pronunciato.

[1] Eugen EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, München und Leipzig, Duncker & Humblot, 1913.

dont Ehrlich revendique la paternité et dont il définit la physionomie épistémologique et l'objet qui sont résumés dans la célèbre phrase de son introduction: "Le centre de gravité du développement du droit, à notre époque comme à toutes les époques – écrit Ehrlich – ne se trouve ni dans la législation, ni dans la science juridique, ou dans la jurisprudence, mais dans la société elle-même".

En effet, la *Grundlegung* de Eugen Ehrlich a été considérée comme le véritable acte de naissance de la sociologie du droit.

Mêmes aux experts en la matière a échappé la publication d'un ouvrage précédent, *le premier ouvrage entièrement consacré à la sociologie du droit*, un ouvrage considérable (environ 500 pages), intitulé simplement *Sociologia giuridica. Contributo* [*Sociologie juridique. Contribution*], qui a été écrit par un inconnu, alors très jeune auteur italien, Carlo Nardi-Greco.

Le travail de Nardi-Greco fut publié, avec la préface de Alfonso Asturaro[2], par un important éditeur de l'époque: l'éditeur Bocca de Turin, en 1907 (mais la date d'impression remonte en 1906).

[2] Carlo NARDI-GRECO, *Sociologia giuridica. Contributo*. Prefazione di Alfonso Asturaro, Torino 1907 [date d'impression : 1906], pp. XXXVIII, [2], 480, "Biblioteca di scienze sociali, vol. LIV".

Alfonso Asturaro (1854-1917), obtint sa maîtrise de Philosophie à Pise avec Francesco Fiorentino. En 1881, il publia *Saggi di filosofia morale*, qui marque le passage des positions néo-kantiennes de son maître à la philosophie positiviste et qui lui valut en 1886, la chaire de Philosophie morale à l'Université de Gênes, où il enseignera pour le reste de sa vie. En plus des cours de Philosophie morale (auxquels s'était ajouté en 1891-1892 l'enseignement de Philosophie théorétique) à partir de 1892-1893, il tint des leçons à titre privé de Sociologie et il consacra presque exclusivement à la sociologie l'ensemble de sa production scientifique suivante. Le succès obtenu grâce à ses leçons ("les auditeurs accourraient de sa faculté mais aussi d'autres, spécialement de la faculté de droit", S[ante] FERRARI, *Alfonso Asturaro* [Éloge funèbre], "Annali della R. Università degli studi di Genova", a.a. 1918-1919, Genova 1919, p. 37) lui permit d'être chargé, en 1906-1907, des cours de Sociologie, toutefois comme cours complémentaire. Le cours fut supprimé en 1909-1910 à la suite d'un changement de politique culturelle du Ministère, pour cause de la progressive hégémonie idéaliste qui allait s'affirmer. D'autre part, il convient de souligner que l'enseignement de la sociologie, avant même que l'idéalisme ne s'enracine dans la culture italienne, rencontra – comme le dit Alessandro GROPPALI – une "tenace opposition [...] dans les sphères du Gouvernement et du Ministère, lesquels craignaient que sous la bandière de l'enseignement de la sociologie se cache la tentative de faire propagande en faveur des idées socialistes" (*La vecchia e la nuova sociologia generale positiva*, "Rivista internazionale di filosofia del diritto", 1958, fasc. III-IV, p. 440). A propos de l'entrée de la sociologie dans les Universités italiennes, on renvoie à la reconstruction de Simona ANDRINI, *L'insegnamento della sociologia in Italia nella seconda metà dell'Ottocento*, dans *L'educazione giuridica*, sous la direction de Alessandro Giuliani e Nicola Picardi, vol. II : *Profili storici*, Perugia, Licosa, 1979, pp. 472-494.

A juste titre, ce volume marque la date de naissance de la sociologie du droit qui donc est anticipée, même si seulement de quelques années, et par conséquence placée dans un contexte géographique et culturel diffèrent: le contexte italien.

J'ai dédié un livre à Carlo Nardi-Greco et à sa recherche[3]. Je l'ai fait non pas par une sorte d'inclination aux fouilles archéologiques, ni par orgueil nationaliste. Je l'ai fait exclusivement dans cet intérêt de reconstruction historique qui n'est jamais (qui ne devrait jamais être) dissocié du respect pour la vérité des choses et des idées.

Non seulement pour cela, mais surtout pour la valeur intrinsèque de son ouvrage, pour son 'actualité', de toute façon pour son importance documentaire.

Avant d'entrer dans le vif du sujet, je voudrais faire une mise au point qui pourrait sembler superflue mais qui me parait toutefois opportune.

Le texte de Carlo Nardi-Greco, *Sociologia giuridica*, n'est certainement pas le premier travail qui développe des réflexions sociologiques sur le droit, mais – comme l'affirme même Renato Treves[4] – c'est le premier livre entièrement et explicitement consacré à cette discipline.

Mis à part les précurseurs et les auteurs étrangers (parmi lesquels je dois toutefois rappeler, au moins, Charles Comte, Émile Durkheim, Gabriel Tarde, Max Weber, Léon Petrażycki), en Italie il y eut des juristes – des spécialistes du droit romain, des historiens du droit, des civilistes, des experts en droit commercial, des criminalistes et des criminologistes – qui, adhérant aux conceptions philosophiques du positivisme évolutionniste, soutinrent l'étude historique du droit à travers la genèse de ses composantes et en rapport avec les sciences politiques et sociales.

Même les philosophes du droit (en Italie surtout) s'occupèrent de

[3] Maria Ausilia SIMONELLI, *Alle origini della sociologia del diritto in Italia. L'opera di Carlo Nardi-Greco.* Presentazione di Lucio d'Alessandro, Napoli, La Città del Sole, 2004. Le compte-rendu de mon livre a été fait par Morris L. Ghezzi dans la revue " Sociologia del diritto " (2007, n. 1, pp. 213-215), grâce à l'aimable intérêt du directeur de la revue, Professeur Vincenzo Ferrari.

[4] Renato TREVES, *Ancora sulle origini della sociologia del diritto in Italia*, dans les Actes du congrès (Castel Gandolfo, février 1982) sur le thème de "Lo studio dei diritti antichi e le origini della sociologia del diritto", promu et organisé par la Commissione permanente di sociologia del diritto del Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale et par l'Istituto di filosofia e di sociologia del diritto de l'Université de Milan. Les actes ont été publiés dans un volume intitulé *Alle origini della sociologia del diritto*, sous la direction de Renato Treves, Milano, F. Angeli, 1983 (l'affirmation de Treves è a p. 220).

sociologie du droit, comme du reste quelques sociologues '*professionnels*' prirent en considération le phénomène juridique[5].

Des écrits spécifiques de sociologie du droit ou d'ethnologie juridique antécédent au texte de Nardi-Greco[6] ne manquèrent pas, mais il s'agissait, en tout cas, de thèmes particuliers présentés dans des monographies très spécifiques ou d'écrits, comme ceux de droit comparé, appartenant à un domaine disciplinaire apparenté à la sociologie juridique mais non complètement identifiable à elle, alors que la *Sociologia giuridica* de Nardi-Greco est le premier et, en cette période, le seul ouvrage général de sociologie du droit.

On peut donc retenir que l'étude sociologique du droit naît – pour ainsi dire "officiellement" – en Italie, en 1906.

Certes, il serait juste d'objecter qu'il s'agit d'une simple convention bibliographique et que la réflexion relative au lien essentiel, je dirais 'ontique', entre la dimension juridique et la société est plus ancienne. On pourrait encore, avec raison, soutenir que chaque pensée, chaque théorie, bien qu'originale, se nourrit de conceptions précédentes, s'alimente de nombreux apports antécédents.

Toutefois, l'apparition d'un ouvrage autonome, systématique, au lieu de considérations éparses et épisodiques bien que considérables, est un événement qui sert de ligne de démarcation entre ce que nous pourrions définir la préhistoire d'une science et la naissance de la science elle-même. Alors, plus exactement, il ne s'agit pas d'une simple

[5] Des références plus détaillées sur les auteurs cités – des juristes, philosophes du droit, sociologues – figurent dans : Maria Ausilia SIMONELLI, *Alle origini della sociologia del diritto in Italia. L'opera di Carlo Nardi-Greco*, cit. ; Id., *Il diritto e la sua ombra. Le idealità giuridiche nella cultura del positivismo italiano*, "Annali del Dipartimento di scienze giuridico-sociali e dell'amministrazione dell'Università degli studi del Molise", 2008, vol. 10, pp. 191-215 ; Id., *Contributi della scienza giuridica italiana alla fondazione dello studio sociologico del diritto*, "Annali del Dipartimento di scienze giuridico-sociali e dell'amministrazione dell'Università degli studi del Molise", 2010, vol. 12, pp. 231-241.

[6] Parmi les écrits spécifiques de sociologie juridique, on renvoie, par exemple à l'écrit de Ferdinando PUGLIA, *Studi di sociologia giuridica. La funzione sociale del matrimonio e le leggi giuridiche*, "Rivista di filosofia scientifica", 1891, n. 6, pp. 333-355 ; Lorenzo RATTO, *Le leggi di sviluppo dello Stato. Studio di sociologia giuridica*, "Rassegna di scienze sociali e politiche", 1891, vol. I, fasc. 196, pp. 207-221 ; Eugenio FLORIAN e Guido CAVAGLIERI, *I vagabondi. Studio sociologico-giuridico*, 2 voll., Torino, Fratelli Bocca, 1897-1900. En ce qui concerne l'ethnologie juridique, on signale parmi les nombreuses publications de Giuseppe MAZZARELLA, le plus grand représentant en la matière en Italie : *La condizione giuridica del marito nella famiglia matriarcale*, Catania, Tipografia di Eugenio Coco, 1899 ; *Studi di etnologia giuridica. I. La teoria etnologica del matrimonio ambiliano*, Catania, Tipografia di Eugenio Coco, 1903 ; *Die neuen Methoden der ethnologischen Jurisprudenz*, "Archiv für Anthropologie", 1906, n. 5, pp. 227-243.

convention mais d'un fait substantiel, d'une prise de conscience: la conscience du début d'une histoire, l'histoire de la sociologie juridique.

Même l'expression "sociologia giuridica" est une expression d'origine italienne. Elle apparaît pour la première fois dans la *Prelezione al corso di filosofia del diritto* [*Leçon inaugurale au cours de philosophie du droit*], lue à l'Université de Palerme, au début de l'année universitaire 1880-1881, par Francesco Agnetta Gentile[7], philosophe du droit et spécialiste de droit public et international qui soutient l'assimilation de la philosophie du droit à la sociologie et la transformation de son ancien nom en sociologie juridique: "Cette discipline donc – écrit Agnetta Gentile – qui est communément appelée philosophie du droit, devrait proprement s'appeler *sociologie juridique*"[8].

* * *

Après cette introduction, j'en viens au thème de ma relation que j'articulerai, par souci de clarté, en quatre points:

– un aperçu biographique de Carlo Nardi-Greco car le personnage demeure encore inconnu;

– la structure et les contenus de son ouvrage, *Sociologia giuridica*;

– le succès de son livre, mais aussi l'inexplicable oubli qui en marqua le destin;

– l'actualité de la recherche de Nardi-Greco.

[7] Francesco AGNETTA GENTILE, *Scritti giuridici*, serie prima, Palermo, Stabilimento tipografico, 1885, pp. 191-224. La locution "sociologia giuridica" a été attribuée de manière erronée à Dionisio ANZILOTTI, spécialiste de droit international, qui l'a employée dans son livre *La filosofia del diritto e la sociologia* (Firenze, Bonducciana A. Meozzi, 1892). Nicholas Sergeyevitch TIMASHEFF a été trompé par cet ouvrage d'Anzilotti, quand il a affirmé : "Le terme de 'sociologie juridique' fut employé pour la première fois par D. Anzilotti dans *La filosofia del diritto e la sociologia*, Firenze 1892" (*L'étude sociologique du droit*, "Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique", 1938, n. 1, p. 209, note 1). Henri LÉVY-BRUHL lui a fait écho : "On commençait [à la fin du XIXe siècle] à s'habituer à l'idée que le droit était un fait social et le nom de 'sociologie juridique' fait alors son apparition. Sans doute a-t-il été créé par Anzilotti dans son livre intitulé *La philosophie du droit et la sociologie*, Florence, 1892" (*Sociologie du droit* [1961], 7e édition, Paris, Presses Universitaires de France, 1990, p. 95). Cf. Maria Ausilia SIMONELLI, *Alle origini della sociologia del diritto in Italia. L'opera di Carlo Nardi-Greco*, cit, p. 34 et s. Cf., aussi, Amedeo Giovanni CONTE, *Sociologia del diritto: archeologia d'un nome*, " Sociologia del diritto" , 2010, n. 3, pp. 7-22.

[8] Francesco AGNETTA GENTILE, *Scritti giuridici*, cit., p. 203 ("Questo studio adunque che suole ricevere il nome di filosofia del diritto, dovrebbe più propriamente appellarsi *sociologia giuridica* ").

Carlo Nardi-Greco. Mais qui était-il exactement?

Sa biographie est pauvre. Les quelques éléments que nous possédons à son sujet ont été reconstitués difficilement grâce aux rares allusions épistolaires, aux souvenirs familiaux, à quelques documents. Une sérieuse contribution aurait pu provenir de sa bibliothèque personnelle mais hélas, elle a été perdue.

Il naît à Naples le 9 octobre 1883, fils de Nicola[9] et d'Elisabeth Sulzer, suisse de langue maternelle allemande[10]. Cela explique la maîtrise de la bibliographie allemande qu'il manifeste dans son ouvrage.

Déménageant à Gênes en 1892, avec sa famille, il s'inscrit en 1901 à la Faculté de droit de cette ville[11], où il suivra, en plus des enseignements de son propre cours, les leçons de sociologie d'Alfonso Asturaro, lequel rappellera, dans l'élogieuse préface de l'ouvrage de Nardi-Greco: "L'auteur de ce livre est sorti de la Faculté de droit de

[9] Nicola Nardi qui ajouta ensuite à son propre nom celui de sa mère, Erminia Greco, était d'origine calabraise. Il obtint sa maîtrise en Lettres à l'Université de Naples. Fervent patriote, il s'engagea au côté de Garibaldi et combattit avec lui à Capua. Le 20 septembre 1870, il entra à Rome avec les troupes italiennes. Après la prise de Rome, il fut un des fondateurs de l'Association de presse dans la capitale. Converti à la religion évangélique, il enseigna d'abord dans les écoles évangéliques de Padoue et de Frascati. En 1879, il se transféra à Naples comme assistant du ministre W. Kemme Landels, qui œuvrait dans la ville parthénopéenne. Il se maria en 1881 à Elisabeth Sulzer, de laquelle il eut cinq enfants. En 1892, il devint ministre évangélique de Gênes, ville où il s'établira jusqu'à sa mort en 1917.

[10] Née à Winterthur, Elisabeth Sulzer rencontra Nicola Nardi-Greco à Padoue, où elle se rendit pour perfectionner ses études. Appartenant à une illustre famille, Elisabeth Sulzer eut parmi ses ancêtres Johann Georg Sulzer (1720-1779), spécialiste d'esthétique, auteur de l'*Allgemeine Théorie der schönen Künste* (4 voll., 1771-1774), une sorte de développement encyclopédique des principaux résultats et des principales tendances de l'esthétique et de la critique, destiné à recevoir, à l'époque, une considérable résonance, même à travers de nombreuses rééditions et adjonctions. Le père d'Elisabeth, Johann Jakob Sulzer, ayant achevé ses études de philosophie, de philologie, d'histoire et d'économie à l'Université de Zurigo, Bonn et Berlin, se consacra à la carrière politique. Son amitié avec Richard Wagner qu'il connut à Zurigo durant les années d'exil du compositeur allemand, après les mouvements libéraux de 1849, est digne d'attention. Wagner le considéra comme "*der wertvollste und bedeutendste seiner Freund* [le plus précieux et le plus illustre de ses amis]" (Hans STRÄULI, *Stadtpräsident Dr. Joh. Jakob Sulzer 1821 bis 1897. Ein Lebensbild*, Winterthur, Ziegler, 1930, p. 13). Il s'exprima ainsi à son égard : "*Sein Scharfblick, sein ungemeiner Fleiss, sowie die grosse Selbständigkeit und Unbeugsamkeit seines jedem Parteimanöver unzugänglichen Charakters vershafften ihm in wenigen Jahren eine der wichtigsten Stellen in der Regierung* [Sa perspicacité, son zèle rare ainsi que la grande indépendance et la ténacité de son caractère fermé, lui permirent d'atteindre en peu de temps une des positions les plus importantes au sein du Gouvernement]" (Citation reportée par Alice DENZLER, *Die Sulzer von Winterthur*, Winterthur, G. Binkert, 1933, p. 115).

[11] Cf. "Annuario della R. Università degli studi di Genova. Anno scolastico 1901-1902", Genova 1902, p. 177.

Gênes et de mon école de sociologie"[12].

Il obtient sa maîtrise en l'année académique 1904-1905 "avec le maximum des points et les félicitations du jury"[13], recevant même un titre honorifique[14].

En 1907, il présente une demande afin d'obtenir la "*libera docenza*"[15] en Philosophie du droit auprès de l'Université de Gênes ; mais la Commission examinatrice ne se réunira jamais à cause des démissions de l'un de ses membres et de la mort de son suppléant[16].

En décembre 1907, Nardi-Greco s'inscrit à l'ordre des avocats de Gênes et il se consacrera, avec grand succès, à cette profession pour le reste de sa vie, abandonnant ainsi ses rêves de carrière universitaire mais aussi de recherche scientifique. De ce que l'on sait, en effet, la *Sociologia giuridica* est le seul texte qu'il ait écrit. *Homo unius libri*, donc.

Il meurt en 1944 dans un accident de la route à Serravalle Langhe, en province de Cuneo.

Un parcours intellectuel et une intrigue humaine, ceux de Nardi-Greco, imprégnés d'obscurité, d'injustes oublis et de mystère, qui auraient sans doute plu à Jorge Luis Borges.

* * *

Examinons maintenant de façon synthétique la structure et les contenus de l'ouvrage de Nardi-Greco.

L'objectif poursuivi est celui de construire "une théorie sociologique générale des phénomènes du droit" qui "peut s'appeler sociologie juridique"[17].

Le processus de recherche est de type déductif, en ce sens que l'auteur se base sur des prémisses fournies par la biologie et

[12] Alfonso ASTURARO, Préface du texte de Carlo Nardi-Greco, *Sociologia giuridica*, cit., p. VII ("L'autore di questo libro è uscito dalla Facoltà giuridica di Genova e dalla mia scuola di sociologia").

[13] "Annuario della R. Università degli studi di Genova. Anno scolastico 1905-1906", Genova 1906, p. 184 ("con pieni voti assoluti e lode ").

[14] Cf. "Annuario della R. Università degli studi di Genova. Anno scolastico 1906-1907", Genova 1907, p. 10.

[15] La "*libera docenza*" était un titre académique italien qui permettait d'enseigner à titre privé dans les Universités.

[16] L'information a été aimablement fournie par Rodolfo Savelli, Professeur d'histoire du droit italien à l'Université de Gênes.

[17] Carlo NARDI-GRECO, *Sociologia giuridica*, cit., p. 452 et s. ("una teoria sociologica generale dei fenomeni del diritto" che "può dirsi sociologia giuridica").

spécialement par la psychologie, soumises à des vérifications inductives à travers des données obtenues par l'observation historique, ethnographique et statistique. Ceci dans le but d'étudier l'origine du droit, les variations de celui-ci dans les différents types d'agrégation sociale, le caractère des phénomènes juridiques, les causes générales qui en déterminent les changements.

Nardi-Greco écrit: "La recherche que nous avons menée à terme, en nous servant de cette méthode, nous a permis de pénétrer dans la nature intime des faits juridiques et d'expliquer ce qu'ils présentent de commun et de constant à chaque époque et dans chaque lieu, en ramenant ainsi les variations du droit à des lois générales; [cette recherche] nous a montré que le droit est le produit naturel de l'action causale des conditions sociales sur les facultés psychiques humaines. Elle nous a fait trouver ses éléments inchangés au cours de l'évolution sociale; elle nous a amenés à établir quels rapports généraux et constants relient le droit aux différentes catégories des phénomènes bio-psychiques en général et des faits sociaux en particulier"[18].

De toute évidence, le programme d'étude de Nardi-Greco est un programme rigoureusement positiviste: primauté des sciences naturelles; recherche des lois générales. La vie du droit a son fondement dans la psychologie individuelle et sociale et se soumet à des causes universellement valables. Nous sommes dans le sillon de la tradition positiviste la plus inflexible : la recherche de répétitions absolues et une connexion entre les phénomènes bio-psychiques et les phénomènes sociaux, fondée sur le principe de la continuité de l'évolution.

Quel est le danger de cette position? Le danger est que les solutions soient tout à fait déterministes. Mais ce risque a été évité, au moins en partie, par l'auteur.

La perspective évolutionniste de Nardi-Greco est en effet de type historique et culturel. Il partage avec la culture du positivisme des schémas de développement social caractérisés, sans aucun doute, par l'unilinéarité et par l'universalité, mais avec une conjugaison singulière :

[18] *Ibid.* ("La ricerca che abbiamo compiuta, servendoci di questo metodo, ci ha permesso di penetrare nell'intima natura dei fatti giuridici e di spiegare quello che essi presentano di comune e costante in ogni tempo e luogo, di ricondurre le variazioni del diritto a leggi generali; ci ha mostrato [questa ricerca] che il diritto è il prodotto naturale dell'azione causale delle condizioni sociali sulle facoltà psichiche umane; ci ha fatto trovare i suoi elementi immutati nell'intero corso dell'evoluzione sociale; ci ha condotti a stabilire quali rapporti generali e costanti collegano il diritto alle varie categorie dei fenomeni bio-psichici in genere, e dei fatti sociali in specie").

le principe de causalité naturelle est relié aux conditions du devenir historique. Il écrit : "même ce qui peut sembler intuitif ou instinctif chez un individu *est un produit historique par rapport à la société*"[19].

Dans ses réflexions, à côté des thèmes naturalistes, nous trouvons une ouverture substantielle à l'historicité de l'homme. Une position si l'on veut éclectique, si ce n'est antinomique, mais malgré ses apories, ou plutôt en vertu de celles-ci, elle est même très fertile.

Ces apories et ces contradictions sont aussi présentes dans sa volonté d'utiliser, outre la méthode historique, celle comparative de la jurisprudence ethnologique d'Albert Hermann Post[20] et de l'ethnologie juridique en général.

En réalité, il y a une différence de fond entre la méthode historique et la méthode comparative: la première est idiographique, c'est à dire tourné vers la connaissance de ce qui est singulier et individuel. La seconde étudie les répétitions et les généralités. En ce sens, la comparaison à base évolutionniste, préoccupée de saisir les lois d'un processus universel, néglige l'événement pris dans sa spécificité historique. L'expression "méthode historique-comparative" relie donc deux termes, dans une certaine mesure, non conciliables entre eux.

Après avoir examiné le processus formatif des systèmes du droit au sein des différentes sociétés[21], Nardi-Greco essaie de déterminer les caractéristiques générales du droit (au-delà des configurations particulières que les phénomènes juridiques ont assumé au cours de

[19] *Ibid*., p. 312 ("anche ciò che può sembrare intuitivo od istintivo in un individuo, *è un prodotto storico rispetto alla società*").

[20] Nardi-Greco fait des recherches assez vastes sur l'évolution du droit dans les diverses formes assumées par l'organisation sociale. Le système de classification qui s'en suit est en bonne partie, celui proposé par Albert Hermann POST (1839-1895), le fondateur de la jurisprudence ethnologique. Post – juriste et magistrat au Tribunal puis à la Cour d'Appel de Brema – traita de l'évolution du droit et des systèmes juridiques de quelques peuples extra-européens, en tentant d'en déterminer les traits spécifiques et les éléments communs. Dans son ouvrage principal, *Grundriss der ethnologischen Jurisprudenz* (2 voll, Oldenburg-Leipzig, A. Schwartz, 1894-1895; traduction italienne de P. Bonfante e C. Longo, sous le titre de *Giurisprudenza etnologica*, Milano, Società Editrice Libraria, 1906-1908), Post dresse une liste de quatre types de formation sociale, ayant chacune des structures et des institutions juridiques propres: la nobiliaire, la territoriale, la seigneuriale et l'individualiste ou corporative.

[21] Les formes sociales que Nardi-Greco analyse sont dans l'ordre : la société primitive, la communauté domestique, la communauté territoriale, les collectivités marquées par des rapports de domination économique, politique et féodale, l'état individualiste.

l'évolution socio-économique). Il s'en suit la recherche des causes, elles aussi générales, des variations des phénomènes juridiques – des causes que l'auteur définit non seulement en terme de nature psychologique, mais aussi de notions liées à la sphère économique, suivant un des *Leitmotive* de la culture positiviste italienne qui consiste dans la combinaison (non sans ambivalences et excentricités) de la doctrine évolutionniste avec la théorie marxiste.

Ce n'est pas un hasard si l'un des auteurs les plus fréquemment cités par Nardi-Greco est Achille Loria, une personnalité très connue à l'époque, emblématiquement représentative de la conjonction entre la science positiviste et le matérialisme historique[22].

J'ai rappelé jusqu'à présent les noms de Alfonso Asturaro, Albert Hermann Post, Achille Loria. Ce ne sont que quelques auteurs parmi les nombreux que Nardi-Greco mentionne. Sa culture, malgré son jeune âge (il a à peine vingt-trois ans quand il publie son travail), est très vaste; l'ampleur scientifique de son ouvrage est internationale: il interprète et utilise la littérature juridique italienne et étrangère dans ses diverses déclinaisons disciplinaires. Mais aussi les auteurs classiques, les anthropologues, les ethnologues, les historiens, les philosophes, les spécialistes des sciences politiques sont ses interlocuteurs constants et significatifs.

Une érudition, la sienne, qui n'est pas une fin en soi ; soumise, au contraire, à un examen vigilant mené par un esprit critique.

Un esprit critique qui formulera *une théorie de la socialité du droit* constituant, à mon avis, le thème le plus significatif de son itinéraire de recherche.

Quelle vision du droit a Nardi-Greco ?

Le droit – je cite son texte – est "*composé de normes garanties par la force sociale au moyen de la contrainte et destinées à la défense des intérêts les plus importants de ceux qui disposent de cette force* "[23].

[22] Achille Loria (1857-1943) fut un économiste italien, professeur dans les Universités de Sienne, Padoue, enfin Turin. Membre National de l'Académie des Lincei ; depuis 1919 sénateur. Il projeta un système de réforme socio-économique qui avait pour but de supprimer les rentes foncières et les intérêts, grâce à l'attribution de la terre aux travailleurs; système qui rappelle les théories de Henry George et qui est en partie d'inspiration socialiste bien que le matérialisme historique s'entrecroise avec la conception idéaliste et qui suscita de nombreuses critiques de la part des marxistes et d'autres. Loria eut toutefois une grande popularité en Italie et à l'étranger.

[23] Carlo NARDI-GRECO, *Sociologia giuridica*, cit., p. 303 et s. ("composto da *norme garentite dalla forza sociale per mezzo della coazione e dirette alla difesa degli interessi più importanti di coloro che dispongono di quella forza*").

Nous nous trouvons dans un domaine conceptuel marqué par le normativisme, sans aucun doute. Si Nardi-Greco s'était arrêté à cela, sa théorie ferait partie du cercle doctrinal du formalisme juridique. Mais l'identification de la "force" qui assure l'application de la sanction, avec la "force sociale" (détenue – dans les sociétés plus archaïques – par le groupe entier non encore organisé politiquement, et seulement plus tard localisé dans les rouages du pouvoir), confère à sa recherche une claire connotation anti-étatiste et anti-formaliste et donc, résolument socio-juridique.

Lisons l'extrait suivant: "la volonté étatique n'est pas une cause universelle essentielle des faits juridiques parce qu'un grand nombre de faits juridiques se déroulent avant et en dehors de l'influence de l'état. Ce qui est essentiel au droit, c'est d'être garanti par la force sociale qui peut aussi s'établir au sein de l'ensemble indistinct des membres de la société, même non organisée politiquement"[24].

C'est donc, la *socialité du droit* qui est à la fois l'objectif de recherche et le principe qui guide l'auteur. Le fondement du droit repose seulement et exclusivement dans la société; et là où il existe une structure politique "une partie importante du droit continue à se former et à s'élaborer en dehors de toute influence étatique, sous la forme du droit jurisprudentiel et du droit coutumier. Mais il y a plus encore. L'état politique formule le droit avec la législation et donc il reste toujours à expliquer pourquoi l'état formule une certaine norme et non une autre, pourquoi il interdit une certaine action et non une autre, pourquoi il impose l'accomplissement d'un certain acte et non d'un autre. Il faut donc étendre la recherche aux raisons qui ont conduit l'état à reconnaître certaines normes spécifiques. Tout le travail antécédent à la formation du droit législatif, les études, les enquêtes, les discussions, les propositions des différents organismes, et ainsi de suite, témoigne de la manière dont *la détermination de la volonté étatique advient sous l'action causale de spéciales exigences sociales. En cela, il faut donc rechercher la cause première et générale des normes elles-mêmes*"[25].

[24] *Ibid.*, p. 452 ("la volontà statuale non è una causa universale essenziale dei fatti giuridici perché un gran numero dei fatti del diritto si svolgono prima e fuori dell'influenza statuale. Ciò che è essenziale al diritto è l'essere garentito dalla forza sociale, che può anche risiedere nell'indistinto complesso dei componenti la società, anche non organizzata politicamente").

[25] *Ibid.*, p. 313 et s. ("una parte importante del diritto continua a formarsi e ad elaborarsi all'infuori di ogni influenza statuale, sotto forma di diritto giurisprudenziale e di diritto consuetudinario. Ma v'ha di più. Lo stato politico formula il diritto con la

C'est aussi le thème du pluralisme juridique[26].

* * *

J'en viens à l'avant-dernier point de ma contribution : le succès de l'ouvrage de Nardi-Greco en Italie et à l'étranger.

La *Sociologia giuridica* de Nardi-Greco ne reçut point l'attention méritée, ni à l'époque de sa publication ni par la suite. Le texte obtient quand même un certain succès éditorial et une considérable diffusion.

Sous le profil éditorial, outre le fait significatif d'avoir été publié par la prestigieuse maison d'édition Bocca de Turin, il convient de signaler que l'ouvrage a fait l'objet d'une première traduction en espagnol non datée, mais que le catalogue de la Library of Congress de Washington fait remonter aux alentours de 1909[27]. La version du texte est intégrale alors que le remarquable système de notes de l'édition originale a presque entièrement disparu. Une seconde traduction, toujours en espagnol, est publiée quarante ans plus tard en Argentine,

legislazione, e rimane quindi sempre da spiegare perché lo stato formuli una certa norma e non un'altra, perché vieti una data azione e non una diversa, perché imponga il compimento di un dato atto e non di un altro. Occorre cioè estendere la ricerca ai motivi che hanno indotto lo stato a riconoscere certe speciali norme. Tutto il lavoro che precede la formazione del diritto legislativo, gli studi, le inchieste, le discussioni, le proposte di vari enti, e via dicendo, dimostra come *la determinazione della volontà statuale avviene sotto l'azione causale di speciali esigenze sociali. In queste adunque bisogna cercare la causa prima e generale delle norme stesse*").

[26] Il faut préciser que le pluralisme juridique – qui apparaît dans l'ouvrage de Nardi-Greco – doit être envisagé, en premier lieu, dans le sens de la présence de réalités juridiques au sein même des groupes sociaux plus archaïques, dénués de structures de pouvoir politique et étatique; donc, dans une acception, pour l'essentiel, diachronique. Mais, cela dit, on doit rappeler aussi que Nardi-Greco souligne l'importance du droit coutumier qui se forme en dehors de l'influence étatique. Encore: "Même dans les systèmes juridiques – écrit-il – au plus haut degré de complexité structurale et fonctionnelle, nous trouvons toujours des traces, plus ou moins profondes [...] des institutions juridiques que nous avons indiquées comme propres aux divers types d'organisations sociales pré-étatiques" ("Anche nei sistemi giuridici al sommo della complessità strutturale e funzionale noi troviamo sempre delle tracce, più o meno profonde [...] delle istituzioni giuridiche che abbiamo indicate come proprie dei vari tipi di organizzazione sociale prestatuali"; *ibid.*, p. 281). Enfin, il parle de véritables "*normes juridiques*" qui règlent "*les institutions militaires, religieuses, artistiques et scientifiques*" ("*norme giuridiche*" che disciplinano "*le istituzioni militari, religiose, artistiche e scientifiche*"; *ibid.*, p. 315; italiques de nous).

[27] *Sociologia jurídica* por Carlos NARDI-GRECO, con prólogo de A. Asturaro; traducción por Eduardo Ovejero, Madrid, La España Moderna, [s.d.], pp. 583. "Biblioteca de jurisprudencia, filosofía é historia".

comme édition corrigée de la précédente traduction en espagnol mais sans la préface d'Asturaro, remplacée par une note éditoriale très élogieuse[28].

L'édition originale de la *Sociologia giuridica* de Nardi-Greco se trouve dans nombreuses bibliothèques italiennes, et elle figure aussi, en sa version italienne ou en ses versions espagnoles, dans les collections des plus grandes bibliothèques du monde. Cela atteste donc l'intérêt du moins bibliographique suscité par cet ouvrage.

La littérature critique et les citations du travail de Nardi-Greco sont quantitativement peu nombreuses, mais quand le critique ne se limite pas à une simple signalisation et analyse le texte, alors le jugement de valeur est toujours positif [29].

Ce n'est pas la peine que je m'arrête davantage sur ce point ; pour de plus amples approfondissements je renvoie à ma monographie.

Je voudrais plutôt signaler que cette année la *Sociologia giuridica* de Carlo Nardi-Greco a été rééditée par une maison d'édition nord-

[28] Carlos NARDI-GRECO, *Sociología jurídica*; versión castellana por E. Ovejero, revisada y corregida por C. de las Cuevas, Buenos Aires, Editorial Atalaya, 1949, pp. 317.

[29] Parmi les premiers et les plus articulés comptes-rendus de l'ouvrage de Nardi-Greco, je rappelle celui de 1907 paru dans la "Revue internationale de sociologie" (publiée sous la direction de René Worms, 1907, n. 2, pp. 154-157), au nom de Guillaume-Léonce DUPRAT, qui souligne, en particulier, le point de vue évolutif de "cette étude aussi intéressante que documentée", la mise en relation des diverses fonctions sociales avec les besoins essentiels de la nature humaine, la caractérisation psycho-sociologique de telles fonctions. L'importante critique que Nardi-Greco adresse au principe de l'étatisme juridique n'échappe pas à Duprat: "L'État 'organe du droit' n'a donc qu'une influence très faible sur son évolution" et il ajoute, en exprimant un jugement de valeur sur l'ouvrage, que "ces conclusions, si elles sont en opposition avec celles de nombreux théoriciens du droit, ont l'avantage de reposer sur une étude fort étendue de faits historiques et anthropologiques fournis par les civilisations primitives aussi bien que par des civilisations plus avancées. Rarement la sociologie juridique a été étudiée avec plus d'érudition et d'ampleur". Un examen plus approfondi du travail de Nardi-Greco a fait l'objet d'un écrit de Giuseppe MAZZARELLA, au titre inattendu par rapport au thème traité : le titre est en effet *Il metodo negli studi di sociologia generale* ("Rivista italiana di sociologia", fasc. maggio-giugno 1907, pp. 410-415) et l'argument est la *Sociologia giuridica* de Nardi-Greco. L'ouvrage de Nardi-Greco – selon Mazzarella – aurait tort d'utiliser la comparaison en ne prenant pas en considération la transformation méthodologique récente au sein de l'ethnologie juridique. Dans sa recherche sur l'évolution générale du droit, Nardi-Greco a suivi la classification des types fondamentaux de l'organisation sociale et juridique de Post, considérée par Mazzarella dépassée par d'autres systèmes de classification. Au-delà de telles critiques, le jugement de l'ouvrage est formulé de façon très positive; en particulier, Mazzarella souligne l'"l'ingegno virtuoso" [l'esprit fin et brillant] et "l'ampia cultura" [la largeur culturelle] démontrés par l'auteur.

américaine[30]: il s'agit d'une réimpression anastatique de la version originale. En Amérique, ils ont fait ce que nous aurions dû faire en Italie depuis longtemps. C'est la confirmation *in factis* de la valeur de cet ouvrage.

Pourquoi, alors, au-delà de simples citations, de quelques phrases ou de (rares) analyses plus approfondies, le travail de Nardi-Greco a été peu lu dès sa publication et presque ignoré par la suite?

Cela dépend, à mon avis, du caractère doublement 'anachronique' des idées de Nardi-Greco. D'un coté, Nardi-Greco accueille, même de façon non-conformiste, quelques dogmes propres à la culture positiviste qui généra la sociologie et la sociologie du droit. D'autre part, il apparaît 'anachronique' parce qu'il est l'anticipateur d'idées modernes, peut être d'idées trop modernes. En tout cas, Nardi-Greco ne fut pas contemporain par rapport à son temps.

Une hypothèse, celle-ci, que l'on peut résumer par la phrase finale du livre que j'ai écrit sur Nardi-Greco. Que l'autocitation me soit consentie: "Sa recherche devait apparaître comme le fruit de connaissances et de méthodes 'inactuelles'. Sa figure, celle d'un épigone – même pas orthodoxe – d'un positivisme désormais en déclin"[31].

* * *

J'en viens au dernier point de mon rapport. Valait-il la peine de mettre en lumière cet auteur 'oublié' ? Moi, je crois que oui et cela pour diverses raisons.

Tout d'abord pour une juste opération de récupération scientifique qui profite à l'histoire de la sociologie juridique des origines (et reconstruire les lignes historiques d'une discipline est fondamental pour en définir l'identité).

Non seulement pour cela, mais aussi pour l'intérêt de la recherche effectuée par Carlo Nardi-Greco qui soulève des problèmes, de nos jours, encore actuels.

Quels sont donc les contenus les plus significatifs que l'ouvrage de

[30] Carlo NARDI-GRECO, *Sociologia giuridica*, Charleston (South Carolina), Nabu Press, 2012, pp. 540.

[31] Maria Ausilia SIMONELLI, *Alle origini della sociologia del diritto in Italia. L'opera di Carlo Nardi-Greco*, cit., p. 286. En Italie, le positivisme sombra graduellement mais inexorablement à partir de la première décennie du XIXe siècle à cause d'attaques différentes mais concordantes sur le résultat: celles du néo-idéalisme, de l'irrationalisme, du nationalisme.

Nardi-Greco a apportés à l'étude de la sociologie du droit?

Des vastes, quelques fois aussi velléitaires, perspectives de programme dans lesquelles le moment théorique se conjugue à l'attention des faits[32]; le thème des cultures juridiques (au pluriel!); l'intuition de ce que Jean Carbonnier énonce comme le premier théorème de la sociologie du droit: "le droit est plus grand que les sources formelles du droit"[33], c'est-à-dire l'affirmation de la socialité du droit et donc, de la recherche du réel, de ce *droit vivant* offusqué par l'ombre du formalisme juridique.

L'expérience juridique est marquée par la complexité, par la richesse de son contenu; pour cela, elle peut être comprise seulement par un concours de forces, de forces disciplinaires. C'est cela le thème et le problème de l'unité de la science juridique. Nardi-Greco ne dédaigna pas – comme on l'a déjà vu – les nombreuses perspectives d'études : la recherche historique, comparatiste, ethnologique, la science juridique positive, la philosophie du droit, l'anthropologie, la sociologie se soutinrent sans peur de perdre ni du terrain ni leur spécificité épistémologique.

Intuitions profondes: à mon avis, c'est en cela l'héritage, la modernité de Carlo Nardi-Greco.

[32] Récemment, j'ai traduit un texte du sociologue et économiste allemand Leopold von Wiese, *Philosophie und Soziologie* (Berlin, Duncker & Humblot, 1959 ; traduction italienne : *Filosofia e sociologia*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011) dans lequel l'auteur souligne fermement et avec preuve à l'appui, la nécessité d'un lien constant entre la théorie et la pratique, déplorant les excès d'un empirisme qui croit se suffire à lui-même.

[33] *Flexible droit*. *Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 8e édition, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1995, p. 20.

MARIA AUSILIA SIMONELLI

Note sulla socialità del diritto e del linguaggio

"Il faudrait être insensé pour vouloir
dicter des lois dans une langue vivante"
(*Observations de l'Académie française
sur les "Remarques" de Vaugelas*, 1704)

"La realtà è violatrice di ogni norma: se i fatti umani
potessero esattamente rientrare negli schemi che li
precedono, la vita perderebbe le infinite individualità
in cui si fraziona: sarebbe cristallizzata, arrestata, non più vita"
(Max Ascoli, *La interpretazione delle leggi*, 1928)

In Argentina, durante gli anni dell'esilio al quale era stato costretto dalle leggi razziali, Renato Treves conobbe Benvenuto Terracini, anch'egli emigrato in quel Paese per uguale motivo. Così Treves ricorderà, tempo dopo, il rapporto con il celebre linguista: "Molto appresi da lui, non soltanto per la regola di vita e il modo di pensare, ma sul piano degli studi. In Italia mi ero occupato di teoria e di logica del diritto. In Argentina, sociologo improvvisato, facevo le prime esperienze di ricercatore empirico, e della ricerca empirica, sia pure in un campo diverso, Benvenuto era un grande maestro. Avevo pensato di avvalermi del suo consiglio per uno studio su *Diritto e linguaggio*. Ne parlammo spesso, discutemmo anche il noto saggio che sull'argomento aveva scritto il nostro comune amico Alessandro Levi. Ricoprii varie pagine di appunti, ma poi non ne feci nulla" [1].

L'accostamento tra *diritto* e *linguaggio* ricorre sovente nella riflessione dei filosofi, dei giuristi, dei linguisti. Si tratta, tuttavia, di un raffronto che – al di là della comunanza dei termini comparati – può assume-

[1] R. TREVES, *Sociologia e socialismo. Ricordi e incontri*, Milano, Franco Angeli, 1990, p. 106. Il saggio di Alessandro Levi al quale Treves fa riferimento è *Diritto e linguaggio* (*Appunti preliminari*), in Aa. Vv., *Studi filosofico-giuridici dedicati a Giorgio Del Vecchio nel XXV anno di insegnamento* (*1904-1929*), Modena, Soc. Tip. Modenese, 1931, vol. II, pp. 44-62; ora in: A. LEVI, *Scritti minori di filosofia del diritto*, Padova, Cedam, 1957, vol. II, pp. 47-67.

re, e di fatto ha assunto, significati diversi, persino opposti.

Le due principali correnti teoriche concernenti il rapporto tra *giuridicità* e *discorso* sono antitetiche nelle premesse e negli esiti ai quali pervengono[2].

La prima, espressione della *filosofia analitica del diritto* del Novecento, partendo da principi dichiaratamente giuspositivistici, indaga il *linguaggio del diritto*, assumendo come postulato la natura intrinsecamente ed essenzialmente linguistica del testo normativo. Per autori come Norberto Bobbio, Felix Oppenheim, Uberto Scarpelli, il diritto è linguaggio. Da tale linea concettuale, scaturisce una importante conseguenza relativa alla fisionomia epistemologica della scienza del diritto, ricondotta ad analisi semantica e sintattica. Scrive Oppenheim: "Poiché i sistemi giuridici sono costituiti da enunciati del diritto, ne deriva che la scienza del diritto consiste in affermazioni su enunciati del diritto". Pertanto, "la giurisprudenza nella sua parte essenziale – chiarisce Bobbio – è un'analisi del linguaggio, più precisamente di quel particolare linguaggio in cui attraverso le proposizioni normative si esprime il legislatore" [3]. Siamo, come è evidente, nell'ambito del più ortodosso formalismo giuridico.

La seconda posizione – a nostro avviso più fertile e della quale ci occuperemo – si incentra sul *parallelismo tra diritto e linguaggio*; in questa prospettiva, oggetto di studio non è il linguaggio del diritto, ma la comparazione tra le due realtà – giuridica e linguistica. Una comparazione che può configurarsi come mera estrinseca prossimità analogica oppure come profondo nesso organico. Un accostamento, comunque, ripetuto: sia *par manière* di semplice fuggevole richiamo, sia ricerca di un'affinità strutturale e funzionale.

[2] A tacere di altri indirizzi di pensiero che pure affrontano tale tema, declinandolo in vario modo. Per una panoramica degli studi in argomento, si veda la raccolta antologica in U. SCARPELLI e P. DI LUCIA (a cura di), *Il linguaggio del diritto*, prefazione di M. Jori, Milano, LED – Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto, 1994. Accanto a riflessioni più 'tradizionali', vi sono grandi e suggestive ipotesi sulle correlazioni tra diritto e linguaggio, come quelle segnalate da Jean Carbonnier: alcune "soutenant que la structure des idiomes réagit sur l'esprit des lois (ex. la langue chinoise, où la fonction d'évocation, de suggestion est au premier plan, aurait été cause que le droit traditionnel de la Chine répugnait aux contours précis; les anglicismes de langage ont entraîné, au Québec, des anglicismes de droit)", altre, all'opposto, "observant que les statuts juridiques se diffusent dans le langage (ex. la prédominance du masculin dans les accords reflète quelque chose de la condition de la femme)" (J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2004, 2ª ed., p. 53).

[3] Per le citazioni riportate, v. U. SCARPELLI e P. DI LUCIA (a cura di), *Il linguaggio del diritto*, cit., p. 19.

La questione dell'origine e dell'essenza stessa del linguaggio, come pure del diritto – se essi siano *per natura* o *per convenzione* – è una *vexata quaestio*, dibattuta già nella filosofia presocratica, e mai sopita. La convergenza tra lingua e diritto è presente, con discontinuità ma anche con persistenza, nell'intera storia del pensiero [4]. Tra coloro che con profondità speculativa hanno riflettuto su tale legame, è d'obbligo ricordare Giambattista Vico. Il confronto tra *logos* e *norma* attraversa l'intera sua opera, segnata dal puntuale corrispondersi di diversi tipi di lingua, di diritto, di cultura nella "storia ideale eterna, sulla quale corrono in tempo le storie di tutte le nazioni". Tale correlazione deriva dalla consapevolezza che il diritto ha radici storiche ed è perciò concatenato alla civiltà stessa, ai suoi costumi, alla sua lingua [5].

È questo il punto nodale al quale conduce la riflessione sul parallelismo tra diritto e linguaggio; un parallelismo al quale ha legato notoriamente il proprio nome Friedrich Carl von Savigny, il più illustre esponente della *Historische Rechtsschule* [6].

[4] Disegnare una mappa dei contatti tra lingua e diritto *ab antiquo* esula da questo studio; tuttavia, esemplificativamente (e lacunosamente) si riportano alcune testimonianze di autori latini: CICERONE (*in Verrem* II 5.167) attribuiva a *sermo* e *ius* il valore di vincoli sociali: ("[...] cives [...] Romanos, qui et sermonis et iuris et multarum rerum societate iuncti sunt" ("I cittadini romani, che sono uniti dalla comunanza della lingua, del diritto e di molte cose"); GELLIO (*Noctes Atticae* 12.13.5): "Non enim verborum tantum communium verae atque propriae significationes longiore usu mutantur, sed legum quoque ipsarum iussa consensu tacito oblitterantur" ("Infatti, non soltanto i significati etimologici e propri delle parole comuni vengono modificati dall'uso nel corso del tempo, ma anche i precetti delle leggi stesse sono obliterati dal consenso tacito"); QUINTILIANO (*Institutio oratoria*, 1.5.29): "Si consuetudo vicerit, vetus lex sermonis abolebitur" ("Se avrà vinto la consuetudine, sarà abrogata la vecchia legge della lingua"); ORAZIO (*De arte poetica* vv. 70-72): "Multa renascentur quae iam cecidere, cadentque / quae nunc sunt in honore vocabula, si volet usus, / quem penes arbitrium est et ius et norma loquendi" ("Molti vocaboli che sono ormai caduti rinasceranno, e ne cadranno di quelli che sono oggi in auge, se così vuole l'uso, che detiene il potere assoluto, il diritto e la norma del parlare"). I passi citati sono tratti da D. MANTOVANI, *Lingua e diritto. Prospettive di ricerca fra sociolinguistica e pragmatica*, in Aa.Vv., *Il linguaggio giuridico. Prospettive interdisciplinari*, a cura di G. Garzone e F. Santulli, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 17-56. Riferimenti al parallelismo tra lingua e diritto nel pensiero moderno sono in P. COSTA, *Il progetto giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico. I: Da Hobbes a Bentham*, Milano, Giuffrè, 1974.

[5] Si vedano, in tema: P. PIOVANI, *"Ex legislatione philosophia": sopra un tema di Vico*, in Id., *La filosofia del diritto come scienza filosofica*, Milano, Giuffrè, 1963, pp. 197-256; A. PAGLIARO, *La dottrina linguistica di G. B. Vico*, in *Atti della Accademia Nazionale dei Lincei*, 1959, Classe di Scienze morali, storiche e filosofiche, serie VIII, vol. VIII, fasc. 6, pp. 379-486 (ora in: Id., *Altri saggi di critica semantica*, Messina-Firenze, G. D'Anna, 1961); Giuseppe SOLERTE, *Interpretazioni vichiane. Diritto, linguaggio e costume nella "Scienza Nuova"*, Pisa, Giardini Editori, 1986.

[6] Cfr. F. C. von SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesezgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, Mohr und Zimmer, 1814; tr. it. *La vocazione del nostro tempo per la legislazione e*

Il diritto vive, per Savigny, "nella coscienza comune del popolo", ma non è creazione dei singoli individui, dai quali il popolo è costituito. È, invece, lo "spirito popolare, vivente ed operante universalmente in tutti gli individui, quello che genera il diritto positivo". Il diritto è, dunque, indipendente "dal caso e dal libero arbitrio degli individui, così come gli usi della vita sociale e soprattutto la lingua", nella quale si riscontra "la stessa emanazione dello spirito popolare" [7]. Ogni realtà giuridica appare legata – come la lingua ed il costume – alla collettività da cui promana, allo "spirito del popolo" (*Volksgeist*), espressione familiare ai romantici tedeschi [8].

All'emergere spontaneo di regole ordinanti la vita sociale, si affianca quindi il lavoro dei giuristi, i quali – interpreti della coscienza popolare – sistematizzano i costumi e le consuetudini, dando loro forma scientifica.

La riflessione di Savigny sarà ripresa dal suo allievo Georg Friedrich Puchta, il quale – oltre a ribadire la vicinanza tra diritto e linguaggio – osserva come presso lo stesso popolo si possa avere accanto ad un diritto "comune", che riguarda l'intera collettività, un diritto "speciale", che riguarda una parte di essa. Scrive: "Das Recht hat seine Provinzialismen so gut, als die Sprache" [9], affermazione con cui stabilisce un'analogia tra diritto generale e speciale, da un lato, e lingua e dialetto, dall'altro.

Nella prima fase del suo pensiero [10], Rudolf von Jhering ripropone

la giurisprudenza, in A. F. J. THIBAUT – F. C. von SAVIGNY, *La polemica sulla codificazione*, a cura di G. Marini, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1982, pp. 87-197. Si veda anche: F. C. von SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin, Veit und Comp., 1840-1856, 9 voll.; tr. it. a cura di Vittorio Scialoja, *Sistema del diritto romano attuale*, Torino, Unione Tipografico-Editrice, 1886. Va, peraltro, detto che la similitudine del diritto con la lingua non è introdotta nella Scuola storica da Savigny, essendo presente già prima della fine del Settecento, in Gustav Hugo, che di quella Scuola può considerarsi il precursore (cfr. G. MARINI, *L'opera di Gustav Hugo nella crisi del giusnaturalismo tedesco*, Milano, Giuffrè, 1969).

[7] F. C. von SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, cit., I, pp. 42-43.

[8] Cfr. G. MARINI, *Il paragone tra diritto e linguaggio nella giurisprudenza romantica*, in Id., *Storicità del diritto e dignità dell'uomo*, Napoli, Morano, 1988, pp. 27-54.

[9] G. F. PUCHTA, *Cursus der Institutionen* (1841), Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1881 (9ª ed.), vol. I, p. 15.

[10] È noto che Rudolf von JHERING, dapprima seguace della Scuola storica e sostenitore della visione concettuale e sistematica del diritto, se ne allontanerà nella seconda fase del suo itinerario intellettuale (radicalmente autocritica), segnata da una nuova idea della giuridicità, nascente da una rappresentazione realistica e conflittuale della realtà sociale. In questa seconda fase, Jhering prende le distanze dalla "teoria di Puchta e Savigny intorno all'origine del diritto" e ironicamente osserva: "Secondo tale teoria la formazione del diritto procede del tutto impercettibilmente e senza dolori come quella della lingua; esso non ha bisogno di alcun combattimento, di alcuna lotta, e nemmeno di tentativi, ma è la forza della verità che agisce silenziosamente, che si apre la strada senza sforzi violenti, len-

esplicitamente l'analogia lingua-diritto. A Jhering si richiamerà Vilfredo Pareto, per illustrare la propria concezione giuridica fondata sulla distinzione tra "*diritto fatto*" e "*diritto teoria*", vale a dire tra il diritto quale formazione spontanea ed il diritto legislativo, giurisprudenziale, dottrinale [11].

Pareto cita, al riguardo, un passo della monumentale opera di Jhering, *Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* (1852-1865), tratto dalla versione francese [12]: "Si grande qu'ait été l'habilité des jurisconsultes classiques de Rome, il existait cependant, même de leur temps, des règles du droit qui leur restèrent inconnues, et qui furent mises en lumière la première fois, grâce aux efforts de la jurisprudence actuelle: je les nomme les *règles latentes* du droit. Cela est-il possible, nous demandera-t-on, en objectant que pour appliquer ces règles il fallait les connaître? Pour toute réponse, nous pouvons nous borner à renvoyer aux lois du langage. Des milliers de personnes *appliquent* chaque jour ces lois dont elles n'ont jamais entendu parler, dont le savant lui-même n'a pas toujour pleine conscience; mais ce qui manque à l'entendement est suppléé par le sentiment, par l'instinct grammatical" [13].

Vi sono casi in cui la condotta si conforma a regole non codificate, che vengono seguite ed applicate istintivamente; si tratta di forme 'naturali' di organizzazione giuridica che si sviluppano e vivono all'interno dell'esperienza sociale, per indicare le quali Rudolf von Jhering – lo si è visto – usa l'espressione "regole latenti del diritto" (*latente Rechtssätze*). Le "regole latenti del diritto" corrispondono, in sostanza, al *diritto fatto* paretiano ed illustrano la priorità di questo sul *diritto teoria*. Per chiarire come ciò sia possibile anche Pareto ricorre al paragone tra diritto e

tamente ma con sicurezza, è la potenza della persuasione, cui gli animi poco a poco si schiudono, e a cui danno espressione attraverso il loro operare; una nuova norma giuridica perviene all'esistenza con tanta poca fatica quanto appunto una regola del linguaggio. La norma dell'antico diritto romano, secondo cui il creditore poteva vendere come schiavo in servitù straniera il debitore insolvibile, oppure quella secondo cui il proprietario poteva esigere il suo da ognuno, presso cui l'avesse trovato, si sarebbero formate nell'antica Roma – secondo questa teoria – in modo non diverso da quello in cui si è formata la regola, secondo cui *cum* regge l'ablativo" (*Der Kampf um's Recht*, 1872; tr. it. in *La lotta per il diritto e altri saggi*, a cura di R. Racinaro, Milano, Giuffrè, 1989, pp. 88-89).

[11] Cfr. V. PARETO, *Trattato di sociologia generale* (1916). L'edizione dalla quale si cita è quella critica in 4 voll. a cura di G. Busino (Torino, Utet, 1988). Il riferimento riportato è nel vol. I, § 802 (nota) del *Trattato*. Per approfondimenti, ci sia consentito rinviare a M. A. SIMONELLI, *Diritto e sentimenti. Il pensiero giuridico di Vilfredo Pareto*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006.

[12] R. von JHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, Paris, Marescq, 1880, 4 voll.

[13] *Ivi*, vol. I, p. 30.

linguaggio: "Una donna analfabeta delle montagne pistoiesi conosce benissimo, per pratica, la coniugazione di parecchi verbi italiani, molto meglio di certe persone colte, ma non ha nessuno anche lontanissimo concetto delle norme delle derivazioni, mercé le quali, dalle radici, si ottengono queste coniugazioni" [14].

Ancora, a proposito del comune vitale carattere di libera crescita dell'istituzione linguistica e dell'istituzione giuridica, che non possono – né l'una né l'altra – essere costrette in forme irrigidite e ridotte a secca spoglia, Pareto scrive: "La lingua è un organismo vivente, anche ora nelle contrade nostre, in cui si cerca di irrigidirla in forme precise, che essa rompe ogni tanto, come le radici delle piante spezzano il macigno nelle fessure del quale crescono. In tempi remoti cresceva liberamente come le piante di una foresta vergine. Non vi è nessun motivo che ci conceda di credere che diversamente accada e sia accaduto per i prodotti simili dell'attività umana che hanno nome diritto, morale, religione". E conclude: "E' impossibile studiare sperimentalmente la storia e non vedere il carattere contingente del diritto e della morale […] Sino nelle contrade nostre, in cui il diritto è costretto nelle leggi, la lingua nelle regole grammaticali, né di questa né di quello si ferma l'evoluzione, e l'unità è un'astrazione che nel concreto sparisce" [15].

Pareto fu un 'positivista' *sui generis*; ma anche un pensatore di fede positivistica affatto ortodossa, lo storico del diritto Augusto Gaudenzi, ripropose l'analogia diritto-linguaggio sullo sfondo dell'evoluzionismo naturalistico [16]. Lingua e diritto hanno – secondo Gaudenzi – uno sviluppo "parallelo": essendo "il pensare e l'operare umano soggetti alle stesse leggi di sviluppo e riflettendosi ugualmente l'uno nel linguaggio e l'altro nel diritto, anche questi debbono esplicarsi parallelamente" [17]. In ossequio all'organicismo, che costituisce uno dei *Leitmotive* della cultura positivistiva, Gaudenzi considera il diritto e il linguaggio come "or-

[14] V. PARETO, *Trattato di sociologia generale*, cit., vol. II, § 886.

[15] *Ivi*, vol. I, § 469. La comparazione tra diritto e linguaggio pone in evidenza la natura del diritto, circolante nelle radici della società. La società si modifica, cresce; per questo, Pareto parla delle regole giuridiche come di vestimenti che invecchiano e costringono, immobilizzando i fermenti sociali che sorgono e si affermano 'dal basso'.

[16] A. GAUDENZI, *Lingua e diritto nel loro sviluppo parallelo*, "Archivio giuridico", 1883, vol. XXXI, fasc. 3-4, pp. 271-304. Il testo – chiarisce Piero Fiorelli – è "la prolusione universitaria d'un giovane di 25 anni". Pur tra temerari accostamenti ed ardite argomentazioni, lo studio di Gaudenzi – osserva Fiorelli – "quanto a documentazione ha ancora il suo pregio" (P. FIORELLI, *Storia giuridica e storia linguistica*, "Annali di storia del diritto", 1957, 1, pp. 261-291; la citazione riportata è a p. 291).

[17] A. GAUDENZI, *Lingua e diritto nel loro sviluppo parallelo*, cit., p. 271.

ganismi", indulgendo a comparazioni tratte dal registro naturalistico.

Gli eccessi derivanti dall'accoglimento incondizionato dei dogmi del positivismo sono tuttavia compensati, nello scritto di Gaudenzi, da intuizioni che ancora oggi presentano profili di interesse – prima tra tutte la percezione di una *vitalità* del diritto e della lingua che il semplicismo formalistico aveva costretto nelle maglie anguste e mortificanti della volontà autoritativa del legislatore. Scrive Gaudenzi: "Così la lingua come il diritto sono prodotti naturali della convivenza in società di determinati gruppi di persone: prodotti sulla formazione dei quali l'arbitrio o il capriccio individuale possono poco o nulla. Giacché prima che il legislatore formuli, o lo scrittore applichi una regola di agire o di parlare, essa dee sempre preesistere nella favella o negli usi del popolo: altrimenti questa farebbe parte della sua legislazione o della sua grammatica, ma non del suo diritto o della sua lingua" [18].

Tale intuizione, depurata dalle intemperanze della 'metafisica naturalistica', emerge con chiarezza nel pensiero di un altro esponente della cultura positivistica, criticamente rivisitata: Alessandro Levi, il quale non esiterà ad affermare che il "parallelo [...] riposa sopra una profonda ragione; e questa spiega le non superficiali analogie fra linguaggio e diritto. L'uno e l'altro sono storia vivente", in quanto "figli, entrambi, dell'individuo e della società" [19]. E ricorda una frase illuminante di quello che definisce "un vecchio Maestro", Giuseppe Carle: "Il linguaggio ed il diritto [...] sono i due aspetti della parola sociale" [20].

La sottolineatura della realtà sociale, vale a dire la *dimensione collettiva* della lingua e del diritto, è un motivo importante, soprattutto se si pensa alla posizione assunta, a partire dall'inizio del Novecento, da Benedetto Croce il quale (pur riprendendo il paragone tra lingua e diritto) negò recisamente la natura sociale della lingua, riducendola ad espressione individuale, e – simmetricamente – confutò l'aspetto oggettivo del diritto, ricondotto alla economica volizione del particolare [21].

[18] *Ivi*, p. 274.

[19] A. LEVI, *Diritto e linguaggio*, in Id., *Scritti minori*, cit., pp. 56 e 54.

[20] *Ivi*, pp. 55-56. L'opera di Giuseppe CARLE alla quale Levi fa riferimento è *La filosofia del diritto nello Stato moderno*, Torino, Unione tipografico editrice, 1903, vol. I (il solo pubblicato), p. 127.

[21] Alla fine della *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia*. *Memoria letta all'Accademia Pontaniana* (Napoli, R. Tipografia Francesco Giannini e Figli, 1907), CROCE scrive: "È stato più volte tentato il paragone tra la vita del diritto e la vita del linguaggio; e, quantunque i tentativi, che io ne conosco, mi sembrino assai infelici, ed ora superficiali, ora sofistici, io credo che in esso sia racchiuso un pensiero assai giusto ed importante. Né mi spaventa la denominazione di *romantico*, che è stata data a quel paragone (il

Scelta indiscutibilmente solipsistica, quella crociana, alla quale Levi muoveva un'obiezione sostanziale, benché fraseggiata in termini idealistici: "La profonda ragione della parentela fra linguaggio e diritto va cercata, a mio modesto avviso, proprio in questo, che l'uno e l'altro sono gli imprescindibili [...] *aspetti sociali* dell'intuizione individuale (estetica) e della volizione individuale (economica)". E ancora: "è vero che la società è *in interiore homine*, poiché non è una ipòstasi dotata di un suo proprio spirito, ma consiste nella coscienza, che l'uomo abbia dei rapporti che lo legano agli altri uomini, cioè della propria umanità, che è quanto dire della storicità del suo operare. Ed è vero, altresì, che storicità significa spiritualità (nei *facta*, cioè nella storia, si manifesta, appunto il *fieri* dello spirito); ma, in tanto tali *facta* costituiscono la storia, *in quanto ognuno di essi non si consuma nel chiuso àmbito dello spirito individuale, anzi è un'attività che trova nella vita sociale il proprio alimento e la propria manifestazione*" [22].

Una svolta assai significativa nella storia della relazione tra diritto e linguaggio viene preparata da quelle teorie giuridiche che, attaccando il positivismo legalistico imperante, concepiscono il diritto come *istituzione*. Maurice Hauriou, in Francia, e Santi Romano, in Italia, sono – come è noto – i maggiori rappresentanti del pensiero istituzionalistico.

Due i fondamentali bersagli della polemica condotta dagli istituzionalisti: l'orientamento normativistico, che riduce il diritto ad un mero sistema di norme, e l'identificazione del diritto, di ogni diritto, con quello dello Stato.

quale, infatti, risale al Savigny e alla scuola storica del diritto, che fu una delle manifestazioni del gran movimento romantico); non potendo dimenticare che al romanticismo appunto si devono le vedute più geniali intorno al linguaggio. Chi volesse ripigliare il paragone, farebbe, a mio parere, cosa assai utile, se insistesse in ispecie sul fatto che, com'è stato impossibile comprender niente di ciò che è il linguaggio finché si sono scambiate per realtà del linguaggio le grammatiche e i vocabolarii; così non è possibile comprender nulla del diritto, finché si ha l'occhio ai codici e ai commenti dei giuristi, cioè al fatto superficiale, derivato, secondario e misto di elementi estranei o astratti" (*ivi*, pp. 45-46). Tali critiche rivolte all'impostazione normativistica non sono peraltro orientate verso la tesi della sostanziale socialità del diritto e della lingua, costituendo invece il puntello per l'affermazione del soggettivismo giuridico e linguistico: "Solo quando il diritto appare come l'opera individuale e continuamente nuova degli individui; solo quando l'attenzione è volta allo spettacolo della vita, e non alle astrazioni dei legislatori; si può proporsi il problema in che cosa quest'opera giuridica coincida, e in che cosa diverga da quella morale" (*ivi*, p. 46). Sulla identità di intuizione ed espressione, e – correlativamente – della linguistica e dell'estetica, si veda: Id, *Estetica come scienza dell'espressione e linguistica generale. Teoria e storia* (1902), Bari, Laterza, 1945 (8ª ed. riveduta), p. 3 e ss. e p. 153 e ss.

[22] A. LEVI, *Diritto e linguaggio*, cit., pp. 56-57 e 55 (corsivo nostro).

Al diritto come insieme di norme, viene contrapposto il diritto come "ordinamento"; scrive Romano: "l'ordinamento giuridico [...] è un'entità che si muove in parte secondo le norme, ma, sopratutto, muove, quasi come pedine in uno scacchiere, le norme medesime, che così rappresentano piuttosto l'oggetto e anche il mezzo della sua attività, che non un elemento della sua struttura" [23].

Al dogma dell'esclusiva statualità del diritto, si sostituisce la tesi della pluralità degli ordinamenti giuridici, di realtà sociali che si auto-ordinano: le *istituzioni*. Questo ribaltamento prospettico implica che "il diritto, prima di essere norma [...] è organizzazione, struttura, posizione della stessa società". Su tale base argomentativa, Romano stabilisce la nota equazione: "Ogni ordinamento giuridico è un'istituzione, e viceversa ogni istituzione è un ordinamento giuridico" [24].

Il panorama – complesso e composito della fenomenologia giuridica – si allarga, sino a comprendere l'interezza della vita giuridica organizzata, di quell'ordinarsi spontaneo della società, fonte di diritto. La 'visione ordinamentale', opponendosi alla rigida monopolistica 'visione potestativa' dell'imperio statuale, scuote le fondamenta del tempio legalistico, mettendo in discussione consolidati convincimenti e tradizionali certezze. Non desta, dunque, meraviglia che il messaggio romaniano sia stato "sostanzialmente rimosso da una maggioranza silenziosa pigramente assopita all'ombra di un comodo statalismo legalistico"; esso ha avuto, tuttavia, "la sorte di quei fiumi carsici destinati a riemergere dopo uno scorrimento latente e fecondare terreni lontani dalla propria origine nativa" [25]. Uno di questi terreni, il più accogliente, è stato quello della linguistica, dove ha attecchito producendo frutti di indubbio interesse.

A Giacomo Devoto e a Giovanni Nencioni va il merito di avere trattato la lingua come *istituzione*, rifacendosi a concetti elaborati, per l'appunto, dalla scienza giuridica [26]. Nel loro pensiero, la comparazione tra diritto e linguaggio si colora di nuove tinte di indubbia valenza speculativa ed efficacia euristica. Non può dirsi altrettanto, fatte salve alcune luminose eccezioni, per la scienza giuridica; è, dunque, ancora (purtroppo) attuale il rimprovero mossole da Devoto: "rimane pur sempre, come

[23] S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico* (1918); 2ª ed., con aggiunte e revisioni dell'Autore: Firenze, Sansoni, 1946. L'edizione dalla quale si cita è la 3ª, pubblicata sempre da Sansoni nel 1977. Il passo riportato è a p. 15 e s.

[24] *Ivi*, p. 27.

[25] P. GROSSI, *Società, Diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 149.

[26] Scrive P. FIORELLI, *Storia giuridica e storia linguistica*, cit.: "a quei concetti la scienza giuridica è arrivata prima [...] e alla linguistica ha offerto essa la traccia da seguire" (*ivi*, p. 271).

grave debolezza della scienza giuridica, il non aver tratto le conseguenze dal suo parallelismo con i linguaggi, o almeno l'aver prestato a questo parallelismo l'attenzione che si presta a un paradosso elegante" [27].

Nel "nuovo accostamento tra lingua e diritto – osserva, con efficace sintesi, Sebastiano Timpanaro – vi è, rispetto al Savigny e al Gaudenzi, un'inversione di termini: mentre per quelli il diritto era *un organismo sociale naturale al pari della lingua*, per il Devoto e il Nencioni la lingua è *un'istituzione umana, storico-sociale, al pari del diritto*" [28].

Le istituzioni sono forze esterne che condizionano l'agire sociale, realtà superindividuali, nelle quali la dimensione creativa del singolo non è annullata, ma si invera nell'incontro delle volontà e nel sentire comune: "le istituzioni – scrive Devoto – sono nate da impulsi originarî, che si sono sommati e neutralizzati e per così dire coagulati reciprocamente" [29].

Alla staticità legalistica, rappresentata da quei "giuristi-grammatici" che considerano "le leggi non forma transeunte e viva, ma sostanza immobile" [30], Devoto oppone una concezione 'viva' della lingua e del diritto, nel loro farsi spontaneo e sociale: la normatività delle istituzioni non discende autoritativamente dall'alto, ma si configura piuttosto come realtà auto-ordinantesi, realizzazione della coscienza giuridica collettiva. E se, in questo modo, "il diritto [si avvicina] a una sociologia, non sarà un lutto" [31].

Secondo Pietro Piovani, nonostante tali aperture in una direzione certamente istituzionalistica della lingua e del diritto, a tratti "si affaccia nel Devoto il sottinteso che l'*istituto* sia tale quale le leggi (non le leggi astratte, ma le leggi applicate e viventi, tuttavia pur sempre le leggi, o specialmente le leggi) vogliono che sia, fanno che sia. Questo può notarsi almeno per quel tanto che al Devoto l'istituto giuridico appaia governabile da leggi più che governato dall'incontro di volontà che trovino nel loro omogeneo essere la loro istituzionale autonomia. Insomma, il critico acuto della concezione fondamentalmente statica del diritto, nei

[27] G. DEVOTO, *Pensieri sul mio tempo*, Firenze, Sansoni, 1945; il testo, immutato, è stato ripubblicato con il titolo *Civiltà del dopoguerra* ("*Pensieri sul mio tempo*"), Firenze, Sansoni, 1955. La frase trascritta nel testo è a p. 116 e s. di quest'ultima edizione, dalla quale si citerà anche in seguito.

[28] S. TIMPANARO, *A proposito del parallelismo tra lingua e diritto*, "Belfagor", 1963, vol. XVIII, fasc. 1, p. 6.

[29] G. DEVOTO, *Pensieri sul mio tempo*, cit., p. 114. Devoto precisa che una istituzione "tipica, ma non unica, è lo Stato" (*ibidem*).

[30] *Ivi*, p. 117.

[31] *Ivi*, p. XIII (*Premessa*).

suoi rinvii a valutazioni proprie della scienza giuridica partecipa spesso della rigidità criticata" [32].

Va però detto che, nella fase più matura del suo pensiero (in un testo pubblicato due anni prima della morte), a proposito di una definizione data dall'Anceschi, secondo il quale, l'istituzione è "una norma od un insieme di norme, che danno ordine ad un campo particolare di esperienze, in modo da predisporlo a raggiungere certi fini", Devoto obietterà: "a parer mio le istituzioni sono invece un insieme di caratteri o nozioni, consolidate nel tempo in una data comunità, alla ricerca di un equilibrio statico o funzionale, con o senza l'intervento di una volontà normatrice. Le norme sono infatti appoggi pratici, resi importanti od eccezionali per sostenere istituzioni già delineate ed esistenti, e per favorire la partecipazione consapevole e costruttiva degli utenti" [33]. Un orientamento, questo di Devoto, che Salvatore Pugliatti – al contrario di Piovani – non esiterà a definire "antinormativistico" [34]; forse, eccessivamente antinormativistico nel senso che colpisce non soltanto il positivismo legalistico, ma anche il momento regolativo di ogni vita giuridica *organizzata*, in assenza del quale non si può propriamente parlare di istituzione.

Sulla strada tracciata da Devoto si svolgerà la riflessione di Giovanni Nencioni, linguista dotato di solida cultura giuridica [35]. Nel suo libro, *Idealismo e realismo nella scienza del linguaggio* [36], Nencioni afferma ed elabora il concetto di lingua come *istituzione*.

Va, tuttavia, evidenziato che il concetto di *istituzione* assume in Nencioni (come anche in Devoto) un significato che rispecchia solo in parte

[32] P. PIOVANI, *Mobilità, sistematicità, istituzionalità della lingua e del diritto*, in Id., *La filosofia del diritto come scienza filosofica*, cit., p. 135 e s.

[33] G. DEVOTO, *Il mio compito*, Milano-Napoli, Ricciardi, 1972, p. 178 e s.

[34] S. PUGLIATTI, *Sistema grammaticale e sistema giuridico*, in Id., *Grammatica e diritto*, Milano, Giuffrè, 1978, p. 45.

[35] Si veda, sul punto, P. GROSSI, *Il 'giurista' Giovanni Nencioni*, "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", 2010, 39, pp. 909-917. Scrive Grossi: "Giovanni Nencioni seguì i normali 'corsi' giuridici nella [...] Facoltà di Giurisprudenza della Università fiorentina", instaurando "un rapporto di stretto colloquio intellettuale con il professore titolare della cattedra di 'Diritto processuale civile' Piero Calamandrei". Si laureò "sotto la sua guida discutendo nel 1933 una dissertazione ritenuta dalla Facoltà meritevole di pubblicazione, divenèndone anche assistente e avviandosi agli studii giuridici con la stampa di alcuni articoli e di un libro di severa tecnica giuridica accolto nella 'collana' fondata e diretta dallo stesso Calamandrei" (*ivi*, p. 909).

[36] Firenze. La Nuova Italia, 1946 (2ª edizione: Pisa, Scuola Normale Superiore, 1989. Le citazioni sono tratte da quest'ultima edizione).

la definizione datane da Santi Romano. Per questi, infatti, l'istituzione, propriamente intesa, non è la società considerata in senso generale (se non generico), ma è "ogni ente o corpo sociale" che "costituisca, anche formalmente ed estrinsecamente, un'unità concreta", "manifestazione della natura sociale e non puramente individuale dell'uomo" [37]. Romano sottolinea che vi è un'accezione molto più ampia di 'istituzione', che pur avvicinandosi al significato che egli attribuisce a tale termine, non coincide con esso [38]. In questa accezione allargata, l'istituzione è piuttosto un complesso di valori, schemi di comportamento, consuetudini che definiscono e regolano, in modo relativamente durevole, l'agire di una determinata società [39]. Tale realtà istituzionale è prossima alla "consuetudine", la cui natura e funzione sono da Romano, nei *Frammenti di un dizionario giuridico*, così delineate: "per mezzo di essa il popolo influisce direttamente e non per il tramite di rappresentanti sulla formazione dell'ordinamento giuridico che deve provvedere ai suoi bisogni e alle sue esigenze, manifestando in essa una '*ratio*', non raccolta in una o poche menti che potrebbero errare, ma disseminata, attraverso intere generazioni, in un numero indefinito di menti". Non è un caso che alla consuetudine Romano apparenti la lingua parlata; scrive: "Consuetudine e lingua parlata, in quanto hanno cominciamento con la formazione e la stabilizzazione delle pratiche non sono in sé e per sé che dei fatti: 'fatti normativi' entrambi, dai quali '*oritur ius*' e, rispettivamente, il complesso delle regole cui obbedisce il linguaggio" [40].

E, tuttavia, al di là di tali oscillazioni semantiche alle quali è sottoposto il concetto di "istituzione", resta ferma in Nencioni la convinzione che lingua e diritto siano entrambi *fenomeni sociali normativi*.

La riflessione nencioniana parte da una duplice critica: al sogget-

[37] S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., pp. 35, 26, 37.

[38] Precisa: "non crediamo che possa giungersi sino a ravvisare il fenomeno giuridico in tutti gli 'stati di convivenza umana', come crede invece l'Orlando" (*ivi*, p. 35, nota 29ter).

[39] Questo concetto di istituzione ricorda il concetto weberiano di "ordinamento": "Noi intendiamo definire il contenuto di senso di una relazione sociale con il termine di 'ordinamento', quando l'agire è orientato (in media e approssimativamente) in vista di date 'massime'. Noi parliamo quindi di una 'validità' di questo ordinamento per i casi in cui l'orientamento di fatto in vista di tali massime avviene per lo meno anche (cioè in una misura praticamente rilevante) in maniera che esse vengano considerate in qualche modo valide per l'agire – vale a dire vincolanti oppure esemplari" (M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, Mohr, 1922; tr. it. *Economia e società*, Milano, Edizioni di Comunità, 1995, vol. I, p. 29).

[40] S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico* (1947); ristampa inalterata: Milano, Giuffrè, 1983. Voce "Consuetudine", p. 45. Anche Devoto aveva parlato di "diritto-folclore" come "linguaggio delle istituzioni" (*Pensieri sul mio tempo*, cit., p. 115).

tivismo estetico di Croce, che aveva ricondotto la realtà della lingua a mera espressione individuale (concezione che aveva trovato accoglienza anche presso alcuni linguisti come Karl Vossler e Giulio Bertoni) [41]; e all'assorbimento, anch'esso operato dal Croce, di ogni sapere particolare (dunque anche della linguistica) nella filosofia, considerata *scientia altior* [42].

La lingua, come il diritto, è – scrive Nencioni – "il risultato della *institutio vitae communis*, [è] *istituzione*, insomma, [...] vero corpo morale, che la coscienza comune, cioè la profonda convergenza delle volontà, dei sentimenti, degli impulsi dei singoli, abnegantisi in un'opera superindividuale, proietta al di fuori della propria labilità e munisce di fisionomia e legalità propria". E, ancora, contro le derive solipsistiche : "sostenere che la storia è soltanto storia di individui o d'idee individuate, significa disconoscere la realtà di quelle grandi oggettivazioni spirituali che sono le istituzioni [...] È merito della sociologia, tanto contrastata in Italia dalla filosofia idealistica, aver posto in evidenza l'aspetto istituzionale della vita e della storia, senza del quale e l'una e l'altra ci apparirebbero mancare di una dimensione" [43].

Ciò che Nencioni sottolinea nel parallelismo tra diritto e linguaggio non è un collegamento estrinseco basato su similarità accidentali; è invece una comunanza strutturale, che risiede nella natura stessa del giuridico e della manifestazione verbale e che comporta una precisa presa di posizione. Afferma con chiarezza: "Porsi [...] il problema della realtà o metaforicità del parallelo presuppone, tra l'altro, una scelta fra due diverse concezioni del diritto, quella, per intenderci, kelseniana o formalistica e quella istituzionalistica: ovviamente chi opterà per la seconda [...] sarà autorizzato a vedere nel parallelo più realtà che metafora" [44].

[41] Devoto, diversamente da Nencioni (il quale fa aperta professione di "realismo"), non rimane estraneo, sia pure con vigilanza critica, alle suggestioni della filosofia idealistica crociana. Tra le definizioni che dà dell'istituzione, ad esempio, ve n'è una che riecheggia la terminologia e la dottrina del Croce: "Le istituzioni sono per lo spirito pratico quello che la natura è per lo spirito teoretico". Ancora: "A un universale aspirano dunque gli atti delle istituzioni; in un universale trovano le loro radici i nostri atti [...] Questo mondo che supera ogni differenza fra individualità e collettività; questo mondo che è post-giuridico e pre-economico; è il mondo della etica. Così si salda il cerchio dello spirito pratico" (*ivi*, p. 114 e p. 119). Lo stesso Devoto, peraltro, ammette di essere pervenuto all'identificazione tra lingua e istituzione giuridica con "un procedimento e una terminologia che arieggia a quella crociana" (Id., *I fondamenti della storia linguistica*, Firenze, Sansoni, 1951, p. 27).

[42] Cfr. G. NENCIONI, *Idealismo e realismo nella scienza del linguaggio*, cit., cap. VI ("La linguistica come scienza particolare e il suo valore conoscitivo").

[43] *Ivi*, p. 92.

[44] G. NENCIONI, *Ancora sul parallelismo tra lingua e diritto*, "Belfagor", 1963, vol XVIII, fasc. 2, p. 349; ora in: Id., *Idealismo e realismo nella scienza del linguaggio*, cit., pp. 149-151. Nel-

Prendere le mosse dalle azioni umane che si incontrano e, mirando ad un fine condiviso, danno vita a regole di comportamento osservate, significa spostare l'accento sulle unità sociali auto-ordinantisi, contro il *soggettivismo legalistico* che riduce il diritto al comando dettato imperativamente dalla volontà sovrana. Significa recuperare la *socialità del diritto*, il suo essere – per usare la nota formula di Capograssi – innanzitutto "esperienza comune".

In modo analogo, considerare la lingua come istituzione significa vederla nella sua *oggettività sociale*, come prodotto superindividuale, collettivo, contro il *soggettivismo estetico* della concezione crociana.

Nencioni parla non soltanto del carattere istituzionale della lingua e del diritto, ma anche della loro comune natura *sistematica* [45]. Che cosa questo significhi lo chiarisce l'Autore stesso, citando Flavio Lopez de Oñate (lo studioso più frequentemente ed estesamente da lui richiamato), alla cui memoria è dedicata la sua opera.

Lopez de Oñate, amico carissimo del linguista fiorentino [46], fu anche la sua guida speculativa, il suo sostegno teoretico. Nel *Compendio di filosofia del diritto* che Lopez de Oñate pubblicò nel 1942 – due anni prima di morire appena trentaduenne – il diritto, secondo la lezione di Capograssi, è concepito come *attività*, affermazione, nell'azione, della vita e della realtà. La norma, scrive Lopez de Oñate, è "rispetto al diritto quel che la parola è rispetto al linguaggio: il quale è composto di parole, ma non sta nelle singole parole, non si esaurisce nelle singole parole, bensì in quella corrente espressiva, in quell'impeto espressivo, in quell'attività infine che si traduce nelle parole" [47]. La norma sta al sistema-diritto come la parola sta al sistema-linguaggio, intesi entrambi – diritto e linguaggio

la frase riportata – come appare evidente – Nencioni accoglie il concetto di "istituzione" nel senso proprio dell'istituzionalismo giuridico romaniano; peraltro, nel medesimo testo, cita adesivamente la definizione di "istituzione" dell'economista e sociologo statunitense Thorstein Veblen ("Le istituzioni sono in sostanza abitudini mentali che hanno la prevalenza rispetto a particolari relazioni e funzioni dell'individuo e della comunità") (*ibidem*). Riguardo a tali 'oscillazioni' del Nencioni sul significato da attribuire al concetto di "istituzione", si è già detto.

[45] La sistematicità del diritto e del linguaggio si articola in due fondamentali direzioni: da un lato, diritto e linguaggio sono insiemi, rispettivamente, di regole e di parole; dall'altro, entrambi si costituiscono in sistemi aventi come parti le singole azioni che si oggettivizzano nell'istituzione sociale.

[46] Giovanni Nencioni conobbe Flavio Lopez de Oñate "negli uffici ministeriali dove entrambi lavoravano". Con lui stabilì "un complesso rapporto fatto di intima amicizia e di intenso dialogo culturale" (P. GROSSI, *Il 'giurista' Giovanni Nencioni*, cit., p. 911).

[47] F. LOPEZ de OÑATE, *Compendio di filosofia del diritto* (1942), Milano, Giuffrè, 1955 (2ª ed.), p. 87.

– come *attività*. Dunque, più che sistema di norme, *sistema di azioni* [48].

"Per tale via – annota Piovani – la sistematicità del diritto [e della lingua] è destinata a riconoscersi per sistematicità non imposta [...] come concettuale involucro, bensì sistematicità insita nello stesso esplicarsi delle azioni umane [...] ordinantisi" [49].

Così intesa la sistematicità della lingua e del diritto risulta essere sinonimo di istituzionalità e di oggettività sociale, nel senso che le singole volontà – come parti di un sistema – sono legate le une con le altre, componendo, in questa unione, la realtà sociale. A tale riguardo, Nencioni cita il seguente brano tratto dal *Compendio* del Lopez: "la società è il risultato insito nella mediazione che il diritto opera tra la volontà di più soggetti [...] La realtà specifica del diritto [...] è proprio questo costituire quella serie di vincoli e collegamenti, dei quali consta la vita sociale. E poiché questi vincoli si presentano come determinazioni che l'azione assume allorché si attua, queste determinazioni devono avere caratteri di certezza e di costanza: devono essere tali cioè, che sussistano come una realtà valida per tutti i soggetti. Il soggetto non è più considerato in sé [...] ma nella sua azione che si è concretata nella storia, e che ha anch'essa una sua legge, che non è più soltanto la legge della soggettività [...] ma è la legge dell'oggettività dell'azione, di quella oggettività che l'azione necessariamente realizza" [50].

Commenta Nencioni: "Ho riportato per esteso queste parole del Lopez perché altre non avrei saputo trovarne così appropriate alla vita del linguaggio. Esse ci dànno a un tempo la ragione del costituirsi dell'ordinamento giuridico e del sistema linguistico, nonché della loro autonomia ed oggettività" [51].

Nella concezione della lingua e del diritto come istituzioni si compongono, "quasi in sfida al principio di contraddizione, individuale e superindividuale, cioè particolare e generale" [52].

Non solo: nell'istituzione sono *dialetticamente* compresenti sistematicità e discontinuità [53]; stabilità e mobilità; normatività e libertà; tradi-

[48] Cfr., sul punto V. FERRARI, *Diritto e società*, Roma-Bari, Laterza, 2004; l'Autore definisce efficacemente il diritto – nella prospettiva della sociologia giuridica – come "*modalità di azione sociale*" (*ivi*, p. 3 e ss.).

[49] P. PIOVANI, *Mobilità, sistematicità, istituzionalità della lingua e del diritto*, cit., p. 165.

[50] F. LOPEZ de OÑATE, *Compendio di filosofia del diritto*, cit., p. 146.

[51] G. NENCIONI, *Idealismo e realismo nella scienza del linguaggio*, cit., p. 98.

[52] *Ivi*, p. 101.

[53] La sistematicità non inerisce soltanto alla singola istituzione, come acutamente ha notato Paolo FREZZA: "Il mondo del diritto è un tessuto continuo di azioni umane, che

zione e sviluppo storico.

Una "sfida" alla logica formale e, ad un tempo, al giuspositivismo legalistico ed alla "grammatica dell'illuminismo" [54] che su quella logica si fondano, soffocando nella sillogistica astrattezza le determinatezze del mondo storico, la dinamicità della vita.

Concludo con le illuminanti parole di Paolo Grossi: "diritto e linguaggio hanno una piattaforma comune. Innanzi tutto, per la loro intima socialità, per la loro natura di dimensioni necessariamente intersoggettive [...] In secondo luogo, per il loro fondamentale carattere di essere strumenti che ordinano la dimensione sociale del soggetto, il linguaggio permettendo una efficiente comunicazione, il diritto permettendo una pacifica convivenza [...] Ma v'è un altro aspetto rilevantissimo [che riguarda] la qualità dell'osservanza [...] È, infatti, una osservanza dove la componente dell'accoglimento ha il sopravvento sull'obbedienza [...] Nell'osservanza linguistica e giuridica il singolo si inserisce in una sorta di cooperazione collettiva in cui il gesto della sottomissione si colora di spontaneità ma anche si oggettivizza [...] Linguisti e giuristi (o, per meglio dire, alcuni giuristi) parlano [...] di linguaggio e diritto come complessi istituzionali [...] l'istituzione, proprio perché tessuto superindividuale, è composizione del dualismo separatorio fra dimensione soggettiva e oggettiva, ed è, in ogni caso, superamento di quell'esasperato soggettivismo intrinseco a ogni visione potestativa e imperativa" [55].

mostrano nella loro tipicità il contrassegno della loro virtù normativa; tipicità e normatività sono i caratteri, vicendevolmente implicantisi, della istituzionalità; il tessuto di istituzioni, di cui è fatto il mondo del diritto, è continuo, così nel senso della continuità storica come nel senso della continuità sistematica: di nessuna istituzione è lecito affermare che causi le altre senza esserne a sua volta causata" (*A proposito della riedizione delle Opere di Pietro Bonfante*, "Studia et documenta historiae et iuris", 1959, XXV, p. 383).

[54] G. DEVOTO, *Scritti minori*, Firenze, Le Monnier, 1958, p. 114.

[55] P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2003, p. 26 e ss. Il testo, così dimessamente intitolato (è lo stesso Autore a definirlo un' "elementare iniziazione" per i giovani studenti che si approssimano allo studio del diritto), è in realtà un vero e proprio 'breviario' anche per i giuristi non più novizi.

ALFONSO TAGLIAMONTE

L'intervento del Fondo di garanzia nel TFR

SOMMARIO: 1. Il rischio d'insolvenza del datore di lavoro e l'istituzione del Fondo di garanzia. - 2. Gli aventi diritto. - 3. Finanziamento del Fondo. - 4. Condizioni di ricorso al Fondo. - 4.1. Fallimento. - 5. Modalità di versamento del credito al lavoratore. - 6. Modalità di corresponsione e diritto di surrogazione.

1. *Il rischio d'insolvenza del datore di lavoro e l'istituzione del Fondo di garanzia*

Alla conclusione del rapporto di lavoro subordinato, l'art. 2120 cod. civ. prevede, per il prestatore, il diritto di ricevere dal datore di lavoro il pagamento del trattamento di fine rapporto (TFR)[1].

[1] Sul TFR, v. i contributi di AA.VV., *Trattamento di fine rapporto*, in "Diritto e Pratica del Lavoro", serie oro, 1996, n. 4; G. ALLEVA, *Trattamento di fine rapporto*, I) Diritto del lavoro, in "Enciclopedia Giuridica Treccani", 1994, XXXI, Roma, 1994, 1 ss.; E. D'AVOSSA, *Il TFR*, Milano, IPSOA, 1988; ID., *Il trattamento di fine rapporto*, in "Lavoro '80", 1983, 10; L. GALANTINO, *Diritto del lavoro*, Torino, Giappichelli, 2010, 503 ss.; E. GHERA, *Diritto del lavoro*, Bari, Cacucci, 2000, 383 ss.; E. GHERA, G. SANTORO PASSARELLI, *Il nuovo trattamento di fine rapporto - legge 29 maggio 1982, n. 297*, Milano, Giuffré,1982; G. GIUGNI, *Indennità di anzianità*, in "Giurisprudenza costituzionale", 1968, 1095 ss.; G. GIUGNI, R. DE LUCA TAMAJO, G. FERRARO, *Il trattamento di fine rapporto*, Padova, CEDAM, 1984; O. MAZZOTTA, *Note sulla rilevanza delle questioni relative alla natura giuridica dell'indennità di anzianità*, in "Rivista italiana di previdenza sociale", 1974, I 221 ss.; E. MONTEMARANO, *Il trattamento di fine rapporto*, Roma, Ianua, 1982; M. NAPOLI, *Il trattamento di fine rapporto nella nuova legge di riforma*, in "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", 1983, 83; A. PANDOLFO, *Il trattamento di fine rapporto: i primi interventi dei giudici*, in "Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale", 1983, II, spec. 270 ss.; G. PERA, *Il trattamento di fine rapporto*, in "Il Diritto del lavoro", 1983, I, 13; ID., *Trattamento di fine rapporto*, in "Il Foro italiano", 1986, V, 189; ID., *Compendio di diritto del lavoro*, Milano, Giuffrè, 2000; G.C. PERONE, A. D'ANDREA, *La retribuzione e il TFR nel rapporto di lavoro subordinato*, Torino, UTET, 2009; M. PERSIANI, G. PROIA, *Diritto del lavoro*, Padova, CEDAM, 2008, 335; R. PESSI, *Trattamento di fine rapporto: la maturazione del diritto*, in "Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali", 1983, 338; F. SANTORO PASSARELLI, *Indennità di anzianità*, in "Novissimo Digesto italiano", IX, Torino, 1963, 515 ss.; G. SANTORO PASSARELLI, *Dall' indennità di anzianità al trattamento di fine rapporto*, Milano, Giuffrè, 1984; ID, *Il trattamento di fine rapporto. Artt. 2120 - 2122*, volume coordinato da F. CARINCI - GRAGNOLI, in *Il Codice Civile. Commentario*, diretto da BUSNELLI, Milano, Giuffrè, 2009; A. TORRENTE, *Sulla natura dell'indennità di anzianità*, in Studi in onore di ZANOBINI, V, Milano, Giuffrè, 1965, 711 ss.; A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro*, Padova, CEDAM, 2008, 322 ss.; ID., *Il trattamento di fine rapporto*, Milano, F. Angeli, 1984; ID., *Il trattamento di fine rapporto per i lavoratori*, in "Giustizia civile", 1982, 376.

Il TFR, come noto, consiste negli accantonamenti annuali effettuati dal datore di lavoro il quale, peraltro, resta nella materiale disponibilità della somma, fino a che il rapporto non cessa.

Al trattamento è riconosciuta natura di retribuzione differita[2] ed una funzione latamente previdenziale, in quanto l'importo accantonato viene erogato solo al verificarsi di determinate circostanze, come la cessazione del rapporto o nelle ipotesi di anticipazioni[3].

Per le ragioni dianzi esposte, il rischio d'insolvenza del datore di lavoro è oggetto di particolare attenzione da parte dell'ordinamento.

Il rischio della mancata corresponsione del TFR da parte del datore di lavoro, derivante dalla esigibilità del TFR soltanto alla fine dell'attività lavorativa, ha indotto il legislatore ad apprestare strumenti adeguati a garantire l'effettiva percezione delle spettanze di fine rapporto. Già con la legge del 29 luglio 1975, n. 426 (art. 2), si era riconosciuto ai crediti retributivi il 1° grado di privilegio mobiliare ed una collocazione sussidiaria sugli immobili, sebbene in concorso con gli altri crediti elencati agli artt. 2751 e 2751-*bis* cod. civ.

Tale rimedio, tuttavia, per un verso, non è apparso idoneo a salvaguardare il prestatore nei confronti del datore di lavoro non soggetto a fallimento e, per l'altro, è risultato insoddisfacente in ragione della mancata applicazione alle procedure concorsuali della rivalutazione monetaria di cui all'art. 429, co. 3, cod. proc. civ.

In questo quadro, la legge del 29 maggio 1982, n. 297 ribadisce e rafforza la connotazione retributiva della prestazione da percepire alla fine del rapporto di lavoro, delineando un sistema diretto a garantire nel modo più ampio ed efficace possibile la soddisfazione integrale dei diritti maturati, attraverso una speciale forma di assicurazione sociale nella quale, nell'ipotesi di insolvenza del datore di lavoro, l'interesse del prestatore e dei suoi aventi diritto[4] è tutelato mediante l'erogazione del TFR da parte del "Fondo di garanzia per il trattamento di fine rapporto" (art. 2, co. 1), istituito presso l'Inps[5].

[2] Si esclude la natura di risparmio forzoso in senso tecnico del lavoratore, poiché fino al momento dell'erogazione le somme contabilmente accantonate appartengono al datore di lavoro. Cfr. A. Vallebona, *Istituzioni di diritto del lavoro*, cit., 326.

[3] L'anticipazione del TFR è dovuta solo se sussistano le prescritte giustificazioni contenute nel 8° comma, dell'art. 2120 cod. civ., nell'art. 7, legge 8 marzo 2000, n. 53 e nell'art. 5, d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151, ovvero: spese sanitarie; acquisto della prima casa; congedi parentali; formazione.

[4] App. Ancona 18 dicembre 2007,in "Guida la lavoro", 2008, n. 15, 41.

[5] Cfr. Circ. Inps 7 marzo 2007, n. 53; Circ. Inps 15 luglio 2008, n. 74; Circ. Inps 4 marzo 2010, n. 32, Circ. Inps 26 giugno 2012, n. 89; in giurisprudenza, è stato rilevato che il di-

L'istituto risponde alla pretesa costituzione, in base alla direttiva n. 80/987/CE, di un sistema di garanzia collettiva in grado di assicurare «il pagamento dei diritti non pagati dei lavoratori subordinati, risultanti da contratto di lavoro o da rapporti di lavoro e relativi alla retribuzione» (art. 3, Dir. n. 80/987/CE), con la funzione, dunque, di «socializzazione del rischio dell'insolvenza» datoriale, attraverso l'accollo dei rischi derivanti dalle lungaggini procedurali e dall'eventuale insufficienza dell'attivo fallimentare[6].

2. *Gli aventi diritto*

Il Fondo di garanzia per il trattamento di fine rapporto, secondo le disposizioni dell'art. 2, commi 2 e 5, della L. n.297/1982, interviene su richiesta del lavoratore o dei suoi aventi diritto.

Nel novero degli "aventi diritto" devono intendersi non soltanto gli eredi del prestatore di lavoro indicati dal comma 1 dell'art. 2122 cod. civ., ovvero il coniuge, i figli e, se vivevano a carico del lavoratore, i parenti entro il terzo grado e gli affini entro il secondo, ma, più in generale, gli aventi causa del lavoratore[7]. Da ciò deriva che devono comprendersi nell'elenco dei soggetti titolati a presentare la domanda d'intervento del Fondo anche le società finanziarie e gli altri cessionari a titolo oneroso del Tfr[8].

È il caso di precisare che la tutela del Fondo di garanzia per il TFR[9]

ritto del lavoratore nei confronti dell' Inps ha natura di diritto di credito ad una prestazione previdenziale, distinto ed autonomo rispetto al credito vantato nei confronti del datore di lavoro: Cass. 28 luglio 2011, n. 16617, in "Giustizia civile Massimario", 2011, 7-8, 1131; Cass. 3 aprile 2007, n. 8339, in "Guida la lavoro", 2007, n. 29, 51; Cass. 10 luglio 2006, n. 15644, in "Il Foro italiano", 2007, I, 2536; Cass. 19 dicembre 2005, n. 27917, in "Massimario di Giurisprudenza del lavoro", 2006, 377, con nota di Mannacio, *Riflessioni sull' autonomia del trattamento di cui all' art. 2, l. 29 maggio* 1982, *297 dal rapporto di lavoro.*

[6] V. G. Alleva, *Trattamento di fine rapporto*, cit., 59 e G. Giugni, R. De Luca Tamajo, G. Ferraro, *op.cit.*,139.

[7] Cass. 13 ottobre 2010, n. 21143, in "Guida al diritto", 2011, 2, 70 (s.m.), per la quale la funzione previdenziale dell'intervento del fondo di garanzia dell'Inps non osta all'intervento del fondo a favore del cessionario a titolo oneroso del credito relativo al t.f.r. spettante al lavoratore, in quanto l'intervento è previsto in favore degli "aventi diritto" e, con tale termine, che non può che essere inteso nel medesimo significato attribuito all'identica espressione contenuta nell'art. 2122 c.c., si fa riferimento agli aventi causa in genere del lavoratore, a prescindere dal titolo, universale o particolare, della successione nel diritto.

[8] Così la Circ. Inps 26 giugno 2012, n. 89, cit., che in controtendenza rispetto alla circolare Circ. Inps 15 luglio 2008, n. 74, cit., sottolinea l'intervento giurisprudenziale riferito al chiarimento dei soggetti "aventi diritto".

[9] Secondo l'orientamento tradizionale, la tutela del Fondo di Garanzia non si estendeva anche al socio di cooperative di produzione e lavoro (in caso di insolvenza della società). Cfr. Corte Cost. 12 febbraio 1996, n. 30, in "Giurisprudenza Costituzionale", 1996,

si estende anche ai soci delle cooperative (L. 24 giugno 1997, n. 196, art. 24 e D.lgs. 27 gennaio 1992, n. 80, artt. 1 e 2)[10].

La giurisprudenza ha esteso ai dipendenti del datore di lavoro interposto la possibilità di far valere, in caso d'insolvenza dello stesso, il diritto al pagamento del TFR a carico del Fondo (anche se, come noto, nell'ipotesi di interposizione illecita, i prestatori di lavoro sono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'interponente)[11].

Il riferimento poi al lavoratore o ai suoi aventi diritto (aventi causa nell'art. 2, co. 7, Legge n. 297/1982) consente di estendere la garanzia del Fondo anche all'indennità a causa di morte[12] di cui all'art. 2122 cod. civ.

3. *Finanziamento del Fondo*

Il finanziamento del Fondo è a totale carico delle aziende. Queste versano uno specifico contributo, calcolato in percentuale (attualmente, 0,20%) sulla retribuzione utile a fini contributivi (art. 12, Legge 30 aprile 1969, n. 153). L'ammontare del contributo è aggiornato periodicamen-

289; Corte Cost. 20 luglio 1995, n. 334, in "Il lavoro nella giurisprudenza",1996, 233, con nota di PIZZOFERRATO, *Inestensibilità del fondo di garanzia ai soci di cooperative*; Cass. 12 luglio 1995, n. 344, *in* "Massimario di Giurisprudenza del lavoro", 1995, 533, secondo cui la circostanza che la cooperativa abbia versato all'Inps la contribuzione per il finanziamento del Fondo costituisce un chiaro indice della volontà di attribuire ai soci il TFR, ma «esso è pur sempre un diritto di socio, non un credito di lavoro in senso tecnico, né vale a conferirgli tale natura il fatto dell' (indebito) versamento dei contributi all'Inps per il Fondo di garanzia».

[10] In questa direzione, cfr. Cass. 10 novembre 2003, n. 16448, *in* "Archivio civile", 2004, 1105 e Cass. 13 gennaio 2000, n. 304, *in* "Il Foro italiano", 2001, I, 1094, con nota di RICCI e gli ampi richiami *ivi*, le quali riconoscono il diritto del socio lavoratore di accedere al Fondo di garanzia. F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *Diritto del lavoro, vol. II, Il rapporto di lavoro subordinato*, Torino, UTET, 2011, 382;

[11] In caso di intermediazione vietata di mano d'opera, i lavoratori dipendenti, se pure sono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'imprenditore che effettivamente ne abbia utilizzato le prestazioni, possono comunque richiedere l'adempimento degli obblighi retributivi al datore di lavoro apparente, sia perché essi possono ignorare la sussistenza dell'intermediazione illecita, sia perché in ogni caso il datore di lavoro interposto non può essere sottratto alla responsabilità "retributiva" nei confronti dei lavoratori da lui formalmente dipendenti; ne consegue che questi ultimi, in caso di fallimento del datore di lavoro apparente, ben possono esigere dal Fondo di garanzia il pagamento del TFR, secondo modalità e termini di cui all'art. 2 legge n. 297 del 1982. In tal senso, Cass. 3 marzo 2001, n. 3096, in "Rivista italiana di diritto del lavoro", 2001, II, 699, con nota di G. SYLVAIN NADALET, *Sulla garanzia del TFR in caso di insolvenza del datore di lavoro apparente*.

[12] A. VALLEBONA, *Il trattamento di fine rapporto per i lavoratori,* cit., 384; Trib. Torino 5 ottobre 2005, in "Giurisprudenza piemontese", 2006, 168; M. N. BETTINI, *I diritti dei superstiti del lavoratore*, in "Argomenti di diritto del lavoro", 2011, n. 4/5, 855.

te in relazione all'andamento gestionale del Fondo stesso (art. 4, D. lgs 27 gennaio 1992, n. 80).

Il datore di lavoro è esonerato[13] dal versamento del contributo al Fondo di Garanzia nella stessa percentuale di TFR maturando conferito ai fondi di previdenza complementare (art. 10, co. 2, D.lgs. 5 dicembre 2005, n.252)[14].

Le modalità ed i criteri di finanziamento del Fondo ottemperano alle disposizioni della Direttiva CE 20 ottobre 1980, n. 987[15], attuata con D.lgs. 27 gennaio 1992, n. 80, successivamente modificato dal D.lgs. 19 agosto 2005, n. 186. Tale Direttiva impone a ciascuno Stato membro di garantire, mediante l'istituzione di organismi di garanzia, la corresponsione delle retribuzioni dei lavoratori in caso d'insolvenza del datore di lavoro[16].

Il Fondo di garanzia, in presenza di tale insolvenza, è tenuto al pagamento del TFR in favore del dipendente, in virtù del principio dell'automaticità delle prestazioni[17].

In base a questo principio, il requisito di contribuzione al Fondo s'intende attuato anche quando i contributi non sono stati versati, purché gli

[13] Come chiarito dall'INPS, con la Circ. 2 luglio 2007, n. 98, le somme destinate dal datore alla previdenza complementare non costituiscono base imponibile per il calcolo dei contributi obbligatori, ma sono assoggettate al contributo di solidarietà. Sono invece incluse nella base imponibile per il calcolo degli ordinari oneri contributivi le somme che il lavoratore, a suo carico, destini alla previdenza complementare.

[14] «Il datore di lavoro è esonerato dal versamento del contributo al Fondo di garanzia previsto dall'articolo 2 della legge 29 maggio 1982, n. 297, e successive modificazioni, nella stessa percentuale di TFR maturando conferito alle forme pensionistiche complementari e al Fondo per l'erogazione ai lavoratori dipendenti del settore privato dei trattamenti di fine rapporto di cui all'articolo 2120 del codice civile». (Comma sostituito dall'articolo 1, co. 764, della legge 27 dicembre 2006, n. 296).

[15] Direttiva del Consiglio 20 ottobre 1980, n. 80/987/CE, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative alla tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro; su di essa, cfr. G. Civale, *Insolvenza dell'imprenditore e tutela dei crediti di lavoro*, in "Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale",1993, I, 441 e ss. La direttiva è stata peraltro successivamente modificata dalla Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 23 settembre 2002, n. 2002/74/CE, che, in estrema sintesi, si prefigge i seguenti scopi: 1) chiarire il campo di applicazione, in modo da restringere le possibilità, per gli stati membri, di escludere dalla tutela alcune categorie di lavoratori subordinati; 2) estendere la tutela anche ai casi di insolvenza diversi dalle formali procedure concorsuali di insolvenza; 3) regolare la competenza in caso di situazioni transnazionali. Sulla Direttiva n. 2002/74/CE, cfr. M. Pallini, *La nuova disciplina comunitaria della tutela dei lavoratori in caso di insolvenza del datore: la direttiva 2002/74/CE*, in "Rivista del diritto della sicurezza sociale",2003, 695.

[16] Cass. 30 aprile 2010, n. 10531, in "Guida al diritto", 2010, 24, 77. In senso conforme cfr.: Cass. 1 luglio 2009 n. 15415, in "Giustizia civile Massimario", 2009, 7-8, 1016; Cass. 1 settembre 2005 n. 17600, in "Giustizia civile Massimario", 2006, 3.

[17] Trib. Rovigo, 27 maggio 2011,in "Guida la lavoro", 2011, 42, 41

stessi risultino dovuti nei limiti della prescrizione[18]. In tale circostanza, a fronte del riconoscimento del debito da parte del datore di lavoro (o ad es. del commissario liquidatore dell'impresa), l'Inps può far valere l'intervenuta prescrizione[19], dal momento che la fattispecie in questione è configurabile come ipotesi di accollo cumulativo *ex lege*[20], in base all'art. 2, legge 29 maggio 1982 n. 297, e al D.lgs. 27 gennaio 1992, n. 80 (attuativi della Direttiva CE 20 ottobre 1980, n. 80/897).

In altre parole, in caso di fallimento del datore di lavoro, per effetto dell'accollo cumulativo, il Fondo di garanzia, istituito presso l'Inps, assume in via solidale, e ad un tempo sussidiaria, l'obbligazione retributiva definitivamente accertata, così come ammessa allo stato passivo esecutivo nella procedura concorsuale.

Ai fini dell'accollo, non rileva che il TFR sia parzialmente commisurato ad un'anzianità maturata, in precedenza, alle dipendenze di al-

[18] Cass. 16 giugno 2006, n. 13930, in "Massimario di Giurisprudenza del lavoro", 2006, 985, per la quale, attesa la natura previdenziale dell'obbligazione a carico del Fondo di garanzia, in caso di insolvenza del datore di lavoro, ricondotta l'attività svolta dal lavoratore nel regime del rapporto di lavoro subordinato, deve farsi applicazione del principio di automaticità delle prestazioni, per cui il requisito di contribuzione si deve intendere verificato anche quando in concreto i contributi non siano stati versati, purché risultino dovuti nei limiti della prescrizione.

[19] Si veda Cass. 13 novembre 2001, n. 14091,in "Guida la lavoro", 2002, 20, secondo cui la prescrizione quinquennale del diritto al trattamento di fine rapporto che la l. 29 luglio 1982 n. 297 configura (secondo quanto risulta anche dai relativi lavori preparatori) come forma di risparmio forzoso nei riguardi del lavoratore e di finanziamento imprenditoriale nei confronti del datore di lavoro, è suscettibile d'interruzione, ai sensi dell'art. 94 r.d. 16 marzo 1942 n. 267, per effetto della domanda di ammissione al passivo del fallimento del datore di lavoro, cui l'art. 2 della citata legge sostituisce (in caso di insolvenza) il fondo di garanzia per il trattamento di fine rapporto istituito presso l'Inps; infatti, l'accollo (cumulativo) "*ex lege*" del relativo debito previsto da tale norma non muta, rendendola previdenziale, l'originaria natura del credito, che rimane quindi assoggettato, in tutte le sue vicende, anche fallimentari, e fino all'estinzione, alla disciplina dettata per i crediti di capitale. Conformi: Cass. 23 marzo 2001, n. 4261, cit.; Cass. 8 ottobre 1997, n. 9766, *in* "Il lavoro nella giurisprudenza",1998, 530.

[20] Cass. 3 settembre 2007, n. 18481, in "Giustizia civile Massimario", 2007, 9, per la quale il Fondo di garanzia di cui all'art. 2 della legge n. 297 del 1982, gestito dall'Inps, pur non sostituendosi al fallimento (o ad altra procedura concorsuale) del datore di lavoro insolvente, assume, tuttavia, quale accollante *ex lege*, la medesima obbligazione che risulti definitivamente accertata a carico del datore di lavoro insolvente appunto nel fallimento (o in altra procedura concorsuale), sicché il TFR, che il Fondo di garanzia è tenuto a pagare in sostituzione del datore di lavoro insolvente, si identifica con l'oggetto del credito che, allo stesso titolo, risulta ammesso al passivo del fallimento (o di altra procedura concorsuale). Conformi: Cass. 16 settembre 2005, n. 18294; Cass. 18 luglio 2003, n. 11291, *in* "Archivio civile", 2004, 666; Cass. 15 maggio 2003, n. 7604, in "Notiziario di giurisprudenza del lavoro", 2003, 792; App. Roma 4 agosto 2005, cit.

tro datore di lavoro[21]. Il Fondo di garanzia opera, infatti, anche in caso di trasferimento d'azienda con insolvenza del datore di lavoro cessionario, subentrato nella titolarità del rapporto di lavoro (con estromissione del cedente dall'obbligo di pagamento del TFR maturato). In questa ipotesi, il Fondo di garanzia garantisce il pagamento del TFR relativo all'intero rapporto di lavoro, unitariamente considerato[22].

La disciplina sull'intervento del Fondo di garanzia per il trattamento di fine rapporto non è applicabile ai rapporti di lavoro già cessati alla data di entrata in vigore[23] della legge 29 maggio 1982, n. 297, anche quando, con riferimento ad impresa sottoposta a procedura concorsuale prima della data suindicata, l'esercizio dell'impresa in pendenza della procedura concorsuale sia continuata oltre la data stessa[24].

[21] Cass. 2 ottobre 2007, n. 20664, *in* "Giustizia civile Massimario", 2007, 10. Nella specie, i giudici hanno confermato la sentenza di merito, secondo cui il Fondo di garanzia era tenuto al pagamento del TFR, sebbene lo stesso fosse parzialmente relativo ad un'anzianità maturata alle dipendenze di un altro datore di lavoro, in quanto il lavoratore, anche in tal caso, aveva il diritto di richiedere all'imprenditore fallito il pagamento del credito anche per tale periodo.

[22] Cass. 09 luglio 2010, n. 16186, in "Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni", 2010, 709, secondo la quale deve considerarsi che il diritto del dipendente al TFR matura al momento della cessazione del rapporto di lavoro, anche nel caso in cui si siano verificate evenienze quali il trasferimento d'azienda o altra vicenda, che abbia visto mutare il datore di lavoro nel corso dell'unitario rapporto che sia proseguito senza soluzione di continuità. A tale ultimo novero di fattispecie è da riferirsi anche l'ipotesi in cui il mutamento sia stato determinato dalla privatizzazione dell'Amministrazione datrice di lavoro. Ove vi sia controversia relativa alla corresponsione del TFR per un rapporto di lavoro cessato successivamente al 30 giugno 1998 sussisterà, pertanto, la giurisdizione ordinaria.

[23] La disposizione che prevede il Fondo di garanzia (art. 2, L. n. 297/1982) non ha carattere retroattivo e riguarda solo i rapporti cessati dopo il 1° giugno 1982: Trib. Verona 6 novembre 1989, in "Diritto e Pratica del Lavoro", 1990, 780.

[24] G. Alleva, *Trattamento di fine rapporto*, cit., 11; E. D'avossa, *Il TFR*, cit., 193; G. Giugni, R. De Luca Tamajo, G. Ferraro, *op.cit.*, 140; G. Pera, *Trattamento di fine rapporto*, in *"Il Foro italiano"*, 1986, V, 227. In senso contrario, G. Santoro Passarelli, *Dall'indennità di anzianità al trattamento di fine rapporto*, Milano, Giuffrè, 1984, 202. Nondimeno, il Fondo è applicabile anche alle indennità di anzianità maturate al 31 maggio 1982 che si cumulano a tutti gli effetti. Così, Cass. 15 aprile 1996, n. 3522, in "Rivista italiana di diritto del lavoro", 1996, II, 757, con nota di Romei, *Fondo di garanzia e rapporti di lavoro cessati anteriormente alla l. n. 297/1982*, il quale sostiene che «la sentenza si accontenta di una valutazione in termini di mera conformità alla lettera dell'art. 2 della l. n. 297/1982: essa trascura però di considerare che per i dipendenti di imprese sottoposte ad amministrazione straordinaria, in virtù del citato D.L. n. 103/1991, il Fondo di garanzia poteva intervenire anche nei confronti di rapporti di lavoro cessati anteriormente alla data di entrata in vigore della l. n. 297/1981; e trascura altresì di considerare come tale questione avesse già formato oggetto di una ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale. Dimodoché ben avrebbe potuto destare qualche dubbio - sotto il profilo di una valutazione di conformità della interpretazione ac-

Ciò sul presupposto che la cessazione del rapporto di lavoro concreta una situazione giuridica esaurita che impedisce l'applicazione di discipline normative entrate in vigore successivamente (salvo un'esplicita previsione di retroattività)[25].

4. *Condizioni di ricorso al Fondo*

Il ricorso al Fondo di Garanzia è ammesso qualora si verifichino determinate condizioni previste espressamente dall'ordinamento. Le ipotesi richiamate dalla legge n. 297/1982 sono il fallimento (art. 2, co. 2)[26]; il concordato preventivo (art. 2, co. 2 e 3); la liquidazione coatta amministrativa (art. 2, co. 4); il procedimento di esecuzione forzata, ove «le garanzie patrimoniali siano risultate in tutto o in parte insufficienti» (art. 2, co. 5). Anche per quanto riguarda l'amministrazione straordinaria d'impresa in crisi, dottrina e giurisprudenza si sono pronunziate a favore dell'estensione dell'intervento del Fondo[27].

colta alla luce dei principi costituzionali (ad es. dell'art. 3 Cost.) e alla luce del canone dell'interpretazione conforme a Costituzione - la circostanza che nei confronti di lavoratori i quali, analogamente ai dipendenti di un'impresa sottoposta ad amministrazione straordinaria, abbiano visto il loro rapporto di lavoro cessato in epoca anteriore al maggio del 1982, sia ora accolta una soluzione diversa».

Difformemente, la S.C. ha precisato che la disciplina sull'intervento del Fondo di garanzia per il trattamento di fine rapporto non è applicabile ai rapporti di lavoro già cessati alla data di entrata in vigore della l. 29 maggio 1982 n. 297, anche se, con riferimento ad impresa sottoposta a procedura concorsuale prima della data suindicata, l'esercizio dell'impresa in pendenza della procedura concorsuale sia continuata oltre la data stessa, perché la cessazione del rapporto di lavoro concreta una situazione giuridica esaurita che osta all'applicazione di discipline normative entrate in vigore successivamente - salva un'esplicita previsione di retroattività - e la disposizione dell'art. 2, comma 2 ter, d.l. 21 febbraio 1985 n. 23, introdotta dalla l. di conv. 22 aprile 1985 n. 143, ha inciso sulla norma di cui all'art. 2, comma 6, della l. n. 297 del 1982 solo quanto al requisito relativo alla posteriorità della procedura concorsuale rispetto all'entrata in vigore della legge (dando rilevanza anche alla posteriorità della cessazione dell'esercizio dell'impresa) e non anche rispetto all'analogo, necessariamente concorrente, requisito relativo alla data della risoluzione del rapporto di lavoro.

[25] Così, Cass. 15 aprile 1996, n. 3522, cit., *in* "Massimario di Giurisprudenza del lavoro", 1996, 611, con nota di Caiafa.

[26] In riferimento al presente articolo, si v. Messaggio INPS 10 marzo 2010, n. 5730.

[27] V. G. Giugni, R. De Luca Tamajo, G. Ferraro, *op.cit.*, 144; G. Santoro Passarelli, *op.cit.*, 205; Cass. 9 giugno 1988, n. 3894, *in* "Orientamenti giurisprudenza del lavoro", 1989, 537; Cass. 17 maggio 1988, n. 3894, *ivi*, 1988, 1158; Trib. Genova 27 settembre 1993, *ivi*, 1993, 978, secondo cui "il fondo di garanzia … deve intervenire anche nei confronti dei dipendenti di azienda in amministrazione straordinaria allorché, cessata la continuazione dell'impresa, l'amministrazione straordinaria sfoci in una procedura liquidatoria identica a

In questi casi l'intervento del Fondo di garanzia, *ex* art. 2, Legge n. 297/1982, è subordinato alla «sussistenza di formalità procedurali di accertamento del credito, quali il deposito dello stato passivo ed il successivo decorso del termine di quindici giorni, che … non possono essere sostituite da attestazioni degli organi della procedura concorsuale circa la sussistenza del credito»[28].

Avveratasi una delle predette ipotesi, la richiesta di pagamento del TFR presso il Fondo di garanzia può essere effettuata dal lavoratore o da un soggetto che abbia acquisito a titolo derivativo il diritto azionato, come nelle ipotesi di successione a titolo universale o particolare nel diritto soggettivo[29].

4.1 Fallimento

Con particolare riguardo al fallimento, il credito va accertato in sede di verifica; lo stato passivo deve divenire esecutivo e, qualora vi sia opposizione, non è necessario il passaggio in giudicato della relativa sentenza[30]. Infatti, il diritto del lavoratore ad ottenere dall'Inps, in caso di fallimento del datore di lavoro, la corresponsione del TFR a carico dello speciale Fondo presuppone, oltre che la dichiarazione di insolvenza dello stesso datore di lavoro, la verifica della esistenza e della misura del credito in sede di ammissione al passivo fallimentare. Prima che si siano verificati tali presupposti, nessuna domanda di pagamento può essere rivol-

quella prevista dalle norme sulla liquidazione coatta amministrativa". Pret. Milano 17 febbraio 1988, *in* "Diritto e Pratica del Lavoro", 1988, 2202; Trib. Tortona 14 ottobre 1985, i*n* "Rivista italiana di diritto del lavoro", 1986, II, 635, con nota di A. VALLEBONA, *Fondo di garanzia del trattamento di fine rapporto e amministrazione straordinaria*.

[28] Con riferimento all'attestazione di un commissario liquidatore dell'amministrazione controllata, cfr. Cass. 21 marzo 2000, n. 3340, *in* "Diritto e Pratica del Lavoro", 2000, 791; sulle condizioni per la presentazione della domanda, v. Cass. 11 settembre 2007, n. 19033, *in* "Guida la lavoro", 2007, n. 48, 32; Cass. 2 febbraio 2004, n. 1848, in "Giustizia civile", 2004, I, con nota di RONDELLI, *Ancora sui presupposti di attivazione del fondo di garanzia*.

[29] Cass. 18 aprile 2008, n. 10208, *in* "Massimario di Giurisprudenza del lavoro", 2009, suppl. 7, 79. Tramite la citata sentenza, la S.C. ha evidenziato che la funzione previdenziale dell'intervento del Fondo di garanzia dell' Inps, di cui all' art. 2 l. n. 297 del 1982, non osta all'intervento del Fondo a favore del cessionario a titolo oneroso del credito relativo al trattamento di fine rapporto spettante al lavoratore, in quanto l'intervento è previsto in favore degli "aventi diritto" e, con tale termine, che non può che essere inteso nel medesimo significato attribuito all' identica espressione contenuta nell' art. 2122 cod. civ., si fa riferimento agli aventi causa in genere del lavoratore, a prescindere dal titolo, universale o particolare, della successione nel diritto.

[30] G. ALLEVA, *Legislazione e contrattazione collettiva nel 1981-1982,* in "Giornali di diritto del lavoro e relazioni industriali", 1982,542; E. D'AVOSSA, *Il TFR*,cit., 197.

ta all'Inps, e, pertanto, non può decorrere la prescrizione del diritto del lavoratore nei confronti del Fondo di garanzia[31].

Nell'ipotesi d'insolvenza di datore di lavoro assoggettabile al fallimento, il lavoratore, per ottenere il pagamento del TFR da parte del Fondo di garanzia, deve assolvere all'onere di dimostrare, oltre alla cessazione del rapporto di lavoro e all'inadempimento (in tutto o in parte) del datore di lavoro, che il suo credito è stato ammesso allo stato passivo e che è stata emessa sentenza dichiarativa di fallimento[32]. Va cioè provato lo stato di insolvenza del datore di lavoro, mediante la presunzione legale prevista dalla legge (apertura del fallimento, della liquidazione coatta amministrativa o del concordato preventivo)[33].

[31] Cass. 26 febbraio 2004, n. 3939, *in* "Repertorio del Foro italiano", 2005, voce *Lavoro (rapporto*), n. 1606.

[32] Cass. 15 novembre 2011, n. 23840; Cass. 03 novembre 2011, n. 22735, in "Guida al diritto", 2011, 47, 79; Cass. 27 ottobre 2009, n. 22647, in "Rivista critica di diritto del lavoro", 2009, 4, 1035, con le quali la S.C. ha sottolineato che a norma dell'art. 2, commi dall'1 al 7, della legge 29 maggio 1982, n. 297, qualora il datore di lavoro sia un imprenditore commerciale soggetto alle disposizioni della legge fallimentare, il lavoratore, per ottenere l'immediato pagamento (nel rispetto del termine di 60 gg dalla domanda) del trattamento di fine rapporto da parte del Fondo di garanzia istituito presso l'Inps, deve provare, oltre alla cessazione del rapporto di lavoro e all'inadempimento, in tutto o in parte, posto in essere dal debitore, anche lo stato d'insolvenza in cui versa quest'ultimo, utilizzando, a tal fine, la presunzione legale prevista dalla legge (l'apertura del fallimento o della liquidazione coatta amministrativa o del concordato preventivo nei confronti del medesimo debitore); viceversa qualora non sia possibile l'applicazione della legge fallimentare perché non ricorre la condizione soggettiva di cui alla legge fallimentare, il lavoratore, allo scopo sopra indicato, oltre alla prova dell'avvenuta conclusione del rapporto di lavoro e dell'inadempimento, in tutto o in parte, posto in essere dal datore di lavoro, deve fornire anche l'ulteriore prova che quest'ultimo non è soggetto alle procedure esecutive concorsuali e deve, inoltre, dimostrare, in base alla diversa presunzione legale pure prevista dalla legge, che mancano o sono insufficienti le garanzia patrimoniali del debitore. Sulla medesima linea si veda, inoltre, Cass. 22 maggio 2007, n. 11945; Cass. 27 agosto 2004, n. 17079. Non rileva che "dopo il decesso del datore di lavoro si abbia — nelle more della vocazione ereditaria — un'eredità giacente": v. Cass. 5 ottobre 1999, n. 11088, *in* "Il lavoro nella giurisprudenza",2000, 282.

[33] Il Fondo di garanzia si sostituisce al datore di lavoro inadempiente per insolvenza nel pagamento dei crediti di lavoro inerenti agli ultimi tre mesi del rapporto di lavoro rientranti nei dodici mesi che precedono (alla luce della sentenza della Corte di giustizia CE 10 luglio 1997, nella causa C - 373/95), non la data d'apertura della procedura concorsuale, ma la data di proposizione della domanda volta all'apertura della stessa procedura, ovvero decorrenti dalla data di proposizione dell'atto d'iniziativa volto a far valere in giudizio il credito del lavoratore, fermo restando che tale garanzia non può essere concessa prima della decisione d'apertura della procedura concorsuale. (Nella specie, la Suprema Corte ha cassato la sentenza di merito che aveva rigettato la domanda del lavoratore, essendo trascorsi oltre due anni tra la data di cessazione del rapporto di lavoro e l'apertura della procedura concorsuale, senza considerare che il lavoratore si era attivato a ri-

Secondo la giurisprudenza di legittimità il Fondo può intervenire anche nell'ipotesi in cui il credito per TFR non sia stato ammesso allo stato passivo della procedura fallimentare, ed il fallimento sia stato chiuso per mancanza di attivo in pendenza dell'opposizione avverso la non ammissione del credito nello stato passivo[34].

Diversamente, nell'ipotesi d'insolvenza del datore di lavoro «non soggetto alle disposizioni» della legge fallimentare (art. 2, co. 5, l. n. 297/1982), il lavoratore, per chiedere il pagamento del trattamento al Fondo di garanzia, deve fornire la prova ulteriore che il datore di lavoro non è soggetto alle procedure esecutive concorsuali e deve, inoltre, dimostrare che le garanzie patrimoniali del debitore sono risultate mancanti o insufficienti, a seguito dell'esperimento di una seria ed adeguata procedura di esecuzione forzata[35].

chiedere, entro l'anno dalla cessazione del rapporto di lavoro, un decreto d'ingiunzione). Cass. 11 gennaio 2010, n. 207; Cass. 1 febbraio 2005, n. 1885, in "Rivista italiana di diritto del lavoro", 2005, II, 973; Cass. 27 agosto 2004, n. 17079, cit; Cass. 26 febbraio 2004, n. 3939; Cass. 7 gennaio 2002, n. 97, in "Notiziario di giurisprudenza del lavoro", 2002, 380; Cass. 20 gennaio 2000, n. 623.

[34] Cass. 29 maggio 2012, n. 8529, in "Guida la lavoro", 2012, 27, 59, secondo la quale è ammissibile l'intervento del Fondo di garanzia istituito presso l'Inps in tutte le ipotesi in cui il datore di lavoro non sia in concreto assoggettato al fallimento e l'esecuzione forzata si riveli infruttuosa. Deve quindi essere ammesso alla tutela prevista dal Fondo (secondo le regole previste dall'art. 2, comma 5, della legge n. 297/1982) il credito per Tfr che non sia stato possibile accertare in sede fallimentare per essere stata dichiarata improseguibile l'opposizione proposta dal creditore avverso l'esclusione del proprio credito dallo stato passivo, a fronte della chiusura del fallimento per mancanza di attivo.

[35] Cass. 3 ottobre 2011, n. 20190,in "Guida la lavoro", 2011, 43, 33; Cass. 1 aprile 2011, n. 7585, in "Diritto e Pratica del Lavoro", 2011, 2467; Cass. 19 gennaio 2009, n. 1178, in "Argomenti di diritto del lavoro", 2009, 1149 ss., con nota di Congeduti, *Intervento del Fondo di garanzia nella ipotesi di datore di lavoro non assoggettabile a fallimento:condizioni soggettive, ragioni oggettive e onere della prova,* e *in* "Rivista italiana di diritto del lavoro", 2009, II, 831 ss, con nota di D'Arcangelo, *Datore di lavoro non fallibile e accesso al Fondo di Garanzia*; Cass. 17 aprile 2007, n. 9108, in "Diritto e Pratica del Lavoro", 2008, n. 6, 428; Cass. 29 luglio 2004, n. 14447, in "Repertorio del Foro italiano", 2004, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1850; Cass. 2 febbraio 2004, n. 1848, in "Orientamenti giurisprudenza del lavoro", 2004, 180; Cass. 16 gennaio 2004, n. 625, in "Repertorio del Foro italiano", 2004, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1854; Cass. 16 dicembre 2003, n. 19261, in "Guida al diritto", 2004, n. 3, 62; Cass. 11 luglio 2003, n. 10953, in "Repertorio del Foro italiano", 2003, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1861; Cass. 28 marzo 2003, n. 4783, *in* "Notiziario di giurisprudenza del lavoro", 2003, 627; Cass. 2 aprile 2002, n. 4666, *in* "Rivista italiana di diritto del lavoro", 2002, II, 795, con nota di PILATI, *Sull' obbligo del Fondo di garanzia per il trattamento di fine rapporto di corrispondere gli interessi e la rivalutazione monetaria fino al saldo*; Cass. 29 gennaio 2002, n. 1136, in*in* "Guida la lavoro", 2002, n. 13, 22; Cass. 1 gennaio 2002, n. 97, *id.*, 2002, n. 15-16, 21 e Cass. 9 marzo 2001, n. 3511, in "Rivista italiana di diritto del lavoro", 2001, II, 704, con nota di Bano, *L'intervento del Fondo di garanzia per il TFR e l'insolvenza del datore di lavoro; contra,* Cass. 2 febbraio 2004, n. 1848, in "Il Foro italiano", 2005, I, 144.

Sul punto, va rilevato che l'espressione «non soggetto alle disposizioni del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 (Legge fallimentare)», di cui all'art. 2, co. 5 (l. n. 297/1982),è stata interpretata dalla giurisprudenza di merito[36] nel senso che il diritto del lavoratore al pagamento del TFR da parte del Fondo di Garanzia sussiste sia quando il datore di lavoro non è assoggettato a fallimento per assenza dei requisiti oggettivi o soggettivi cui alla legge fallimentare, sia quando esso non è più assoggettabile in concreto, ad esempio, per la cancellazione dal registro delle imprese[37].

L'iscrizione nello stato passivo dell'imprenditore fallito determina la sospensione del decorso del termine di prescrizione (*ex* r.d. 16 marzo 1942, n. 267, art. 94, come modificato dal D. lgs. 9 gennaio 2006, n. 5) e il lavoratore, superata detta sospensione, può chiedere il pagamento da parte del Fondo nel termine di cinque anni[38], ciò sul presupposto che l'obbligazione a carico del Fondo ha carattere retributivo[39].

[36] Cfr. App. Napoli 28 settembre 2009, in "Il lavoro nella giurisprudenza",2009, 1286.

[37] Cass. 16 gennaio 2004, n. 625, in "Orientamenti giurisprudenza del lavoro", 2004, I, 180. A norma del combinato disposto dei commi primo e quinto dell'art. 2 l. 29 maggio 1982 n. 297, che disciplina l'ipotesi dell'inadempimento da parte del datore di lavoro non imprenditore commerciale dell'obbligo avente per oggetto il trattamento di fine rapporto, il lavoratore, per ottenere il pagamento di tale trattamento dal Fondo di garanzia istituito presso l'INPS, ha l'onere di dimostrare, oltre all'avvenuta cessazione del rapporto e all'inadempimento del datore di lavoro, anche il fatto che quest'ultimo non è soggetto alle procedure concorsuali e, inoltre, in base alla presunzione legale prevista dalla legge e consistente nell'avvenuto esperimento, con la dovuta diligenza e serietà, di una procedura esecutiva individuale conclusasi con esito interamente o parzialmente infruttuoso, che mancano o sono insufficienti le garanzie patrimoniali del debitore, senza che sia necessario il compimento di una ulteriore attività costituita dalla ricerca di altri beni, mobili o immobili, di proprietà del datore di lavoro nei comuni di residenza o di nascita diversi da quello in cui ha sede l'impresa. Sull'onere della prova a carico del lavoratore cfr.: Cass. 11 luglio 2003, n. 10953; Cass. 28 marzo 2003, n. 4783.

[38] Cass. 9 giugno 1994, n. 5606, in "Diritto e Pratica del Lavoro", 1994, 3056; Trib. Milano 23 ottobre 1991, in "Orientamenti giurisprudenza del lavoro", 1992, 247. V. anche Pret. Torino 17 luglio 1992, in "Giurisprudenza piemontese", 1993, 81, secondo cui, nell'ipotesi di fallimento del datore di lavoro, il termine di prescrizione inizia a decorrere dopo il decorso di quindici giorni dal deposito dello stato passivo esecutivo, posto che solo da tale momento può essere azionato il diritto al pagamento nei confronti del Fondo; e Trib. Verona 9 marzo 1992, in "Rivista critica di diritto del lavoro", 1993, 214, secondo cui, in caso di domanda del pagamento del TFR proposta nei confronti del Fondo, non è opponibile la prescrizione non eccepita dal datore di lavoro nei cui riguardi si sia formato il giudicato di condanna alla corresponsione del trattamento; Pret. Milano 19 novembre 1991, in "Il diritto del lavoro", 1992, II, 424, per la quale la prescrizione del diritto del lavoratore al pagamento del TFR da parte del Fondo non è interrotta da un atto di messa in mora rivolto al datore di lavoro.

[39] *Contra*, cfr. R. Pessi, *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, 2001, Padova, CEDAM, 570, e, in giurisprudenza, Cass. 19 dicembre 2005, n. 27917, cit., secondo cui il diritto del la-

Dal momento che il Fondo di Garanzia rientra nella «Gestione prestazioni temporanee ai lavoratori dipendenti» di cui alla L. n. 88/1989, art. 24, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno ritenuto che alle prestazioni da esso dovute si applichi il termine di decadenza annuale, riconoscendo così la natura previdenziale di dette prestazioni[40].

5. *Modalità di versamento del credito al lavoratore*

Il Fondo di garanzia è tenuto a versare al lavoratore l'intero ammontare del credito, comprensivo della somma capitale[41], della rivalutazione monetaria e degli interessi legali fino all'effettivo pagamento[42].

voratore nei confronti dell'Inps ha natura di diritto di credito ad una prestazione previdenziale, distinto ed autonomo rispetto al credito vantato nei confronti del datore di lavoro.

[40] Sui termini si v. Cass. S. U. 17 settembre 2009, n. 12718, in "Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale",2009, II, 885, secondo cui, in tema di decadenza dall'azione giudiziaria per il conseguimento di prestazioni previdenziali, l'art. 47 d.P.R. 30 aprile 1970 n. 639 (nel testo modificato dall'art. 4 d.l. 19 settembre 1992 n. 384, convertito, con modificazioni, nella l. 14 novembre 1992 n. 438) dopo avere enunciato due diverse decorrenze delle decadenze riguardanti dette prestazioni (dalla data della comunicazione della decisione del ricorso amministrativo o dalla data di scadenza del termine stabilito per la pronunzia della detta decisione), individua infine - nella «scadenza dei termini prescritti per l'esaurimento del procedimento amministrativo» - la soglia di trecento giorni (risultante dalla somma del termine presuntivo di centoventi giorni dalla data di presentazione della richiesta di prestazione di cui all'art. 7 l. 11 agosto 1973 n. 533 e di centottanta giorni, previsto dall'art. 46, commi 5 e 6, l. 9 marzo 1989 n. 88), oltre la quale la presentazione di un ricorso tardivo - pur restando rilevante ai fini della procedibilità dell'azione giudiziaria - non consente lo spostamento in avanti del *dies a quo* per l'inizio del computo del termine decadenziale (di tre anni o di un anno). Ne consegue che, al fine di impedirne qualsiasi sforamento in ragione della natura pubblica della decadenza regolata dall'anzidetto art. 47, il termine decorre, oltre che nel caso di mancanza di un provvedimento esplicito sulla domanda dell'assicurato, anche in quello di omissione delle indicazioni di cui al co. 5 del medesimo art. 47.

[41] Gli importi relativi alle ultime tre mensilità retributive spettanti ai lavoratori sono esenti da contribuzione e si calcolano con applicazione del limite del triplo del trattamento di integrazione salariale mensile determinato al netto delle trattenute previdenziali ed assistenziali. Cass. 7 febbraio 2008, n. 2884, in "Massimario di Giurisprudenza del lavoro", 2009, suppl. 7, 79. Nella specie, la S.C. ha escluso che la detrazione delle trattenute previdenziali dal trattamento di integrazione, essendo solo operata contabilmente ai fini della determinazione del limite massimo della prestazione erogabile dal Fondo, violi il principio dell' esonero di tale prestazione dalla contribuzione.

[42] Cass. 24 maggio 1994, n. 5043, in "Il Foro italiano", 1995, I, 568; Cass. 7 febbraio 1992, n. 1341, in "Il Foro italiano", Rep.,1992, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1880; Cass. 23 novembre 1989, n. 5036, in "Massimario di Giurisprudenza del lavoro", 1990, 66, con nota di A. Vallebona, *Rivalutazione monetaria ed interessi legali sul trattamento di fine rapporto erogato dal fondo di garanzia*; Pret. Milano 11 marzo 1999, in "Il lavoro nella giurisprudenza",1999,

In particolare, relativamente ai crediti dei lavoratori nei confronti del Fondo, si affermava, in caso di ritardato pagamento, il divieto di cumulo tra interessi e rivalutazione monetaria[43], in quanto si attribuiva natura previdenziale all'erogazione del Fondo.

Successivamente, con l'intervento delle Sezioni Unite della Cassazione[44], si è rilevato che, al momento della cessazione del rapporto di lavoro, la parziale illiquidità del credito avente ad oggetto il TFR a causa della mancata disponibilità di tutti gli elementi di calcolo (riguardo all'indice Istat relativo al mese in corso) non può precludere la decorrenza degli interessi e della rivalutazione[45].

Come sottolineato dalla Cassazione, infatti, ogni ritardo nel pagamento comporta *ex* art. 429, co. 3 cod. proc. civ., l'applicazione della rivalutazione e degli interessi sulla somma dovuta, indipendentemente dal fatto che per la sua definitiva quantificazione siano necessari dati ulteriori, quali la pubblicazione dei coefficienti di rivalutazione da parte dell'Istat, attenendo tale circostanza al solo profilo della liquidità del credito e non a quello della sua esigibilità - maturazione[46].

6. *Modalità di corresponsione e diritto di surrogazione*

I pagamenti del TFR sono eseguiti dal Fondo entro 60 giorni dalla richiesta dell'interessato (art. 2, co. 7, Legge n. 297/1982); il periodo si computa dal giorno in cui è consegnata all'ufficio competente la domanda

682 (equiparazione tra settore pubblico e privato); Pret. Bari 20 gennaio 1999,*in* "Guida la lavoro", 1999, n. 30, 27; Pret. Monza 6 novembre 1998, in "Rivista critica di diritto del lavoro" , 1999, 370; Pret. Torino 13 ottobre 1998,in "Guida la lavoro", 1998, n. 48, 31; Pret. Milano 29 settembre 1998, in "Il lavoro nella giurisprudenza",1999, 281 (M); Trib. Busto Arsizio 26 marzo 1998, in "Rivista critica di diritto del lavoro" , 1998, 740; Pret. Busto Arsizio 14 maggio 1997, *id.*, 153.

[43] Divieto sorto in seguito alla sentenza della Corte Cost. 2 novembre 2000, n. 459, in "Massimario di Giurisprudenza del lavoro", 2001, 468, sulla illegittimità dell' art. 22, co. 36, legge 23 dicembre 1994, n. 724, per i crediti di lavoro dei dipendenti privati in servizio ed in quiescenza.

[44] Il credito del lavoratore per il trattamento di fine rapporto non muta la propria natura retributiva quando, in forza della l. 29 maggio 1982 n. 297 e del d.lg. 27 gennaio 1992 n. 80, sia fatto valere nei confronti del Fondo di garanzia gestito dall'Inps per l'insolvenza o l'inadempimento del datore di lavoro, ed è quindi comprensivo, come di regola, degli interessi legali e della rivalutazione monetaria, restando inapplicabile il divieto di cumulo di tali accessori stabilito dall'art. 16, comma 6, l. 30 dicembre 1991 n. 412. Cfr. Cass. S.U., 3 ottobre 2002, n. 14220, in "Massimario di Giurisprudenza del lavoro", 2002, 876.

[45] Così, Cass. 17 febbraio 2005, n. 3219, in "Guida al diritto", 2005, n. 15, 88.

[46] Cass. 18 agosto 2000, n. 10942, in "Notiziario di giurisprudenza del lavoro", 2001, 252.

completa di documentazione[47], non incombendo all'ente previdenziale l'obbligo di provvedere d'ufficio all'acquisizione dei dati necessari per la liquidazione del dovuto[48].

Le somme anticipate dal Fondo sono crediti privilegiati sul patrimonio del datore di lavoro *ex* artt. 2751-*bis* e 2776 cod. civ., in quanto il Fondo stesso è "surrogato di diritto al lavoratore o ai suoi aventi causa" (art. 2, co. 7, Legge n. 297/1982)[49].

Così, nella distribuzione delle somme ricavate dalle vendite mobiliari, il TFR ed il Fondo concorrono con le retribuzioni correnti. Diversamente, per le vendite immobiliari il ricavato è sussidiario e concorre con la sola indennità di preavviso (art. 2776, co. 1 e 2, cod. civ.)[50].

[47] Cass. 2 febbraio 1991, n. 1052, in "Massimario di Giurisprudenza del lavoro", 1991, 269.

[48] Così, Cass. 12 luglio 1999, n. 7355, in "Rivista italiana di diritto del lavoro", 2000, II, 38, con nota di Lazzari, *Intervento del Fondo di garanzia e relativi adempimenti istruttori*.

[49] Cass. 21 febbraio 1997, n. 1586, in "Massimario di Giurisprudenza del lavoro", 1997, 575, con nota di Caiafa, *Fondo di garanzia* ex *l. n. 297 del 1982, concorso di crediti e riparto*.

[50] Cass. 27 luglio 2011, n. 16447, in "Giustizia civile Massimario", 2011, 7-8, 1127.

MASSIMO TITA

Note brevi sulle libertà commerciali a Napoli tra antico e nuovo regime*

SOMMARIO: 1. Un caso d'antico regime. - 2. Un ponte tra Sette e Ottocento. - 3. L'idea ottocentesca.

1. *Un caso d'antico regime*

> Colla presente ns. legge da valere in ogni tempo, ordiniamo e comandiamo, che in tutti i luoghi di questo Regno tanto Demaniali, quanto Baronali, sia lecito ad ogni e qualsiasi particolare vendere i frutti de' propri territorj nella maniera e in quel tempo, che egli stimerà convenire a' suoi interessi; senza che possa pretender persona alcuna di qualunque grado, e condizione sia, specialmente i Baroni essere preferiti nella vendita de' frutti provenienti da' territorj o Burghensatici o Feudali, di modo che ogni cittadino abbia l'intera natural libertà di vendere e comprare i frutti provenienti da' territorj in ogni tempo e luogo[1].

Uno degli ultimi atti della stagione riformistica meridionale nella prima metà del Settecento prendeva le sembianze di un breve provvedimento normativo[2]. Nella sua unica disposizione si può leggere, infatti, la volontà di sistemare per *generalia* ciò che era soprattutto, dato il particolare momento della politica napoletana, una questione legata alla dialettica tra *status* e al mantenimento degli equilibri interni alla corte. Nel

* Si useranno le seguenti abbreviazioni: *ASN* (Archivio di Stato di Napoli, *SMC* (*Supremo Magistrato di Commercio*).

[1] *ASN, SMC, 1745, busta 1735*, fs. 15. 4 ottobre 1759. Per i contravventori la pena era di "docati mille", una sanzione pecuniaria importante e dunque un chiaro segno della volontà di assicurare l'efficacia della norma.

[2] Nel secondo Settecento, con Intieri e Genovesi, lo slancio riformistico riprenderà vigore, anche a partire dall'istituzione di una cattedra di commercio voluta dal primo in favore del secondo e destinata ad incidere profondamente nella formazione dei giovani della capitale, dato lo straordinario successo che le arrise. Sul tema il rinvio è all'ampio e documentato saggio di Raffaele IOVINE, *Una cattedra per Genovesi. Nella crisi della cultura moderna a Napoli - 1744-1754*, in *Frontiera d'Europa*, 2001, nn. 1-2, pp. 359-532.

1745, nell'anno in cui fu emanata la legge sulla libera vendita dei frutti della terra, riportata in apertura di queste pagine, il pur vario partito dei modernisti stava per soccombere di fronte all'azione convinta dei neo conservatori, capitanati da Giovanni Fogliani d'Aragona[3]. Solo un anno dopo, il colto e volitivo Segretario di Stato, il sivigliano José Joacquin de Montealegre[4], sarebbe stato costretto ad abbandonare il governo napoletano, aprendo la fase meno felice del regno di Carlo di Borbone. Questa ebbe proprio nella primavera del 1746 il suo *dies a quo*, con la sostituzione, al vertice delle istituzioni napoletane, del marchese e poi duca spagnolo con l'aristocratico di Piacenza, al seguito dell'infante duca fin dal 1731 e capace di assommare molte delle più importanti cariche di governo[5]. Prima di quella svolta conservatrice, che assecondava un moto di stanchezza dello stesso Carlo di Borbone, convinto riformatore della prima ora, il gruppo degli *juvenes* o almeno una sua frazione[6], aveva ispirato, tra le altre, la riforma delle magistrature mercantili, soggette ad una crisi che,

[3] Quanto alle divisioni interne ai *novatores*, rinvio a Bernardo Tanucci, *Epistolario*, I, 1723-1746, a c. di R. P. Coppini, L. Del Bianco, R. Nieri, Edizioni di Storia e Letteratura, Roma 1980, pp. 348, 380.

[4] Il profilo biografico di Montealegre, che ebbe le funzioni di maggiore rilevanza all'interno del governo napoletano per ben dodici anni (dalla fine del viceregno austriaco al 1746), marchese e poi duca si Salas è in Imma ASCIONE, *Al servizio dell'Infante Duca. Bernardo Tanucci alla corte di Carlo di Borbone nell'estate del 1773*, in *Frontiera d'Europa*, 2000, n. 1, p. 59, nt. 63. La personalità del nobile spagnolo e la sua influenza a corte e nel governo sono descritte dalla stessa A. alle pp. 43-47, 53-55, 59-61 (ivi è trascritta una lettera di Tanucci allo statista sivigliano). Al proposito sia consentito un rinvio al mio, *Libertà editoriale e inquisizione romana. Costantino Grimaldi e la difesa dei suoi libri*, in *Frontiera d'Europa*, 1999, n. 2, pp. 105-6, 122-129, 132-135. In particolare si veda Raffaele AJELLO, *Riformatori all'alba dell'Illuminismo. Il pragmatismo di una teoresi 'debole'*, in *Frontiera d'Europa*, 2001 n. 1-2, pp. 109-115 e *passim*. Per una sintesi delle ragioni che determinarono il declino del riformismo nel Regno, oltre al saggio appena citato, un breve scritto dello stesso AJELLO, *Il tramonto delle «idee chiare e distinte». Note sulla crisi dell'illuminismo negli anni ottanta del '700*, presentazione a Roberto Tufano, *Michele Torcia. Cultura e politica nel secondo Settecento napoletano*, Jovene, Napoli 2000.

[5] Dal 1746 fu Segretario di Stato, degli Esteri, di Casa Reale, di Guerra e del Commercio e mantenne tali responsabilità fino al 1755, quando divenne viceré di Sicila. Nell'isola seppe conservare il suo potere fino al 1773, quando il quadro politico, con i moti di Palermo, cambiò radicalmente. Su quest'ultima vicenda, che può essere considerata uno snodo importante nella storia siciliana e in quella meridionale, rinvio al paragrafo seguente.

[6] Per ricostruire la dialettica interna alla corte e al governo, è utile ricordare ancora una volta che, seppure Montealegre era stato in quegli anni il protettore della cultura moderna, il difensore, con Celestino Galiani, della *libertas philosophandi*, tuttavia non era mancato chi, come Tanucci, aveva fatto notare, in una lettera a Bartolomeo Corsini, la diffidenza del nobile sivigliano nei confroni di Francesco Ventura. Nella ricostruzione dello statista toscano, il presidente del Supremo Magistrato del Commercio, si opponeva al Salas, ossia a Montealegre, con un buon numero di togati: si veda la nt. 3.

come scriveva Gregorio Grimaldi, faceva fuggire "disperati" gli stranieri che vi si imbattevano[7]. Composto da uomini come Francesco Ventura, Pietro Contegna, lo stesso Gregorio Grimaldi (figlio di Costantino, consigliere della Camera di Santa Chiara e figura eminente con Pietro Giannone, del rinnovamento della vita pubblica agl'inizi del secolo), l'ambiente dei modernisti era animato al suo interno da divisioni in gran parte dovute alla spregiudicatezza di Ventura e alla volontà del Segretario di Stato, José Joacquin de Montealegre, di puntellare il suo potere, piuttosto incerto in quegli anni.

In questo clima, il governo di Carlo di Borbone, con ogni probabilità consapevole che una stagione volgeva al termine, sentiva l'urgenza di regolamentare la sfera dei rapporti mercantili tra gruppi sociali, precisando che «specialmente i Baroni» non «potevano essere preferiti nella vendita de' frutti provenienti da' territorj o Burghensatici o Feudali». Era una chiara concessione al ceto mercantile, liberato dall'impedimento di acquistare o vendere beni provenienti da fondi sottoposti alla giurisdizione baronale. Inoltre, il provvedimento affermava un principio generale che non poteva essere estraneo al clima della stagione riformistica: "l'intera natural libertà di vendere e comprare" veniva collegata a situazioni indifferenziate di tipo soggettivo e oggettivo, come sarebbe accaduto nella piena età moderna, dopo l'antico regime. Ed ancora: dover stabilire che in "ogni tempo e luogo" addirittura "ogni cittadino" potesse far transazioni su tutti i beni (compresi quelli provenienti dal Feudo), seguendo il proprio interesse, non era solo un segno d'arretratezza, ma anche una precisa volontà di emendarne gli effetti.

Mentre in molti campi della cultura profondi fermenti percorrevano l'intera società napoletana e stavano per realizzare, ad esempio, nel settore dell'istruzione pubblica un fatto rimarchevole per l'intera Europa, con lezioni di Commercio dettate in italiano nell'Ateneo napoletano da Antonio Genovesi, sul piano della legislazione e delle relazioni concrete tra gli attori della vita economica e, più in generale tra gli individui, permanevano situazioni che possono essere definite arcaiche o, almeno, premoderne, seppure rese possibili dalla vischiosità del regime feudale e dell'organizzazione economica preindustriale.

Ad essere investiti dall'attenzione del legislatore era, dunque, la logica parassitaria ancora salda nel Regno napoletano e, con questa, i residui della feudalità, non ancora abolita.

[7] Gregorio GRIMALDI, *Considerazioni intorno al commercio del Regno di Napoli*, in *Frontiera d'Europa*, 2001 n. 1-2, pp. 352-3.

2. *Un ponte tra Sette e Ottocento*

Non era quello appena descritto, l'unico contrasto stridente tra il piano intellettuale e la sfera economica e sociale, dal momento che le oscillazioni esistevano anche nel campo della politica culturale: fu proprio Montealegre a dover accettare, nei primi anni del governo di Carlo, l'epurazione di magistrati, che, sebbene appartenenti al gruppo dei modernisti, ossia al suo stesso partito, erano tuttavia stati assai vicini al passato governo, non foss'altro che per aver ricevuto incarichi di prestigio. E tuttavia proprio all'interno di una tale, delicatissima vicenda, lo statista sivigliano, anche grazie all'appoggio di Elisabetta Farnese, madre di Carlo Di Borbone, seppe mostrare quelle doti di equilibrio e accortezza che caratterizzarono l'intero suo percorso: qui tali fatti servono a mostrare le condizioni del tutto particolari del più vasto regno italiano, in quegli anni sospeso più che mai tra le necessità delle riforme e l'ossequio ai voleri della corte romana, a cui il sovrano non era insensibile, per formazione ed interessi.

Tutta quella stagione preparò l'età prerivoluziaria, a Napoli in forte ritardo rispetto a Parigi, almeno in campo politico, ma in sincrono o in anticipo su quello delle riforme, come dimostra, per esempio, il provvedimento tanucciano sulla motivazione delle sentenze[8]. Furono in particolare due eventi, se non opposti assai dissimili, del governo di Carlo ad aprire in maniera contrastata i tempi nuovi: l'inchiesta sui magistrati (con tutto il carico di disillusioni per uomini che, come Grimaldi e Contegna l'avevano subita), e la creazione della prima cattedra non teoretica ma di scienze pratiche istituita nell'Università di Napoli. Quanto al primo episodio, basterà dire che la maggior parte dei magistrati attivi nel viceregno austriaco abbandonò Napoli. Dei beneficiati dai vicerè Harrac e Visconti, prima della creazione del regno indipendente, solo Pietro Contegna e Costantino Grimaldi restarono in città: naturalmente vennero rimossi dai loro incarichi e quest'ultimo dovette subire, per sé una ingiusta detenzione di oltre un mese e, per il figlio Gregorio, la condanna del carcere a vita[9]. Come si potrà agevolmente notare nei documenti d'archivio, relativi al processo contro i magistrati vicini al passato governo (una

[8] Raffaele AJELLO, *Il tempo storico delle «Riflessioni». Nota critica* a Gaetano Filangieri, *Riflessioni politiche su l'ultima legge del Sovrano*, Morelli, Napoli 1774, riedizione anastatica Bibliopolis, Napoli 1982.

[9] Sul viceregno austriaco, Antonio DI VITTORIO, *Gli austriaci e il Regno di Napoli, 1707-1734*, I e II, Napoli 1973; Marco Nicola MILETTI, *Ordine legale e potere giurisdizionale. Arbitrio e giustizia nella Napoli austriaca*, in *Frontiera d'Europa*, n. 2, 1997, pp. 17-79.

[10] *ASN, Segreteria di Giustizia, Dispacci*, 1, Biografie dei magistrati, *passim*.

vera e propria inchiesta sui giudici)[10], il vero capo di imputazione nei loro confronti era rappresentato da un forte sentimento antiromano e giurisdizionalista. In sostanza, il primo re indipendente della storia moderna a Napoli, cedendo alle pressioni provenienti dallo Stato vaticano e per motivi diplomatici (indiscutibilmente il Regno poteva contare sulla sola protezione della Spagna, a sua volta vicina a Roma), aveva finito per consentire una dura repressione nei confronti degli ispiratori delle sue stesse riforme. Grimaldi e Contegna, per non parlare di Giannone, avevano determinato, insieme ai giuristi attenti alla dimensione economica e agli studiosi delle scienze del commercio e dell'industria, il nuovo clima d'entusiasmo che si levò intorno a Carlo di Borbone.

Questi ultimi, in particolare Paolo Mattia Doria, Gregorio Grimaldi, Federico Valignani e Bartolomeo Intieri, per citare i maggiori, avevano preparato il terreno anche per l'evento che concordemente è ritenuto centrale per la modernizzazione dell'esperienza giuridica e non, a Napoli e altrove. Le lezioni di commercio, rappresentarono infatti, per il successo da cui furono circondate, e per l'infrazione alla regola linguistica (che esigeva la dettatura in latino dell'insegnamento universitario), un momento importante per la vita culturale del Regno e una novità per l'intera Europa[11].

Quel corso fu il coronamento, per ragioni pratiche e simboliche, di un processo di cambiamento nelle mentalità correnti che può essere definito anche come affermazione del mercantilismo. È stato scritto efficacemente, a proposito degli antecedenti storici e culturali dei mutati orientamenti politici riscontrabili fino al 1746, che: «L'insegnamento di Genovesi, dalla cattedra intierana, ed il riformismo tardo settecentesco non nacquero dal nulla: provenivano invece da un terreno già fertile ed ampiamente dissodato nella prima parte del secolo e fin da quello precedente. Proseguendo in un processo di sviluppo che aveva avuto inizio con il rinascimento, gli illuministi guardavamo meno alle astrazioni ideali e più ai fatti della vita, meno alla metafisica e più alla fisica, ossia alla meccanica ed al commercio»[12].

Dopo la caduta di Montealegre e fino all'istituzione della cattedra genovesiana, modernisti e conservatori si erano combattuti a lungo, intorno a temi economici e teoretici, a favore o contro, per esempio, Giannone, Genovesi o Grimaldi, accusato, quest'ultimo, di voler attentare al-

[11] Gianmarco GASPARI, Introduzione ad Antonio GENOVESI, *Se sieno più felici gl'ignoranti che gli scienziati. Lettere accademiche*, (Napoli 1769), ediz. Sugarco, Carnago 1993, p. 15.

[12] Giuseppe F. DE TIBERIIS, *Le Riflessioni sopra il Commercio di Federico Valignani. Alle origini del pensiero riformatore nel regno di Napoli*, in *Frontiera d'Europa*, Esi, Napoli 2001, nn. 1-2, p. 166.

l'ortodossia religiosa e di aver provato a diffondere un cartesianesimo pericoloso e inutile. Proprio in difesa del Consigliere di Santa Chiara, magistrato di spicco della più importante corte di giustizia napoletana, intervennero in quegli anni anni l'abate Celestino Galiani, Cappellano maggiore, massimo responsabile dei rapporti tra il suo Stato e la sua Chiesa, e José Joacquin de Montealegre, *leader* per oltre dieci anni del governo di Carlo e antico, involontario accusatore di Grimaldi.

3. *L'idea ottocentesca*

Il regno borbonico, lo Stato che gli spiriti liberi avevano atteso, confortati dal cambio dinastico e dalla fine della lunga teoria dei viceré, era dunque iniziato per i modernisti con il peggiore degli avverimenti e, per i conservatori ed il partito romano, con la più rassicurante delle iniziative. Tuttavia, ad appena un anno dall'inchiesta sui giudici, conclusasi con l'esilio volontario dei più e la rimozione dei due soli magistrati rimasti in città, il massimo responsabile del governo, non solo poté tornare sui suoi passi e tollerare la presenza di Costantino Grimaldi e Pietro Contegna, ma, per il primo, preparò addirittura una veemente difesa della libertà di stampa. La censura dei libri, come l'effetto dell'inquisizione romana, aveva colpito pesantemente l'ex magistrato che, per tutelarsi, aveva stampato da sé un *Manifesto a difesa dei suoi libri*[13].

La scena nel Regno, nella fase terminale dell'antico regime e nella prima metà del Settecento, era, come si noterà, occupata pesantemente dalla polemica giurisdizionalista[14].

Nel primo Ottocento, grazie al lungo lavorio dei giuristi attenti alla dimensione economica e degli esperti della "triste scienza"[15], la prospettiva cambiò radicalmente e anche da noi, si cominciò a parlare di mora-

[13] Della polemica sui libri di Grimaldi, che vide intervenire Giannone, Galiani, Montealegre in suo favore e i gesuiti a suo carico, tento di dar conto nel mio *Libertà editoriale e inquisizione romana. Costantino Grimaldi e la difesa dei suoi libri*, in *Frontiera d'Europa*, n. 2, 1999, pp. 63-183.

[14] Sulla questione dei rapporti tra Stato e Chiesa e sul governo pubblico dell'economia, Dario LUONGO, *Serafino Biscardi. Mediazione ministeriale e ideologia economica*, Jovene, Napoli, 1993, *passim*; *ad indicem* le considerazioni relative a Gaetano Argento, autore di un'*Idea del governo politico ed economico del Regno di Napoli*.

[15] Doria, Broggia, Gregorio Grimaldi, Valignani, Intieri favorirono l'affermazione futura di un orientamento capace di guardare alla sostanza economica del fenomeno giuridico: Orazio ABBAMONTE, nel suo *Potere pubblico e privata autonomia. GiovanniM anna e la scienza amministrativa nel Mezzogiorno*, Jovene, Napoli 1991, alle pp. 58-63, segnala l'azione di Luigi Blanch.

lità, etica, libertà, collegate al commercio.

Se la moralità, l'etica mercantile, riguardava la sfera interna della vicenda commerciale (e come tali sono lasciate fuori da questo lavoro, dedicato ai risvolti "esterni" del problema, ossia a quelli in apparenza, più politici), il tema della libertà, per i suoi caratteri storici e contingenti, finiva per coinvolgere i rapporti tra Stati.

E così, dallo statuto, anche plurisoggettivo e spirituale del mercante, ideal-tipo del borghese (aspetti propri dell'etica e della morale mercantile), occorre passare allo stato delle cose in una dimensione più vasta e occuparsi di questioni quali i dazi e in genere la protezione legale delle attività. In questa linea prospettica, la lotta per la conquista e la difesa dei mercati e della produzione aveva un rilievo così pronunciato da essere considerata una prosecuzione, con altri mezzi, della stessa guerra:

> Venuta meno la guerra di conquista ed essendosi sviluppati prodigiosamente la produzione e lo scambio, la guerra non ha per teatro di operazione il campo fumante, ma i trattati imposti, i dazii doganali, i prezzi di favore e mille altri espedienti, che rappresentano le condizioni essenziali della vita commerciale. A ragione quindi il Voltaire poteva affermare "Jusq'en 1498, les princes avaient fait la guerre pour conquèrir des territoires; depuis lors, on la fit pour établir des agenses commerciales"[16].

Tasse e patti erano dunque le nuove armi con le quali venivano combattute le moderne battaglie: un armamentario che comunque spostava il piano della questione, almeno provvisoriamente, dal puro livello militare a quello giuridico. E favoriva, anzi determinava, l'irrompere di tematiche e problemi quali l'interventismo economico, il protezionismo, il sistema doganale, insomma la politica tra Stati. Con questa, il diritto internazionale e la diplomazia, che insieme costituivano, nella loro differenza e per le loro identità, insieme al commercio, un vero antidoto e un formidabile mezzo di contrasto alle logiche belliche. Può essere utile, al proposito, leggere le osservazioni svolte da un deputato al Parlamento sardo sulla situazione politica europea prima e dopo Bonaparte. La stagione post-rivoluzionaria dunque, migliorò nei fatti le condizioni del ceto produttivo e mercantile perché un eccesso di protezione fiscale fece arretrare di molti decenni la situazione dei rapporti tra Stati, quasi come se non si fosse prodotta dalla fine del Settecento e a partire dalla Francia, la grande frattura dell'Ottantanove. Così almeno si esprimeva

[16] Brizio Antonio LEFONS, *La lotta commerciale e la guerra*, Firenze, Rossini 1915, pp. 13-14.

Luigi Torelli, ministro del commercio, dell'industria e dell'agricoltura nel primo governo Lamarmora:

> Napoleone che si sentiva la forza di dirigere tutto, e che sotto questo rapporto sconosceva i limiti delle forze umane, era alieno per natura dalla libertà di commercio, che vuole la minor ingerenza governativa possibile… allorché i sovrani alleati ebbero atterrato quel grande colosso, non parve lor vero tornare agli antichi ordini che erano stati sconvolti dalla rivoluzione francese… quindi il sistema di protezione tornò ad essere il dominante, ed i fautori della libertà di commercio si trovarono in più cattive condizioni che al chiudersi del periodo che precedette la rivoluzione francese[17].

Fu professione di realismo quella del deputato sardo o espressione dell'aperta ostilità che, nel ceto politico conservatore, continuava ad indirizzarsi verso la rivoluzione di fine Settecento? Certo, le due situazioni potevano convivere ed anzi sostenersi reciprocamente. Tanto più che Torelli, le rafforzava con una apertura netta al pensiero liberale e un tributo agli economisti e ad Adam Smith:

> Ma accanto al principio dominante seguito dai gabinetti, ove sedevano i ministri, si svolsero anche i principii di libertà commerciale, coltivati nei gabinetti più modesti de' fautori delle scienze economiche. Lo studio dell'economia pubblica venne ripreso, e la falange dei propugnatori dei principii svolti con tanta chiarezza dall'arcidiacono Bandini in rapporto al commercio dei grani sino alla metà del secolo passato, andò aumentando. L'inglese Adam Smith che ha il merito di aver dato a que' principii un grande sviluppo… venne tradotto in tutte le lingue e non fu poca l'influenza da lui esercitata sul progresso delle idee liberali[18].

Non a caso a Smith e a un altro grande liberale di quel secolo, Benjamin Constant, si deve la massima considerazione per le libertà economiche e, quanto al francese, un contributo decisivo al costituzionalismo moderno:

[17] Luigi TORELLI, *Dell'avvenire del commercio europeo ed in special modo di quello degli stati italiani*, vol. II, Tipografia Barbera Bianchi e C., Firenze 1859, p. 52; cfr. Vittorio FROSINI, *Napoleone legislatore*, in *Nuova antologia*, maggio 1970, pp. 18-27; ID., *Napoleone e la coscienza politica italiana*, in *Rassegna storica del Risorgimento*, LVII, 1970, pp. 499-506, ora in ID., *Intellettuali e politici del Risorgimento*, Bonanno, Catania 1971.

[18] TORELLI, op. cit. in nt. prec., p. 16.

> In Inghilterra e in Francia i nuovi soldati della libertà del commercio incominciarono a trasportare la lotta anche nel seno dei respettivi parlamenti, e quantunque in Francia non riuscissero a raggiungere lo scopo, non contribuirono meno a diffondere le idee e a preparare il terreno per raggiungerlo più tardi. In Inghilterra la lotta fu coronata da un completo successo, il quale appartiene bensì ad un epoca più tarda, ma trae la sua origine dalla lunga serie di memorabili lotte parlamentari, già combattute in quell'epoca. Memorabilissimo e degno di essere specialmente citato, perché spiega il progresso delle idee è il fatto della petizione sporta dai negozianti di Londra al Parlamento inglese l'8 maggio 1820. Era essa firmata dai principali negozianti di quella capitale e conteneva il desiderio di veder attuati i principii *della piena libertà commerciale*. Partiva da uomini che sarebbero stati i primi a sopportarne le conseguenze funeste, se il loro consiglio non si fosse appoggiato sul vero, ed era indirizzata al parlamento il più potente[19].

Politici e e mercanti apparivano non troppo distanti tra loro, come non lo erano, per tradizione e convenienza nobili e borghesi, soprattutto se uniti dalle pratiche mercantili[20].

Ancora una volta, la straordinaria coesione sociale inglese faceva da faro, per chi, ed erano in tanti, prestava attenzione ad un modello istituzionale ed economico, in apparenza lontano[21].

[19] Ivi, pp. 19-20. In corsivo nel testo.

[20] GRIMALDI, *Considerazioni*, cit. in nt. 7, p. 335.

[21] Per considerare una sola opera dell'antico regime, databile senza incertezze al 1735, e capace di indicare l'ampiezza della suggestione esercitata sugl'economisti dal sistema inglese, si veda GRIMALDI, *Considerazioni*, cit. in nt. 7, pp. 328-9, 335, 353, 356. Se si vuole invece uno scritto del maturo Ottocento, può fare al nostro caso la bella introduzione di Ruggero BONGHI (intitolata *Lettera ad Angelo Messedaglia*) a Rudolf GNEIST, *Il bilancio e la legge secondo il diritto costituzionale inglese*, Firenze 1869. A quest'ultimo saggio del polemista e poligrafo napoletano si può aggiungere di Arturo GRAF, *L'anglomania e l'influsso inglese in Italia nel secolo diciottesimo*, Torino 1911. Rinvio infine per un'efficace analisi dell'influenza britannica sull'economia meridionale, ad Eugenio LO SARDO, *Napoli e Londra nel XVIII secolo. Le relazioni economiche*, Jovene, Napoli 1991, *passim* e spec. 209- 242.

LOREDANA TULLIO

Gli incerti confini della *soluti retentio*

SOMMARIO: 1. L'espressa inammissibilità dell'azione di ripetizione: spontaneo adempimento di doveri morali o sociali e prestazioni contrarie al buon costume. - 2. Erosione della sfera di operatività dell'art. 2033 c.c. ed 'estensione' dell'art. 2035 c.c. - 3. Ulteriori fattispecie impresse dal segno della irripetibilità. - 4. La negazione di un «rifare» nell'apparente silenzio della legge e gli incerti confini della *soluti retentio*. - 5. La tutela del lavoratore subordinato, l'«inefficacia della nullità» e la riammessa disciplina residuale affidata all'art. 2033 c.c. - 6. *Segue*. La nullità derivante dall'illiceità dell'oggetto o della causa. Il «"caso" siciliano». - 7. *Segue.* Illiceità e immoralità tra ripetibilità e irripetibilità. Le «correzioni» della dottrina dell'abuso.

1. *L'espressa inammissibilità dell'azione di ripetizione: spontaneo adempimento di doveri morali o sociali e prestazioni contrarie al buon costume*

La prestazione priva di una valida causa negoziale (assente, venuta meno o non realizzata)[1] è ripetibile ai sensi dell'art. 2033 c.c. Funzione del rimedio è quella di operare, «con la massima agilità possibile» e «su basi oggettive»[2], il ripristino della situazione antecedente all'adempimento, rimuovendo gli effetti prodotti dalla prestazione e riportando ad equilibrio i patrimoni interessati da uno spostamento patrimoniale senza giustificazione meritevole. Sí che, il «pagamento» o, meglio, l'"adempimento"[3] che

[1] Si ha riguardo alle ipotesi di mancanza originaria del titolo negoziale (c.d. *condictio indebiti sine causa*) o ai casi di *condictio indebiti ob causam finitam*, per i quali la causa sia venuta meno per nullità, annullamento, inefficacia, rescissione, risoluzione del titolo contrattuale, o verificarsi della condizione risolutiva: cfr., a tal riguardo, E. MOSCATI, *Pagamento dell'indebito*, *sub* artt. 2033-2040, in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, 2ª ed., Bologna-Roma, Zanichelli, 1981, p. 85, nota 6, e ID., *Pagamento dell'indebito*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, II, p. 211 s.

[2] U. BRECCIA, *Il pagamento dell'indebito*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, 9, *Obbligazioni e contratti*, I, 2ª ed., Torino, Utet, 1999, p. 917.

[3] L'utilizzo indifferenziato dei due vocaboli è, in sostanza, indiscusso nel lessico normativo: è quanto osserva R. NICOLÒ, *Adempimento, b) Diritto civile*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 554, per il quale, se pure le due locuzioni non possono senz'altro essere considerate come sinonimiche, la controversia terminologica, piú volte sollevata, «non ha seria ragion d'essere» poiché, in sede normativa, è effettuata «una pressocché totale equiparazione». Sull'uso «promiscuo» dei termini 'pagamento' e 'adempimento' già M. GIORGIANNI, *Pagamento (Diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, XII, Torino, 1957, p. 321; v., inoltre, ID., *Lezioni di diritto*

figuri oggettivamente «non dovuto» legittima il *solvens* a pretendere dall'*accipiens* la restituzione di quanto ricevuto[4].

Tale rimedio in grado di "rovesciare" il sinallagma[5] trova applicazione indipendentemente dall'oggetto della prestazione non dovuta, che può consistere nel versamento di una somma di denaro, nella consegna di una cosa, nella costituzione di un diritto, nella esecuzione di un «*facere*» (ove, si precisa, l'irrecuperabilità della prestazione non inficia la possibile 'restituzione' della stessa)[6].

La premessa dalla quale si muove incontra sostegno anche da una rapida analisi del contenuto precettivo delle disposizioni che seguono la disciplina dell'indebito, ossia: l'obbligazione naturale (art. 2034 c.c.) e l'obbligazione immorale (art. 2035 c.c.). In maniera esplicita, e per esse soltanto, il legislatore preclude la ripetibilità della prestazione eseguita[7] in

civile (1955-56), Varese, 1956, p. 5 ss. Favorevole all'accezione ampia del termine 'pagamento' volta a ricomprendere sia «la dazione di una cosa» che «l'attuazione di un *facere*» F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, V, 9ª ed., Milano, Giuffrè, 1958, pp. 507 e 514; dello stesso avviso P. Trimarchi, *L'arricchimento senza causa*, Milano, Giuffrè, 1962, p. 28, per il quale soltanto in apparenza gli artt. 2033 ss. sono dettati per l'ipotesi in cui la *solutio* abbia per oggetto una somma di denaro o una cosa, giacché «immediata» sarebbe l'estensione ad ogni caso di prestazione non dovuta; cosí anche P. Rescigno, *Obbligazioni*, *II. Diritto privato*, *a) Nozioni generali*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 202. Ricorda come la «tradizione dei codici ottocenteschi – dal *code civil* a quello italiano del 1865 – era […] incentrata sulla disciplina del "pagamento"», avendo essa dinanzi il modello «delle obbl.ni di dare e, segnatamente, delle obbl.ni pecuniarie», A. di Majo, *Delle obbligazioni in generale*, *sub* artt. 1173-1176, in Comm. cod. civ. Scialoja e Branca, 2ª ed., Bologna-Roma, Zanichelli, 1988, p. 356 s. (cfr., anche, Id., *Pagamento*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, p. 548 ss.), il quale sottolinea l'«assorbimento di una problematica specifica (come quella riguardante il pagamento) in quella, piú generale, dell'adempimento»; v., inoltre, G. Cian, *Pagamento*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XIII, Torino, 1995, p. 234 ss.; C. Chessa, *L'adempimento*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 19 s., che, nel prendere in esame il codice del '42 e le due espressioni sinonimiche, evidenzia «la testimonianza di un passato non del tutto trascorso», «ispirato al sistema tedesco dell'adempimento, ma ancora influenzato dal modello francese del pagamento». Conferma che l'espressione 'pagamento' era adoperata, già molti anni addietro, per indicare «non soltanto il versamento d'una somma di denaro, ma una prestazione qualsiasi», E. Piola Caselli, *Pagamento*, in *Dig. it.*, XVIII, Torino, 1910, p. 29 s. (corsivi aggiunti).

[4] Formula che, nel codice del 1865, era preceduta dall'espressione secondo la quale «ogni pagamento presuppone un debito»: art. 1237 c.c. abr.

[5] L'espressione icastica è di E. Bargelli, «*Sinallagma rovesciato» e ripetizione dell'indebito. L'impossibilità della* restitutio in integrum *nella prassi giurisprudenziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 87 ss., spec. pp. 101 e 107 ss., la quale discorre di tale «*contrat synallagmatique renversé*» o «*contrat à l'enverse*» per sintetizzare la congerie di questioni che ruotano attorno al tema dell'indebito oggettivo. V., piú ampiamente, Ead., *Sinallagma rovesciato*, Milano, Giuffrè, 2010.

[6] Per una piú ampia trattazione, al riguardo, sia consentito il rinvio a L. Tullio, *Prestazioni indebite di «fare»: quale ripetibilità?*, in *Ann. Univ. Molise*, 9/2007, p. 367 ss.

[7] La *soluti retentio* deve – piú propriamente, secondo il pensiero di M. Giorgianni, *L'obbligazione (La parte generale delle obbligazioni)*, I, rist., Milano, Giuffè, 1968, p. 135 – essere intesa non quale "effetto" [termine, invero, adoperato anche dallo stesso legislatore

adempimento, nel primo caso, di un obbligo morale o sociale, nel secondo, di un contratto nullo per contrarietà al buon costume.

Entrambe le norme sono formulate in termini di 'irripetibilità'[8]; tuttavia, la *soluti retentio* dettata dall'art. 2034 non è posta sullo stesso piano di quella prevista dall'art. 2035 c.c.

Alla base dell'irripetibilità dell'obbligazione naturale[9] vi è una valutazione «di merito» del dovere morale o sociale[10]: dovere che è ritenu-

(art. 2034, comma 2, c.c.) in maniera non tecnicamente perfetta], ma «semplicemente la conseguenza di una valutazione che l'ordinamento giuridico fa dello spostamento patrimoniale operatosi»: essa è, piú propriamente, «un riflesso della rilevanza» che l'obbligazione naturale e l'obbligazione immorale acquistano «nella sfera del diritto».

[8] In tal senso, E. Moscati, *Pagamento dell'indebito* (1981), cit., p. 311, il quale rileva come diffusa – ma non per questo coerente – sia la convinzione che per entrambe si tratti di "eccezioni" al principio generale dell'art. 2033 c.c.; cosí è, difatti, per P. Rescigno, *Ripetizione dell'indebito*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1968, p. 1228; lo stesso per D. Carusi, *Le obbligazioni nascenti dalla legge*, in *Tratt. dir. civ.* Consiglio Superiore del Notariato diretto da P. Perlingieri, Napoli, Esi, 2004, p. 282 (ma v., *infra*, note 11 e nota 31).

[9] Categoria che realizza – per E. Moscati, *Le obbligazioni naturali tra diritto positivo e realtà sociale*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, p. 177 ss. (ora, con opportuni aggiustamenti formali, in Id., *Fonti legali e fonti «private» delle obbligazioni*, Padova, Cedam, 1999, spec. p. 429) – un «momento di incontro tra diritto positivo e realtà "sociale"». Tali obbligazioni altro non sarebbero che «"organi respiratori"» dell'ordinamento, che lasciano «al criterio del giudice di ponderare quegli elementi che, in un rapporto tra piú persone, possono costituire tra esse un vincolo e un debito giuridicamente apprezzabile, benché sfornito di azione» (cosí, G. Del Vecchio, *Sulle obbligazioni naturali*, in *Iustitia*, 1959, p. 26); felici "valvole" attraverso le quali «penetra l'ossigeno nel codice» adattandolo alla vita per L. Barassi, *La teoria generale delle obbligazioni*, II, *Le fonti*, 2ª ed., Milano, Giuffrè, rist. 1964, p. 406.

[10] Cosí, E. Moscati, *Obbligazioni naturali*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 379; precisa P. Perlingieri, *Le vicende dell'obbligazione naturale*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, I, p. 363, che occorre «guardare alla sostanza del dovere, che sebbene non sia giuridicamente coercibile risponde alla morale sociale, sí che quanto spontaneamente eseguito in suo adempimento [sia] giuridicamente irripetibile».

Viene in tal modo respinta quella distinzione – volta a riecheggiare la ripartizione dei giusnaturalisti – delle obbligazioni naturali in «doveri morali e sociali» (art. 2034, comma 1) e in «doveri per cui la legge non accorda azione ma esclude la ripetizione di ciò che è stato spontaneamente pagato» (art. 2034, comma 2), che ammetteva l'esistenza di due diverse categorie di obbligazioni naturali, e accolta, in definitiva, l'esistenza di un rapporto di *genus ad specie* tra i due commi dell'articolo in esame: nel primo è enunciato il principio generale della identificazione delle obbligazioni naturali con i doveri morali o sociali [ossia doveri della morale corrente: v. G. Oppo, *Adempimento e liberalità*, Milano, Giuffrè, 1947, (rist. Camerino-Napoli, Esi, 1980), p. 230]; nel secondo è fatto rinvio a quei doveri, anch'essi morali o sociali, individuati dal legislatore. Sí che coesistono «fattispecie tipiche» e «fattispecie atipiche» di obbligazioni naturali (P. Perlingieri, *o.u.c.*, p. 362); fattispecie 'nominate' e fattispecie 'innominate' [cosí, M. Giorgianni, *Sugli 'effetti' dell'obbligazione naturale*, in *Ann. Univ. Catania*, 1 (1946-47), 1947, p. 148]. Non sussiste, difatti, una ragione per la quale escludere dal fenomeno dell'obbligazione naturale quei doveri, previsti nel comma 2, rispondenti alla morale sociale: in tal senso, M. Allara, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, I, 5ª ed., Torino, Utet, 1958, p. 461.

to «causa sufficiente dell'attribuzione»[11] se realizzata mediante l'adempimento spontaneo da parte del *solvens* capace[12]. L'irripetibilità, dunque, è qui fatta dipendere non soltanto da una mancanza di contrasto con i princípi fondamentali dell'ordinamento[13] (ossia, *in negativo*, dalla non invasione di un limite), ma anche dall'essere, il dovere morale o sociale, sottoposto al vaglio *in positivo* del giudizio di meritevolezza[14] (cioè rappre-

[11] In questi termini, E. Moscati, *Obbligazioni naturali*, cit., p. 379; cfr., inoltre, M. Giorgianni, *L'obbligazione*, cit., p. 120 (corsivi originali), il quale letteralmente osserva: «[l]a *soluti retentio* costituisce […] il sintomo che la legge considera l'esistenza dell'o.n. *come una ca*[*u*]*sa sufficiente e lecita dell'attribuzione patrimoniale che si è operata*».

[12] Accanto alla *spontaneità* dell'esecuzione e alla *capacità* del soggetto che esegue la prestazione occorre – sebbene non espressamente statuito dal legislatore – anche il presupposto della *proporzionalità* tra la prestazione eseguita, da un lato, ed i mezzi di cui l'adempiente dispone e l'interesse da soddisfare, dall'altro: sí che, non può considerarsi doveroso ciò che va oltre quanto l'adempiente può ragionevolmente fare o quanto il beneficiario possa ragionevolmente attendersi. Cfr. Cass., 12 febbraio 1980, n. 1007, in *Rep. Foro it.*, 1980, voce *Indebito*, n. 5; G. Oppo, *o.u.c.*, p. 352, e Id., *Adempimento indiretto di obbligazione naturale*, in *Riv. dir. comm.*, 1945, I, p. 185 ss.; C.M. Bianca, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, Milano, Giuffrè, 1993, rist., p. 787 s. Ne consegue che un'attribuzione eccedente il limite della proporzionalità è qualificabile non già come adempimento di un'obbligazione naturale, ma come donazione: cosí, G. Ugazzi, *Obbligazione naturale*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965, p. 663, nota 1.

[13] Cosí, E. Moscati, *Obbligazioni naturali*, cit., rispettivamente p. 378, che prende in esame, ad es., la repressione del gioco d'azzardo (art. 718 ss. c.p.). Nella materia del gioco, infatti, la *soluti retentio* ha una «colorazione neutra» [Id., *Pagamento dell'indebito* (1981), cit., p. 308; gioco che, quale attività umana, è insuscettibile di un giudizio (*a priori*) di "moralità" o "immoralità" (v. G.B. Ferri, *La «neutralità» del gioco*, in *Riv. dir. comm.*, 1974, I, p. 28 ss.)], potendo dipendere da diverse ragioni: se il gioco è autorizzato il problema dell'individuazione dell'obbligazione naturale non si pone, poiché è la legge a riconoscere al vincitore l'azionabilità della pretesa *ex* artt. 1934, comma 1, e 1935 c.c.; se il gioco, invece, non è autorizzato occorre distinguere se sia proibito o lecito. Nel primo caso, la sanzione penale sarebbe riflesso della valutazione negativa resa dell'ordinamento che, con l'irripetibilità, sanziona la violazione alla regola dell'*in pari causa turpitudinis* codificata all'art. 2035 c.c.; nel secondo, la liceità dei giochi non proibiti, ma non autorizzati, consente di ritenere operativa la norma dettata dall'art. 2034, riconoscendo cosí all'*accipiens* il diritto di trattenere la somma vinta; diritto quest'ultimo direttamente collegato con il giudizio statuale di 'meritevolezza' del dovere morale o sociale spontaneamente adempiuto mediante il pagamento del debito di gioco (art. 1933, comma 2, c.c.).

[14] Sul «giudizio di meritevolezza» dei doveri morali o sociali, quale valutazione che «si aggiunge e non già resta assorbita in quella sulla liceità» v., piú ampiamente, E. Moscati, *Pagamento dell'indebito* (1981), cit., par. 6, p. 309 ss., spec. p. 311, nota 6. Rilevano come adempimento di un dovere morale o sociale le attribuzioni patrimoniali fatte da un convivente di fatto all'altro a causa del venir meno della loro unione (Cass., 13 marzo 2003, n. 3713, in *Giur. it.*, 2004, p. 530), cosí come le prestazioni alimentari eseguite a parenti non rientranti nell'elenco dell'art. 433 c.c. (G. Oppo, *Adempimento e liberalità*, cit., p. 234), o, ancora, le prestazioni patrimoniali effettuate nell'àmbito delle c.dd. 'famiglie ricomposte', ossia dal convivente *more uxorio* in favore dei figli nati dal precedente matrimonio del suo *partner*; lo stesso vale con riguardo al pagamento di interessi secondo un saggio ultralegale, ma non usurario, non pat-

sentabile quale realizzazione pratica dell'ordine giuridico dei valori). Senza, dunque, giuridicizzare doveri che – per espressa volontà legislativa – riposano sul fondamento della moralità e socialità, li si 'considera'[15] alla stregua della loro particolare natura e, in ossequio a questa valutazione sociale[16], se ne dispone l'intima giustificazione. Sí che, "quanto spontaneamente prestato" è considerato «dato in conformità del diritto, e quindi, ben dato»[17]; formula che «si riferisce in via di principio alle prestazioni di *dare*», ma che di fatto include anche «le prestazioni di *fare*» o di *non facere*[18]. Ciò comporta che «l'adempimento di un'obbligazione naturale non è un pagamento dell'indebito»[19].

tuito per iscritto (Cass., Sez. III, 30 maggio 2008, n. 14481, in *Rep. Foro it.*, 2008, voce *Obbligazioni in genere*, n. 102; Cass., 9 aprile 1984, n. 2262, *ivi*, 1984, voce *Interessi*, n. 15; Cass., 10 luglio 1973, n. 1995, in *Banca borsa tit. cred.*, 1974, II, p. 184). Non invece: i finanziamenti in favore di candidati alle elezioni politiche o amministrative (Cass., 7 aprile 1979, n. 2000, in *Rep. Foro it.*, 1979, voce *Indebito*, n. 8), ovvero il sostegno economico dato in modo continuativo da un imprenditore a un uomo politico attraverso la corresponsione di ingenti somme di denaro (Trib. Roma, 18 maggio 1982, in *Foro it.*, 1982, I, c. 2036 ss.).

[15] Occorre distinguere la agiuridicità del dovere morale o sociale dalla giuridicità della disposizione *ex* art. 2034 che ne attua la disciplina: essa trae la sua genesi dalla «giuridicità dell'ordinamento», giacché l'assenza di coercibilità alla norma non toglie valenza giuridica a norme c.dd. imperfette: cosí, P. Perlingieri, *Le vicende dell'obbligazione naturale*, cit., pp. 365 e 368; P. Perlingieri e P. Femia, *Nozioni introduttive e princípi fondamentali del diritto civile*, 2ª ed., Napoli, Esi, 2004, p. 7 s.; per una ricostruzione M.A. Ciocia, *L'obbligazione naturale. Evoluzione normativa e prassi giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 44 ss.

[16] Valutazione che va dunque effettuata alla stregua della società attuale, secondo le idee e i sentimenti che sono patrimonio comune della stessa, in un determinato momento storico: E. Moscati, *Obbligazioni naturali*, cit., p. 369 ss.; cfr., piú puntualmente, F. Sbordone, *Annotazione all'art. 2034 cod. civ.*, in G. Perlingieri (a cura di), *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Libro IV, II, 3ª ed., Napoli, Esi, 2010, cit., p. 2567.

[17] P. Perlingieri, *Le vicende dell'obbligazione naturale*, cit., pp. 365 e 367, per il quale la relazione tra creditore (che ha il potere di ricevere e di ritenere la prestazione eventualmente adempiuta) e debitore (che ha il potere di eseguire la prestazione medesima) acquista rilevanza giuridica «non al momento dell'adempimento, bensí in funzione di tale adempimento, con il quale essa si realizza e si attua». Sí che «deve prevalere chi ha avuto quanto socialmente gli era dovuto» e «deve soccombere chi, pur non essendo giuridicamente costretto, ha prestato quanto, da parte sua, era socialmente dovuto» (p. 368).

[18] Cosí, rispettivamente, puntualizzano: P. Rescigno, *Ripetizione dell'indebito*, cit., p. 1229 (corsivi originali); U. Breccia, *Le obbligazioni*, in *Tratt. dir. priv.* Iudica e Zatti, Milano, Giuffrè, 1991, p. 86 ss.; F. Sbordone, *o.u.c.*, p. 2571.

[19] Letteralmente E. Moscati, *Obbligazioni naturali*, cit., pp. 379 e 381, per il quale il trasferimento cosí attuato è assistito da un valido riferimento causale (M. Giorgianni, *Causa*, cit., p. 570, il quale pone, «ad esempio, [l']esecuzione di fiducia testamentaria»: *species* riconducibile al piú ampio *genus* dell'obbligazione naturale), ossia la prestazione resa «vale anche qui a realizzare una "causa" riconosciuta idonea dall'ordinamento»; cosí già P. Perlingieri, *Le vicende dell'obbligazione naturale*, cit., p. 361, e Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., Napoli, Esi, 2006, p. 862.

Viceversa, ciò che caratterizza l'art. 2035 è l'assenza di una qualsiasi valutazione della giustificazione sociale dell'acquisto dell'*accipiens*[20]: la norma è volta a precludere l'esercizio immorale della ripetizione, ma è incapace di giustificare l'azione di adempimento, sia della prestazione turpe che del corrispettivo pattuito, pur se la prima sia già stata eseguita[21]. In tal caso l'irripetibilità è intesa come una vera e propria "sanzione"[22] dell'ordinamento a carico dell'autore della prestazione contraria al buon costume; conseguenza sfavorevole inflitta là dove si intendeva sottoporre a scambio quel che giuridicamente di scambio non è suscettibile[23], garantendo l'«inamovibilità»[24] dello spostamento patrimoniale e con ciò evitando un impiego abusivo della pretesa restitutoria[25]. In

[20] E. Moscati, *o.u.c.*, p. 379.

[21] In questi termini, E. Bargelli, «*Sinallagma rovesciato*» *e ripetizione dell'indebito*, cit., p. 98, la quale evidenzia l'estraneità, alla citata regola, della salvaguardia dell'equilibrio economico fra i contraenti nella fase postcontrattuale.

[22] L'irripetibilità è qui considerata quale «sanzione» per colui che ha eseguito la prestazione per uno scopo che, anche da parte sua, costituisce offesa al buon costume: P. Perlingieri, *o.u.c.*, p. 368, e Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 868; E. Moscati, *Obbligazioni naturali*, cit., p. 379; già F. Carresi, *Il negozio illecito per contrarietà al buon costume*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, p. 35. In tal caso sussisterebbe una «manifestazione di riprovazione dell'ordinamento» espressa con «il nudo diniego della tutela restitutoria»: cosí, A. Lener, «Expressio causae» *e astrazione processuale*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Francesco Santoro Passarelli*, III, Napoli, Jovene, 1972, p. 33, nota 31.

[23] Si ha riguardo alla non commerciabilità del comportamento promesso, ossia ai casi di dazioni in funzione retributiva di prestazioni fuori mercato [ad es., denaro versato per compensare gli illeciti servizi del mandatario o per ottenere favori sessuali (App. Torino, 3 maggio 1945, in *Giur. it. Rep.*, 1944-1947, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 178; App. Trento, 16 maggio 1955, *ivi*, voce *Indebito*, n. 8)].

[24] D. Carusi, *Le obbligazioni nascenti dalla legge*, cit., p. 292; F. Sbordone, *Annotazione all'art. 2035 cod. civ.*, in G. Perlingieri (a cura di), *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Libro IV, II, cit., p. 2575.

[25] L'indagine storica unita ad una valutazione comparatistica dimostrano che fondamento della norma sia quello di impedire un uso abusivo dell'azione di ripetizione: l'«idea della abusività della pretesa restitutoria percorre, come un filo continuo, tutta la storia del brocardo *in pari causa*» *turpitudinis melior est condicio possidentis* (in tal senso, D. Carusi, *o.u.c.*, pp. 292, 294 e 324 ss., in quale ha modo di precisare che il richiamo al concetto di 'abuso' «non costituisce un'applicazione della dottrina dell'abuso del diritto»). Il creditore – in base al contratto turpe – dopo aver conseguito la prestazione, slealmente vorrebbe ripetere il prezzo pagato; in tal modo, da un lato, conserverebbe quel che ha ricevuto e, dall'altro, riprenderebbe il pagamento che aveva fatto per ottenerlo; ma – osservava già F. Ferrara *sr.*, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Milano, Giuffrè, 1902, pp. 283 ss., 289 e spec. p. 292 – : «la coscienza giuridica si ribella ad ammettere che la turpitudine possa servire come titolo per far valere dei diritti, ch'essa possa invocare il braccio della legge in suo favore, ch'essa possa della sua indegnità fare strumento per stare in giudizio ed ottenere la restituzione del dato». Sí che, tale situazione ben sarebbe configurabile quale «atto di irrisione nei confronti del sistema» (cosí, D. Carusi, *o.u.c.*, p. 291), in quanto consentirebbe a chi ha ottenuto illecitamente a pagamento una

sostanza, la *solutio retentio* assume qui piú il significato di un divieto di non ripetere a carico del *solvens* che quello di un riconoscimento di un diritto (a ritenere) in favore dell'*accipiens*, anch'egli partecipe della stessa immoralità[26]. Occorre, difatti, che le parti siano "*in pari delicto*", riconoscendosi al *solvens* innocente il diritto di ottenere la restituzione[27].

In sintesi: i due istituti appaiono uniti da quella «forza assorbente della *soluti retentio*»[28] che è tale da impedire l'esperibilità anche della sussidiaria azione di arricchimento (art. 2041 c.c.), qui non offerta in ausilio del *solvens* per reagire contro l'attribuzione prodotta a favore dell'*accipiens*. Ma, di là da questo aspetto o da quello inerente alla stessa continuità nella collocazione sistematica di tali disposizioni codicistiche, emergono «effetti giuridici diversi»[29]. Le due discipline possono essere accomunate soltanto in considerazione della «complementarietà» delle relative fattispecie: mentre «le obbligazioni naturali corrispondono ai doveri positivi della c.d. morale sociale, il buon costume (di cui all'art. 2035 c.c.) corrisponde a quelli negativi (divieti)»[30].

Le prime non piú ripetibili in quanto non indebite[31]: nella fase che

prestazione illecita o non commerciabile, sapendo di non essere esposto ad alcuna pretesa della controparte, il diritto di ripetere la propria prestazione patrimoniale cosí rivolgendo lo scambio riprovato a proprio esclusivo vantaggio, facendosi 'beffe' dell'ordinamento.

[26] Cosí, E. Moscati, *Pagamento dell'indebito* (1981), cit., p. 311 s.; dello stesso avviso M. Giorgianni, *Sugli 'effetti' dell'obbligazione naturale*, cit., p. 157; riconosce, invece, l'esistenza del «potere di conservare il bene ricevuto» R. Nicolò, *Esecuzione indiretta di obbligazioni naturali*, in *Foro it.*, 1939, I, c. 49.

[27] In tal senso, G. Villa, *Contratto illecito ed irripetibilità della prestazione. Una analisi economica*, in *Quadrimestre*, 1992, p. 56 s.; E. Moscati, *o.u.c.*, p. 385 ss. e ivi bibliografia citata.

[28] E. Moscati, *o.u.c.*, p. 365.

[29] P. Sirena, *La ripetizione dell'indebito (Capitolo IX)*, in N. Lipari e P. Rescigno (a cura di), *Diritto civile*, III, *Obbligazioni*, I, *Il rapporto obbligatorio*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 515.

[30] P. Sirena, *o.l.u.c.*

[31] Cfr. E. Moscati, *Obbligazioni naturali*, cit., p. 379 s., per il quale la formulazione dell'art. 2034, comma 1, «è il frutto di una malintesa esigenza di coordinamento con l'art. 2035» essendo le due norme considerate «sotto l'aspetto di eccezioni alla ripetibilità dell'indebito oggettivo. Ma che la *soluti retentio* delle obbligazioni naturali dipenda dall'esistenza di una giusta causa dell'attribuzione è» aspetto già posto in luce da chi osserva che «l'obbligazione naturale è una valida *causa solvendi*, pur non essendo un'altrettanto valida *causa obbligandi*» (v., in merito, M. Giorgianni, *Sugli 'effetti' dell'obbligazione naturale*, cit., p. 153); P. Perlingieri, *Le vicende dell'obbligazione naturale*, cit., p. 361; v., piú ampiamente, A. Lener, *o.c.*, p. 32, nota 31, per il quale la formulazione legislativa resa nell'art. 2034 c.c. rappresenterebbe un «fenomeno di uso improprio del linguaggio», esistendo in tal caso un'idonea ragione giustificatrice dell'attribuzione. Cfr., inoltre, M. Rotondi, *Alcune considerazioni sul concetto di obbligazione naturale e sulla sua evoluzione*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, I, p. 213 ss., spec. 225, il quale fa presente che trattasi di «obbligazione curiosa» giacché assente è l'obbligo giuridico di fare o di dare, che il legislatore non ha voluto imporre e che, tuttavia, si ipotizza «preesistente ad una prestazione avvenuta per giustificarla *ex post* evitando la ripetizione!».

precede il loro adempimento vi è un rapporto cronologicamente e logicamente antecedente, non contrario ai princípi di ordine pubblico, anzi fondato nella socialità e moralità, che giustifica la prestazione come «ben eseguita»[32]. L'irripetibilità, dunque, dettata già prima dell'adempimento, non fa che riconosce rilevanza giuridica alle situazioni soggettive: del debitore, libero di comportarsi in modo da compromettere anche l'esecuzione (ad esempio, distruggendo la *res* da trasferire) ovvero di adempiere la prestazione pur sempre socialmente dovuta, e del creditore, che difetta della pretesa di esigere la prestazione e il comportamento confacente alla possibile esecuzione della stessa, ma che pur conserva il potere di ricevere e ritenere legittimamente quanto gli è stato spontaneamente prestato, cosí ottenendo tutela «in chiave di eccezione di irripetibilità»[33].

Le seconde, rese in esecuzione di un'obbligazione contraria al buon costume, non ripetibili dal *solvens* in quanto volte a prevenire lo scambio di una prestazione immorale. La sanzione, cosí comminata, se, da un lato, conduce, invero, a riconoscere all'*accipiens* la possibilità di trarre profitto dal proprio comportamento immorale[34] – conseguendo un risultato contrario al senso comune della giustizia e dell'equità, una sorta di «premio»[35] rivolto a chi, reso partecipe del comportamento turpe, indirettamente si avvantaggia di quell'atteggiamento assunto dall'ordinamento nei riguardi delle due turpitudini –, dall'altro genera un effetto deterrente per la controparte che si ritrova sia priva del diritto a ottenere la controprestazione (essendo il contratto illecito e dunque nullo), sia sottoposta al rischio di perdere la prestazione corrispettiva che ha già eseguito, essendogli preclusa la ripetizione[36]. Vera eccezione[37] – in questo solo caso – al principio di ripetibilità dell'indebito oggettivo *ex* art. 2033 c.c.

[32] P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 869.

[33] P. Perlingieri, *Le vicende dell'obbligazione naturale*, cit., p. 366; Id., *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, *sub* art. 1230-1259, in *Comm. cod. civ*. Scialoja e Branca, Bologna-Roma, Zanichelli, 1975, p. 50.

[34] P. Rescigno, *«In pari causa turpitudinis»*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, pp. 53 s. e 56; per un piú remoto approccio alla questione v. C. Foligno, In pari causa turpitudinis melior est condicio possidentis, in *Nuovo dig. it.*, XVI, Torino, 1938, p. 1126 ss. Sotto l'impero del codice del 1865, un'interessante analisi è effettuata da M. Allara, *Sul pagamento* "ob turpem causam", in *Ann. Univ. Camerino*, 1929, III, p. 148 ss.

[35] In tal senso, E. Moscati, *Pagamento dell'indebito* (1981), cit., p. 368 s.

[36] Osserva R. Scognamiglio, *Illecito*, in *Noviss. dig. it.*, VIII, Torino, 1962, p. 164 ss., spec. 173, come, in tale ipotesi, le «due forme di reazione si cumulino»: sí che, accanto alla necessità di colpire il regolamento di interessi tra le parti (dichiarando la nullità del contratto), si aggiunge con la *soluti retentio* una «sanzione di tipo civilistico» irrogata al *solvens*.

[37] Discorre, soltanto con riguardo alla disposizione legislativa dettata dall'art. 2035 c.c., di «norma che […] rappresenta un innegabile contrasto con la regola razionale della ripeti-

2. *Erosione della sfera di operatività dell'art. 2033 c.c. ed 'estensione' dell'art. 2035 c.c.*

È bene partire proprio da tale espressa e 'vera' eccezione alla regola della ripetizione di indebito, per taluni, un tempo, considerata quale disposizione "sgretolata", "erosa" e destinata all'oblio[38], per altri accolta come "monumento pietrificato" o "insolubile enigma"[39]. Ciò che è certo è che il 'buon costume' suole porsi, non da ora, quale limite alla libertà dei soggetti nel determinare quel regolamento autonomo per il quale essi richiedono la "forza del diritto"[40].

Disponendo – per il suo tramite – «l'intervento di giudizi ispirati a valori morali»[41] (*in primis*, il «rispetto della persona umana», della sua dignità)[42] si opera nel senso della negazione del riconoscimento di valore giuridico all'atto di autonomia negoziale cosí impedendo l'attribuzione di effetti ad un agire che, pur non necessariamente proibito dalla legge, è comunque contrario ai canoni fondamentali della pubblica moralità[43]. L'or-

zione di indebito» A. Trabucchi, *Il nuovo diritto onorario*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, p. 499; lo stesso D. Barbero, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano, II. Obbligazioni e contratti. Successioni per causa di morte*, 5ª ed., Torino, Utet, 1958, p. 794 (corsivi originali), che, prendendo in esame la disciplina della ripetizione dell'indebito, osserva: «la legge regola due ipotesi, o due gruppi di ipotesi, di cui uno può considerarsi come *eccezione* alla regola della ripetibilità dell'indebito (art. 2035), l'altro, a parer nostro, non ha che vedere con l'indebito»; difatti, il primo «costituisce vera e giustificata eccezione alla regola generale […] perché l'indebito sussiste», il secondo, invece, «[n]on è piú una eccezione, ma ci porta a parer nostro fuori dal campo dell'indebito», giacché l'obbligazione naturale «non è un "*non-debito*", ma è un "*debito non coercibile*"», ossia un pagamento «*incoercibile*, ma tuttavia *dovuto*».

[38] In tal senso P. Rescigno, «*In pari causa turpitudinis*», cit., p. 1, il quale – nel prendere in esame il «processo di erosione [...] lent[o] penetrante e continu[o]» subíto dall'art. 2035 c.c. – espressamente ammette: «[s]i è quasi tentati di aggiungere, a mo' di sottotitolo, "come si cancella, da un codice, una norma"». Di séguito, l'a. evidenzia l'atteggiamento contraddittorio della dottrina che ne ha voluto l'accoglimento nel codice attuale e che, al tempo stesso, si adopera per ridurne sempre piú i casi e i modi di applicazione.

[39] D. Carusi, *o.u.c.*, p. 289.

[40] Cosí, A. Trabucchi, *Buon costume*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, p. 700; E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, Utet, 1950 (rist. 2ª ed., Camerino-Napoli, Esi, 1994), p. 373 s.

[41] In tal senso, L. Lonardo, *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, Napoli, Esi, 1993, p. 268.

[42] Osserva G. Monaco, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *Pol. dir.*, 2011, pp. 45 ss., spec. p. 62: «il riferimento al "comune sentimento della morale"» va «inteso alla luce del valore della dignità della persona umana, che costituisce il bene giuridico tutelato dalla norma stessa. Il contenuto minimo del "comune sentimento della morale" è costituito proprio dal rispetto della persona umana che è alla base dell'art. 2 Cost.». In tal modo «la Corte ricorre al concetto di dignità per precisare il contenuto non solo del comune sentimento della morale, ma anche, indirettamente, di un'altra clausola elastica, quella del "buon costume"».

[43] A. Trabucchi, *o.l.u.c.*

dinamento, dunque, piuttosto che manifestare «sdegnosa indifferenza»[44] per fenomeni di scambio che hanno luogo al di fuori dei confini della legalità, «rivela […] consonanze con istanze caratteristiche della nostra Costituzione»[45] – ossia conferma l'esistenza di limiti giuridici del mercato derivanti dall'attuazione del primato della persona umana[46], valore in grado di diffondere una cultura in cui predomina l'«essere» sull'«avere»[47] – e pone in luce come la stessa Carta sia «caratterizzata anche da spinte di natura diversa ispirate» a scelte «etiche e/o religiose, umanitarie e solidali»[48]. È cosí che l'iniziale riluttanza verso tale codificata disposizione, che portava a dipingere la stessa come «indecifrabile relitto storico»[49] di difficile conciliazione con il sistema della nullità del negozio[50], scompare pian piano con l'incedere dell'avvertita «esigenza di moralità»[51] e la piú estesa applicazione della disciplina.

Analizzando piú da vicino le singole fattispecie ove trova richiamo la disposizione in esame, traspare, invero, una non rara presenza, nella prassi, di palesi 'forzature' volte ad ampliare le fattispecie di irripetibilità, sinuosamente accordando piú ampia tutela all'*accipiens*: ne è un esempio la qualifica 'immorale' assegnata a negozi che, a rigore, sarebbero sol-

[44] Come riportato da D. Carusi, *Le obbligazioni nascenti dalla legge*, cit., p. 293; ma v. anche Id., *La rilevanza del negozio nullo e l'interpretazione sistematica dell'art. 2035 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, II, p. 345 ss.

[45] Cosí, D. Carusi, *Le obbligazioni nascenti dalla legge*, cit., p. 293; cfr., inoltre, L. Lonardo, *o.c.*, p. 268 s., per il quale «[i]l fatto poi di dover trovare svolgimento all'interno dei valori costituzionali impedisce ai contenuti morali del buon costume di confliggere con essi ed anche di porre ostacoli alle loro attuazioni formali».

[46] Sul valore della persona come fondamento del nostro ordinamento costituzionale v. P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 165 ss. e, piú ampiamente, Id., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, Esi, 1972, p. 178 ss.; sull'evoluzione del personalismo perlingeriano radicato nella Costituzione v. P. Femia, voce *Perlingieri*, in A. Pavan (a cura di), *Enciclopedia della persona nel XX secolo*, Napoli, Esi, 2009.

[47] In tal senso, P. Perlingieri, *Le insidie del nichilismo giuridico. Le ragioni del mercato e le ragioni del diritto*, cit., p. 232 ss.

[48] Cfr., piú ampiamente, P. Perlingieri, *o.u.c.*, p. 233.

[49] D. Carusi, *o.u.c.*, p. 293.

[50] Cosí, E. Moscati, *Pagamento dell'indebito* (1981), cit., p. 365; v., inoltre, D. Carusi, *o.u.c.*, p. 283, il quale, evidenzia il «senso del disagio» legato alla constatazione di come l'ordinamento dovrebbe entrare in contraddizione con se stesso: infatti, dapprima esso qualifica «come illecito un contratto»; di poi, deviando «dalla logica dell'inefficacia dell'atto nullo» dispone «per certi casi l'irripetibilità della prestazione eseguita».

[51] E. Moscati, *o.u.c.*, p. 367, e piú ampiamente, per un richiamo giurisprudenziale, p. 399, nota 46. Con riguardo a tale esigenza formulata in relazione al 'patto di raccomandazione', cfr. le oculate critiche proposte – in un tempo remoto, ma sempre di grande attualità – da F. Ferrara *sr.*, *Raccomandazioni a pagamento*, in *Riv. dir. comm.*, 1938, II, p. 484 ss., spec. 486, il quale limpidamente osserva: «una verità proclamata a pagamento non è [...] che una menzogna prezzolata».

tanto contrari alla legge[52]. Sí che il «nuovo spirito»[53] – che condusse il legislatore del '42 a «valutazioni di ordine etico imposte pur nel libero gioco delle parti»[54] – incide proprio nella determinazione pratica del contenuto di quel dato che si plasma e rimodella, grazie all'opera degli interpreti, nella vitalità del divenire. Servendosi dell'indeterminatezza del concetto "buon costume" troverebbe esecuzione quella "direttiva impartita"[55] ai giudici o, meglio, agli stessi verrebbe affidata la discrezionalità di operare una sorta di «punizione giudiziaria»[56] che impedisce di ri-

[52] È questa una tendenza presente già nel passato: significativo è osservare come il contratto di meretricio era considerato immorale dalla prassi anche in epoca precedente alla legge Merlin (20 febbraio 1958, n. 75) con la quale venne decisa la chiusura dei prostriboli autorizzati dallo Stato, operando, in tal modo, mediante il criterio del buon costume e della conseguente *soluti retentio* anche in presenza di una legislazione tollerante (cfr., a tal riguardo, L. Gambigliani Zoccoli, *Negozi illeciti per contrarietà al buon costume*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, II, p. 159 ss., spec. pp. 171 e 175 s., e ivi giurisprudenza citata, il quale puntualizza che «la linea di frattura» era individuabile nel «fermo atteggiamento della giurisprudenza di ritenere illecito, sul piano del diritto privato, ogni negozio inerente o direttamente connesso col meretricio»; diversamente, in sede amministrativa e penale, in quanto chi agiva nell'esercizio della prostituzione non era perseguibile penalmente e i redditi derivanti dalla turpe attività – valutati nella loro obiettività e indipendentemente da ogni considerazione relativa al modo di formazione – venivano decurtati dal fisco). Pone in risalto tale aspetto A. De Cupis, *Meretricio e diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, p. 247, il quale osserva – ad un anno di distanza dall'abolizione del regime di tolleranza – come tale legge «non [abbi]a inciso sulla disciplina privatistica dello stesso meretricio, corrispondente, prima come dopo la legge [...] ad una valutazione, negativa, sempre compiuta dalla coscienza morale»; essa è soltanto «servita ad eliminare il divario che prima sussisteva, in questo campo, tra diritto pubblico [...] e diritto privato».

[53] A. Trabucchi, *Il nuovo diritto onorario*, cit., p. 499.

[54] A. Trabucchi, *o.l.u.c.*

[55] D. Carusi, *o.u.c.*, p. 327.

[56] D. Carusi, *o.u.c.*, p. 285. Per un esempio di come, nel dubbio, sia richiamata sia la violazione all'ordine pubblico che al buon costume, Cass., Sez. III, 21 aprile 2010, n. 9441, in *Giur. it.*, 2010, p. 2028 (con nota critica di D. Carusi, *Mandato illecito, "traffico d'influenza", divieto di ripetizione*, *ivi*, p. 2028 ss.; esterna osservazioni in merito alla vicenda S. Masciangelo, *La contrarietà al buon costume di contratti illegali o vietati*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 1155 ss.); Cass., 19 febbraio 2000, n. 1898, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 2481 ss.; cfr., inoltre, Cass., 18 giugno 1987, n. 5371, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 197 ss.; Cass., 23 marzo 1985, n. 2081, in *Riv. not.*, 1985, p. 1276 ss. V., al riguardo, F. Carresi, *Il negozio illecito per contrarietà al buon costume*, cit., p. 34 ss.; cfr., inoltre, A. Trabucchi, *Buon costume*, cit., p. 701. Sulla tendenza della giurisprudenza ad allargare l'àmbito di applicazione dell'art. 2035 c.c., «avvalendosi dell'irripetibilità come di uno strumento per colpire il contraente che si trovi in posizione economicamente e/o psicologicamente dominante», v. E. Moscati, *Pagamento dell'indebito* (1981), cit., pp. 383 s. e 377 s. 'Forzature' estensive della irripetibilità si riscontrano anche in ormai lontani precedenti: cosí, in materia di borsa nera, Cass., 11 aprile 1949, n. 868, in *Giur. it.*, 1950, I, c. 239 ss. Per una singolare fattispecie, ove è ravvisata la contemporanea contrarietà al buon costume e all'ordine pubblico (o norma imperativa), cfr. Trib. Roma, 21 marzo 1968, in *Giur. merito*, 1970, I, p. 105 ss., con note di S. Rodotà, *Ordine pubblico o buon costume?*, e di G.B. Ferri, *Illiceità di convenzioni elettorali*, in *Riv. dir. comm.*, 1972, I, p. 20 ss.

pristinare l'assetto *quo ante* inciso dall'esecuzione di atti privati 'turpi'. L'art. 2035 c.c. diviene, cosí, un «invito» per la giurisprudenza ad «inquadrare una fattispecie nella illegalità o nella immoralità a seconda che si voglia o non si voglia tutelare il *solvens*», in specie valutando la sua eventuale posizione di supremazia psicologica nei riguardi della controparte «come motivo per denegare la ripetizione»[57].

Ad esempio, si riconoscerà, per favorire il *solvens*, l'immoralità soltanto di colui che ha ricevuto la prestazione, in tal modo ammettendo la ripetizione dell'indebito[58]. Viceversa, qualora si intenda favorire l'*accipiens* il giudice richiamerà l'applicazione dell'art. 2035 c.c. oppure invocherà la ben nota 'triade' enunciata all'art. 1343 c.c., ossia la violazione di norme imperative, dell'ordine pubblico e, congiuntamente, del buon costume. Richiamo, quest'ultimo, da non intendere quale "ulteriore limitazione alla liceità" e, come tale, inutile qualificazione aggiuntiva al negozio *contra legem*[59]: trattasi, invece, come autorevolmente delineato, di una «sovrapposizione [che] non costituisce assorbimento», sí che l'atto rimane «nella categoria degli atti contrari al buon costume anche se può contemporaneamente essere considerato contrario all'ordine pubblico o alla legge»[60] con la conseguenza di rendere operante la *soluti retentio*.

Il margine piú o meno ampio del libero apprezzamento riconosciuto ai giudici si avvicina di molto a quel «potere creativo» che era proprio dell'antica giurisprudenza onoraria[61]; il giudice, cioè, nell'offrire il suo contributo umano nell'«adeguare la regola alla vita»[62] sembra investirsi del potere di applicare un suo criterio di fare giustizia mediante la *so-*

[57] È quanto apertamente riconosce F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, 11ª ed., Napoli, Esi, 2004, p. 785.

[58] Si pensi al pagamento del riscatto effettuato per liberare una persona cara sequestrata: in tal caso l'immoralità è riconosciuta in capo ai soli banditi.

[59] Cfr. F. Carresi, *Il negozio illecito per contrarietà al buon costume*, cit., p. 34; G. Stolfi, *La teoria del negozio giuridico*, Padova, Cedam, 1947, p. 216.

[60] A. Trabucchi, *Buon costume*, cit., p. 701; scelta condivisa da E. Moscati, *Pagamento dell'indebito* (1981), cit., p. 376.

[61] Cosí, A. Trabucchi, *Il nuovo diritto onorario*, cit., p. 508; per un approfondimento, in tal senso, V. Giuffrè, *Il diritto dei romani nell'esperienza romana*, 2ª ed., Napoli, Jovene, 1998, p. 358 ss., spec. p. 361. Cfr., inoltre, G. Alpa, *La creatività della giurisprudenza*, in Id. (a cura di), *I precedenti. La formazione giurisprudenziale del diritto civile*, I, in *Giur. sist. civ. comm.* Bigiavi, Torino, Utet, 2000, p. 5 ss.; distingue il potere creativo dal libero apprezzamento della giurisprudenza o, meglio, tra «diritto giurisprudenziale» e «momento giurisprudenziale del diritto» L. Lombardi [Vallauri], *Saggio sul diritto giurisprudenziale* (1967), rist. inalterata, Milano, Giuffrè, 1975, cap. IV; del valore creativo che in tal modo si riconoscerebbe alla giurisprudenza discorre anche A. Torrente, *Il giudice e il diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, p. 1261 ss.

[62] A. Trabucchi, *Il nuovo diritto onorario*, cit., p. 506.

luti retentio. Si giunge, in tal modo, a negare tutela sia al negozio con il quale si intendeva realizzare un interesse illecito (dichiarandone la nullità), sia a chi, con la propria condotta, ha concorso a determinarlo[63] ...pur giungendo – con tale arcano meccanismo – indirettamente a 'difendere' chi si è reso parte dell'accordo illecito, che resta beneficiario della ricevuta prestazione, ottenendo una tutela (soltanto) in apparenza analoga a quella che l'ordinamento giuridico suole volgere ai rapporti di fatto[64].

3. *Ulteriori fattispecie impresse dal segno della irripetibilità*

Oltre a tali ipotesi nelle quali la vicenda immorale, esauritasi sul piano esecutivo, segna l'irripetibilità della prestazione, sussisterebbero altri casi nei quali è impedito ottenere coattivamente la restituzione di quanto prestato pur non sussistendo un valido titolo giustificativo diretto a sorreggere l'intervenuto spostamento patrimoniale.

Cosí, ad esempio, la disciplina dell'indebito si tinge di sfumature in materia previdenziale ove sono individuate una serie di ipotesi di irripetibilità definibili 'eccezionali' rispetto alla regola civilistica[65] della *condictio indebiti* dettata dall'art. 2033 c.c., la quale invece, continuerebbe a trovare applicazione in altre fattispecie, di volta in volta, individuate dalla giurisprudenza[66]. Trattasi, dunque, di casi nei quali l'interprete è autorizzato ad operare una riduzione teleologica, ossia funzionale alla *ratio legis*, della disposizione legislativa, «introducendo una corrispondente eccezione conforme ad un principio direttivo del sistema dell'indebito previdenziale ricavabile dalle norme par-

[63] Cfr., piú ampiamente, G. Panza, *L'antinomia fra gli artt. 2033 e 2035 c.c. nel concorso fra illegalità ed immoralità del negozio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, pp. 1198 e 1202.

[64] E. Moscati, *o.u.c.*, p. 370.

[65] Cfr. Cass., Sez. un., 3 febbraio 1995, n. 1315, in *Foro it.*, 1995, I, c. 786; sancisce che la norma sulla irripetibilità di somme non dovute «costituisce eccezione alla regola generale della ripetizione d'indebito stabilita dall'art. 2033 c.c. e non può, pertanto, trovare applicazione al di là delle ipotesi tassativamente previste», ossia «non può [...] ricevere applicazione analogica», Cass., Sez. un., 3 febbraio 1986, n. 654, *ivi*, 1989, I, cc. 1511 e 1513, con osservazioni di F. Rocco, [*Nota di richiamo*], *ivi*, c.1510 ss. V., piú ampiamente, A. Albanese, *Il pagamento dell'indebito*, Padova, Cedam, 2004, p. 947 ss.

[66] Cosí, in tema di previdenza integrativa volontaria (Cass., 8 ottobre 1994, n. 8234, in *Foro it.*, 1995, I, c. 837 ss.), assegni familiari (Cass., Sez. un., 3 febbraio 1995, n. 1316, *ivi*, c. 785 ss.), cassa integrazione guadagni, trattamento speciale di disoccupazione, indennità antitubercolare e, piú in generale, in relazione alle prestazioni non qualificabili come pensioni (v., a tal riguardo, L. Carbone, *Gli indebiti previdenziali nella recente giurisprudenza*, *ivi*, 1994, I, c. 334 ss.).

ticolari che lo compongono»[67]. Sí che, diversamente dalla generale regola codicistica di incondizionata ripetibilità dell'indebito, troverebbe applicazione la differente norma, propria di tale 'settore' (o – come definito – «"microsistema" normativo, ossia un sistema di regole dettate per singoli istituti o classi di rapporti, con comuni princípi di disciplina e perciò dotati di una propria logica e di un proprio autonomo sviluppo»[68]), nell'àmbito del quale si «esclude [...] la ripetizione in presenza di una [data] situazione di fatto»[69], variamente articolata e, comunque «avente come comune denominatore la non addebitabilità al percipiente della erogazione non dovuta [...] e verosimilmente destinata dal percettore alle proprie esigenze di vita (art. 38 cpv. cost.)»[70]. Il 'principio' espresso all'art. 2033 c.c. appare, dunque, nel diritto previdenziale – come ricordato dallo stesso Giudice delle leggi, mediante decisione interpretativa di rigetto – «mitigato da disposizioni ispirate a criteri di equità e di solidarietà»[71].

Lo stesso accade per le prestazioni che, contrarie a norme imperative, costituiscano il «prodotto», il «profitto» o il «prezzo» del reato[72]. In tal caso, ai sensi dell'art. 240 c.p. – nonché nelle molteplici altre ipotesi speciali che segnano differenziazioni e deroghe rispetto alla figura gene-

[67] Cosí, Corte cost., 24 maggio 1996, n. 166, in *Riv. giur. lav.*, 1996, I, p. 279 ss., spec. p. 287, con note di A. Santoro, *La ripetizione dell'indebito previdenziale nuovamente al vaglio della Corte costituzionale*, *ivi*, p. 280 ss., e V. Ferrari, [*Nota di richiamo*], in *Foro it.*, 1996, I, c. 2292 ss.

Di «*micro-sistemi* di norme, con proprie ed autonome logiche» discorre N. Irti, *L'età della decodificazione*, 4ª ed., Milano, Giuffrè, 1999, p. 38 (corsivi originali), del quale v., anche, Id., «*L'età della decodificazione» vent'anni dopo*, in *Dir. soc.*, 1999, p. 197 s.; considerazioni su tale aspetto in P. Perlingieri, *Un parere sulla decodificazione*, in Id., *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, Esi, 1989, spec. p. 309 s.

[68] Cass., Sez. un., 21 febbraio 2000, n. 30, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 491 ss., spec. p. 494, con note di F. Di Maolo, *Ancora in materia di indebito previdenziale*, *ivi*, p. 498 ss., e di P. Boer, *L'indebito previdenziale nella giurisprudenza della Cassazione*, in *Riv. giur. lav.*, 2000, II, p. 580 ss. V., inoltre, F. Poli, *Obbligo del pensioato della comunicazione reddituale all'INPDAP ed indebito pensionistico*, in *Dir. e lav. Marche*, 2009, p. 136 ss. (nota a Corte conti, 10 febbraio 2009, n. 39).

[69] Corte cost., 14 dicembre 1993, n. 431, in *Foro it.*, 1994, I, c. 332 ss., spec. c. 337, con nota di L. Carbone, *Gli indebiti previdenziali*, cit., c. 334 ss.

[70] Cass., Sez. un., 21 febbraio 2000, n. 30, cit., p. 494; cosí già Corte cost., 14 dicembre 1993, n. 437, cit., c. 337.

[71] Corte cost., 24 maggio 1996, n. 166, cit., p. 290.

[72] Sulle incertezze presenti nella letteratura penalistica legate alla corretta definizione dei concetti di «prodotto», «profitto» o «prezzo» del reato, ovvero delle «cose che ne costituiscono l'impiego» (come delineato dall'art. 416 *bis* nei confronti del condannato per il reato di associazione di tipo mafioso) cfr.: F. Antolisei, *Manuale di diritto penale*, *Parte generale*, 15ª ed. agg. e integr. da L. Conti, Milano, Giuffrè, 2000, p. 827 ss.; F. Mantovani, *Diritto penale*, *Parte generale*, 4ª ed., Padova, Cedam, 2001, p. 896 s.

rale contemplata nel codice penale – l'intervento dell'organo pubblico fa proprio, mediante la sanzione della confisca, l'oggetto della prestazione illecita, ossia le cose che servirono o furono destinate a commettere il reato o ne rappresentano la conseguenza[73]. Tale misura di sicurezza patrimoniale[74] opera ora in via facoltativa ora obbligatoriamente[75] (in questo secondo caso sarebbe preclusa al magistrato ogni valutazione discrezionale circa l'opportunità di disporre la stessa)[76] e, benché a lungo si sia dubitato se classificarla come tale – per via della carenza del riferimento ad una persona del carattere della pericolosità sociale – si ritiene opportuna là dove sussista non l'intrinseca attitudine della cosa a recare danno, ma la possibilità che, permanendo nella disponibilità del reo, costituisca per lui incentivo o strumento per ulteriori reati[77].

Con siffatto provvedimento ablativo dei beni del condannato è esternata, dunque, quella reazione 'punitiva' con la quale lo Stato priva della prestazione non soltanto il *solvens*, che merita di perderla, ma anche l'*accipiens*, al quale non si deve riconoscere il diritto di ritenerla[78]. E la proliferazione della figura nel sistema, andata di pari passo con la diversificazione dei modelli sanzionatori, pur comportando l'assegnazione al termine "confisca" di un significato normativo variegato, può continuare a registrare nella durata perpetua, «il solo elemento davvero comune a tut-

[73] V., al riguardo, E. Moscati, *Pagamento dell'indebito* (1981), cit., p. 372 s.; G. Villa, *Contratto illecito ed irripetibilità della prestazione*, cit., p. 29; D. Carusi, *Le obbligazioni nascenti dalla legge*, cit., p. 321 ss.

[74] Cfr. G. Guarneri, *Confisca (dir. penale)*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1974, p. 40. Per un approfondito esame di tale istituto dettato da esigenze di ordine pubblico (misura di polizia) e sanzione patrimoniale *sui generis* v.: C. Fiore e S. Fiore, *Diritto penale*, *Parte generale*, *II. Le forme di manifestazione del reato. Concorso di reati e concorso di norme. Le sanzioni*, 2ª ed., Torino, Utet, 2005, p. 260 ss.; G. Fiandaca e E. Musco, *Diritto penale*, *Parte generale*, 4ª ed. agg., Bologna, Zanichelli, 2004, p. 814 ss.; v., inoltre, P. Nuvolone, *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, p. 658 s.; P. Gualtieri, *Sequestro preventivo (Capitolo II)*, in *Tratt. dir. proc. pen.* diretto da G. Spangher, *2. Prove e misure cautelari*, *II. Le misure cautelari*, Torino, Utet, 2008, p. 401 ss.

[75] Come meglio indicato all'art. 240, commi 1 e 2, n. 1, c.p.

[76] A tal riguardo v. A. Alessandri, *Confisca nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, III, Torino, 1989, pp. 45 e 47.

[77] Cfr. C. Fiore e S. Fiore, *Diritto penale*, cit., p. 260; F. Mantovani, *Diritto penale*, cit., p. 895; M. Massa, *Confisca*, b) *Diritto e procedura penale*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 980 ss., il quale ricorda che nella Relazione ministeriale sul progetto del codice penale (I, 245) era posto in luce come tale figura dovesse tendere alla «eliminazione di cose che, provenendo da fatti illeciti penali, o in alcuna guisa collegandosi alla loro esecuzione, mantengono viva l'idea e l'attrattiva del reato».

[78] Cfr. G. Oppo, *Adempimento e liberalità*, cit., p. 365 in nota.

te le ipotesi contemplate nel nostro ordinamento»[79], ove si evince la finalità, piú che preventiva, repressivo-punitiva della condotta realizzata.

Si dubita, tuttavia, dell'esistenza, accanto alle menzionate fattispecie preclusive della ripetibilità, di ulteriori ipotesi nelle quali l'esercizio della prestazione non dia luogo a ripetizione.

4. *La negazione di un «ri-fare» nell'apparente silenzio della legge e gli incerti confini della* **soluti retentio**

La questione si pone, in toni piú complessi, dinanzi a quella che ben può definirsi una erosione della sfera di operatività dell'art. 2033 c.c. (non già occultata dal ricorso alla sussidiaria azione *ex* art. 2041 c.c., la quale garantirebbe, comunque, l'operatività del principio di giustificazione causale delle attribuzioni patrimoniali), espressa nelle vesti di una estensione della *soluti retentio*.

Si delinea, in altri termini, l'esistenza di ipotizzabili «aree nelle quali la perdita della prestazione è considerata a tal punto desiderabile, da volerla imporre anche al di fuori delle regole concernenti la ripetizione»[80]. Cosí per talune prestazioni "vietate" di *facere* per le quali non varrebbe «la pena riportare le cose allo *status quo ante*»[81]: il timore di far rivivere gli effetti del contratto invalido tramite la restituzione opererebbe quale «potente freno»[82] volto a paralizzare ogni rimedio diretto a recuperare il valore della prestazione resa.

Si tratterebbe di ipotesi nelle quali la *retentio* appare contraria a 'correttezza', 'solidarietà' e 'buona fede', per taluni[83]; ovvero, a parer d'altri[84], operazione che, dando attuazione proprio a quel rapporto che la legge ha inteso "proibire", finirebbe per favorire soltanto chi ha contribuito a provocarne i presupposti. Dinanzi a tale scenario, dunque, la «combinazione irripetibilità-ripetibilità» dovrebbe ricevere un miglior bilanciamen-

[79] In tal senso, A. Alessandri, *o.c.*, p. 46; v., inoltre, C. Visconti, *Dalla «vecchia» alle «nuove» confische penali: recenti tendenze di un istituto tornato alla ribalta*, in *Studium iuris*, 2002, p. 960 ss., il quale, nel porre una rinnovata attenzione all'istituto della confisca, cosí come congegnato nella parte generale del codice Rocco, evidenzia la parallela proliferazione di forme speciali di ablazione patrimoniale forgiate a misura del tipo di criminalità da fronteggiare: ipotesi peculiari recentemente introdotte nello stesso codice o nella legislazione speciale.

[80] In questi termini, G. Villa, *o.c.*, p. 27.

[81] G. Villa, *o.c.*, p. 51.

[82] G. Villa, *o.c.*, p. 27.

[83] G. Panza, *L'antinomia fra gli artt. 2033 e 2035 c.c.*, cit., p. 1195 ss.

[84] G. Villa, *o.c.*, p. 28 ss.

to, con «l'effetto di spingere in modo ancora piú incisivo su una delle parti, e cioè su quella considerata nella posizione migliore per evitare l'operazione economica illecita»[85]. A tal fine, opportuno appare colpire tale condotta attraverso l'irripetibilità: implicita "sanzione civile indiretta", adottata con funzione punitiva e di prevenzione generale[86], nei riguardi di colui che tenta di trar vantaggio dalla situazione illecita.

Il punto è alquanto controverso, in specie là dove siano esaminate le prestazioni di «fare». Quali quelle irripetibili? Quali, invece, quelle sottoposte alla "ricostituzione dello scambio"? Ed ancora: come cogliere, nell'apparente silenzio della legge, la presenza non tanto di un divieto di «fare», quanto la negazione di un «ri-fare»?

Delle considerazioni in merito potranno essere tracciate con maggior chiarezza dopo aver collocato, nella presente indagine, un ulteriore tassello mancante: la portata della eccezione alla irripetibilità della prestazione formulata in caso di attività lavorativa svolta alle dipendenze di un datore di lavoro.

5. *La tutela del lavoratore subordinato, l'«inefficacia della nullità» e la riammessa disciplina residuale affidata all'art. 2033 c.c.*

Tra «le aree di esclusione o di limitazione della ripetizione»[87] – oltre ai casi elencati – si collocano quelle prestazioni espletate in esecuzione di un contratto di lavoro invalido per il quale è statuita espressamente la c.d. «inefficacia della nullità»[88] (con la conseguente corrispettività delle prestazioni o, meglio, il venir meno dell'obbligo di restituire e del diritto di ripetere). L'articolata formulazione della disposizione prescrittiva – di per sé forgiata con espressione «tecnicamente poco felice»[89], os-

[85] G. Villa, *o.c.*, pp. 59 e 63.

[86] Cosí, a dispetto delle perplessità di interpreti, avanza tale esplicito riconoscimento F. Galgano, *Alla ricerca di sanzioni civili indirette: premesse generali*, in *Contr. impr.*, 1987, pp. 531 ss. e 536 s.

[87] Cfr., piú ampiamente, E. Bargelli, *Sinallagma rovesciato*, cit., p. 254.

[88] Cosí, P. Rescigno, *Obbligazioni*, cit., p. 156: la singolarità del fenomeno è racchiusa proprio «nell'indole contrattuale delle obbligazioni, pur senza che all'origine si trovi il contratto». Cfr., inoltre, E. Moscati, *Pagamento dell'indebito* (1981), cit., p. 162; U. Breccia, *La ripetizione dell'indebito*, Milano, Giuffrè, 1974, p. 440 ss.

[89] Letteralmente, V.M. Caferra, *Disciplina dell'indebito e tutela del lavoro*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, I, p. 316; illustra il significato di «[c]iò che la legge vuol dire, parlando inelegantemente di inefficacia dell'invalidità», F. Santoro Passarelli, *Nozioni di diritto del lavoro*, 35ª ed., Napoli, Jovene, 1987, p. 177; pone in evidenza la necessità di esplicare le «non felici espressioni adoperate» M. Dell'olio, *La prestazione di fatto del lavoro subordinato*, Padova, Cedam, 1970, p. 13.

sia con l'utilizzo di una dizione «che non è tra le piú corrette»[90], tanto da contribuire a far nascere ampie polemiche[91] attorno ad essa – discorre del contratto di lavoro annullato o dichiarato nullo per collegarvi conseguenze giuridiche o, meglio, di «nullità» o «annullamento» che «non produce effetto». È qui predisposto dalla legge uno «specific[o] congegn[o] per

[90] Cosí, P. Rescigno, *o.u.c.*, p. 156.

[91] L'esigenza di giustificare l'apparente disapplicazione del principio dettato in tema di pagamento senza titolo ha condotto la dottrina ad elaborare due differenti teorie: l'una tendente a recuperare il contratto invalido (c.d. teoria negoziale), l'altra volta a far leva sul superamento dell'elemento del consenso (teoria della acontrattualità del rapporto di lavoro). Sí che, la tendenza a spiegare l'art. 2126 c.c. in chiave 'negoziale' ha portato a discorrere di: «fattispecie negoziale complessa» ove l'atto di autonomia, sebbene invalido, sarebbe integrato dall'esecuzione (in tal senso, E. Betti, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, in *Jus*, 1957, p. 363); di «sanatoria» o, meglio, di convalida tacita ispirata all'esigenza di tutelare i rapporti di fatto (L. Barbiera, *L'ingiustificato arricchimento*, Napoli, Jovene, 1964, p. 179; v. anche Al. Fedele, *Invalidità del contratto di lavoro e prestazione di fatto del lavoro*, in *Dir. econ.*, 1958, spec. p. 145 ss.); di «nullità pendente» (G. Andreoli, *Note in tema di contratto di lavoro nullo*, in *Riv. dir. lav.*, 1952, p. 51); di efficacia 'indiretta' del contratto nullo, giacché si producono «effetti finali corrispondenti alla funzione tipica del contratto […] senza che si sia prodotto l'effetto negoziale» (G. Stella Richter, *Contributo allo studio dei rapporti di fatto nel diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, p. 181) ovvero di «sostituzione legale del negozio invalido» (cosí, F. Santoro Passarelli, *o.c.*, p. 177, per il quale, con tale espressione, non si intende aver riguardo ad una sostituzione della disciplina contrattuale con quella legale, ripetendone *in toto* le caratteristiche, quanto, invece, che la disciplina del rapporto si colleghi ad una fattispecie autonoma, direttamente contemplata dall'ordinamento; a ben vedere si tratterebbe di un rapporto giuridico in parte affine e in parte distinto rispetto al normale rapporto di lavoro a prestazioni corrispettive). Nel senso, invece, della 'acontrattualità' del rapporto di lavoro, G. Mazzoni, *Manuale di diritto del lavoro*, I, 6ª ed., Milano, Giuffrè, 1988, p. 317 s., per il quale tale rapporto, pur avendo avuto una origine contrattuale, si sia in séguito «distacc[ato] da essa e viva di vita propria»; si è parlato, al riguardo, di fattispecie contrattuale «extraconsensuale» al fine di superare il dogma del consenso salvando, al tempo stesso, la categoria del contratto [l'espressione è di R. Sacco, *Nullità e annullabilità*, *(Diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965, spec. p. 460, per il quale «la nullità dell'elemento consensuale non pregiudica il problema dell'efficacia del contratto extraconsensuale». Tale orientamento teorico si colloca nella prospettiva tendente alla svalutazione del consensualismo: invero, il dogma della volontà sovrana risponde ad un assetto sociale e ideologico nel quale si faceva astratto riferimento alla tutela della pretesa 'libertà' delle parti e non alla migliore composizione degli interessi che trova, oggi, nella categoria del contratto, il suo perfezionamento. V., al riguardo, S. Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, Giuffrè, 1969, p. 21 e, con riferimento alla problematica in esame, N. Lipari, *Rapporti di cortesia, rapporti di fatto, rapporti di fiducia. (Spunti per una teoria del rapporto giuridico)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, pp. 414-441, il quale, nel discorrere di «feticcio del consenso contrattuale» (p. 433), conclude riconoscendo che nelle ipotesi disciplinate agli artt. 2126 e 2332 c.c. viene in evidenza la struttura propria del contratto, sia pure «per il tramite di una tecnica procedimentale diversa dalle consuete» (*ivi*, nota 50)]. Per una sintesi delle varie tesi cfr.: U. Breccia, *La ripetizione dell'indebito*, cit., p. 441 ss.; E. Moscati, *o.u.c.*, p. 160 ss.; A. Spadafora, *Profili dell'atto solutorio non dovuto*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 118.

salvaguardare gli effetti contrattuali che altrimenti sparirebbero dal mondo dei rapporti giuridici»: effetti che «non possono, o non debbono, essere totalmente eliminati anche per il passato, una volta che ne venga accertata l'invalidità del fatto costitutivo»[92].

Ricreata è, in tale prospettiva, «una forma di scambio, nonostante la negazione dell'azione di adempimento contrattuale o l'attribuzione a una delle parti di un'eccezione da opporre all'altrui pretesa»[93]. Ciò al fine di garantire la piú ampia tutela[94] al prestatore di fatto del lavoro, parte debole del rapporto[95], come ben si evince dall'art. 2126 c.c., in tema di lavoro subordinato (nonché, in materia di subfornitura, dall'art. 2, comma 1, l. 18 giugno 1998, n. 192)[96]. Si dispone, in tal modo, la salvezza del contenuto del contratto per le prestazioni già eseguite, con la conseguente conservazione degli effetti[97] che tale contratto in corso di esecuzione ha

[92] Letteralmente G. Stella Richter, *o.c.*, pp. 165 e 172, il quale puntualizza: «laddove non si può cancellare il fatto, una volta avvenuto, la legge spesso è costretta a non cancellare gli effetti giuridici già prodotti»; sí che – aggiunge l'a. – «talvolta il "fatto" è piú forte del "diritto", che dunque in tali ipotesi non può che adeguarsi e quasi fare acquiescenza alle situazioni prodottesi nella realtà». Cfr., inoltre, L. Ricca, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, Milano, Giuffrè, 1965, pp. 79, 89 ss. e 113 ss.; L. Stanghellini, *Contributo allo studio dei rapporti di fatto*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 82 ss.

[93] E. Bargelli, *o.u.c.*, p. 254 s.

[94] Invero, la norma in esame non si limita a risolvere i problemi restitutori in quanto dà una disciplina compiuta all'attività lavorativa prendendo in esame anche tutte le altre controprestazioni accessorie: il trattamento previdenziale, la progressione di carriera, l'indennità di anzianità: v., per tutti, E. Moscati, *Pagamento dell'indebito* (1981), cit., p. 163.

[95] «Lo stimolo a regolare in questo modo la prestazione del lavoratore è offerto» – secondo R. Sacco, *Contratto di fatto*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., Agg.[5], Torino, 2010, p. 437 – «dalla inadeguatezza del rimedio della ripetizione dell'indebito, che, alla stregua del favore di cui gode il lavoratore, appare una protezione insufficiente»; sí che, «solo il lavoratore (e non, il datore di lavoro) può far valere l'efficacia del contratto». V., inoltre, L. Ricca, *o.c.*, p. 113, il quale, nel prendere in esame l'art. 2126 c.c., riconosce una sorta di «graduatoria di interessi» disposta dal legislatore che cosí volge a prediligere la «rilevanza sociale del lavoro» e «la necessità di una tutela degli interessi vitali di chi da esso trae i mezzi di sostentamento».

[96] L'art. 2, l. 192/98, espressamente sancisce che il contratto «deve essere stipulato in forma scritta a pena di nullità» e che il mancato rispetto di tale disposizione comporterà il riconoscimento, a favore del «subfornitore», del «diritto al pagamento delle prestazioni già effettuate». Come già sottolineava F. Prosperi, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica. Profili ricostruttivi e sistematici*, Napoli, Esi, 2002, p. 116, tale scelta si colloca nel solco di quell'esigenza volta ad «assicurare la certezza e la trasparenza» a quelle operazioni negoziali destinate ad essere concluse «da parti considerate "deboli"». Cfr. inoltre, A. Tullio, *La subfornitura industriale: considerazioni in merito all'ambito di applicazione della legge n. 192 del 1998 e alla forma del contratto di subfornitura*, in *Giust. civ.*, 1999, II, p. 251 ss.

[97] Cfr., piú ampiamente, M. Pennasilico, *L'operatività del principio di conservazione in materia negoziale*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 702 ss.

prodotto dopo l'accertamento della patologia che ne impedisce la prosecuzione. Sí che, invece di «guarda[re] al futuro» tale fattispecie «guarda soltanto al passato, non vincola cioè le parti alla prosecuzione del rapporto, e mira soltanto ad evitare che l'esecuzione di fatto del rapporto [stesso] possa avvantaggiare ingiustamente alcuni a scapito di altri»[98].

Sembrerebbero[99], tuttavia, lasciate fuori da tale irripetibilità le ipotesi di nullità del contratto di lavoro derivante dall'*illiceità* dell'*oggetto* o della *causa* (come letteralmente indicate all'art. 2126, nell'inciso finale del comma 1), purché, anche in questo caso, l'attività non sia stata prestata con violazione di norme poste a tutela del lavoro subordinato[100]. Prende corpo, dunque, la questione: se il contratto di lavoro dipendente è nullo, in quanto la causa o l'oggetto sono illeciti, residua l'obbligo restitutorio fondato *ex* art. 2033 c.c.? Ovvero – ad avviso di taluni, argomentando *ex* art. 2037 c.c. – residuerebbe l'obbligo di corrispondere l'equivalente pecuniario della prestazione oppure un indennizzo corrispondente all'arricchimento dell'*accipiens* in buona fede[101]?

Il duplice affermativo responso riposerebbe nella *ratio* stessa dell'art. 2126 c.c.; *ratio* volta a riequilibrare quella strutturale disparità professionale delle due parti, volgendo alla tutela della persona del lavoratore che, avendo già eseguito la prestazione di fare, vedrebbe, con il diritto alla retribuzione, rafforzata la sua posizione di subalternità. Pertanto, là dove questa ragione di tutela cessasse, per la rilevata presenza della «illiceità dell'oggetto o della causa», la prestazione di lavoro rileverebbe come attribuzione patrimoniale al fine della ripetizione dell'indebito. Non vi sarebbe, cioè, la necessità o l'esigenza di disporre un trattamento di favore verso colui che ha svolto una prestazione (oggetto del rapporto) illecita o collocata la stessa in un rapporto di scambio con causa illecita.

Ma, ci si domanda ancora: l'obbligo restitutorio sarebbe, poi, nuovamente travolto se, accanto alle illiceità ora invocate (dell'oggetto o della causa), si ponesse, in concorso, la valutazione di immoralità? Riusci-

[98] P. Gallo, *Trattato del contratto, 1. La formazione*, Torino, Utet, 2010, p. 735.

[99] Ma, al riguardo, v. le considerazioni che seguono al § 6.

[100] La questione sarebbe altrimenti risolta mediante il ricorso allo stesso art. 2126, comma 2, c.c. che riconosce, in ogni caso, al prestatore di lavoro il diritto alla retribuzione. [Si tralascia di prendere in esame l'ipotesi della c.d. «inesistenza» del contratto di lavoro, per la quale v. i rilievi in U. Breccia, *La ripetizione dell'indebito*, cit., p. 448; E. Moscati, *Pagamento dell'indebito* (1981), cit., p. 164 ss.].

[101] Cosí, V.M. Caferra, *Disciplina dell'indebito e tutela del lavoro*, cit., p. 337 ss., il quale fa cenno anche alla possibilità, da altri prospettata (in una ridotta o alterata analisi delle prestazioni di *facere*), dell'esperibilità dell'azione generale di arricchimento, *ex* art. 2041 c.c.; cfr., in tal senso, F. Santoro Passarelli, *Nozioni di diritto del lavoro*, cit., p. 178.

rebbe, cioè, l'acquisto avvenuto *ob turpem causam* a immobilizzare (e non "rovesciare") il sinallagma?

Appare utile, al riguardo, delineare meglio i contorni di tale esecuzione della prestazione di fatto, prendendo rapidamente in esame la casistica nella quale si era posto inizialmente il problema della residualità dell'obbligo restitutorio in materia di lavoro subordinato[102].

6. *Segue. La nullità derivante dall'illiceità dell'oggetto o della causa. Il «"caso" siciliano»*

La meno recente giurisprudenza ha dato, al tema qui trattato, un ampio e suggestivo contributo con quello che, le cronache del tempo, ebbero modo di catalogare come «il "caso" siciliano»[103]. L'interessante, pur se datata, sentenza ha riguardo ad un rapporto di lavoro subordinato sorto contro promessa di adottare il lavoratore e di istituirlo erede: fattispecie alquanto singolare che, nonostante la dinamica e l'incedere del tempo, conserva e rinnova l'attenzione dello studioso per il complesso groviglio di questioni in essa presenti. Va sottolineata, infatti, per aver dato àdito ad un notevole dibattito teorico, attorno al quale la piú attenta dottrina ha avuto modo di misurarsi, cogliendo, dalle vicissitudini concrete, il miglior spunto per l'analisi della tematica in questione[104].

[102] P. Gallo, *Arricchimento senza causa e quasi contratti. (I rimedi restitutori)*, in *Tratt. dir. civ.* Sacco, Torino, Utet, 1996, p. 115 e nota 9.

[103] Cosí, P. Rescigno, *Lavoro prestato contro promessa di adozione*, in *Mass. giur. lav.*, 1965, p. 409, in *Giust. civ.*, 1964, I, p. 1604 ss., in nota a Cass., Sez. II, 10 aprile 1964, n. 835 (conferma App. Messina, 29 gennaio 1962); decisione che prende in esame una singolare convenzione non infrequente, all'epoca, nel meridione d'Italia, ed oggi, invero, tornata in auge, sia pur con toni diversificati, in quei patti venuti alla luce tra badanti e datori di lavoro sotto forma di vitalizio assistenziale [v. Cass., 19 ottobre 1998, n. 10322, in *Giur. it.*, 1999, p. 2269 ss.; Cass., 19 febbraio 1996, n. 1280, *ivi*, 1996, I, 1, c. 1098 ss.; M. Zana, *Il contratto di assistenza alla persona*, Pisa, Ets, 2000, p. 75; L. Gavazzi, *I vitalizi impropri*, in *Fam. pers. e succ.*, 2006, p. 57 ss.; F. Laus, *Il contratto di vitalizio assistenziale nella recente giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Giur. it.*, 2006, p. 506 ss. (nota a Cass., Sez. III, 1 aprile 2004, n. 6395); M. Malvano, *"Vitalizio assistenziale" e nullità per mancanza di alea*, in *Notariato*, 2010, p. 274 ss. (nota a Cass., Sez. II, 15 giugno 2009, n. 13869); G. Bonilini, *Sull'inadempimento del vitalizio assistenziale*, in *Resp. civ. e prev.*, 1998, p. 338 ss.; Id., *Ancora in tema di vitalizio assistenziale*, in *Contratti*, 2000, p. 870 ss. (nota a Cass., Sez. II, 29 maggio 2000, n. 7033)].

[104] La sentenza è annotata da: E. Ciaccio, *Effetti del contratto di lavoro stipulato con promessa di adozione e di istituzione di erede*, in *Giust. civ.*, 1964, I, p. 1605 ss.; G. Pera, *Osservazioni sulla nullità della clausola del contratto individuale di lavoro relativa alla retribuzione*, in *Riv. giur. lav.*, 1964, II, p. 561 s., il quale pone in luce come la disputa dottrinale sul tema abbia raccolto «la piú varia gamma di opinioni»: forse perché «è in gioco la precisazione di dati»

La Suprema Corte era qui chiamata a pronunziarsi sulla validità del contratto di lavoro domestico, cosí configurato, svolto da una ragazza alle dipendenze di una coppia di coniugi, nonché sull'eventuale ammissibilità e/o liceità del compenso pattuito spettante a favore della stessa, avente ad oggetto il semplice mantenimento conseguente all'impegno, assunto dai due datori di lavoro, di procedere alla sua adozione ed istituzione di erede. La prestazione oggetto del rapporto veniva, pertanto, a trovare la sua giustificazione, oltre che nel mero mantenimento, nella promessa di averla come figlia legittima a séguito dell'espletato procedimento di adozione con l'aggiunta del conferimento del lascito ereditario.

Il disaccordo tra le parti ebbe inizio in séguito alla mancata realizzazione del contenuto della promessa. Trascorsi, infatti, alcuni anni dall'avvenuta 'pattuizione', la presunta adottanda rifiutava la prosecuzione del rapporto; delusa nelle sue aspettative, chiedeva non già di costituire *ex post* il vincolo che si era svolto sulla base di tale promessa, ma il semplice indennizzo per le energie lavorative spese al servizio dei promittenti.

Prende cosí corpo una serie di questioni esaminate nei vari gradi di giudizio, volte a vagliare il contenuto della prestazione avente «funzione direttamente sinallagmatica»[105] rispetto a quella di lavoro domestico espletata. Infine, confermando la decisione della Corte d'Appello, la Cassazione ritiene nullo per illiceità della causa il contratto di lavoro svolto dalla prestatrice d'opera: da un lato, in quanto l'obbligazione di adottare risulta contraria al principio generale di ordine pubblico, che esige piena libertà e spontaneità della dichiarazione di volontà alle quali la legge ricollega la costituzione di uno *status* familiare[106]; dall'altro, in quanto la promessa di istituzione di erede viola un divieto di legge, quello dei patti successori, *ex* art. 458 c.c. (norma imperativa). Si esclude, dunque, sulla base dell'art. 2126 c.c., comma 1, seconda parte, il diritto alla retribuzione per l'attività esercitata; l'affermazione dell'assunto secondo il quale è disposta l'irrilevanza della nullità (ossia la sua «non produ[zione] di effetto»),

che hanno «conseguenze pratiche rilevanti»; G.B. Ferri, *Promessa di adozione e di istituzione di erede e prestazioni di lavoro*, in *Riv. dir. comm.*, 1965, II, p. 333 ss.; P. Rescigno, *o.u.c.*, p. 409 ss. (cenni anche in Id., «*In pari causa turpitudinis*», cit., p. 49). Per interessanti spunti sul tema v. Al. Fedele, *Invalidità del contratto di lavoro*, cit., p. 143.

[105] G.B. Ferri, *o.u.c.*, p. 335.

[106] «Preoccupazione [considerata] eccessiva» per P. Rescigno, *Lavoro prestato contro promessa di adozione*, cit., pp. 415 e 417 s., il quale osserva che la libertà dei privati nella costituzione dei rapporti è garantita per il fatto che «la promessa non obbliga a costituire il rapporto né ad eseguire ciò che sia stato convenuto per il caso di inadempimento» [cosí, ad es., per la promessa di matrimonio *ex* art. 79 c.c.; in tal caso, la garanzia della libertà individuale non impedisce la tutela patrimoniale degli affidamenti suscitati o alimentati dalla promessa (art. 81 c.c.)].

per quel che concerne le prestazioni di lavoro subordinato già eseguite, non trova in tal caso applicazione essendo individuata l'illiceità della causa.

La Suprema Corte, però, sembra sciogliere il quesito poc'anzi prospettato (v. § 5) ed evidenziare l'ombra di una residualità dell'obbligo restitutorio *ex* art. 2033. Si osserva, infatti, che l'art. 2126 c.c. «non esclude» l'applicazione di un tale principio generale di diritto, ma nega «solo» l'attuazione della disciplina del rapporto di lavoro per le prestazioni eseguite sulla base di un contratto nullo per illiceità della causa o dell'oggetto, purché nei limiti dell'art. 2035 c.c. (ossia la prestazione resa non sia contraria al buon costume)[107]. Sí che, il lavoratore, nel caso di specie, avrebbe diritto: ad ottenere la ripetizione del valore integrale delle prestazioni, «in applicazione analogica dell'art. 2033» o, seguendo altro indirizzo, applicando «per analogia la disposizione dell'art. 2037», a conseguire un indennizzo commisurato alla buona o mala fede del datore di lavoro ovvero, dando séguito ad altro orientamento ancora, a percepire un «diritto ad un indennizzo nei limiti dell'arricchimento dell'*accipiens*, ai sensi dell'art. 2041»[108]. Queste le tre possibili soluzioni individuate dalla Cassazione nel porsi il quesito relativo alle «norme sulle quali fondare, e quindi concretamente determinare, l'indennità»[109]. La scelta della Corte ricade sulla terza – invero la meno favorevole per il prestatore di lavoro – che individua l'applicabilità dell'art. 2126, comma 1, e la sua compatibilità con l'art. 2041 c.c.: ciò soltanto in quanto la questione, «non [...] prospettata in questa sede da alcuna delle parti» (come tale, «non deve essere quindi esaminata e decisa» da tale organo giudicante «in relazione ai proposti ricorsi»)[110] era già stata risolta in tal senso dal giudice di merito.

La pronuncia, qui brevemente tracciata, sottoposta ad un attento riesame dottrinale, ha suscitato consensi e accese dispute: se, da un lato, vi è stato chi, accogliendola con estremo favore, ha persino riconosciuto in essa «pregi di meditazione e di fine elaborazione»[111] nell'approfondimento del tema della *condictio indebiti*, dall'altro, non è mancato chi, evidenziando che la soluzione adottata dalla sentenza «non andrebbe immu-

[107] Cosí, Cass., Sez. II, 10 aprile 1964, n. 835, cit., p. 1611 s.

[108] Letteralmente, Cass., Sez. II, 10 aprile 1964, n. 835, cit., p. 1612. Sottolinea tale scelta argomentativa P. GALLO, *Ripetizione dell'indebito. L'arricchimento che deriva da una prestazione altrui*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XVIII, Torino, 1998, p. 11.

[109] Cosí, considerandolo un «ammirevole scrupolo» assunto dalla Corte, P. RESCIGNO, *o.u.c.*, p. 410.

[110] Letteralmente, Cass., Sez. II, 10 aprile 1964, n. 835, cit., p. 1612.

[111] In tal senso, P. RESCIGNO, *o.u.c.*, p. 410, il quale riconosce, tra l'altro, come la Suprema Corte – riprendendo e sviluppando uno spunto già presente in dottrina (v. F. SANTORO PASSA-

ne di riserve»[112], l'ha avversata sotto molteplici prospettive. Cosí, per quanti hanno osservato come l'impegno del datore di lavoro di provvedere al mantenimento della ragazza, ossia di tenerla presso di sé con trattamento familiare, sia stato un aspetto «rimasto in ombra»[113] nelle righe della decisione; aspetto che avrebbe potuto, con una piú attenta considerazione, condurre a conclusioni diverse: ad esempio, alla nullità parziale del contratto, *ex* art. 1419 c.c. (là dove, sposando la tesi volta a qualificare come «patto a sé stante» la promessa di adottare la ragazza e di istituirla erede, l'illiceità avrebbe colpito soltanto «una clausola del contratto» e, ricadendo nell'ipotesi prevista dall'art. 2126, comma 1, c.c., poteva in tal modo attribuirsi alla lavoratrice non già un indennizzo nei limiti dell'arricchimento)[114] e/o alla attribuzione dell'intera retribuzione (ove, secondo altro orientamento ancora, non confondendo il profilo della giuridicità con quello della patrimonialità[115] e, dunque, non ritenen-

RELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, cit., p. 178 s.) – abbia contribuito con tale decisione «a chiarire il modo onde coordinare l'articolo 2126 e l'art. 2035»: difatti, con l'art. 2126 «il prestatore di lavoro non viene peraltro privato di ogni diritto», ossia tale articolo «non impedisce, nel caso di illiceità dell'oggetto o della causa, l'applicazione delle regole generali dettate in tema di *condictio indebiti*, con riguardo alla nullità del contratto e agli obblighi di restituzione». Sí che, il «solo limite alla ripetibilità delle prestazioni eseguite sulla base del contratto nullo per illiceità dell'oggetto o della causa sarebbe il limite risultante dall'art. 2035» (cosí, P. RESCIGNO, *o.l.u.c.*).

[112] E. CIACCIO, *o.c.*, p. 1609.

[113] In tal senso, E. CIACCIO, *o.c.*, p. 1608; considerazione analoga è stata prospettata da G.B. FERRI, *o.u.c.*, p. 342, il quale pone in luce tale aspetto posto al margine dell'analisi della questione e non esaminato «nei suoi esatti termini». Polemizzando sulla correttezza dell'analisi svolta dai giudici, l'a. riconosce che l'esclusione delle esatte premesse dalla quale muove la vicenda, abbiano portato a porre in dubbio anche l'esattezza delle conseguenze tratte.

[114] Per tale rilievi cfr., piú ampiamente, E. CIACCIO, *o.c.*, p. 1608 s.; sul punto, v. anche le considerazioni di G. PERA, *o.c.*, p. 559 s., per il quale, essendo dinanzi ad un'ipotesi di nullità «*non integrale ma parziale*», occorreva svolgere un'indagine in concreto della volontà delle parti (non era possibile, difatti, per la Cassazione, applicare la «sostituzione automatica della clausola nulla [...] trattandosi di lavoro domestico per il quale difetta una regolamentazione legale»: ID., *o.c.*, p. 561). Contesta radicalmente la tesi della nullità parziale P. RESCIGNO, *o.u.c.*, p. 416, il quale – alla luce dell'art. 2242, comma 1, c.c. – fa notare che, trattandosi di lavoro domestico, il "mantenimento" rappresenta null'altro che quelle prestazioni accessorie (vitto, alloggio, cure e assistenza medica) poste a carico del datore di lavoro «accanto ed oltre al diritto alla retribuzione "in denaro"»; inoltre, l'illiceità della causa «non può colpire una singola clausola» poiché «è un vizio che necessariamente tocca il contratto nella sua interezza».

[115] Cfr. G.B. FERRI, *o.u.c.*, p. 336 ss., il quale espressamente ammette che «[c]hiarissima è la non patrimonialità della promessa di adozione» come pure della qualità di erede (difatti, cosa ben diversa sarebbe prendere in esame il complesso di interessi di natura patrimoniale che, nella qualità di erede, possono trovare la loro fonte: cosí, p. 337). Sulla distinzione tra ciò che attiene al profilo della «*patrimonialità* della prestazione» e ciò che riguarda la «*giuridicità* dell'obbligo» v. M. GIORGIANNI, *Corso di diritto civile*, Milano, Giuffrè, 1959, pp. 21-31, e ID., *L'obbligazione*, cit., pp. 35 ss., spec. 37.

do "un elemento della retribuzione" del contratto di lavoro subordinato la promessa di adozione e istituzione di erede, si fosse giunti a ritenere che essa, pur integrando il rapporto patrimoniale, «non si inseri[rebbe] nel sinallagma»[116], il quale resterebbe comunque in vita, pur individuando, quale unico corrispettivo della prestazione lavorativa svolta, il mantenimento[117]. E, da qui, eliminato il profilo della illiceità – del quale «non [sarebbe stato] addirittura il caso di parlare» – la lavoratrice domestica avrebbe avuto diritto a conseguire l'intera retribuzione non limitata all'arricchimento[118]). Cosí – secondo altra parte della dottrina – distinto profilo non adeguatamente trattato sarebbe individuabile nel «requisito della possibilità» dell'obbligazione[119] (punto rimasto oscuro che, invece, avrebbe aiutato a comprendere il perché della nullità della «promessa di adottare e di istituire erede»).

Ma i dubbi principali attengono anche ad un altro aspetto eclissato dalla Corte in quella 'corsa' alla dichiarata illiceità della causa negoziale (illiceità che condurrà, poi, alla pretesa di un *quantum* – sia pur nei limiti della locupletazione – solo in apparente dissidio con la lettera dell'art. 2126 c.c. che, diversamente, sembrerebbe voler negare quel diritto[120]),

[116] G.B. Ferri, *o.u.c.*, p. 338, per il quale le promesse di adozione e istituzione di erede, essendo negozi di natura personale e non patrimoniale, resterebbero «come elementi esterni e, cioè come negozi a sé stanti, pur se collegati» al contratto di lavoro; il loro significato «puramente morale», inoltre, farebbe sí che esse "non obblighino". In altri termini, non di «negozio illecito o di collegamento negoziale illecito» sarebbe dato discorrere, quanto di un «problema di rilevanza giuridica», di «un puro rilievo morale delle promesse dei datori di lavoro».

[117] Tale mantenimento è considerato da G.B. Ferri, *o.u.c.*, p. 343, comunque «insufficiente» quale corrispettivo alla prestazione lavorativa; tuttavia, lo squilibrio evidenziato resta, non potendo essere paralizzato dal semplice richiamo degli artt. 36 cost. e 2099 c.c.

[118] G.B. Ferri, *o.u.c.*, spec. p. 344; risultato al quale giunge anche E. Ciaccio, *o.c.*, p. 1608 s. Propende – sia pur con differenti motivazioni – per «il risultato piú favorevole al lavoratore» anche P. Rescigno, *o.u.c.*, p. 418 s., per il quale, «ritenuto applicabile alla promessa di adozione il regime della promessa di matrimonio» (p. 418), non vi è dubbio che il lavoro prestato «costituisca materia di un dovere di restituzione»: «[t]rattandosi di una prestazione di fare […] la restituzione in natura deve tradursi nel dovere di corrispondere al lavoratore la retribuzione per tutto il tempo in cui il rapporto ebbe esecuzione, senza limitarsi all'arricchimento».

[119] Per l'analisi di tale aspetto v. G. Pera, *o.c.*, p. 564, per il quale «quando si dice che la promessa di adottare e di istituire erede sono radicalmente nulle […] si afferma nella sostanza che l'obbligazione è impossibile». Si avrebbe – seguendo tale orientamento – null'altro che «un contratto nel quale» sarebbe ravvisabile «la nullità, parziale, della prestazione dedotta in funzione corrispettiva per impossibilità giuridica della clausola».

[120] È quanto contesta G.B. Ferri, *o.u.c.*, p. 344 s., per il quale, pur volendo ammettere l'ipotesi di un negozio illecito, è «da dubitare che il lavoratore possa avanzare pretese, sia pure nei limiti dell'arricchimento del datore di lavoro»; a suo avviso, la diversa opinione – che appare, invece, «dominante in dottrina» (v. *infra*, nota successiva) – «meriterebbe di essere controllata un po' piú attentamente», giacché l'art. 2126 c.c. se, «da un lato, fa-

vale a dire all'immoralità della prestazione.

Il richiamo all'art. 2035 c.c. torna in auge, nella decisione ora trattata, per consentire (questa volta) la estensione della ripetibilità della prestazione illecita, ma non immorale (c.d. «illiceità legale»[121]). Sí che, la decisione, brevemente ricordata, merita attenzione in special modo per due aspetti utili all'indagine qui condotta:

a) la prestazione indebitamente percepita (là dove non contraria al buon costume) andrebbe ripetuta senza i limiti indicati dall'art. 2041 c.c.: su questo punto il giudice di legittimità vorrebbe poter consentire la soluzione piú positiva per il prestatore di lavoro;

b) il prestatore di lavoro non è privato di ogni diritto qualora l'atto sia valutato illecito (*rectius*: la causa o oggetto del negozio siano illeciti): dinanzi a tale eventualità occorre vagliare se l'illiceità 'includa' l'immoralità cosí vietando, soltanto in questa eventualità, la ripetizione della prestazione[122].

vorisce il lavoratore, assicurandogli il diritto alla retribuzione, dall'altro esclude che questa posizione gli competa, quando la nullità del contratto sia in dipendenza della sua illiceità». Per una critica a tali ultime considerazioni si veda quanto precisato in séguito.

[121] Precisa E. Ciaccio, *o.c.*, p. 1606, che i contratti di lavoro affetti da nullità derivante da illiceità della causa o dell'oggetto vanno distinti – sulla base degli effetti ai quali danno luogo – in due gruppi: nel primo rientrerebbero quei contratti posti in violazione di una «norma imperativa di legge (c.d. illiceità legale)», per i quali trovano applicazione «le norme generali cui si fa ricorso nei casi di esecuzione di contratti nulli aventi ad oggetto un *facere*: non essendo possibile la *restitutio ad pristinum*, si fa luogo ad un indennizzo in base all'azione generale di arricchimento (art. 20[4]1 c.c.)»; l'altro gruppo sarebbe costituito dai «contratti di lavoro nulli perché contrari al buon costume (c.d. illiceità morale)», per i quali «viene esclusa l'applicabilità dell'azione di arricchimento» e il lavoratore non può pretendere, in cambio dell'energia spesa, alcuna retribuzione né indennizzo, «ritene[ndo] quanto eventualmente in dipendenza del rapporto aveva già percepito». Concorda su tale distinzione anche V.M. Caferra, *Disciplina dell'indebito e tutela del lavoro*, cit., p. 337, il quale, con riguardo al primo gruppo di ipotesi, riconosce l'operatività dell'azione generale di arricchimento (in tal senso v., inoltre, L. Riva Sanseverino, *Disciplina delle attività professionali. Impresa in generale*, *sub* art. 2126, in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, 5ª ed., Bologna-Roma, Zanichelli, 1977, p. 679 ss.) ovvero dell'azione di ripetizione, secondo le norme sul pagamento dell'indebito estese alle prestazioni di "fare" (cosí anche F. Santoro Passarelli, *Nozioni di diritto del lavoro*, cit., p. 178).

[122] Come ben ricorda G. Panza, *L'antinomia fra gli artt. 2033 e 2035 c.c.*, cit., p. 1178, il contrasto non incide sulla valutazione dell'atto (che in ogni caso sarebbe nullo), ma sulla ripetibilità della prestazione fatta in esecuzione di esso. Cfr., piú ampiamente, D. Carusi, *Contratto illecito e* soluti retentio. *L'art. 2035 cod. civ. tra vecchie e nuove «immoralità»*, Napoli, Esi, 1995, p. 1 ss.; S. Delle Monache, *Il negozio immorale tra negazione dei rimedi restitutori e tutela proprietaria. Per una riflessione sul sistema traslativo dei diritti*, Padova, Cedam, 1997, p. 1 ss.; criticamente, D. Carusi, *Illiceità del contratto e restituzioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, spec. p. 503 ss.; in replica S. Delle Monache, *Della irripetibilità delle prestazioni* «ob turpem causam» *nel sistema del diritto italiano*, *ivi*, 2002, I, p. 697 ss.; in risposta D. Carusi, *La rilevanza del negozio nullo e l'interpretazione sistematica dell'art. 2035 c.c.*, *ivi*, 2003, II, p. 345 ss.

Con riguardo al primo aspetto (*a*) emerge la tendenza ad ampliare il già sollecitato ricorso all'art. 2033 c.c. relegando l'azione di ingiustificato arricchimento al ruolo di «norma di chiusura dell'ordinamento»[123] (qualora sia lasciata in forse la certezza della sua inutilità[124]).

Sotto il secondo aspetto (*b*) sembra operarsi una delimitazione della irripetibilità delle prestazioni alle sole convenzioni "affette" da «illiceità morale»[125]. Su tale delicata questione utile appare un approfondimento.

7. Segue. Illiceità e immoralità tra ripetibilità e irripetibilità. Le «correzioni» della dottrina dell'abuso

Dinanzi all'illiceità della causa o dell'oggetto del contratto nullo, il lavoratore subordinato ha diritto alla ripetizione della prestazione (le conseguenze saranno differenti soltanto in caso di partecipe immoralità).

[123] L'espressione, coniata da P. SCHLESINGER, *Arricchimento (Azione di)*, *Diritto civile*, in *Noviss. dig. it.*, I², Torino, 1957, p. 1007, ha trovato ampi richiami in dottrina [giustifica in tal modo la collocazione dell'art. 2041 nel codice del 1942 E. MOSCATI, *Un'occasione perduta: la codificazione di una clausola generale di arricchimento (primo bilancio e prospettive)*, in *Quadrimestre*, 1989, p. 443 ss., ora in ID., *Fonti legali e fonti «private» delle obbligazioni*, cit., p. 242; A. ALBANESE, *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, Padova, 2005, pp. 7, 33 e 35 ss.; V. PIETROBON, *Ingiustificato arricchimento*, in L. VACCA (a cura di), *Arricchimento ingiustificato e ripetizione dell'indebito*, Torino, Utet, 2005, p. 229 s.] e nella manualistica (F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 88). Gli artt. 2041 e 2042 c.c., ponendosi nel momento finale di una progressiva estensione dello strumento della *condictio* (così, U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, cit., p. 13), verrebbero, in tal modo, ad offrire un rimedio estremo e sussidiario contro gli arricchimenti ingiustificati.

[124] Così, E. MOSCATI, *Questioni vecchie e nuove in tema di ingiustificato arricchimento e pagamento dell'indebito*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, *[Atti del Convegno per il cinquantenario della Rivista. Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma? Le prospettive di una novellazione del Libro IV del Codice civile nel momento storico attuale (Treviso, 23-24-25 marzo 2006)*], spec. pp. 499 e 503, il quale, dopo essersi chiesto quale possa essere la concreta utilità dell'azione di ingiustificato arricchimento nel nostro ordinamento, giunge alla conclusione secondo la quale «si deve avere il coraggio di dire che» tale azione «non serve a nulla» [osservazione già sostenuta in precedenza in ID., *L'azione di arricchimento nelle codificazioni moderne*, in AA.VV., *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, IV, *Diritto civile*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 476], anzi è «addirittura pericolosa». Con toni meno accesi A. TRABUCCHI, *Arricchimento*, *b) Diritto civile*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, p. 66 (corsivi aggiunti), evidenzia che il ricorso ad altri istituti del diritto civile – disposto sulla base del carattere sussidiario di tale azione – «renderebbe addirittura *praticamente inutile* la esistenza di un'azione di arricchimento». Cfr., inoltre, A. VENTURELLI, *Sulla specificità e residualità dell'azione di ingiustificato arricchimento: inutilità di un rimedio?*, in *Danno e resp.*, 2003, p. 865 ss. (nota a Cass., 20 novembre 2002, n. 16340, *ivi*, p. 863 ss.).

[125] E. CIACCIO, *o.c.*, p. 1606 (v., *retro*, nota 121).

È facile intuire che è praticata una «restrizione»[126] della irripetibilità, *assoluta* e circoscritta ai soli casi di contrarietà al buon costume: l'irripetibilità opererebbe, in tal modo, *unicamente* dinanzi al carattere turpe dell'accordo[127] al fine di prevenire e/o sanzionare[128] la condotta immorale ponendo nel nulla lo scambio[129]. Scelta che, in via indiretta, «garanti[rebbe] al datore di lavoro la *retentio* delle utilità ricevute»[130], pur essendo l'immoralità tanto nella condotta di chi agisce, tanto nella condotta di chi riceve il "fare".

Potrebbe, allora, evidenziarsi – adottando la provocazione di autorevole dottrina – che un tale principio, «discutibile nel suo fondamento e tuttavia ben chiaro», sia soltanto «in apparenza, insuscettibile di eccezioni»; che, cioè, «il giudice, [...] considerando la diversa misura dell'immoralità, o il rapporto tra le prestazioni contemplate nel contratto immorale, o il grave sacrificio patrimoniale che il *solvens* dovrebbe sopportare, p[ossa] considerare *abusiva* la pretesa dell'*accipiens* di trattenere la prestazione e p[ossa] condannarlo alla restituzione»[131] (cosí, ad esempio, per chi denuncia la propria immoralità, là dove lo scopo non «esente da turpitudine»[132]

[126] Come definita da G. Villa, *Contratto illecito ed irripetibilità della prestazione*, cit., p. 56, il quale brevemente illustra le eccezioni alla regola della irripetibilità svolgendo per esse un'analisi di razionalità economica.

[127] Nel silenzio della legge è unanime in dottrina l'indirizzo teso a escludere la irripetibilità in caso di immoralità unilaterale del solo *accipiens*, sí che al *solvens* 'innocente' è riconosciuto il diritto alla restituzione; viceversa, là dove l'immoralità sia del solo *solvens*, la «sanzione» della irripetibilità diviene un mezzo per tutelare l'*accipiens*: v., per tutti, E. Moscati, *Pagamento dell'indebito* (1981), cit., rispettivamente, pp. 386 ss. e 398 ss., e ivi bibl. cit.

[128] Cfr. P. Perlingieri, *Le vicende dell'obbligazione naturale*, cit., p. 368.

[129] Non varrebbe, infatti, osservare che, l'azione restitutoria «otterrebbe di reprimere molto piú efficacemente il mercato clandestino di prestazioni incommerciabili»; ma, seguendo «questa prospettiva il dispositivo della *soluti retentio* p[otrebbe] apparire non solo poco efficiente, ma perfino colpevolmente ipocrita»: in questi termini, D. Carusi, *Le obbligazioni nascenti dalla legge*, cit., p. 321 s.

[130] P. Rescigno, *o.u.c.*, p. 410.

[131] È quanto limpidamente osserva P. Rescigno, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 205 ss., spec. p. 288 (corsivo aggiunto). L'a. ha modo di riconoscere lo stretto legame esistente tra il tema della irripetibilità della prestazione immorale e la "dottrina dell'abuso" nella stessa nota a sentenza *Lavoro prestato contro promessa di adozione*, cit., p. 410 s., nota 3, dove dichiara apertamente che il suo «saggio della regola "meno auditur"» (ossia «*In pari causa turpitudinis*», cit., p. 1 ss., spec. 47 ss.) sia «nato, a sua volta, dalla meditazione sul tema dell'abuso». Sí che, l'*accipiens* che versi "*in pari causa turpitudinis*" sarebbe «privato della tutela apprestatagli dall'art. 2035 perché avrebbe concluso la convenzione immorale abusando d'un suo diritto»: Id., «*In pari causa turpitudinis*», cit., p. 47.

[132] Cfr. la recente decisione della Cass., Sez. III, 21 aprile 2010, n. 9441, cit., p. 2028, ove la Suprema Corte è chiamata a pronunciarsi sulla validità di un accordo avente ad oggetto il trasferimento pecuniario nei riguardi di un «privato cittadino dalle buone frequen-

sia ancora "incerto", intendendo con tale condotta che gli sia «riconosciuta *melior condicio* rispetto a chi, mosso da piú o meno diretti interessi speculativi»[133], abbia ricevuto la prestazione).

tazioni e dalla navigata esperienza del mondo» finalizzato ad «agevolare l'assegnazione di una casa popolare». Trattasi, in specie, di mandato a usare del denaro per "ben disporre": il c.d. «prezzo dell'influenza» che, il privato cittadino, dichiara, per iscritto, di restituire «a semplice richiesta» là dove non fosse riuscito nell'obbiettivo avuto di mira. E, difatti, il *solvens* chiede indietro la somma di denaro elargita, ma sia il giudice di secondo grado (Trib. S. Maria Capua Vetere, 26 ottobre 2004, n. 147) che la Suprema Corte, richiamando il principio per cui *in pari causa turpitudinis melior est condicio possidentis*, ne rilevano l'irripetibilità della prestazione (diversamente il giudice 'di prime cure' che aveva fatto propria «un'interpretazione restrittiva dell'art. 2035 cod. civ.»).

[133] In questi termini, D. Carusi, *Mandato illecito, "traffico d'influenza", divieto di ripetizione*, cit., p. 2030, il quale esterna il proprio disappunto verso la decisione del giudice di legittimità (Cass., Sez. III, 21 aprile 2010, n. 9441, cit., p. 2028; richiamata nella nota precedente) che, in ossequio al brocardo secondo cui *nemo auditur turpitudinem suam allegans*, sembrerebbe giungere a «conseguenze irragionevoli ed assurde». Il tutto muove da una richiesta di restituzione del denaro avanzata prima del raggiungimento dello scopo (non "esente da turpitudine"): «un *ripensamento*» o, meglio, «la *rinuncia al progetto immorale*» (cosí, D. Carusi, *o.u.c.*, p. 2029, corsivi originali). Sí che, «[r]apportata a questa ipotesi, l'affermazione che non debba darsi ascolto – o meglio non debba darsi ragione – a chi denuncia la propria immoralità mostra tutto il suo profilo sconveniente, consistente nell'ascoltare e finanche nel promuovere, anziché osteggiare, il perseguimento di interessi illeciti»; in tal modo «non l'attuazione della legalità, ma la sua violazione, sarebbe…. garantita dalla legge!». Ad avviso dell'a. occorrerebbe, per affrontare tale questione, un «atteggiamento restrittivo» che porti a limitare – nei casi come quello in esame – la portata dell'art. 2035 c.c.: atteggiamento da preferire alla logica del «chi ha avuto ha avuto» (come briosamente osserva A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, 44ª ed., Padova, 2009, p. 971) al fine di combattere, con la restituzione, «lo sviluppo e la ramificazione dei fenomeni di mercato illecito» (D. Carusi, *o.u.c.*, p. 2030). Lo stesso art. 2035 c.c. non distingue, in effetti, tra «il caso in cui l'*accipiens* abbia o meno eseguito la sua "incontabile" prestazione», e si limita semplicisticamente a statuire l'irripetibilità per l'ipotesi dell'avvenuta esecuzione, senza curarsi di precisare cosa debba accadere là dove l'esecuzione non si sia verificata. In tal caso, «ben maggiori s[arebbero] gli inconvenienti cui condu[rrebbe] – o per scongiurarli le contraddizioni cui costringe[rebbe] – la scolastica riproposizione del brocardo *nemo auditur*», e la tutela dei diritti degraderebbe «al rango di quasi aneddotica eccezione» (Id., *o.l.u.c.*).

Sia consentita una breve puntualizzazione in merito alla vicenda qui esaminata: non bisogna dimenticare che si discorre di opposizione al decreto ingiuntivo da parte di eredi («opponibilità agli eredi di [Mr. X] dell'obbligo da questi assunto»: cosí, Cass., Sez. III, 21 aprile 2010, n. 9441, cit., p. 2028) e che l'*accipiens*, molto probabilmente, non aveva ancora eseguito la prestazione in quanto (forse) morto prematuramente. Se, dunque, non sussiste alcuna incertezza sulla effettiva presenza di un negozio contrario al buon costume e neppure sulla mancata esecuzione della prestazione immorale, sembra dubitarsi che una autodenuncia (in tal caso 'tardiva') da parte del *solvens* possa condurre a ritenere che un'interpretazione restrittiva dell'art. 2035 c.c. giungerebbe ad essere «positivamente argomentabile» e «forse non inopportuna» (D. Carusi, *o.u.c.*, p. 2030): posizione che potrebbe apparire tale – e trovare una piú equa ponderazione per chi denuncia la propria immoralità – soltanto là dove il raggiungimento dello scopo turpe "sia ancora incerto" perché non ancora realizzato, ma realizzabile, dall'*accipiens* in persona.

In tal modo la teorica dell'abuso verrebbe a «correggere il sistema, ed a correggerlo con il disapplicarne l'una o l'altra norma»[134]; con il combinare la chiara irripetibilità – espressa da una disposizione la cui finalità (quella di sanzionare l'immoralità ponendo nel nulla lo scambio) sarebbe qui deviata, "alterata", giacché diretta a far valere un diritto (quello del datore di lavoro) difforme dall'interesse «che sta a criterio della qualificazione [...] di quel comportamento medesimo»[135] – con la anelata ripetibilità della prestazione.

Ancora: esaminando la complessa vicenda e l'applicazione disposta dalla normativa presa in esame (artt. 2126, comma 1, seconda parte, e 2035 c.c.), si potrebbe giungere quasi ad ammettere che chi agisce illecitamente, cioè in maniera contraria a una norma imperativa o all'ordine pubblico, ma senza offendere il buon costume, riceva tutela da parte dell'ordinamento con l'istituto della ripetizione dell'indebito. Se, dunque, l'immoralità manca in presenza dell'accordo illecito, piú che accordare ogni volta un «premio dell'illegalità»[136], ammettendo, mediante l'esperibilità della *condictio indebiti*, una tutela giuridica ampia, avanza il dubbio se sia possibile combinare (anche in questo caso) la espressa ripetibilità con la piú 'logica' irripetibilità, quando la scelta dell'una o dell'altra porterebbe comunque «a risultati in contrasto coi fini della legge»[137]: in altri termini, consentire una sorta di *estensione* della irripetibilità, questa volta *relativa*, ossia concessa soltanto a favore di una delle parti.

Il menzionato gioco di equilibri pone in luce talune considerazioni finali. Cogliere l'ingiustizia del vantaggio e mitigarne il contenuto non è operazione di gran semplicità e credere che richiamare la «breve formula» dell'abuso basti a «moralizzare il diritto» o a bilanciare «il sacrificio» di una prestazione «altrui sproporzionata all'utilità di colui che se ne avvantaggia», «è, d'altra parte, un'illusione che nemmeno i primi "inventori" della formula nutrirono»[138]. Tuttavia, ignorare o non tener con-

[134] Cosí, P. Rescigno, *L'abuso del diritto*, cit., p. 288.

[135] V. Giorgianni, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, Giuffrè, 1963, p. 193. Per una ridefinizione del concetto di 'abuso' v. A. Gentili, *L'abuso del diritto come argomento*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, p. 297 ss.; v., inoltre, G. Perlingieri, *Profili civilistici dell'abuso tributario. Inopponibilità delle condotte abusive*, Napoli, Esi, 2012, spec. p. 31 ss.

[136] L'espressione è mutuata da G. Villa, *o.c.*, p. 53.

[137] G. Villa, *o.c.*, p. 58 s.

[138] P. Rescigno, *L'abuso del diritto*, cit., p. 289, il quale attentamente riconosce che «[l]a fortuna della breve formula [abuso del diritto] ha solamente accompagnato il declino della certezza e la crisi delle libertà; e della certezza e della libertà ha illuminato [...] l'insufficienza e l'involuzione».

to di questo 'correttivo' significherebbe consegnare – a seconda dei casi – nelle mani di colui che trae profitto dalla stessa immoralità di cui si è reso partecipe ovvero nelle mani di colui che pur immorale non essendo ha realizzato un'illiceità, una tutela «fatta "brandendo l'arma" della legge»[139]. Se vero è, allora, che – come ironicamente osservato – «nei suoi limiti e nella sua vocazione» la teoria dell'abuso finisce «col testimoniare l'antica miseria del diritto e la pena del giurista che cerca di riscattarla», è pur vero che, in tale riscatto, determinato dall'operatore del diritto, la «formula può servire» e «rivela[rsi] uno strumento duttile e prezioso»[140], al fine di procedere nella formulazione di 'criteri mitigatori' alla ripetibilità/irripetibilità – diretti ad eccepire l'abuso presente nella condotta di una parte, consentendo/negando/correggendo gli effetti prodotti dall'apparenza di esercizio[141], realizzato sulla base di un atto nullo perché immorale o unicamente illecito (o illegale, secondo l'«incerta distinzione»[142] prospettata sul piano degli effetti).

[139] Letteralmente, F. Carresi, *Il contratto*, I, in *Tratt. dir. civ. comm*. Cicu Messineo, continuato da Mengoni, Milano, Giuffrè, 1987, p. 485.

[140] È quanto espresso da P. Rescigno, *o.u.c.*, rispettivamente, pp. 290 e 289, il quale riconosce tale "utilità" «almeno là dove» l'«offesa al comune sentimento» sia «un fenomeno non piú individuale, ma di classi o di gruppi o di concentrazione».

[141] Sia consentito il rinvio a L. Tullio, *Eccezione di abuso e funzione negoziale*, Napoli, Esi, 2005, spec. p. 178 ss.

[142] Sulla opportunità della menzionata distinzione illegalità-illiceità e sulla correlata difficoltà di valutare in modo monolitico e generalizzante il concetto e l'operatività della nullità, cfr. G. Perlingieri, *Negozio illecito e negozio illegale. Una incerta distinzione sul piano degli effetti*, Napoli, Esi, 2003, p. 5 ss.

GIOVANNI VARANESE

Brevi riflessioni sul rapporto tra libertà economiche e diritti fondamentali nel diritto europeo*

Il rapporto tra libertà economiche e diritti fondamentali nel diritto europeo rappresenta per l'interprete un insieme di problematiche molto interessanti, nelle quali il lascito della tradizione si incontra con le pressanti esigenze del presente. Sullo sfondo c'è il tentativo di ridurre a sistema la teoria delle fonti nel diritto privato europeo[1].

Da un lato, riecheggiano dibattiti mai sopiti, che chiamano in causa argomenti familiari per il nostro istrumentario. E si potrebbero tirare in ballo ora la tematica del bilanciamento di interessi, ora quella dell'accertamento del significato dei principi generali, che è possibile solo attraverso la loro reciproca integrazione e limitazione, ora quella dell'importanza sempre maggiore del principio di proporzionalità nei più diversi livelli. Dall'altro, dopo il Trattato di Lisbona il problema sembra sempre più impellente, quasi avesse conseguito una nuova qualità[2].

Se è da qui che si vuole partire, non si può fare a meno di ricordare l'opinione di quella dottrina che, muovendo da una nobile prospettiva assiologica, ha puntualmente sottolineato un mutamento essenziale di prospettiva da un diritto europeo dell'*avere* ad un diritto europeo dell'*essere*, con un'attenzione marcata ai rapporti tra CEDU e diritto comunitario, non più visti come termini impermeabili, ma sempre più osmotici[3].

Lo scopo di questo contributo non è di addentrarsi in una problematica di così vasta portata, ma di dare un piccolo apporto al dibattito, accennando ad alcune opinioni provenienti dalla Germania, perché nel modello tedesco ormai da tempo è in corso un approfondimento che suscita interesse. Così, per le libertà fondamentali del diritto comunitario

* Questo contributo si basa sulla relazione svolta nel Convegno «*Impresa e diritti fondamentali nella prospettiva transnazionale*» che si è svolto presso l'Università del Molise il 5 e 6 maggio 2011. È destinato agli atti, di imminente pubblicazione.

[1] SCALISI, *Interpretazione e teoria delle fonti nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ*., 2009, I, p. 413 ss.

[2] VETTORI, *I principi comuni del diritto europeo dalla CEDU al Trattato di Lisbona*, in *Riv. dir. civ*., 2010, I, p. 115 ss.

[3] SCALISI, *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio « personalista » in Italia e nell'Unione Europea*, in *Riv. dir. civ*., 2010, I, p. 145 ss.

il tema della loro efficacia nel diritto privato è stato ricondotto al modello della *Drittwirkung*, diretta o indiretta, che è nato nel diritto costituzionale tedesco[4]. Il modello europeo sembra aver superato quello di origine perché per la giurisprudenza tedesca l'efficacia dei diritti riconosciuti dalla Legge fondamentale si esplica indirettamente, in particolare grazie alle clausole generali, mentre la Corte di giustizia attribuisce effetti diretti alle libertà fondamentali del diritto comunitario[5].

Per quanto riguarda più specificatamente il tema delle libertà economiche e del loro rapporto con i diritti fondamentali, previsti non solo dai diritti nazionali, ma anche dal diritto comunitario, non mancano i contributi volti a precisarne il concetto[6].

Nell'ottica fondativa della Comunità economica europea le «quattro libertà» (di circolazione, delle persone, delle merci, dei servizi e dei capitali) erano strumentali all'integrazione tra gli Stati membri e, in prospettiva, dovevano consentire anche il rafforzamento della Comunità. Naturalmente oggi le libertà fondamentali rappresentano un elemento cruciale del mercato interno europeo[7] e sono ampliamente riconosciute e tutelate sia dall'Unione europea che dagli Stati membri. Già oggetto della CEDU, le libertà e i diritti fondamentali hanno avuto un ruolo di primo piano nella Carta di Nizza. Adesso la Carta dei diritti fondamentali ha assunto il valore giuridico dei Trattati grazie all'art. 6 TUE e con l'adesione dell'Unione Europea alla CEDU (2° comma) i diritti fondamentali che questa garantisce vengono considerati principi generali del diritto dell'UE (3° comma).

[4] Canaris, *Drittwirkung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten*, in *Umwelt, Wirtschaft und Recht* (a cura di Bauer, Czybulka, Kahl e Voßkuhle), Tübingen, 2002, p. 30 ss. Come sintetizza bene Canaris, *L'incidenza dei diritti fondamentali sul diritto privato tedesco*, in *Studium iuris*, 1999, p. 365: «con l'espressione "efficacia nei confronti dei terzi" [*Drittwirkung*] si vuole alludere all'efficacia dei diritti fondamentali nei rapporti reciproci tra soggetti di diritto privato – in contrapposizione alla loro efficacia nei rapporti tra i cittadini e lo Stato; l'aggettivo "immediata" [o diretta] vuole significare che gli stessi soggetti di diritto privato – e non soltanto lo Stato – sono destinatari dei diritti fondamentali, e più precisamente tanto dei diritti fondamentali intesi quali diritti soggettivi, quanto dei medesimi intesi quali norme di diritto oggettivo» ma è prevalente nel diritto l'opinione della *Drittwirkung* mediata, per la quale «solo lo Stato è destinatario dei diritti fondamentali. Essi incidono nondimeno anche sui rapporti tra soggetti di diritto privato ma soltanto "in via mediata". I diritti fondamentali sono da prendere in considerazione soprattutto in sede di concretizzazione delle clausole generali del diritto civile».

[5] Canaris, *Drittwirkung*, cit., p. 31.

[6] V. i riferimenti in Streinz, *Grundrechte und Grundfreiheiten*, in *Handbuch der Grundrechte* (a cura di Merten e Papier), vol. VI/1, Heidelberg, 2010, p. 664 ss.

[7] Articolo 26, 2, TFUE: «Il mercato interno comporta uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali secondo le disposizioni dei trattati».

In particolare, l'art. 6 TUE ha preso atto della giurisprudenza della Corte di giustizia, che ha creato quel «catalogo» dei diritti fondamentali che ancora mancava nei Trattati[8]. Si può discutere dell'esattezza di ogni classificazione e/o tassonomia, ma non c'è dubbio che comprendiamo tutti a cosa ci riferiamo quando parliamo di libera circolazione delle merci (art. 28 TFUE), di libera circolazione delle persone (art. 21 TFUE) o libertà di circolazione dei lavoratori (art. 45 TFUE), libertà di stabilimento (art. 49 TFUE), libertà di prestazione dei servizi (art. 56 TFUE) e, facendo salve tutte le cautele del caso, libertà di movimento di capitali e libertà di pagamenti (art. 63 TFUE). Così, ad esempio, basterà ricordare che non sempre è facile distinguere la libertà di circolazione dalla libertà di prestazione di servizi: l'esercizio del diritto di libero stabilimento spesso costituisce il presupposto per offrire prestazioni di servizi. E spesso è rilevante la volontà di usufruire delle condizioni salariali e lavorative più convenienti per le imprese negli Stati *newcomers*. Altrettanto nota è l'importanza di queste libertà nella sistematica del diritto europeo, si pensi al legame della libera circolazione delle persone (art. 21 TFUE) con la cittadinanza europea.

Fondare una sistematica dei diritti fondamentali che rispecchiasse il loro ruolo piramidale nel diritto europeo, sarebbe stato più agevole se fossero stati consacrati in una Legge fondamentale. Va preso atto che dopo Nizza la codificazione dei diritti fondamentali in una Carta costituzionale non è stata coinvolta nell'esito negativo che ha segnato le sorti del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa. Se la Carta dei diritti fondamentali non è assunta direttamente al rango di diritto primario, è divenuta parte integrante del TUE in forza del riferimento effettuato dal già menzionato art. 6, 1° comma, TUE e anzi, ancor prima del Trattato di Lisbona, era già stata recepita dagli organi comunitari e ad essa hanno fatto riferimento sia la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sia la giurisprudenza degli Stati membri[9]. Naturalmente non va dimenticato che molti diritti fondamentali sono già menzionati espressamente dai trattati, come quello argomentabile dal divieto generale di qualunque discriminazione basata sulla nazionalità (art. 18 TFUE, già art. 12 TCE) o quello riconducibile al principio della parità di retribuzione tra uomini e donne per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore (art. 157, 1° e 2° comma, TFUE, già art. 141, 1° e 2° comma, TCE)[10].

[8] Streinz, op. cit., p. 665.

[9] V., ad es., Celotto, Pistorio, *L'efficacia giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (rassegna giurisprudenziale 2001-2004)*, in *Giur. It.*, 2005, p. 427 ss.

[10] Streinz, op. cit., pp. 667-670, con puntuali riferimenti.

Anche se la Corte di giustizia non distingue nettamente tra diritti e libertà fondamentali, è interessante il tentativo di individuare gli elementi comuni e le differenze. I primi attribuirebbero direttamente veri e propri diritti soggettivi ai singoli, mentre nelle seconde si esprimerebbero scelte di valore da cui scaturiscono principi guida, particolarmente importanti nel caso di interpretazione teleologica. Tra le principali differenze venivano annoverati i destinatari degli obblighi derivanti dai diritti e dalle libertà fondamentali – l'Unione europea, con i suoi organi, ovvero gli Stati membri – o le diverse finalità perseguite, ma ciò non ha impedito di scorgere un certo parallelismo a livello dogmatico[11].

Per un altro verso, una storia delle libertà economiche può essere raccontata ripercorrendo la giurisprudenza della Corte di giustizia. In questo itinerario una posizione di primo piano è stata assunta inizialmente soprattutto dalla libertà di circolazione delle merci. È appena il caso di ricordare che la storica sentenza *Van Gend en Loos*[12], con cui la Corte di giustizia ha affermato l'autonomia del diritto comunitario e nel contempo l'efficacia diretta del Trattato istitutivo, attribuendo ai singoli dei diritti soggettivi che il giudice nazionale ha il dovere di tutelare, prendeva le mosse proprio dalla lesione dalla libertà di circolazione delle merci cagionata, nel caso di specie, dalla maggiorazione di un dazio all'importazione di merci.

E se così si riconosce efficacia diretta alle libertà fondamentali, la condizione perché il singolo possa farle valere è che non possa essere applicato il diritto nazionale in contrasto, come risulta dalla altrettanto famosissima sentenza *Costa/ENEL*[13].

Nell'ambito del mercato interno le norme nazionali vengono a ricadere sotto il controllo della Corte di giustizia proprio in base alle libertà fondamentali. Ed il risultato è che si evita l'applicazione di norme che pregiudicano il mercato interno. L'integrazione economica, direttamente e dichiaratamente, come è tesa ad una unione politica porta al consolidarsi e al diffondersi, nonostante alcune vistose battute di arresto nelle tappe dell'unificazione, di quella che potremmo chiamare una teoria politico amministrativa comunitaria che si allinea (o addirittura si identifica, a torto o a ragione) con l'idea di mercato.

In questo senso quando si dice che in tal modo si verifica il feno-

[11] Streinz, op. cit., p. 670 ss.

[12] CG, Sentenza 5 febbraio 1963, causa C-26/62, Algemene Transporten Expeditie Onderneming van Gend en Loos c. Nederlandse Administratis der Belastingen, in *Racc.*, 1963, p. 3 ss.

[13] CG, Sentenza 15 luglio 1964, causa C-6/64, Costa c. ENEL, in *Racc.*, 1964, p. 1141 ss.

meno della «integrazione negativa» (cioè misure comunitarie tendenti ad eliminare o ridurre gli ostacoli nazionali al mercato interno), si evoca davvero un'immagine speculare della «integrazione positiva» perseguita col ravvicinamento delle legislazioni. Il controllo giudiziale per effetto delle libertà fondamentali ed il ravvicinamento delle legislazioni tendono così ad uno stesso obiettivo: realizzare il mercato interno[14]. Un'ipotesi particolare potrebbe essere costituita dal caso in cui l'attuazione di una direttiva vada oltre il ravvicinamento delle legislazioni, perché per effetto di una clausola minima viene posto in essere un provvedimento nazionale di attuazione che assicura ai beneficiari una protezione maggiore di quella garantita dalle misure previste dalla direttiva o preserva la maggiore protezione già prevista dal diritto nazionale.[15] Ma non c'è dubbio che nel fenomeno della integrazione negativa un ruolo di primo piano è stato giocato proprio dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, che ha riconosciuto efficacia diretta alle libertà fondamentali del mercato interno, non accettando gli effetti restrittivi o discriminatori determinati da provvedimenti nazionali. Come sappiamo, questa giurisprudenza è vastissima e qui non è possibile procedere ad una disanima dettagliata. Il risultato è che se si accerta la non conformità della disciplina domestica con il mercato interno, essa non può essere più applicata dai giudici e dalle altre istituzioni nazionali (principio di primazia del diritto comunitario). I soggetti pregiudicati dai provvedimenti nazionali non conformi – siano essi imprese o cittadini – possono far valere in giudizio le libertà economiche per tutelare i propri interessi ed eventualmente avanzare anche pretese risarcitorie contro lo Stato, che in modo «sufficientemente caratterizzato» abbia violato il diritto comunitario[16].

Restano sul campo due questioni molto delicate: quella relativa al vincolo dei privati alle libertà fondamentali e quella della compatibilità delle norme di diritto privato eventualmente in contrasto con tali libertà[17].

[14] Reich, *Europäischer Binnenmarkt*, in *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts* (a cura di Basedow, Hopt e Zimmermann), vol. I, Tübingen, 2009, p. 506 ss.

[15] Reich, op. cit., p. 509 ss.

[16] Si tratta di un'applicazione del principio fondamentale della responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario già affermato nel caso *Francovich* (CG, Sentenza 19 novembre 1991, cause riunite C-46/90 e C-9/93, Francovich, Bonifaci e altri c. Italia, in *Racc.*, 1991, p. 5357 ss.), vera pietra miliare della giurisprudenza della Corte di giustizia, ma che ha assunto la formula citata nel testo, divenuta oramai familiare, a partire dall'altrettanto storico *leading case Brasserie du Pêcheur* (CG, Sentenza 5 marzo 1996, C-46/93 e C-48/93, Brasserie du Pêcheur c. Germania e Factortame c. Regno Unito, in *Racc.*, 1996, p. 1029 ss.).

[17] Remien, *Grundfreiheiten (allgemeine Grundsätze)*, in *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, cit., p. 784.

È nei confronti degli Stati membri che vengono fatte valere le libertà fondamentali e in questo senso si può dire che sono i destinatari più prossimi degli obblighi che da esse promanano. Naturalmente anche l'Unione ed i suoi organi sono vincolati alle libertà fondamentali[18]. Ma è verso gli Stati che esse vengono fatte valere in primo luogo e non si sostanziano soltanto nell'obbligo negativo di astenersi da misure che ne pregiudichino l'esercizio, ma anche in quello positivo per le autorità nazionali di adottare le misure necessarie, incluse sanzioni sufficientemente dissuasive, per garantire che sul proprio territorio l'esercizio di queste libertà non sia ostacolato neanche dall'azione di privati[19]. Da qui al riconoscimento dell'effetto orizzontale delle libertà economiche il passo è breve. Nel caso *Schmidberger* per risolvere il contrasto tra libertà di matrice economica e diritti della persona la Corte di giustizia ha affrontato la problematica relativa alla necessaria conciliazione tra le esigenze di tutela dei diritti fondamentali nella Comunità con quelle derivanti da una libertà fondamentale sancita dal Trattato e, in particolare, il problema della portata rispettiva delle libertà di espressione e di riunione, garantite dagli artt. 10 e 11 CEDU, e della libera circolazione delle merci. A tal proposito, la Corte ha osservato che nel caso di bilanciamento tra diritti fondamentali contrapposti, poiché i diritti fondamentali hanno pari importanza, non è proponibile una soluzione del conflitto che ignori l'uno dando priorità assoluta all'altro. In tal senso, è stato chiarito che, qualora si verifichi una collisione tra diritti fondamentali, occorre effettuare un bilanciamento tra gli interessi di cui trattasi e i diritti fondamentali in gioco[20].

Problemi forse più delicati nascono quando si vuole affermare l'efficacia delle libertà economiche nei confronti dei privati. Per la libertà di circolazione dei lavoratori, la libertà di stabilimento e la libertà di prestazione dei servizi, la Corte di giustizia ha riconosciuto un vincolo a carico dei privati in alcuni casi particolari, ad esempio con riguardo agli statuti delle federazioni sportive – basti pesare ai celeberrimi casi *Bosman*[21] e *Deliège*[22] – o nei casi, che definire vessatissimi è dir poca cosa, in tema

[18] CG, Sentenza 17 maggio 1984, C-15/83, Denkavit c. Hoofdproduktschap voor Akkerbouwprodukten, in *Racc.*, 1984, p. 2171 ss.

[19] CG, Sentenza 12 giugno 2003, C-112/00, Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge c. Austria, in *Racc.*, 2003, p. 5659 ss.

[20] Oltre al sopra citato caso *Schmidberger* v. anche CG, Sentenza 29 gennaio 2008, C-275/06, Productores de Música de España (Promusicae) c. Telefónica de España, in *Racc.*, 2008, p. 271 ss.

[21] CG, Sentenza 15 dicembre 1995, C-415/93, in *Racc.*, 1995, p. 4921 ss.

[22] CG, Sentenza 11 aprile 2000, cause riunite C-51/96 e C-191/97, in *Racc.*, 2000, p. 2549 ss.

di contratti collettivi e di conflitti sindacali *Viking Line*[23] e *Laval*[24]. E qui mi fermo nel ricordare qualche sentenza importante della Corte di giustizia perché sono arrivato ad accennare a problematiche giuslaburistiche che vengono trattate con miglior cognizione di causa dai cultori di questa disciplina. Vorrei fare tuttavia una brevissima considerazione, non fosse altro perché è necessaria allo sviluppo del discorso.

Nel caso *Schmidberger* - che così tanta importanza assume nell'economia delle argomentazioni sviluppate nelle due successive sentenze *Laval* e *Viking Line* - la Corte di giustizia ha affermato l'obbligo delle autorità nazionali di adottare le misure necessarie per garantire la libertà di circolazione delle merci, ma il fatto che i privati (i manifestanti) esercitassero dei diritti fondamentali intangibili in una società democratica («le libertà d'espressione e di riunione») giustificava in concreto la mancata adozione di misure dissuasive da parte delle autorità nazionali che avrebbero dovuto tutelare la libertà di circolazione delle merci. Infatti, per un verso, la mancata tutela della libertà di circolazione non ha fatto nascere sospetti di finalità protezionistiche e, per un altro, si è fatta applicazione del principio di proporzionalità perché era stata data adeguata informazione del blocco stradale e si era cercato di limitarne i disagi.

Si era allora molto lontani dalla congerie di problemi generata dai casi *Laval* e *Viking Line*, nei quali l'esercizio delle libertà economiche rischia di spingere al *dumping* sociale, sia pure sotto la maschera elegante del bilanciamento, contemperamento o che dir si voglia. Con questo non voglio affatto passare sotto silenzio l'accresciuta consapevolezza del ruolo sovraordinato dei diritti fondamentali, che vanno salvaguardati senza compromessi, anche al costo di una considerazione critica degli obblighi derivanti dalle libertà economiche, come dimostra, ad esempio, il caso *Omega*[25], da cui si potrebbe evincere che la tutela dei diritti fondamentali può giustificare limitazioni degli obblighi imposti dal diritto comunitario, ancorché derivanti da una libertà fondamentale. Qui il riferimento all'esperienza tedesca mi sembra utile, non solo per l'ovvio richiamo allo speciale posto che occupa la tutela della dignità umana nel *Grundgesetz*[26], ma più in generale per l'im-

[23] CG, Sentenza 18 dicembre 2007, C-438/05, in *Racc*., 2007, p. 10779.

[24] CG, Sentenza 18 dicembre 2007, C-345/01, in *Racc*., 2007, p. 11767.

[25] CG, Sentenza 14 ottobre 2004, C-36/02, in *Racc*., p. 9609 ss.

[26] Art. 1, Legge fondamentale della Repubblica federale tedesca, Protezione della dignità umana: «1°) La dignità dell'uomo è intangibile. È dovere di ogni potere statale rispettarla e proteggerla. 2°) Il popolo tedesco riconosce quindi i diritti inviolabili e inalienabili dell'uomo come fondamento di ogni comunità umana, della pace e della giustizia nel mondo. 3°) I seguenti diritti fondamentali vincolano la legislazione, il potere esecutivo e la funzione giurisdizionale come diritti applicabili direttamente».

portanza di una giurisprudenza costituzionale che ha sempre saputo affrontare e proporre soluzioni per i profili più problematici del processo di integrazione europea, basti pensare al *Lissabon-Urteil* del *Bundesverfassungsgericht* sul Trattato di Lisbona, che ha tenuto a battesimo il «principio del *favor* verso il diritto dell'Unione europea (*Europarechtsfreundlichkeit*)»[27].

Vorrei inoltre porre l'attenzione sul fatto che quando nel leggere l'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE[28] si dice, giustamente, che esso riconosce la libertà di esercitare un'attività economica in un mercato concorrenziale, potrebbe non essere così semplice ravvisare il contenuto dell'obbligo di conformarsi al diritto comunitario «applicato dalla Corte di Giustizia, la quale individua nella dignità della persona e nei diritti fondamentali un limite *certo* di tale libertà»[29]. E conseguentemente proprio grazie alla Corte di giustizia il contenuto delle libertà economiche ed i limiti del loro esercizio emergerebbero in un chiaro contesto di diritti e principi.

L'idea di fondo appare assolutamente condivisibile e sembra confermata proprio dal dato storico dell'importanza della giurisprudenza della Corte di giustizia nell'elaborazione dei contenuti delle libertà fondamentali, che poi ha inciso in ultim'analisi sugli stessi Trattati. Se – e non è certo il caso dell'opinione attenta e informata di Giuseppe Vettori – si assolutizzasse la giurisprudenza della Corte di giustizia, si rischierebbe di ritenerla non solo arbitro, ma anche metro dei potenziali conflitti tra libertà e diritti fondamentali, perdendo di vista il contesto economico, sociale ed assiologico dal quale si promanano le libertà economiche.

Contro di ciò depongono numerosissime ragioni, alle quali non è possibile neanche accennare nello spazio di questi breve pagine. Mi sia consentito, tuttavia, accennare soltanto ad un contributo che mi ha incuriosito per l'originalità delle argomentazioni utilizzate. Da un ponderoso studio in cui Axel Adrian ha cercato di tracciare i fondamenti di un'autonoma metodologia del diritto comunitario[30], è stato confermato – sempre che ce ne fosse stato bisogno – che è una chimera l'idea una meto-

[27] BVerfG, 30 giugno 2009, 2 BvE 2/08, in *BVerfGE* 123, 267. Una traduzione italiana della sentenza è disponibile nel sito della Fondazione Astrid alla pagina http://www.astrid.eu/Riforma-de/Documenti/Corte-cost/Corte-cost/Luther_Karlsruhe-Lisbona_aic_nov.09.pdf. Tra i numerosi contributi pubblicati in Italia v., per l'opinione riferita nel testo, Caponi, *Karlsruhe europeista (appunti a prima lettura del* Mangold-Beschluss *della Corte costituzionale tedesca)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, p. 1103 ss., che argomenta anche considerando la giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* successiva al *Lissabon-Urteil*.

[28] «È riconosciuta la libertà d'impresa, conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali».

[29] Vettori, op. cit., p. 123, corsivo aggiunto.

[30] *Grundprobleme einer juristischen (gemeinschaftsrechtlichen) Methodenlehre*, Berlin, 2009.

dologia giuridica esatta, in grado di dedurre il risultato esegetico di un testo normativo senza consentire all'interprete un proprio giudizio di valore. La scelta del «giusto» significato da attribuire ad un testo si colloca su un piano più associativo che intersoggettivo. In altri termini, ciò che non si può cogliere sul piano della logica formale, può essere compreso su quello di un processo associativo, intuitivo. In tale contesto opererebbe la cd. *fuzzy logic*. Ai suoi albori l'era digitale si è basata su unità binarie: valore 0 o valore 1, sì o no. Come nella logica formale, un termine può essere vero o falso. Invece nella logica *fuzzy* questo può assumere anche valori intermedi ed essere caratterizzato da innumerevoli sfumature[31]. Nella visione di Bart Kosko, uno dei principali creatori della logica *fuzzy* e ispiratore di Adrian, «al suo centro c'è la sostituzione del paradigma del "bianco o nero" con quello del "grigio" o del "chiaroscuro", il passaggio dalla bivalenza alla polivalenza»[32]. Questo principio potrebbe essere fruttuosamente utilizzato nella metodologia giuridica se nell'attività ermeneutica dei giudici si ravvisasse un'intuizione basata sull'esperienza e non l'espressione della logica formale, se si ammettesse che «le diverse tecniche interpretative, le diverse tesi dogmatiche, i diversi giudizi di valore danno luogo a diverse attribuzioni di significato, per le quali non sussiste alcun criterio di verità»[33]. Certo, si può sempre opinare che questa visione non coglie nel segno, perché la logica *fuzzy* attribuisce a ogni inferenza un certo grado di incertezza, mentre la metodologia giuridica sembra preferire argomentazioni più assertive, che privilegino la «certezza». Tuttavia è difficile negare che il linguaggio giuridico, «come tutti i linguaggi non formalizzati», sia «un linguaggio "sfumato" (*fuzzy*), necessariamente caratterizzato dalla vaghezza attuale o potenziale (c.d. *open texture* o *Porosität*) dei concetti, nonché da ambiguità sintattica, semantica, e pragmatica»[34]. Fenomeni come le clausole generali, gli standards valutativi o i concetti-valvola si incontrano ad ogni pie' sospinto. Si potrebbe opinare più semplicemente che le sentenze della Corte di giustizia utilizzate da Axel Adrian per la sua ricostruzione non riguardino il tema delle libertà economiche. Ma la logica *fuzzy* nasce per governa-

[31] ADRIAN, op. cit., p. 702 ss.

[32] *Il fuzzy-pensiero. Teoria e applicazioni della logica fuzzy*, (ed. originale *Fuzzy Thinking. The New Science of Fuzzy Logic*, New York, 1993), Milano, 1995, p. 14.

[33] GUASTINI, *Lo scetticismo interpretativo rivisitato*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2006, p. 232.

[34] CHIASSONI, *Codici interpretativi. Progetto di voce per un* Vademecum *giuridico*, in *Analisi e diritto 2002-2003. Ricerche di giurisprudenza analitica* (a cura di Comanducci e Guastini), Torino, 2004, p. 61.

re la complessità (si pensi al già ricordato caso *Omega*): la Corte considera con attenzione i fatti accaduti, accerta se sia possibile sacrificare una libertà economica, pondera tutti gli interessi coinvolti e si chiede se sia tollerabile una compressione di un diritto fondamentale. Il risultato è che il divieto di sfruttamento commerciale di giochi che comportano la simulazione di atti di violenza contro persone, in particolare la rappresentazione di omicidi, corrisponde al livello di tutela della dignità umana che il *Grundgesetz* ha inteso assicurare nella Repubblica federale tedesca.

Ciò non fa svanire i timori legati ad un approccio che si limiti a considerare il problema come rapporto tra libertà e limiti, o nei termini del mero bilanciamento (o della insuscettibilità a bilanciamento). Bisognerebbe tenere presente il quadro assiologico di riferimento delle libertà economiche nel diritto europeo. In questo senso, proprio guardando all'attività ermeneutica della Corte di giustizia, sembra trovare ulteriore conferma l'idea che l'attribuzione di contenuto valoriale a principi in continua evoluzione dovrebbe evitare ogni assiomatizzazione. È pura utopia ritenere che tutte le decisioni assiologiche possano essere formulate in modo conclusivo, ma si devono evitare antinomie valutative[35], soprattutto quando sono in gioco quei valori di fondo che caratterizzano l'Unione europea come una «comunità di diritto»[36].

[35] Canaris, *Pensiero sistematico e concetto di sistema nella giurisprudenza*, Napoli, 2009, pp. 30 s. e 131 ss.

[36] Per le profonde implicazioni connesse a questo termine v. Bin, *Stato di diritto*, in *Enciclopedia del diritto*, *Annali*, vol. IV, Milano, 2011, p. 1149 ss.

Giovanni Battista Varnier

Cattolicesimo nazionale e visione federale: la fortuna politica di Vincenzo Gioberti (1801-1852) tra esaltazione ed oblio

SOMMARIO: 1. Celebrazioni e interpretazioni. - 2. La fortuna politica di Vincenzo Gioberti. - 3. Dalle condanne all'oblio. - 4. Il clero giobertiano. 5. Riflessioni conclusive

1. *Celebrazioni e interpretazioni*

Nel 2011 abbiamo ricordato il 150° anniversario dell'Unità d'Italia e lo abbiamo fatto in modo piuttosto episodico e con risvolti diversi da quelli di mezzo secolo orsono, allorché con una serie di manifestazioni, che si svolsero a Torino in occasione di *Italia 61,* furono festeggiati i primi cento anni.

Allora l'Italia – raggiunta la ricostruzione post-bellica e attraversando un periodo di intenso sviluppo economico – solennizzò il centenario della conseguita indipendenza e unità, ricordando le gesta di Garibaldi e Mazzini, ma anche di Cavour e di Vittorio Emanuele II, primo re d'Italia. Il nostro Paese, uscito sommerso di macerie dalla guerra, stava vivendo quello che fu definito il miracolo economico, l'emigrazione consentiva a molti italiani la possibilità di procurasi all'estero condizioni migliori di esistenza e l'accentramento amministrativo era considerato come il sistema per garantire il superamento delle differenze tra il Nord e il Sud della Penisola, la Pubblica amministrazione e la leva militare obbligatoria si rifacevano ancora ai modelli della burocrazia sabauda, mentre la scelta istituzionale repubblicana era vista nell'ottica del perseguimento degli ideali propugnati da Giuseppe Mazzini.

Il clima fu patriottico e rievocativo e in tale contesto la Chiesa cattolica, allora guidata da Giovanni XXIII, mostrò significative aperture al fine di rivedere le posizioni espresse nel corso del Risorgimento.

Nove anni dopo – il 20 settembre 1970 – fu festeggiato un altro anniversario: l'unione di Roma all'Italia, questo perché l'unificazione della Penisola determinò prima il tramonto e poi la fine del potere temporale e tale evento, come molti riconoscono, fu sul piano della storia universale ancora più importante dell'unità italiana[1].

[1] Cfr. B. Croce, *Storia d'Italia dal 1871 al 1915,* Bari, Laterza, 1967.

Anche in quella celebrazione ci fu un intervento delle gerarchie ecclesiastiche, che parteciparono alla memoria di quei fatti dei quali, un secolo prima, furono le vittime[2].

Sono passati cinquanta anni e abbiamo nuovamente commemorato la raggiunta unità, scegliendo come data simbolo il 17 marzo, nel ricordo della legge (composta di un unico articolo e datata proprio 17 marzo 1861) con cui Vittorio Emanuele II assunse il titolo di re d'Italia (una norma che non proclama tanto l'unificazione bensì modifica i titoli spettanti al sovrano sabaudo).

Tuttavia, se ci fermiamo a questi richiami il quadro non sarà mai completo, perché centrale per ogni considerazione - che voglia essere in relazione al movimento di unificazione nazionale - è la figura di Pio IX; il quale inizialmente rappresentò il mito del papa liberale da molti atteso e poi divenne colui che sancì il divorzio tra i cattolici e il nuovo Stato e fu identificato come l'espressione del maggior nemico dell'unità nazionale[3].

Un pontefice che nel cui lungo regno, dal 1846 al 1878, si verificarono i più importanti eventi della storia della Chiesa contemporanea e che oggi è quasi dimenticato da quello stesso mondo cattolico che non sembra più proporlo come modello di santità, dopo aver voluto innalzarlo agli altari.

Come sappiamo tutto incominciò il 17 luglio 1846 con il decreto di amnistia per i prigionieri politici; un provvedimento di carattere paternalistico, ma che fu letto in chiave politica.

Più tardi, fu soprattutto l'espressione pontificia del 10 febbraio 1848: "Benedite, dunque, o grande Iddio, l'Italia, e conservatele questo dono, il più prezioso di tutti la fede" a creare equivoci, poiché fu citata e ripetuta sempre in termini monchi. In tal modo: "Un'invocazione essenzialmente religiosa venne ad acquistare così un significato politico; Pio IX dal canto suo lasciò fare. Così al mito del "papa liberale" (nato in seguito al provvedimento di amnistia) se ne aggiungeva un altro, suscettibile di ben più gravi conseguenze, quello del papa fautore e promotore della guerra d'indipendenza nazionale" [4].

A far cadere i miti giunse però l'allocuzione concistoriale del 29 apri-

[2] Sulle celebrazioni del 20 settembre che si svolsero nel 1970, si può vedere U. Indrio, *La Presidenza Saragat. Cronaca politica di un settennio 1965-1971,*Milano, Mondadori, 1971, pp.227-242..

[3] Cfr., G. Martina, *Pio IX (1846-1850),* Pontificia Università Gregoriana, 1974; *Pio IX (1851-1866)*, id., 1986; *Pio IX (1867-1878)*, id., 1990.

[4] G. Sale, *L'Unità d'Italia e la Santa Sede*, Milano, Jaca Book, 2010, p. 36.

le 1848: evento di portata tutt'altro che trascurabile, perché da quell'anno la Santa Sede non ebbe più una visione politica propositiva e sposò la tesi della protesta, concretata nelle linee del catastrofismo del tanto peggio tanto meglio. In quelle drammatiche circostanze papa Mastai Ferretti espresse il suo rifiuto ad aderire ad una lotta di liberazione, poiché – essendo padre dei popoli – doveva riservare a tutti indistintamente il proprio amore paterno. Le contraddizioni del doppio potere temporale e spirituale apparvero manifeste: come sovrano doveva desiderare la guerra, come pastore solo la pace.

Dunque per la Chiesa cattolica il Risorgimento costituì un autentico trauma, che iniziò ad essere sanato solo con la grande guerra, anche se - molto prima di tale data - il movimento cattolico raccolse la sfida, scegliendo come campo di azione quello (del tutto nuovo) della questione sociale, a cui la classe di governo si riteneva estranea dal doversi impegnare ad intervenire. Così, dopo una fase di esasperata polemica contro lo Stato liberale, i cattolici italiani si riavvicinarono alle istituzioni, anteponendo la *questione sociale* alla *questione romana*.

Per queste origini il Risorgimento italiano restò segnato dalla distinzione tra Stato laico e nazione cattolica o, se vogliamo, tra Paese reale e Paese legale, mentre per decenni nelle pubbliche istituzioni si annidò un deciso anticlericalismo che ebbe una duplice matrice: filosofica (di stampo illuministico) e politica (con caratteristiche prettamente italiane). La prima intendeva lottare contro l'ingerenza della Chiesa cattolica nella sfera pubblica per liberare la società dai vincoli e dai privilegi confessionali, mentre la seconda combatteva il potere temporale per realizzare l'unità nazionale e poi per mantenere le posizioni di governo.

2. *La fortuna politica di Vincenzo Gioberti*

Oggi, leggendo gli eventi da un piano più generale, il 150° anniversario ha costituito l'occasione per concretare una serie di manifestazioni, considerando le quali, si è colpiti dall'abbandono della lettura della storia del Risorgimento conseguito prevalentemente come storia del patriottismo italiano, che, attraverso una serie di lotte, realizza l'indipendenza e l'unità nazionale.

Indubbiamente, nel ricostruire il passato abbiamo davanti agli occhi il presente e, quindi, rileggiamo i medesimi fatti con ottica diversa a seconda delle contingenze; così, nel caratterizzare ogni anniversario, sono sempre presenti connotazioni ideologiche differenti.

In questo caso si è particolarmente insistito sulla valutazione del ruo-

lo dei cattolici italiani al moto unitario e alla formazione del nuovo Stato[5].

Siamo di fronte ad un capitolo che è più che mai aperto nella prospettiva di archiviare superficiali polemiche, che periodicamente vengono a ripresentarsi, poiché si tratta di mettere a fuoco un passaggio che, per il mondo cattolico, si è manifestato nel superamento dei residui di un antico distacco dal moto unitario[6], per giungere all'odierno trionfalismo identitario. Fenomeno che, in ultima analisi, – partendo dall'osservazione retrospettiva della supplenza istituzionale esercitata dalla Chiesa nell'odierna crisi dell'Italia - ci conduce all'esagerazione opposta, cioè di cadere in una lettura che vorrebbe i cattolici quali *soci fondatori* dello Stato unitario. In questo dimenticando il *non expedit* e quel dibattito, di cui è ricca la manualistica di teologia morale del secondo Ottocento, incentrato sulla liceità del voto politico dei cattolici italiani.

Secondo le odierne letture nel Risorgimento i cattolici ebbero un ruolo determinante e i laici non furono così avversi alla Chiesa, come si è sempre affermato[7].

In questo, anticiperò subito che, senza per ciò voler distinguersi e andare contro corrente, io non credo - nonostante quello che si sostiene più per moda che per un reale indirizzo storiografico – che il contributo dei cattolici all'unificazione italiana sia stato particolarmente rilevante.

Inoltre, sempre rileggendo il passato si sono volute privilegiare – ancora una volta con lo sguardo al presente – quelle idee federali che furono all'origine del Risorgimento.

Per fare questo si è giocato di chiaro-scuro, cioè mettendo in ombra eventi e persone e ponendo in piena luce altri fatti e figure, anche perché se andiamo a ritroso nel tempo vediamo che i giudizi furono assai differenti[8] rispetto a quelli che oggi ci vengono presentati. Infatti, bisogna convenire che la storia è andata avanzando e l'idea di nazione si è aggiornata, forse è stata superata da un senso più ampio di appartenen-

[5] <Connotazioni ideologiche diverse hanno sempre caratterizzato questi studi. Dopo il dramma del fascismo e della seconda guerra mondiale, la nascita del nuovo stato repubblicano intorno ai valori resistenziali non ha offuscato l'interesse per le origini dello stato unitario nell'Ottocento. Liberati dalle pastoie culturali del fascismo gli studi hanno anzi conosciuto allora nuovi sviluppi, ma sempre con una prospettiva ideologica> (G. Turbanti, *Simboli di una nazione. Il Risorgimento italiano e la Chiesa. Appunti su un tema storiografico,* in "Il Regno. Attualità", 2011, n.18, pp. 603-604).

[6] Cfr., D. Massè, *Il Caso di Coscienza del Risorgimento Italiano. Dalle origini alla Conciliazione,* Alba, S.A.S.,1946.

[7] Cfr. C. Cardia, *Risorgimento e religione,* Torino, Giappichelli, 2011.

[8] Cfr. A. Pellicciari, *L'altro Risorgimento. Una guerra di religione dimenticata,* Casale Monferrato, Piemme, 2000.

za alla comunità di Stati e i concetti ottocenteschi di indipendenza e di frontiere nazionali hanno, a dir poco, cambiato senso.

Orbene, senza negare il peso delle istanze federalistiche (che segnarono un contrasto deciso dal giacobinismo illuminista) che si fecero portavoce delle richieste di autonomia provenienti dal contesto locale della società italiana, è facile ricavare che si tratta dell'ennesima operazione di lettura degli eventi risorgimentali.

Sappiamo che il federalismo sembrò la sola soluzione possibile per il fatto che lo Stato della Chiesa si estendeva dal mare Tirreno all'Adriatico e chiaramente rappresentava un ostacolo a ogni progetto unitario tra Nord e Sud della Penisola, specialmente allorché la difesa del potere temporale del pontefice venne elevata quasi a dogma religioso.

Non dimentichiamo poi che l'istanza federale fu tanto radicata da restare presente nel pensiero cattolico e trovare spazio nel riconoscimento contenuto nella Costituzione italiana.

Come sappiamo il federalismo si riprometteva dunque di salvare il potere temporale dei papi ed assecondare il Risorgimento nazionale. Più tardi saranno gli insegnamenti della dottrina sociale, della partecipazione e della sussidiarietà a costituire un correttivo al principio della maggioranza ed assicurare la garanzia di una democrazia compiuta. La solidarietà sociale, ancor prima del moderatismo politico, trovando coinvolta con la gerarchia ecclesiastica la borghesia illuminata e la nobiltà più attenta, gettò le basi per riannodare le fila tra le due parti contrapposte di cattolici e laici, tra Paese legale e Paese reale, mentre il principio di sussidiarietà divenne il collante di fenomeni che hanno portata e direzioni diverse, ma anche espressione della cultura della mediazione, assumendo quindi una connotazione negativa.

Venendo a qualche riflessione mirata è sotto gli occhi di tutti la esagerata fortuna di cui gode oggi in Italia l'idea federalista, quasi che la sua realizzazione rappresenti il rimedio applicato a situazioni polivalenti e da evocare per ogni male e la soluzione per garantire il funzionamento del processo di integrazione europea. E' un convincimento che sta attraversando orizzontalmente tutte le fasce della nostra società ed è volto ad identificare nelle istituzioni locali, uno spazio idoneo ove esplicare e manifestare un patrimonio culturale capace di esprimere gli interessi qualificanti e distintivi delle diverse comunità civili. Un federalismo che per taluno si confonde con il particolarismo delle leghe e per altri, all'opposto, costituisce niente altro che un cambio di nome per conservare il potere ad un sistema burocratico e centralista.

Inoltre nel medesimo contesto ci sono differenti visioni ideologiche, tanto che se dovessimo interrogarci ciascuno di noi ne avrebbe una di-

versa, anche perché sia il federalismo che il centralismo - in talune epoche storiche – sono proposti come rimedio per governare la diversità.

Si tratta di una manifestazione di quella retorica che resta il male d'Italia, che ci porta ad essere federalisti come siamo europeisti, più emotivamente che razionalmente, e che non ci fa scorgere che, mentre invochiamo il federalismo per rimediare i guasti dell'accentramento amministrativo (oggi vituperato dai più e che invece nel passato fu visto come il sistema per fare gli italiani dopo che era stata fatta l'Italia), a Bruxelles si sta costruendo un sistema burocratico di modello francese che per ampiezza e forza precettiva non ha precedenti nella storia. Allo stesso modo dimentichiamo che nel Risorgimento prevalse il convincimento che il governo di una varia composizione quale l'Italia poteva serbarsi soltanto con una guida accentrata.

Di fronte a questo esagerato utilizzo dell'espressione "federalismo" - mentre la Chiesa cattolica e gli ultimi epigoni dell'internazionalismo rosso risultano, con una strana inversione di ruoli, tra i difensori dell'unità nazionale - rifletto sul fatto di come molti continuano a non accorgersi che regionalismo e federalismo rispondono a visioni diverse che non possono risultare confuse.

Quello odierno, slegato da una visione cultuale, appare come un federalismo esclusivamente dettato dal contingente senza un aggancio alle radici del passato e messo in campo per rispondere a mezzo secolo di inconcludente politica meridionalistica, mentre un contributo all'analisi dei nuovi assetti può derivare proprio da una ripresa dello studio dell'Ottocento europeo e da qui discende la necessità di coltivare la storia del Risorgimento o se preferiamo dell'Ottocento, accanto alla storia dell'illuminismo, dell'antico regime, dell'età della riforma per comprendere quella parabola del XX secolo che dalla esclusività degli Stati nazionali si chiude con la visione opposta che conduce al riconoscimento della pluralità ordinamentale e al venire meno di quel sistema, la cui costruzione fu alla base del patto che portò alla monarchia nazionale, cioè unitaria, e che nel disegno di fondo resse anche per diversi anni della repubblica.

Contemporaneamente ritorna il mito della piccola patria e del piccolo Stato (messo in ombra dal grande Stato militarmente forte e capace di preservare meglio la propria indipendenza e di espandersi nel mondo), come idoneo a garantire la democrazia a base comunitaria e conservare i valori morali tradizionali. Indubbiamente una visione federale risolve il conflitto tra piccola e grande patria, valorizzando i tratti autonomistici degli organi periferici dello Stato, ma implica anche una diversa definizione dei poteri del capo dello Stato.

A questo punto, sarà un contributo costruttivo all'intero dibattito se,

con discernimento, staremo lontani dall'effimero di cui si è detto e cercheremo di indirizzare lo sguardo oltre il mito, ma senza costruire nuovi miti. E' il caso di Vincenzo Gioberti – il teorico del *Primato* - che nelle riletture odierne è uscito dall'oblio sia per valorizzarne i risvolti di attualità legati al ruolo dei cattolici nel processo risorgimentale, come pure per riecheggiare la fortuna e sventura dell'idea federale nell'esperienza italiana.

3. *Dalle condanne all'oblio*

Come sappiamo il sacerdote torinese fu "l'uomo più rappresentativo di quel liberalismo cattolico che accompagnò il nostro Risorgimento con l'intenzione, energicamente combattiva e dottrinalmente elaborata, di far leva sulla tradizione religiosa degli Italiani per il riscatto della loro coscienza morale e, conseguentemente, per il riscatto politico e l'unificazione della patria"[9].

Stando così le cose Gioberti è tornato in luce, anzi, in questa operazione troviamo le schiere dei cattolici cosiddetti progressisti, ma anche il periodico *La Civiltà cattolica*, già autorevole testata dell'intransigentismo. In questa operazione la rivista della Compagnia di Gesù - ampiamente sorvolando sul fatto che, ne *I Prolegomeni del primato*, il sacerdote e politico torinese apostrofò i Gesuiti come " il verme che rose l'Italia, la cancrena che la divora, la peste che la uccide e da essa nascono, per diretto o per indiretto, tutti i travagli e i dolori della penisola"[10] – assume un commento blando del pensiero giobertiano, scrivendo che le sue "teorie, sebbene piuttosto astratte e un poco fantasiose, in quegli anni di intensa trasformazione politica e sociale riscaldarono la mente e il cuore di molti italiani sinceramente interessati al <riscatto> della nazione, e ciò prima ancora che i Savoia sposassero pienamente la causa unitaria, indirizzandola secondo i propri interessi particolari. Le teorie giobertiane avevano, inoltre, il merito di pensare l'unificazione nazionale non soltanto in chiave politica e istituzionale – come poi in effetti la ridusse la strategia cavouriana - , ma anche culturale e sociale, accordandola al particolarismo delle tradizioni regionali dei diversi Stati della penisola e utilizzando, come cemento unificatore della nuova identità nazionale, il grande patrimonio culturale e di fede della tradizione cattolica italiana"[11].

[9] L. STEFANINI, *Gioberti, Vincenzo,* in "Enciclopedia cattolica", vol. VI, coll. 414.

[10] La citazione è tratta da G. MARTINA, *Storia della Compagnia di Gesù in Italia (1814-1983),*Brescia, Morcelliana, 2003, p.80.

[11] *L'Unità d'Italia: una storia comune da difendere o una storia da rileggere?*, editoriale de "La Civiltà cattolica", 2010, II, q. 3839, p. 428.

Più difficile in questi interventi d'occasione superare le condanne canoniche che a suo tempo furono pronunciate contro il sacerdote, ponendo nell'*Index librorum prohibitorum* tutte le sue opere; condanne che oggi sono pubblicate nella *Edizione Nazionale delle opere edite e inedite di Vincenzo Gioberti*. Una serie iniziata nel 1938 che in questo volume presenta, in edizione critica, gli atti del processo canonico del 1849-1852, i giudizi, le procedure e la condanna nei documenti inediti dell'Indice e del Sant'Uffizio[12].

Premetto subito che, oltre al contenuto intrinseco, questa pubblicazione ci offre l'occasione per tornare a riflettere sui tanti interrogativi che si affastellano sui temi legati all'unità d'Italia, il ruolo della Chiesa di Pio IX e dei Gesuiti e dei cattolici italiani, insieme all'attualità del pensiero del Gioberti sia come riformatore religioso che come pensatore politico.

Personalmente, anche alla luce di queste fonti, continuo a considerarlo come un uomo politico, piuttosto che come esponente del mondo cattolico, perché sebbene sacerdote, fu esclusivamente un politico senza alcuna impronta di fede, ma appartenente a quella tradizione italiana di preti politicanti che arriva fino ad oggi.

C'è tuttavia da aggiungere che l'ostilità contro di lui fu dovuta anche ai suoi atteggiamenti non sempre prudenti su momenti particolari della politica del regno di Sardegna tra il 1848-49, mentre diverso e di ordine religioso e non politico fu il suo disegno di riforma della Chiesa, che indusse l'episcopato italiano ad intervenire per una condanna. E' il caso dell'*Indirizzo* dei Vescovi dell'Emilia a Pio IX del 4 ottobre 1849, in cui "Gli scriventi nel così farsi denunziatori di codesta empietà non altro implorano se non che venga il tutto presto a maturo esame perché Pietro parlante con la infallibile bocca di Vostra Santità ammonisca i fedeli a rifuggire da un pascolo di morte, e questi non credasi siccome fin qui avvisarono i più, che tutti gli errori di Gioberti quasi per intero si restringano alla sanguinosa orribil guerra mossa contro la benemerita Compagnia di Gesù"[13].

4. *Il clero giobertiano*

Il pensatore torinese fu tutt'altro che un isolato e sulla sua scia si collocò un clero giobertiano e più genericamente di tendenze liberali, presente in quasi tutto il Risorgimento, che alimentò le divisioni e destò non

[12] Cfr. *Vincenzo Gioberti e le Congregazioni Romane. Il processo del 1849-1852. I giudizi, le procedure e la condanna nei documenti inediti dell'Indice e del Sant'Uffizio*, a cura di L. Malusa e P. De Lucia, Pisa-Roma, Fabrizio Serra Editore, 2011.

[13] Si veda il testo completo nella collocazione ult. cit., p. 270.

poche preoccupazioni alle gerarchie della Chiesa.

Una delle espressioni che sono ricordate come riferite dal padre Marcantonio Durando (1801-1880), beatificato da Giovanni Paolo II, fu "Dai preti liberali, liberas nos Domine!". Missionario di S. Vincenzo, noto per aver introdotto in Italia le Figlie della Carità, le suore conosciute per l'inconfondibile copricapo in uso fino al 1964, che diffusesi rapidamente in un gran numero di opere assistenziali divennero figure familiari negli ospedali, il Durando non fu tuttavia un intransigente e appartenne ad una famiglia di militari, legata alla dinastia sabauda e nota per le idee liberali. Nel suo epistolario troviamo una lettera indirizzata il 13 aprile 1877 al fratello Giacomo, generale, scrittore e presidente del Senato dal 1884 al 1887: "O benedetta America degli Stati Uniti, ove libertà è estesa a tutti ed ove il clero, comunità religiose, protestanti, dissidenti e cattolici, non formano che una sola nazione unita e compatta! Tra noi di ordinario non si vedono e non si sentono che idee, progetti, regolamenti e grette piccolezze che non innalzano la nazione, non la fanno grande, non promuovono la moralità, perché manca in tutti il sentimento religioso!".

Questo richiamo al Durando, che chiede a Dio di essere "liberato" dai preti liberali e poi rivolgendosi al fratello, liberale autentico, auspica il separatismo statunitense per regolare i rapporti tra Stato e Chiesa, vuole indicare che larghi settori della storia dell'Ottocento italiano sono ancora da studiare e tante etichette quali *liberale* o *moderato, intransigente* o *reazionario*, risultano improprie. Osservando più in dettaglio si presenta il caso di Pio IX di cui, pur non essendo in discussione la santità personale, le doti spirituali e la visione pastorale, la beatificazione appare come un evento contraddittorio, che avrebbe dovuto essere collocata come punto di arrivo di una revisione dei giudizi degli storici sul tramonto del potere temporale e come approdo di una rilettura di tutta la storia del Risorgimento. Egli visse in un periodo di trasformazioni epocali e non seppe valutare le tendenze di fondo, rincorrendo gli eventi senza comprenderne la portata, per cui tanta parte dell'anticlericalismo italiano è dovuta ad atteggiamenti di questo pontefice.

La agiografia risorgimentale ha costruito una storia con poche sfumature, con pagine cancellate ed altre costantemente poste sotto i riflettori; ad esempio pochi conoscono le vicende del genovese Giuseppe Bixio (1818-1889), entrato nel 1838 nella Compagnia di Gesù e missionario negli Stati Uniti e poi in Australia, che se fosse ricordato potrebbe disturbare le gesta del celebre fratello Nino, eroe nazionale e braccio destro di Garibaldi. Parimenti anche personalità note restano sfocate, così gli storici, dopo aver scritto pagine e pagine, non sono d'accordo su come valutare l'operato dell'arcivescovo di Genova Andrea Charvaz (1793-1870),

dotto prelato savoiardo, tanto legato a casa Savoia da essere scelto come precettore del futuro re Vittorio Emanuele II, consigliere di Stato e cavaliere della SS. Annunziata, ma pronto a protestare con le dimissioni da vescovo di Pinerolo di fronte alle nuove disposizioni di Carlo Alberto sulla libertà di stampa.

5. *Riflessioni conclusive*

Il senso dell'intera riflessione è quello di collegare l'equivoco interpretativo del primo Pio IX a quello odierno che tende a valorizzare il contributo dei cattolici all'unità d'Italia, il tutto sempre all'insegna del Gioberti.

So benissimo di condurre queste note verso gli estremi del paradosso, ma non è senza perplessità che ho assistito al tentativo di *canonizatio* dell'intero Risorgimento, mentre al contrario una messa a fuoco corretta dell'operato di quei pochi cattolici che vi parteciparono può avvenire senza esaltazioni e non trascurando i lati purtroppo negativi del processo risorgimentale.

Anche un apologeta non può non convenire che: "Pio IX però, in quella storica ora avrebbe dovuto agire con ben maggiore risolutezza e chiarità d'intenti, ma d'animo mite, angelo di bontà e pieno di buone intenzioni, non aveva una personalità così forte come lo richiedevano le circostanze. Gli avvenimenti in cui si trovò coinvolto erano troppo più forti di lui, che fu grande papa religioso, ma negato alla scienza e all'arte politica"[14].

La Chiesa può riconoscere e approvare la dimensione nazionale solo in relazione al fatto che non vi siano controversie che mettano in antitesi una nazione contro altra o contro altre, in quel caso può assumere funzioni di arbitrato, non altro e questo sotto pena della sua universalità. Furono le antitesi a produrre il crollo dell'infatuazione giobertiana di vedere il cattolicesimo *italiano* e non quindi universale, come forza politica vantaggiosa per la realizzazione del disegno di unità nazionale; infatuazione – è opportuno ricordarlo – che travolse anche sacerdoti e chierici nel disegno di conciliare l'aspirazione nazionale con la fede cristiana, alla luce delle nuove libertà. Dunque il tentativo dei cattolici di porsi alla guida del processo di unificazione fu di breve durata e le vicende del Risorgimento videro soccombere il cattolicesimo nazionale rispetto a quello romano.

La Chiesa, quale momento universale, si oppose allo Stato nazio-

[14] D. Massè, *Il Caso di Coscienza del Risorgimento Italiano. Dalle origini alla Conciliazione,* Alba, Società Apostolica Stampa, 1946, 136.

nale, che, quindi, si realizzò contro di essa e l'identità tra religione e nazione si ruppe quando Pio IX si avvide (o fu da altri reso edotto) che, se il papato si fosse fatto interprete dello spirito nazionale e posto alla guida del moto risorgimentale, avrebbe perduto la propria cattolicità e, proseguendo nella linea dei suoi primi atti, il papa sarebbe diventato il promotore della rivoluzione nazionale italiana, con conseguenze di estrema gravità per il resto del mondo cattolico.

Da quel momento i percorsi divergono: finisce il proto-risorgimento cristiano e la dinastia sabauda si allea con la grande rivoluzione nazionale per salvare il trono e allargare i propri domini.

Nella mente dei liberali, che ne furono i principali fautori e nelle cui mani cadde completamente, il Risorgimento italiano ebbe un doppio programma: all'esterno l'indipendenza dallo straniero e all'interno l'unità nazionale accompagnata da nuovi ordinamenti ispirati ai moderni principi di libertà e di uguaglianza e, quindi, liberalismo e democrazia variamente dosati tra loro secondo i discordi pareri e i diversi partiti. E questo risvolto Gioberti non lo vide o lo trascurò.

Tuttavia va precisato che questa operazione di riscoperta non può essere imputata al pensatore piemontese, se non per il fatto che le tante contraddizioni del suo pensiero consentono di volta in volta di cogliere dai suoi scritti quanto serve al caso che si intende sostenere. Questo avvenne anche nel passato, per cui non si capisce Gioberti senza l'equivoco per cui furono interpretati i primi anni del pontificato di Pio IX.

Con questi presupposti all'infatuazione giobertiana di intendere il cattolicesimo italiano come forza politica vantaggiosa per la realizzazione del disegno di unità nazionale, si sommò l'entusiasmo per il programma neoguelfo, che proponeva di mettere il papa a capo di una federazione che riunisse tutti i sovrani italiani e che vide clero e fedeli di varie regioni recare alla causa nazionale un appoggio, se non totale almeno vasto.

A ciò si oppose l'errore degli anticlericali, che – specialmente dopo l'unificazione - sottovalutarono il radicamento della fede cattolica nell'animo degli italiani, separando in modo netto la Chiesa dallo Stato e dando il via a quel periodo storico che Arturo Carlo Jemolo definì *gli anni del dilaceramento*[15].

Dal canto loro, quello che ebbero ben chiaro i cattolici liberali nel Risorgimento fu l'importanza del cattolicesimo nella formazione storica e culturale della nazione italiana, proprio ciò che oggi da un lato vie-

[15] Cfr. A.C. Jemolo, *Chiesa e Stato in Italia negli ultimi cento anni*, Torino, Einaudi, 1971, p. 175 e sgg.

ne sopravalutato e da altri rimesso in discussione. Vi fu una larga parte della cultura, espressa dal pensiero intransigente, che non accettò il processo verso l'unità e le cui linee di orientamento, per una sorta di giudizio previo, neppure oggi risultano valutate in modo equilibrato. In relazione a questo e senza esagerazione si può poi affermare che quasi tutti i pensatori dell'Ottocento si confrontarono col tema dei rapporti tra società civile e società religiosa, mentre il dissidio tra l'Italia e la Santa Sede, oltre a favorire lo studio delle relazioni tra Stato e Chiesa, fece sì che tali analisi fossero condotte più sotto un profilo politico che non giuridico.

Altro elemento certo, fu la passione di tanta parte della classe dirigente risorgimentale, che - pur dovendosi piegare alle esigenze del contingente – continuò a rifarsi alla formula cavouriana, difendendo in questo il separatismo[16].

Resta poi la sincerità di chi coltivò nel proprio animo la fedeltà all'appartenenza nazionale, senza venire a compromesso con la coscienza religiosa e trovando l'appoggio di una parte del clero e in schiere di fedeli. A ciò si aggiunga il contributo di molti pensatori e uomini politici cattolici, che furono moderati nella politica ma non nella fede e che avvertirono, come esigenza insopprimibile, il bisogno di restituire la religione alla sua purezza originaria. Intento questo che li rese ancor più invisi alle gerarchie ecclesiastiche. Furono uomini che, lontani dall'anticlericalismo politico, giunsero ad auspicare una separazione non conflittuale tra Stato e Chiesa in Italia, con garanzie idonee ad assicurare l'autonomia della Chiesa e la sovranità spirituale del pontefice e il caso più noto fu quello di Alessandro Manzoni: cattolico ma liberale e conservatore realista, ma anche profondamente riformista.

Ovviamente non mancarono gli intransigenti, che (applicando il metro della *pars sanior*) si fecero portatori di una visione eversiva dell'ordine costituito, visione non combattuta dalle classi dirigenti liberali, che in questo furono veramente tali. Riandando al primo congresso cattolico italiano, svoltosi a Venezia dal 12 al 19 giugno 1874, osserviamo come, nella generale incertezza diffusa in quegli anni tra le schiere del campo cattolico e di fronte agli eventi politico-militari che radicalmente trasformarono la Penisola e che videro i cattolici divisi, venne a delinearsi il deciso predominio dei primi, con il tramonto del cattolicesimo liberale e con l'affermarsi di quella che Giovanni Spadolini definì: *l'opposizione cattolica*[17].

[16] Cfr. D. Antiseri, *Cattolicesimo liberale,* in *Dizionario del Liberalismo italiano,* t. I, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2011, pp.194-201.

[17] Cfr. G. Spadolini, *L'opposizione cattolica da Porta Pia al '98,* Firenze, Vallecchi, 1954.

Bisognerà attendere, con il *Patto Gentiloni,* l'apertura al cattolicesimo politico e poi – durante il pontificato di Benedetto XV – l'esperienza del Partito Popolare Italiano, che si concretò avendo quale base un programma politico differente dall'antica affermazione dei conciliatoristi: *cattolici con il Papa e liberali con lo Statuto*.

In questo caso siamo però in presenza di altre pagine di storia, mentre, in sintesi, questo 150° anniversario dell'Unità d'Italia ci deve insegnare che la revisione storiografica è necessario che vada oltre il mito e superi i vecchi stereotipi risorgimentali, ma senza creare nuovi miti.

ALBERTO VESPAZIANI

La teocrazia costituzionale: una nuova forma di stato?*

SOMMARIO: 1. L'ascesa della teocrazia costituzionale nella ricostruzione di Ran Hirschl. - 2. Modelli e tipi di relazione tra religione e politica. - 3. Il ruolo delle corti costituzionali nei Paesi islamici: "*a secularist shrine in the post-secularist age*"? - 4. Il costituzionalismo teocratico come soggetto del nuovo ordine costituzionale globale. - 5. Costituzionalismo senza supremazia della costituzione?

Dal punto di vista dei regimi politici il XX secolo si è concluso con un successo diffuso dei modelli e dei valori del costituzionalismo: l'idea di supremazia costituzionale è stata accettata, in una forma o nell'altra, da più di un centinaio di culture giuridiche nazionali e da svariate organizzazioni sovranazionali. L'espansione del ruolo e delle aree di intervento delle corti costituzionali ed internazionali è stata talmente rilevante da aver causato il dubbio che si stesse producendo un cambio di paradigma dalla democrazia costituzionale alla *juristocracy*, dalla centralità della sovranità popolare alla supremazia giudiziaria[1].

Nel frattempo, nelle ultime decadi del secolo scorso e nei primi anni del nuovo millennio, la religione è tornata prepotentemente sulla scena politica ed i fenomeni religiosi sono tornati al centro delle preoccupazioni e delle riflessioni dei costituzionalisti. Dal medio oriente all'Asia, dal Nord Africa sino in Europa i partiti di ispirazione religiosa godono di un successo crescente presso l'opinione pubblica. In Iran, Afghanistan, Bangladesh, India, Nigeria, Libano, Pakistan, Malesia, Turchia, Polonia, Serbia e Ucraina la lotta politica coinvolge temi di dimensione religiosa. Dalla primavera araba alle primarie statunitensi le forze politiche traggono alimento e sostegno da forze religiose.

Dall'incrocio tra diffusione del costituzionalismo e ritorno della religione una nuova forma di stato sembra essere emersa: la teocrazia costituzionale. Questo contributo riassume le ricostruzioni dei primi autori ad

* Questo scritto è destinato al *Liber amicorum per Carlo Amirante*, in corso di pubblicazione.

[1] Cfr. Ran Hirschl, *Towards Juristocracy*, Cambridge, MA, 2004; Larry Kramer, *The People Themselves*, Oxford, 2004.

avere tematizzato la teocrazia costituzionale come categoria autonoma, Olivier Roy, Ran Hirschl e Larry Catá Backer, e discute i tratti fondamentali ed i limiti dei principi ispiratori del costituzionalismo teocratico.

1. *L'ascesa della teocrazia costituzionale nella ricostruzione di Ran Hirschl*

Applicando il metodo realista nello studio comparativo della scienza politica[2], Hirschl ipotizza l'emersione di una vera e propria nuova forma di stato che egli chiama teocrazia costituzionale, distinguendola dalla teocrazia "pura", in cui il leader religioso supremo è anche il leader politico di vertice (come nel Sudan della fine del 19° secolo). In una teocrazia costituzionale esiste una separazione formale tra leadership politica ed autorità religiosa. Giacché il potere risiede in figure politiche che operano dentro i confini della costituzione invece che all'interno della stessa leadership religiosa, i principi fondamentali del costituzionalismo, quali la separazione dei poteri[3], sono formalmente riconosciuti, e la costituzione tipicamente istituisce una corte costituzionale cui attribuisce il compito di sindacare la legittimità costituzionale delle leggi.[4]

Il modello ideale di teocrazia costituzionale, così Hirschl, si compone di quattro elementi costitutivi: (1) adesione a tutti o ad alcuni prin-

[2] Ran Hirschl, *The Realist Turn in Comparative Constitutional Politics*, Political Research Quarterly, volume 62, number 4, December 2009, 827: "the realist approach identifies a set of concrete political vectors, interests, and incentives that affect the interplay between political and constitutional actors and institutions. A quest for legitimacy, or for lowering risks or costs, is a major determinant of both judicial empowerment and corresponding judicial behavior". V. anche *The Rise of Comparative Constitutional Law*, 31 Indiana Journal of Constitutional Law 2008: "There are […] reasons for the limited focus on causality inference, and explanation in comparative constitutional law. These include traditional doctrinal boundaries; trajectories of academic training; lack of established tradition of anonymous peer review in most law reviews; and the different epistemologies of social and legal inquiry. The traditional 'case law' method of instruction – commonly drawn upon in legal academia – is geared toward studying the legal forest through a detailed examination of its individual trees. Because this method is aimed to teach students to 'think like lawyers, it is quite effective in conveying the significance of subtle distinctions between the facts and language of cases and judicial opinions. Unfortunately, however, this approach does not lend itself easily to thinking about comparative inquiry in order to establish causality or to expose extra-judicial factors that may shape legal outcomes".

[3] Quraishi, *The Separation of Powers in the Tradition of Muslim Governments*, , in Rainer Grote & Tilmann Röder (eds.), *Constitutionalism in Islamic Countries*, Oxford, 2012, p. 63

[4] Ran Hirschl, *The Rise of Constitutional Theocracy*, Harvard International Law Journal, volume 49-October 16, 2008, p.73.

cipi fondamentali del costituzionalismo moderno, quali la distinzione formale tra autorità politica ed autorità religiosa, nonché la presenza di forme di *judicial review*; (2) la presenza di una singola religione o di una particolare denominazione religiosa che viene formalmente riconosciuta dallo stato come religione ufficiale dello stato; (3) il riconoscimento costituzionale della religione, i suoi testi, le sue prescrizioni ed interpretazioni come *una* o *la* fonte della legislazione e dell'interpretazione giudiziaria delle leggi – sostanzialmente le leggi non possono contravvenire le ingiunzioni della religione dello stato -; e (4) un nesso tra corpi religiosi e tribunali cui viene riconosciuto uno status di giurisdizione ufficiale e che operano in sostituzione, o in collaborazione conflittuale, con le corti di diritto civile.[5]

Se accettiamo questa definizione degli elementi costitutivi di questa forma di stato, allora dobbiamo concludere che centinaia di milioni di persone vivono oggi in comunità politiche che possiamo definire come teocrazie costituzionali. Ma al cospetto della rilevanza statistico-demografica di questo fenomeno, i canoni della teocrazia costituzionale rimangono ancora una sorta di buco nero, il lato oscuro dello studio del diritto costituzionale comparato, un aspetto ancora troppo poco teorizzato e discusso. Nelle trattazioni ordinarie delle forme di stato solo di rado si incontrano cenni alle teocrazie, sempre relegate all'interno della forma di stato autoritaria, comunque considerate marginali rispetto al modello dominante della forma di stato liberal-democratica di stampo occidentale. Nelle principali enciclopedie giuridiche italiane non si riscontrano voci dedicate alla teocrazia.

Ran Hirschl, al contrario, sostiene la tesi secondo la quale dalla mescolanza di valori, ideali e punti di vista apparentemente contraddittori, la teocrazia costituzionale offre una cornice, uno scenario ideale attraverso cui è possibile studiare e analizzare il costituzionalismo; uno studio che è possibile fare ricorrendo a strumenti di indagine che vanno oltre la tradizionale prospettiva di studio sul costituzionalismo quale dottrina rintracciabile solo in quei sistemi sociali e politici che si ispirano in modo immediato alla nozione di democrazia. La teocrazia costituzionale è insomma una sorta di specchio attraverso cui lo stesso costituzionalismo occidentale può imparare a riconoscere quanto di costituzionalismo è presente nelle teocrazie e, al contempo, quanta teocrazia è presente nello stesso costituzionalismo occidentale.

Secondo la ricostruzione di Hirschl, una teocrazia costituzionale ap-

[5] *Ivi*, 74.

prova formalmente, e sostiene in modo attivo e partecipe, una singola religione o un credo dominante, uno schema piuttosto diffuso quando si passa ad analizzare la questione del nesso tra politica e religione, e che sottintende una sorta di appoggio reciproco tra il "trono e l'altare": la religione di Stato è custodita, tutelata e proclamata quale fonte principale di tutti gli atti legislativi, e quindi principio ispiratore che pervade l'intero ordinamento giuridico e i principali metodi di interpretazione giudiziaria.

In una teocrazia costituzionale, la religione designata come religione di stato è spesso considerata un elemento fondativo dello stato moderno: in questo modo la religione stabilisce i confini dell'identità collettiva di un determinato sistema sociale, così come lo scopo e la natura di parte o di tutti i doveri e i diritti attribuiti ai rispettivi cittadini.[6] In questo modo la religione esprime l'intento di plasmare la vita sociale, di non limitarsi ad una proiezione verso l'aldilà del mondo, bensì di voler contribuire a fondare e/o rifondare i rapporti intramondani; la religione si proietta nel sociale facendosi ragione pratica e azione storica, assumendo una capacità di forma di tipo pubblico, e non più solo privato.

Le teocrazie costituzionali, comunque, fanno molto di più che concedere una ricognizione esclusiva e un sostegno ad una data religione di stato: in esse le leggi devono essere conformi ai dettami della dottrina religiosa, pertanto nessuna legge può essere promulgata se contrastante con i suddetti principi. Ed è per questo motivo che si sviluppano stretti legami e rapporti tra organi religiosi, tribunali e autorità che agiscono al posto dell'apparato di corti civili, o si affiancano a questo nelle loro attività. Le opinioni e il complesso delle decisioni emesse da questo corpo di tribunali e autorità rappresentano un peso simbolico notevole nella sfera della vita pubblica, e in questa svolgono un ruolo significativo. Ma forse l'aspetto maggiormente interessante è che il nesso che lega tra loro leggi ed istituzioni è subordinato al sindacato di costituzionalità e al potere di revisione costituzionale, concentrato nelle sedi di collegi giurisdizionali composti da giudici e giuristi, in grado di vantare una comprovata formazione accademica e professionale tanto nel campo del diritto positivo tanto in quello di derivazione religiosa.

L'emergere della teocrazia costituzionale, così come avvenuto per il processo di separazione tra Stato e Chiesa intercorso secoli prima, è soltanto un ulteriore stadio, una sintesi politicamente guidata che, nei Paesi di recente industrializzazione e modernizzazione, si sta imponendo come

[6] Ran Hirschl, *Constitutional Theocracy*, Harvard University Press, Massachusetts, 2010, pp. 2-3

l'esito finale dell'imperituro gioco di tiro alla fune tra due dei più importanti complessi di principi e convinzioni del nostro tempo.[7]

Così come il regno animale non è composto esclusivamente da mammiferi o da rettili, o così come la tavola periodica degli elementi ne classifica molti di più che del solo oro o ferro, così l'attuale paradigma dei rapporti tra stato e religione non si limita al semplice modello della netta separazione delle rispettive sfere di influenza, ma contempla ulteriori dinamiche ed evoluzioni ancora poco approfondite e indagate.

La teocrazia costituzionale si colloca nel punto di intersezione tra il generale e il contestuale, tra l'universale e il particolare: può essere definita come la versione costituzionale di quella che anche Ran Hirschl chiama *"glocalization"*, ossia il processo per mezzo del quale ciò che è globale e ciò che appartiene alla sfera del locale si fondono e si incorporano in una nuova, straordinaria, e già perfetta sintesi.[8] La teocrazia costituzionale è un laboratorio vivente e in continua evoluzione, una rara combinazione tra un ordine apparentemente passato e istituzioni proiettate al futuro, una congiuntura di aspirazioni ideologiche e considerazioni strategiche. La teocrazia costituzionale si presenta in una forma non ancora del tutto definita, come il riflesso di un'intrigante affinità concettuale tra costituzione e religione, ognuno con i suoi testi di riferimento, con le proprie gerarchie interpretative, la propria moralità mista ad interessi terreni.

Le presunte supposizioni per cui costituzionalismo e religione sono sfere d'azione diametralmente opposte, oppure non legate da rapporti di interdipendenza o correlazione, è altamente discutibile: queste due autorità sono per molti aspetti analoghi sistemi simbolici che cercano di istituire, consolidare e conservare la propria egemonia e le proprie prospettive. A ben vedere, quasi nessun ordinamento costituzionale del mondo contemporaneo può essere del tutto separato dalla religione: il costituzionalismo presenta delle sfaccettature di natura religiosa, e in molti paesi costituzione e legge sacra coesistono, coabitano sulla base di rapporti tesi o che preludono ad aperte ostilità. La vocazione religiosa dei testi costituzionali, perciò, può costituire una valida ed efficace alternativa al complesso di testi sacri religiosi: in questo senso il costituzionalismo può imporsi, o forse si è già imposto, come il futuro "oppio delle masse".[9]

Muovendo dalla teoria alla fenomenologia costituzionale, Hirschl

[7] Ivi, pp. 15-19

[8] Ivi, pp. 245-249

[9] Ran Hirschl, *Costitutional Theocracy*, Harvard University Press, Massachusetts, 2010, pp.245-249

nota come a partire dai primi anni settanta del XX secolo fino ai giorni nostri, decine di paesi musulmani, dall'Egitto al Pakistan, passando per l'Afghanistan e l'Iraq, hanno incluso la *Shari'a* nei rispettivi testi costituzionali, proclamandola solennemente quale unica fonte di diritto. Le costituzioni di recente emanazione come quelle dell'Afghanistan (2004) o dell'Iraq (2005) documentano in maniera inequivocabile il marchio distintivo di una teocrazia costituzionale, ossia la presenza di un duplice richiamo sia dei dettami e degli imperativi morali della *Shari'a* o di altra legge religiosa, sia dei principi costituzionali e democratici, più vicini e maggiormente comprensibili alla cultura e alla sensibilità occidentale.[10]

La Costituzione irachena, ad esempio, non può considerarsi una Costituzione liberale di tipo classico, anche se appartiene a pieno titolo alla tradizione costituzionale: nella Costituzione irachena i diritti fondamentali, infatti, sono posti sotto la tutela dell'Islam, considerato religione di Stato. Posto che l'Islam è la religione ufficiale dello Stato e fonte vitale dell'intera legislazione, nessuna legge che contraddica i principi islamici può essere promulgata; solo dopo aver stabilito tale principio, si proibisce la promulgazione di leggi che contraddicono l'essenza della democrazia e dei diritti fondamentali. La presenza nella Costituzione irachena e della *Shari'a* e di una forma di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali, va comunque vista alla luce del particolare rapporto esistente nella cultura islamica tra religione, politica e spirito nazionale.

Innanzitutto va ricordato il fatto che la scrittura per i musulmani ha un significato del tutto peculiare, in quanto non si esaurisce nell'essere semplice mezzo di comunicazione, bensì rappresenta il concretizzarsi della presenza di Dio nel mondo; le pagine del Corano, per i musulmani, sono sacre in se stesse, non solo per il loro contenuto, per cui ogni scrittura rimanda in ultima analisi alla struttura originaria, alle pagine del libro sacro dove si realizza la presenza divina nel mondo. Ragion per cui, laddove si procede alla messa per iscritto di un principio, non si può che ritornare alla fonte che legittima l'atto stesso dello scrivere, ossia il Corano. Inoltre, quando si parla di diritti fondamentali, dal punto di vista islamico, non si sta parlando di diritti indipendenti dalla verità religiosa: la dignità dell'uomo è in qualche modo vincolata alla volontà divina, che tutto domina incontrastata. L'Islam è la religione naturale dell'uomo, e le varie scuole islamiche si differenziano solo nel modo di interpretare il Corano, senza che nessuna di loro metta in discussione il testo sacro: nell'ambito della civiltà islamica non viene riconosciuta l'esisten-

[10] *Ivi*, p.4.

za di uno spazio neutrale rispetto alla rivelazione. Segue così che nell'Islam, la legittimazione delle decisioni giuridiche e politiche ha avuto per secoli, e continua ad avere, una matrice religiosa: chi è chiamato ad esercitare l'autorità politica assume decisioni legittimate sulla base dell'interpretazione che i dotti religiosi danno della legge sacra. Si forma così un corpus giuridico- teologico che costituisce la base delle successive decisioni dell'autorità "laica".[11]

D'altronde, nessun testo costituzionale al mondo trascura, rimane silente o si astiene dal richiamare precetti di natura religiosa: e l'ascesa della forma di stato che abbiamo nominato *teocrazia costituzionale* testimonia proprio l'onnipresenza della religione, questo punto di tangenza nella politica pubblica del mondo contemporaneo. L'incontenibile ritorno della religione sulla scena politica moderna è un aspetto che accomuna tanto l'Islam politico e le sue aspirazioni religiose, tanto il mondo liberale e occidentale, destinato ormai ad uscire dalla presunzione westfaliana e dal paradigma della secolarizzazione e neutralizzazione della religione, per abbracciare una concezione sostanziale e realistica della sua presenza nell'ambito pubblico. L'abitudine, perciò, di immaginare l'occidente come roccaforte del principio di separazione tra religione e politica e, esattamente agli antipodi, l'oriente come l'ambito prediletto dove invece questi due sistemi sono aggrovigliati, concatenati in un reticolo di rapporti intricati, e mai indipendenti l'uno dall'altro, non è più valido.

2. ***Modelli e tipi di relazione tra religione e politica***

Il ruolo di primo piano che la dimensione religiosa viene ad assumere nei vari assetti sociali, politici e culturali non percorre sempre un'identica direzione, ma varia di volta in volta a seconda del contesto in cui esercita la propria azione. Infatti, al fine di posizionare e definire le tipologie relazionali tra politica e religione, sia secondo una dimensione temporale che va dal passato ormai remoto fino ai giorni nostri, sia secondo coordinate geografiche che comprendono l'oriente quanto l'occidente, il nord come il sud del mondo, Ran Hirschl individua nove modelli, nove archetipi validi ad elencare tutti i possibili nessi e rapporti che pos-

[11] cfr Abou El Fadl, *The Centrality of Shari'ah to Government and Constitutionalism in Islam*, in Rainer Grote & Tilmann Röder (eds.), *Constitutionalism in Islamic Countries*, Oxford, 2012, p. 55: "Any constitutional practice must come to terms with the centrality of Shari'ah to the conception of government in Islam. In many ways, in an Islamic system, sovereignty belongs to the Shari'ah, and not to the people".

sono intercorrere tra Stato e Chiesa.

Volendo immaginare le due istituzioni suddette come gli estremi opposti di un ipotetico *continuum*, il primo modello relazionale che l'autore individua, e che pone nell'estremità anti-religiosa, è rappresentato dai regimi comunisti. Tali regimi si fanno portatori di un ateismo che associa la religione, tanto nell'ambito pubblico che in quello privato, ad uno stato di arretratezza e falsa coscienza; la visione atea del comunismo giustifica, perciò, lo straordinario impegno e l'estrema sollecitazione impiegate dall'autorità statali nel contrastare la religione. L'istituzione della Repubblica Popolare cinese nel 1949, ad esempio, fu accompagnata da un'intera campagna volta a sradicare la religione dalla vita e dalla cultura cinese; in Etiopia, la rispettiva Chiesa ortodossa si vide privare dello status formale di Chiesa di Stato, e costretta ad assistere impotente all'esecuzione del suo patriarca per mano della giunta militare marxista.[12] Del resto, "la religione è l'oppio dei popoli" è il detto che costituisce la pietra angolare della concezione marxista in materia di religione: tutte le religioni e le Chiese sono state tradizionalmente considerate dal marxismo come strumenti della reazione borghese, che servono a difendere lo sfruttamento e a stordire la classe operaia, per mantenerla nella condizione di minorità in cui essa si trova a causa della struttura economica. La religione è uno degli strumenti più potenti nelle mani degli oppressori per il mantenimento dell'ineguaglianza, dello sfruttamento e dell'obbedienza servile dei lavoratori: ecco perché i comunisti inquadrano la demolizione della fede e dell'organizzazione ecclesiastica nella lotta generale per l'abbattimento del regime capitalista. La Chiesa per loro si basa e cresce su quelle stesse fonti ottenute a spese dei credenti, della loro superstizione e ignoranza. Non è un caso che uno dei primi decreti del potere sovietico in Russia fu quello di distribuire le terre della Chiesa ai lavoratori, privarla di tutti i redditi e dichiarare i suoi capitali proprietà del popolo.

Il secondo modello fa riferimento alla tradizionale collocazione della religione nel mondo occidentale moderno, e più specificatamente alla laicità francese, la manifestazione più evidente del desiderio di ridimensionare l'influenza religiosa e clericale negli affari e nella vita pubblica dello Stato, e volto ad istituire un principio di nazionalità e cittadinanza sgombro dal riferimento allo spirito e al senso religioso. L'aggettivo laico, attribuito allo Stato francese, denota una condizione di fatto che non è tanto quella di uno Stato neutrale rispetto alle diverse concezioni reli-

[12] Ran Hirschl, Constitutional Theocracy, Harvard University Press, Massachusetts, 2010, p.26

giose, filosofiche e culturali, e come tale garante della loro pari dignità e assenza di privilegi e/o discriminazioni, e nemmeno quello di uno Stato apertamente antireligioso, ma quello di un'autorità statale che fa della laicità l'elemento fondante della nazione e della sua identità collettiva. E' una forma di secolarismo strettamente legata al profilo identitario della comunità sociale, che si accompagna ad un esplicito approccio assimilazionista nei confronti dei canoni di cittadinanza e nazionalità.[13] In Francia, infatti, il laicismo è stato segnato dal giacobinismo rivoluzionario, ed è imparentato con la tradizione statalista, democratico-autoritaria dello Stato repubblicano francese, e con una concezione forte dell'unità e della sovranità stessa della nazione. Il laicismo francese ha combattuto le istanze ecclesiastiche in nome di filosofie e visioni del mondo che intendevano soppiantare e sostituire il cattolicesimo a vantaggio di una concorrente egemonia culturale sulla nazione.

La Turchia fornisce un ulteriore esempio di questa tipologia di laicità dogmatica e militante. La secolarizzazione della società turca prevalentemente religiosa, condotta da Mustafa Kemal Ataturk, probabilmente è il caso più noto di riformismo separazionista del ventesimo secolo. Dopo il collasso dell'Impero ottomano il gruppo nazionalista guidato da Kemal negò la cultura e la legge islamica in cambio di un riformismo e di un modernismo, rimuovendo parallelamente dalla Costituzione del 1928 l'espressione "la religione dello Stato turco è l'Islam"; al contrario, nella successiva carta costituzionale del 1937 vennero inseriti concetti quali repubblicano, popolare, ateista, laico e riformista proprio per mettere in chiaro il fatto che la moderna Turchia aderisce strettamente al modello separazionista tra stato e religione. Entrambe le successive due Costituzioni del 1961 e del 1982 istituirono un'ufficiale politica pubblica laica.

In altri paesi in cui vige una separazione formale tra Stato e Chiesa, esiste un terzo modello meno dogmatico di laicità, più incline a favorire un profilo di neutralità che esalta l'imparzialità dell'autorità statale, il suo essere al di sopra delle parti nei confronti delle varie tradizioni religiose. Sebbene la religione abbia rappresentato, e continui a rappresentare, un elemento fortemente identificativo della cultura e della società americana, la costituzione degli USA prevede al primo emendamento che " *Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof* ", cioè il divieto per il Congresso di promulgare leggi che favoriscano qualsiasi religione, o che ne proibiscano la libera professione; l' *Establishment Clause* si accompagna poi alla *Free*

[13] Ivi, p.27

Exercise Clause, ovvero alla clausola del libero esercizio, in base alla quale il governo non può né controllare né proibire il libero esercizio della religione da parte dei suoi cittadini. Come si evince, entrambe le clausole garantiscono la terzietà della legge rispetto al culto, e il suo libero esercizio. Allo stesso tempo, però, il popolo americano è tra i più religiosi al mondo, tant'è che ricorre spesso nel gergo linguistico quotidiano l'espressione "*In God We Trust*", un modo di dire che evidenzia come gli americani si affidino e ricorrano alla dimensione più privata ed intima della fede per le scelte di vita di tutti i giorni: il Paese simbolo della modernità, del trionfo della scienza e della tecnologia, nel suo piccolo, fa dei dettami e dei principi della moralità religiosa i criteri guida della propria condotta privata e pubblica.[14]

Ci sono poi i sistemi sociali costituiti dalla presenza di un alto tasso di popolazione immigrata, come il Canada o il Sud Africa post-apartheid, dove emerge una versione meno rigorosa, più soft, del modello di divisione tra Stato e Chiesa, il quale si accompagna però ad un riferimento realistico alla dimensione della diversità e del multiculturalismo che lo caratterizza. Stato e Chiesa sono separati, ma il concetto di cittadinanza non è strettamente connesso a quello della neutralità o della laicità; la categoria della cittadinanza deriva piuttosto da un'applicazione pratica dei principi liberali al campo della politica, e perciò più in generale tesa a favorire il rispetto per i valori e le tradizioni comuni dello stato e della nazione, oltre che il riconoscimento delle differenze che intercorrono tra i cittadini in merito alla dimensione linguistica, culturale o religiosa. La Carta canadese dei diritti e delle libertà, infatti, tutela la libertà di culto e di fede, e individua nel multiculturalismo e nella multirazzialità uno dei pilastri costituzionali, tant'è che il Canada prevede uno status costituzionale di bilinguismo.

Quanto detto fin ora è la riprova del fatto che nell'ambito di quello che abbiamo ipotizzato essere il mondo liberal-democratico, sussistono importanti varianti e declinazioni del più ampio e generico modello della separazione tra Stato e Chiesa. In altre zone del mondo stanno invece emergendo interessanti varianti di tale prototipo, che in taluni casi si caratterizzano per l'essere in totale divergenza rispetto ad esso: ampliando gli orizzonti dello studio comparativo, la realtà che si apre di fronte ai nostri occhi è fatta di altrettanti diversi modelli costituzionali, utili per delineare la natura dei rapporti tra religione e stato, e indispensa-

[14] cfr. Pamela Beth Harris, *Interpretazioni della libertà religiosa negli stati americani pluralisti*, in *Nomos*, 2-2001

bili per l'analisi del fenomeno della teocrazia costituzionale.

Infatti, un quinto modello prevede una debole forma di istituzionalizzazione religiosa, formalmente designata come "religione ufficiale", modello riscontrabile in numerosi Paesi europei, la maggior parte dei quali forti di una tradizione politica liberale e progressista: è il caso della Norvegia, della Danimarca, della Finlandia o dell'Islanda, dove è la Chiesa Luterana Evangelica a raccogliere il maggior numero di fedeli. Il capo di Stato norvegese, ad esempio, è anche capo della rispettiva Chiesa, una situazione suggellata dall'art. 2 della Costituzione. Situazione analoga poco più a sud, dove il monarca inglese è il capo supremo della Chiesa Anglicana, e considerato valido "difensore della fede". La Corona inglese, infatti, riveste un ruolo fondamentale nelle più importanti materie e questioni ecclesiastiche, e viceversa, la Chiesa è coinvolta in prima persona nella cerimonia di incoronazione del nuovo monarca, e ai suoi vescovi più anziani viene garantita una rappresentanza in uno dei due rami del Parlamento nazionale, la House of Lords.

Un sesto modello include quei Paesi dove esiste formalmente una separazione tra Stato e Chiesa, così come esistono costituzioni che tutelano la libertà di culto e professione di fede; tuttavia, nei fatti, l'attitudine a concedere alla Chiesa e alla moralità religiocentrica un profilo di rilievo nella vita pubblica politica, consente a questa e alle sue istituzioni una certa discrezionalità di invasione e infiltrazione del dominio costituzionale. L'Irlanda presenta queste caratteristiche: sebbene la Costituzione del 1973 abbia privato il cattolicesimo di quella che era la sua condizione di credo privilegiato, l'art.4 della stessa invoca la famiglia come elemento naturale e fondante dell'intera società, e prevede che "*the State …..shall respect and honour religion*", ammettendo di fatto una presenza ancora forte e radicata dello spettro del cattolicesimo nella vita sociale, politica e culturale. Ma la Chiesa cattolica ha avuto e continua ad avere con la realtà del potere civile un rapporto diretto, immediato, di compromesso esplicito e di scambio reciproco di favori e privilegi in altrettanti Paesi europei come Malta, la Polonia, la Spagna, il Portogallo e l'Italia. In tutti questi Paesi esiste un regime di divisione tra Stato e Chiesa: formalmente le due istituzioni sono separate, ma allo stesso tempo agiscono e si comportano come irrimediabilmente legate al passato, e questo vale soprattutto per la Chiesa cattolica, che non sembra volersi rassegnare a un destino di emarginazione o di irrilevanza sociologica, ma al contrario si mostra desiderosa di rilanciare il proprio protagonismo politico.

Un'alternativa originale alle tensioni generatesi tra laicismo e clericalismo viene da quei Paesi che adottano un ulteriore tipologia di modello, che posiziona la religione secondo criteri selettivi, cioè solo in de-

terminati ambiti del diritto. Lo Stato si professa laico, ma allo stesso tempo riconosce un certo grado di autonomia giurisdizionale alle varie comunità religiose, specie nelle materie attinenti l'educazione e lo status personale. In India, Kenya e Israele, le comunità religiose godono di un margine di autonomia che consente loro di rispettare e seguire le proprie rispettive tradizioni, soprattutto nell'ambito del diritto di famiglia. I sentimenti di affiliazione, le convinzioni, le scelte maturate nell'ambito personale come quella della conversione verso un diverso credo, sono sottoposte al giudizio di istituzioni religiose che al tempo stesso devono obbligatoriamente attenersi al rispetto del diritto amministrativo e costituzionale. In questo modo anche le minoranze religiose, e le rispettive corti religiose, godono di uno spazio di autonomia giurisdizionale disponibile: in gran parte dei Paesi fedeli a tale modello, si realizza così una stretta correlazione tra religione, etnia e nazionalità, ciascuna delle quali trae beneficio e forza dall'altra.[15]

Esiste poi un altro modello, che Ran Hirschl definisce come *religious jurisdictional enclaves* in cui gran parte del diritto ha una natura essenzialmente religiosa, salvo poi esonerare da tale impronta religiosa alcuni settori ed ambiti ben definiti, come il diritto economico. Si può pensare a tal riguardo all'Arabia Saudita. E' certamente uno dei Paesi dichiaratamente a vocazione islamica, il cui sistema giuridico è tenacemente basato sul *fiqh* (la giurisprudenza islamica), che applica la *Shari'a* e considera come propria costituzione "*the Good's Book and the Sunnah of His Prophet*"; ma è costretto a smussare questo profilo marcatamente religioso e a conciliarlo con le esigenze dell'economia, della finanza e del commercio internazionale, che mal tollerano le restrizioni sciaritiche previste in ogni campo dell'attività umana. E così, un intero capitolo della Legge fondamentale del 1993, intitolato "Principi Economici", contempla forma di tutela della libertà privata e meccanismi di protezione contro l'eventualità di confische di beni e patrimoni, esonerando l'intero sistema bancario, economico e finanziario dai rigori della legge sacra. In questo modo, mentre tutte le corti saudite fanno riferimento alla *Sharia'a* per dirimere l'intera gamma di controversie civili, matrimoniali o riferite allo status personale del cittadino, un decreto regio del 1965, in un apposito articolo (232), istituiva una speciale commissione incaricata del compito di appianare le eventuali intese e accordi commerciali. Una discrepanza che si rispecchia anche nel processo di nomina dei vari giudici: da una par-

[15] Ran Hirschl, *Constituional Theocracy*, Harvard University Press, Massachusetts, 2010, pp.28-33.

te quelli chiamati a comporre le corti ordinarie, nominati dal Ministro della Giustizia e scelti tra le personalità di rilievo delle più facoltose università di diritto islamico, dall'altra i membri della suddetta commissione, investiti invece dal Ministro dell'Economia.

Casi di questo tipo sono frequenti nel mondo islamico. L'art. 1 della Costituzione del Qatar (2003), stabilisce che "l'Islam è la religione di Stato e la *Shari'a* la principale fonte giuridica". Questo, e tutto quello che ne consegue, non ha impedito al piccolo emirato di imporsi come superpotenza economica, sfruttando i vantaggi derivanti dalla commercializzazione del petrolio, che abbondano sul territorio così come i giacimenti di gas naturale, e di intraprendere un percorso di progressiva liberalizzazione economica e culturale culminato nel varo di una Costituzione moderna, tanto attenta alla difesa dei diritti civili delle donne, quanto abile nel creare un ambiente favorevole agli investimenti finanziari internazionali. Non sorprende quindi che, stando alle recenti statistiche del Fondo Monetario Internazionale, il Qatar figura al fianco del Lussemburgo come il Paese con il più elevato PIL al mondo. Allo stesso tempo il Qatar ha avuto modo di diventare una vetrina internazionale per eventi di forte richiamo come i Giochi Asiatici del 2006, o i Giochi Olimpici del 2016: la FIFA lo ha inoltre candidato come nazione ospitante dei Campionati mondiali di calcio per il 2022. Stesso discorso per le Maldive, una Repubblica democratica incentrata sul culto della *Shari'a*, venerata come dogma e principio cui deve uniformarsi ogni legge, e cui ogni cittadino deve aderire. Eppure le Maldive vantano catene di hotel e resort tra i più lussuosi e raffinati del mondo, richiamano milioni di turisti ogni anno e offro loro il massimo dello sfarzo e della magnificenza, stili di vita e costumi che ostentano un perfetto stile occidentale. E che l'industria turistica sia la miniera d'oro del Paese, e traino dell'intera economia, lo dimostra un decreto presidenziale che ha sortito l'effetto si renderla immune dalla rigida osservanza dei diktat religiosi.

Chiude questa lunga carrellata di modelli quello che propone una fusione, una commistione tra legge religiosa e generici principi di diritto positivo; è il modello che più di ogni altro si avvicina in maniera significativa all'idea di teocrazia costituzionale, e a cui ben si adattano le caratteristiche di Paesi come l'Afghanistan, l'Iraq, lo Yemen o l'Iran.

Dopo la campagna militare *Enduring Freedom* guidata dagli USA, tesa a smantellare il regime talebano, i campi di addestramento e la rete terroristica di *Al- Qaeda*, portatrice di valori e degli ideali politico-religiosi riconducibili al fondamentalismo islamico, l'Afghanistan ha conosciuto una nuova stagione politica inauguratasi con l'istituzione di un regime moderato e il varo di una Costituzione entrata in vigore nel 2004. In que-

sta si stabilisce che l'Afghanistan è una Repubblica Islamica (art.1), che la sacra religione dell'Islam è la religione ufficiale della Repubblica Islamica Afghana (art.2), e che nessuna legge può contravvenire ai suoi precetti (art.3). Parallelamente però il testo costituzionale tutela diritti quali quello alla proprietà privata (art.40), riabilita il diritto delle donne al voto, al lavoro e alla carriera (art..22), e istituisce una Corte Suprema composta da nove giudici togati e nominati dal Presidente per un mandato della durata complessiva di dieci anni.[16] Così il Paese, che per anni è stato il centro operativo di una cellula paramilitare impegnata in modo militante nell'esecuzione di azioni nei confronti dei regimi filo-occidentali e del mondo occidentale in genere, e che vorrebbe recuperare il portato culturale, sociale e giuridico dell'Islam, ha recepito alcuni degli elementi essenziali del diritto e delle tradizioni giuridiche occidentali, adottando le idee contemporanee sulla giustizia e sui diritti umani.

La Costituzione irachena di recente emanazione (2005), offre un ulteriore esempio di questo amalgama: come per l'Afghanistan, il testo costituzionale non manca di offrire un omaggio formale alla tradizione giuridica islamica, riconoscendo " l'Islam come religione ufficiale del Paese e fonte giuridica. Che nessuna legge può essere promulgata se contrapposta ai dettami religiosi" (art.2.I); allo stesso tempo, l'art. 2.Ib, stabilisce che "nessuna legge può contrastare i principi delle democrazia", mentre l'art.5 afferma che "la legge è sovrana e il popolo ne costituisce la fonte del potere e della sua legittimazione".

La Costituzione irachena emula, poi, il lungo catalogo di diritti appartenenti alla tradizione occidentale, facendosi portavoce della difesa di libertà come quella religiosa, appunto, o di diritti quali l'uguaglianza e la non discriminazione sulla base della propria appartenenza confessionale, il diritto alla libertà personale e alla dignità. Ma ciò che conta maggiormente è che la Costituzione coniuga le disposizioni stabilite dalla legge irachena, alla conformità e al consenso accordato agli standard nazionali sui diritti umani sottoscritti dall'Iraq, ma senza che questi entrino in conflitto con gli altri elementi della Costituzione. Il riferimento ai diritti e alle libertà si evince in modo esplicito da una specifica sezione del testo costituzionale (art. 2.Ic), in cui si legge: " *No law can be passed that contradicts the rights and freedoms outlined in this constitution.*" Per superare lo scrutinio costituzionale una legge deve quindi uniformarsi ai dettami dell'Islam, e contemporaneamente essere in linea con i valori della democrazia, dei diritti e delle libertà individuali validi a livel-

[16] Ran Hirschl, *Constitutional Theocracy*, Harvard University Press, Massachusetts, 2010, p.35

lo internazionale, un obiettivo arduo anche per il più consolidato sistema politico.[17]

Passiamo a considerare, poi, lo Yemen: anche qui troviamo un impasto tra costituzionalismo e religiosità sancito a livello costituzionale. La Carta fondamentale proclama la *Shari'a* fonte giuridica e l'Islam religione di Stato, ma al contempo richiama la necessità di un sistema giudiziario indipendente, e l'istituzione di una Corte Suprema che applica un misto tra moderno costituzionalismo e interpretazione sacra sciaritica. Il mescolarsi, tra le pagine della costituzione, di moderni principi di diritto con quelli più consoni alla tradizione religiosa, si evince ad esempio nell'art. 31, che afferma, "*Women are the sister of men. They have rights and duties, which are guaranteed and assigned by Shari'a and stipulated by law*".[18]

Sembra una contraddizione in termini, poi, che il preambolo della Costituzione iraniana custodisca la *Shari'a* come legge suprema - superiore persino alla Costituzione stessa - sottolineando la derivazione divina dell'intero ordinamento giuridico e dell'autorità politica, e al contempo, stando a quanto riportato nell'art.6, l'amministrazione dello Stato è affidata al popolo, titolare del diritto alla partecipazione politica e all'elezione del Presidente e dei consigli municipali. Inoltre l'Iran ha assistito alla nascita e al consolidarsi del *Consiglio dei Guardiani*, una sorta di Corte costituzionale nelle cui mani è concentrato il potere di revisione costituzionale, ed è composto da sei membri religiosi (*mullahs*) e altri sei giuristi nominati dal capo dell'intero sistema giuridico. Questo mix tra supremazia religiosa, e richiamo a valori fondati sul rispetto della sovranità popolare, sulla possibilità per i cittadini di eleggere alcuni dei propri rappresentanti, e l'esistenza di un sistema che ricalchi in qualche modo lo schema della separazione dei poteri, rende l'ordinamento costituzionale iraniano l'esempio vivente e un altrettanto solido modello di teocrazia costituzionale.[19]

[17] Ran Hirschl, *Constitutional Theocracy*, Harvard University Press, Massachusetts, 2010, pp.35-36

[18] *Ibidem.*

[19] Ran Hirschl, *Constitutional Theocracy*, Harvard University Press, Massachusetts, 2010, pp.36-37. In tal senso v. Pejman Abdolmohammadi, *La Repubblica Islamica dell'Iran: il pensiero politico dell'Ayatollah Khomeini*, De Ferrari, Genova, 2009, p.247: "il modello politico teorizzato dall'Ayatollah Khomeini e poi realizzato sotto forma di 'Repubblica Islamica' è una forma di governo del tutto originale nella storia costituzionale mondiale […]. Alla luce di tutto questo , si deve tendere ad escludere la democraticità del modello proposto dall'Ayatollah Khomeini, ma non si può nemmeno parlare di una teocrazia assoluta, per cui 'teocrazia rappresentativa' appare il *nomen iuris* più adatto. 'Teocrazia', perché è il 'Teos' che legifera, governa e rende giustizia; rappresentativa, perché questa autorità naturale di Dio deve essere accettata dai credenti tramite un voto popolare".

3. *Il ruolo delle Corti Costituzionali nei Paesi islamici:* "a secularist shrine in the post-secularist age"*?*

Secondo Hirschl, l'attribuzione, in una teocrazia costituzionale, di uno status costituzionale formale ad un credo o ad una religione non è soltanto una strategia volta a soddisfare le pressioni popolari, ma è anche una tattica che serve a neutralizzare il morso rivoluzionario della religione, a cooptarne i leaders, a garantire l'impegno dello Stato nel tradurre i precetti religiosi nelle linee guida della vita pubblica, a manipolare e maneggiare precetti e discorsi religiosi per assecondare interessi dominanti, ma soprattutto a fornire un'alternativa, un gruppo di potere rivale che si muove e agisce sotto la supervisione dello Stato.

In quei Paesi che si trovano a dover fare i conti con il difficile rapporto tra religione e secolarismo, infatti, coloro che detengono il potere dispiegano un ampio spettro di strategie costituzionali che servono a tutelarli dai rischi o a mitigare l'impatto che l'influsso di una tradizione religiosa può avere sulla vita pubblica. Questo ha fatto sì che, virtualmente, le costituzioni e le corti costituzionali in tutti questi sistemi politico-istituzionali diventassero il baluardo del secolarismo, le fortezze del pragmatismo e della moderazione, imponendosi come uno scudo difensivo contro il diffondersi della religione nella vita pubblica, sollevando barriere contenitive nei confronti del sempre più accresciuto supporto popolare ai principi di governo teocratico. In altre parole, in un modo simile a quanto avviene in una democrazia costituzionale, dove le leggi e le istituzioni costituzionali stabiliscono una serie fondamentali di limitazioni e freni sullo scopo, la natura, il raggio d'azione entro il quale i principi religiosi possono far sentire la propria presenza, la "facciata costituzionale" degli assetti a predominio religioso svolge un ruolo chiave nel frenare la progressiva estensione di un sistema di governo teocratico e dei suoi relativi testi, le sue gerarchie interpretative e le sue visioni del mondo alternative. Così come in una democrazia costituzionale "*the constitutional keeps in check the democracy*", per usare le parole di Hirschl, allo stesso modo il "lato costituzionale" di una teocrazia serve ad arginare e circoscrivere la propagazione di un governo teocratico negli assetti inclini a tale espansione.[20] Lungi dall'essere una possibilità di riscatto dal lungo oblio e confinamento nella sfera privata, l'istituzione formale di una religione in realtà serve a contenerne l'impatto potenzialmente radicale, sottoponendola al controllo dello Stato, rendendo quest'ultimo,

[20] Ran Hirschl, *Constitutional Theocracy*, Harvard University Press, Massachusetts, 2010, pp. 13-14

e il suo intero apparato di corti, delle figure chiavi nell'evoluzione della legge religiosa, nel processo volto a spogliare giuristi e autorità religiose dalla loro funzione interpretativa, consegnando questo incarico allo Stato, e alle sue interpretazioni giuridiche e politiche.

Le vicende del costituzionalismo iraniano ne sono un valido esempio. La rivoluzione islamica del 1979, fin dall'inizio segnata dalla scissione interna tra forze religiose conservatrici e gruppi sociali progressisti - le prime sostenitrici di un'interpretazione tradizionale della *Shari'a* e di un approccio formale alla legge religiosa, i secondi invece propugnatori di una politica redistributiva e di un orientamento egalitario dei dogmi della fede – aveva consegnato nelle mani dei membri del Consiglio dei Guardiani, emblema di questa fazione oscurantista e tradizionalista, uno smisurato potere di veto da esercitare sulla legislazione proposta e approvata dai *Majlis*, una sorta di parlamento o assemblea consultiva, nonché personificazione della tendenza riformatrice e modernista. Infatti, l'istituzione del Consiglio dei Guardiani era finalizzata appunto a garantire che leggi e giurisprudenza dei *Majlis* fossero conformi alla costituzione e alla *Shari'a*, e di fatto favorì una lunga guerra ideologica ed istituzionale tra questi due corpi contrapposti, tra una dottrina interpretativa classica e la vocazione ad un ordine sociale e legale equo, e ad un più rafforzato potere statale. Gli effetti di questo scontro si trascinarono per sette lunghi anni, dal 1980 fino allo schiudersi della crisi nel 1987, quando il leader supremo del Paese, *Khomeini*, decise di risolvere il conflitto per mezzo di un emendamento costituzionale. L'articolo 112 del 1989 istituzionalizzò il *Regime's Discernment Expediency Council* come arbitro finale della disputa tra l'assemblea consultiva dei *Majlis* e il Consiglio dei Guardiani, stabilendo che si radunasse "*to determine such expedience in cases where the Council of Guardian finds an approval of the Majlis against the principles of Shari'a or the Constitution, and the Majlis is unable to satisfy the Council of Guardian, as well as for consultation in matters referred to it by the Leader, and for discharging other functions laid down in this law*". In pratica l'emendamento del 1989 introdusse una versione locale, adattata al contesto iraniano di un istituto tipicamente democratico: il potere di controllo costituzionale.

Uno degli elementi chiave del potere di *judicial review*, dell'istituto del sindacato di costituzionalità, è la dottrina della supremazia del potere giudiziario, la concezione secondo la quale la Corte Costituzionale di un Paese rappresenti l'autorità superiore e di ultima istanza nelle questioni di interpretazione della Costituzione. Motivo per cui, la Corte costituzionale svolge un ruolo unico nel suo ergersi a custode dei valori costituzionali di una nazione, e il suo sindacato si inserisce in un quadro

di freni e contrappesi che possono essere utilizzati per dare applicazione ai diritti fondamentali, la cui tutela costituisce una parte integrante dell'idea di democrazia.

Il fenomeno politico di cambiamento e apertura, che da tempo interessa l'area dei Paesi islamici, ha animato un notevole dibattito sulla transizione democratica e sulla revisione dei testi costituzionali degli stessi. E indubbiamente, della trasformazione in atto sono testimonianza tanto l'adozione di carte costituzionali ispirate ai principi liberali, quanto riforme ed istituzioni di organismi che, almeno apparentemente, sembrano rispondere all'istanza di ammodernamento di questi sistemi politici, nonché della loro apertura alla democratizzazione, sollecitata a più riprese dalla comunità internazionale. Il nuovo organismo dell' *Expediency Council*, infatti, si è rivelato indispensabile nel sostenere l'azione governativa, volta ad imprimere un carattere pragmatico e concreto all'agire politico, superando l'approccio alle direttive religiose austero e dottrinale messo in atto dal Consiglio dei Guardiani. L'*Expediency Council*, inoltre, ha cercato di attribuire al complesso delle leggi sciaritiche un taglio più spiccatamente pubblico, ed è stato utilizzato come espediente per favorire la coesione e coordinare i più disparati interessi della classe dirigente.[21]

Come si evince dall'esempio iraniano, elementi e strutture appartenenti all'universo costituzionale, anche in scenari meno favorevoli o poco predisposti, possono attenuare il rigore e l'intransigenza di una casta sacerdotale irremovibile dalla cieca obbedienza ai dogmi religiosi. Quello dell'Iran, però, non è l'unico esempio che dimostra come le corti costituzionali siano diventate "*key religion - containing agents*"[22] in Paesi che hanno assistito ad un forte ritorno dell'Islam politico e ad un'ampia islamizzazione della vita pubblica. E' sorprendente scoprire come, a dispetto di tutti vincoli e le oppressioni provenienti da un'interpretazione tradizionale della *Shari'a*, anche nei sistemi politici di numerosi Paesi mediorientali che difettano di tradizioni costituzionali consolidate, si è reso operativo un riformismo giuridico che punta a plasmare un apparato di corti, poste sotto il controllo statale, che possano agire da contrappeso al dilagare del fondamentalismo religioso. Il fatto che corti e giurisprudenza costituzionale, nel tentativo di tutelare interessi e punti di vista prettamente secolari, esibiscano un'inaspettata capacità di reazione di fronte alla crescita del supporto popolare a dogmi e precetti religiosi, è la riprova che esiste una valida affinità tra l'edificio politico del potere di re-

[21] *Ivi*, pp.57-59
[22] *Ivi*, p.159

visione giuridica, presente nei sistemi democratici più consolidati, e l'inesplorato mondo del costituzionalismo teocratico. Pur operando all'interno di tradizioni, strutture e meccanismi di controllo differenti, le corti dei sistemi raggruppabili nella definizione di *teocrazia costituzionale* hanno dimostrato un'apprezzabile abilità nel replicare con tono secolare alle controversie tra stato e religione. In questo modo hanno rivelato una certa capacità nell'imporre vincoli effettivi al manifestarsi dei valori religiosi nella vita pubblica.

La teoria di *Hirschl* è chiara: per garantire una linea efficiente di governo, politici ed esponenti delle classi dirigenti devono affrontare la sfida posta dal costituzionalismo teocratico, e simultaneamente tenere saldo il sostegno popolare ai propri regimi. Infatti, una strategia sempre più utilizzata da coloro che governano, e rappresentano i gruppi e le preferenze politiche che si oppongono ad un potere di matrice teocratica, consiste nel trasferire e delegare le questioni e i conflitti che interessano l'identità pubblica collettiva dalla sfera politica a quella giuridica. Conseguentemente agli apparati delle corti costituzionali è stato addossata una responsabilità non indifferente nel maneggiare diatribe politiche, "*hot potatoes*"[23] di cui altri se ne sono lavate le mani. Il risultato è una giurisdizionalizzazione senza precedenti dell'identità collettiva di riferimento, che ha interessato in particolare le tematiche che vertono sul rapporto tra stato e religione, e che ha favorito una trasformazione dell'apparato giuridico in un importante foro di discussione e definizione della vera natura della classe politica.

Nel suo libro *Hirschl* effettua un'ampia e approfondita disamina del *modus agendi* delle corti costituzionali in Egitto, Turchia, Pakistan, Nigeria ed altri ancora, tutti Paesi in cui l'influenza politica di movimenti di ispirazione religiosa è cresciuta a livello esponenziale, e in maniera proporzionata al livello di consenso popolare ricevuto. Pur differenziandosi nel valore e nel riconoscimento formale attribuito alla religione, e al modo di appellarsi ad essa, in questi Paesi ci sono notevoli parallelismi nell'attitudine delle corti costituzionali di vestire i panni di milizie secolari attive all'interno dei rispettivi sistemi sociali,e questo in barba alla pressione proveniente da settori della vita pubblica animati da spirito e fervore religioso.[24]

[23] *Ivi*, p.103

[24] Per una critica del ruolo secolarizzante delle corti costituzionali v. Pamela Beth Harris, *The Politics of Judicial Public Reason: Secular Interests and Religious Rights*, in Philosophia (2012) 40:271-283.

4. *Il costituzionalismo teocratico come soggetto del nuovo ordine costituzionale globale*

Mentre Hirschl individua nella teocrazia costituzionale una nuova forma di stato che risulta dalla confluenza della diffusione del controllo di costituzionalità con il ritorno della religione nella sfera pubblica, Larry Catà Backer preferisce parlare di costituzionalismo islamico transnazionale come del fenomeno più rilevante che si sta dispiegando a livello globale[25]. Naturalmente il concetto di costituzionalismo islamico rimane contestato, sia dagli studiosi musulmani sia dagli studiosi occidentali che si occupano del fenomeno. Tuttavia da un punto di vista generale è possibile notare che mentre il secolo breve si è caratterizzato per la lotta tra due macrosistemi politico-economici, il nuovo secolo si è annunciato come il tempo della competizione tra due versioni del costituzionalismo in competizione tra loro. Mentre il XX secolo ha visto la lotta fra la forma stato e la forma mercato[26], il XXI secolo è iniziato con la lotta tra il costituzionalismo secolare di impronta occidentale ed il costituzionalismo teocratico di marca islamica. In particolare l'attitudine degli Statunitensi è cambiata radicalmente: mentre nel periodo successivo alla seconda guerra mondiale il *soft power* americano aveva imposto soluzioni di costituzionalismo secolarizzato ai paesi sconfitti (Giappone, Germania), nel nuovo millennio gli stessi diplomatici ed intellettuali statunitensi hanno contribuito a scrivere costituzioni in cui la religione ricopre un ruolo di primaria importanza (Iraq, Afghanistan)[27]. Il costituzionalismo teocratico non si è imposto in uno scontro con il costituzionalismo secolare, ma è stato invocato dalle stesse élites statunitensi che nel contesto post-bellico irakeno e afghano hanno smantellato il progetto politico-costituzionale che avevano con successo imposto alla Germania e al Giappone. Mentre l'ideologia politico-costituzionale della seconda metà del XX secolo identificava il costituzionalismo con il cosmopolitismo e con la convergenza riguardo i diritti umani, l'ideologia politico-costituzionale del nuovo secolo insiste sulla radicale differenza tra mondo occidentale e mondo islamico, concedendo al secondo la supremazia della reli-

[25] Larry Catá Backer, *God(s) Over Constitutions: International and Religious Transnational Constitutionalism in the 21st Century*, 27 MISS.C.L.REV 11 (2008) e *Theocratic Constitutionalism: An Introduction to a New Global Ordering*, Indiana Journal of Global Legal Studies, Vol.16:1, 2009, 101.

[26] Carlo Amirante, *Dalla forma stato alla forma mercato*, Torino, Giappichelli, 2008.

[27] v. Noah Feldman, *Imposed Constitutionalism*, 37 CONN.L.REV. 857, 2005; dello stesso A. v. anche *The Fall and Rise of the Islamic State*, Princeton University Press, Princeton & Oxford, 2008.

gione rispetto al diritto. Il progetto di costituzionalismo transnazionale veniva relegato all'ambito europeo, nella variante funzionalista e sovranazionalista, mentre il costituzionalismo teocratico veniva giudicato come la migliore soluzione per accomodare le pretese universalizzante della religione islamica e le esigenze geopolitiche di stati da ricostruire su basi non secolari.

Tuttavia, mentre l'idea classica di teocrazia fa riferimento ad un sistema dittatoriale o totalitario privo di qualsiasi distinzione tra sfera religiosa e sfera politica (nell'Arabia Saudita il Corano è la costituzione dello stato), i regimi politici contemporanei che si caratterizzano mediante elementi teocratici mostrano di possedere anche elementi del costituzionalismo. Ecco allora che la teocrazia appare essenzialmente come un concetto relazionale che spiega il nesso presente in alcune comunità politiche tra l'autorità divina e l'esercizio del potere politico mediante istituzioni umane. Sia se lo consideriamo una minaccia o un fenomeno illegittimo, una sfida all'ordine costituzionale normativo universale, o una minaccia globale nei confronti del costituzionalismo statocentrico, il costituzionalismo islamico transnazionale o universalizzante è emerso come un altro quadro discorsivo per giudicare la legittimità delle costituzioni politiche degli stati.

Mentre nel costituzionalismo transnazionale post-bellico la religione occupava un posto limitato, un diritto tra gli altri, ed il ruolo universalizzante spettava ai concetti di *rule of law*, democrazia, partecipazione, diritti fondamentali, nel costituzionalismo teocratico la religione assume un ruolo preminente, fondamento ultimo dell'ordinamento giuridico e limite alla legislazione, nonché alla stessa supremazia costituzionale.

Se si volesse adottare una prospettiva di circolazione dei modelli, di *legal transplants*, o di comunicazione-ricezione tra ordinamenti giuridici occorrerebbe individuare nella costituzione iraniana del 1979 il modello originario o l'archetipo del costituzionalismo teocratico post-moderno. Naturalmente le origini del costituzionalismo teocratico contemporaneo risalgono sicuramente sino al nazionalismo pan-arabo del XIX secolo ed alla resistenza persiana nei confronti dell'occidentalizzazione precedente il primo conflitto mondiale. Inoltre alcuni stati avevano già recepito alcuni tratti del costituzionalismo classico, come ad esempio l'Egitto e il Marocco; il modello ottomano esercitò una notevole influenza soprattutto dopo il 1923 e la ricostituzione della Turchia come una moderna repubblica secolare. Infine la teocrazia si presenta in una diversità di forme, di cui quella islamica non è che una variante: anche la cristianità, l'induismo ed il buddismo hanno contribuito a plasmare ordinamenti teocratici. Tuttavia, vista l'importanza strategica assunta dall'Islam nel-

l'era contemporanea, questo contributo si sofferma solo sulla variante islamica del costituzionalismo teocratico.

In Iran la rivoluzione costituzionale del 1906-11 condusse all'istituzione di una monarchia costituzionale attraverso l'adozione della Legge fondamentale del 30 dicembre 1906. In questo contesto fu sollevato il problema della compatibilità del costituzionalismo all'europea con l'Islam, che i riformisti della prima ora non avevano affrontato. Preoccupati delle implicazioni secolari del governo costituzionale, settori dell'establishment clericale sciita difesero la concezione dell'eccezionalismo costituzionalistico iraniano e criticarono l'impatto negativo che l'imitazione acritica di modelli stranieri avrebbe potuto avere sulle tradizioni religiosi sciite del paese. È in questo contesto che prese forma il concetto di *mashruteh-ye mashru'eh*, o costituzionalismo che si conforma alla legge sacra.[28]

In effetti il primo a parlare di costituzione teocratica riguardo la Repubblica islamica dell'Iran post-1979 è stato Olivier Roy nel suo articolo "*Une théocratie constitutionnelle: les institutions de la République islamique d'Iran*"[29]. Roy notava come la politica interna iraniana riposasse su di un sistema molto più istituzionalizzato di quanto comunemente si creda. Il regime rivoluzionario si qualifica come una teocrazia costituzionale perché è un regime autoritario di assemblea che reclama una legittimità religiosa incarnata nella persona dell'imam, ma in cui l'esercizio del potere dell'imam, lungi dallo schiacciare le istituzioni o dallo svuotarne la sostanza, si dispiega all'interno di uno spazio politico di cui l'Assemblea è l'espressione. Tale regime si differenzia tanto da un sistema totalitario, in cui l'opposizione interna può esprimersi solo mediante la lotta rivoluzionaria, quanto da un sistema dittatoriale, in cui le istituzioni servono solo a legittimare dei rapporti di forza. Nella teocrazia costituzionale iraniana il riferimento alla trascendenza religiosa permette di stabilire uno spazio giuridico, fuori dall'arbitrarietà dei militanti, e allo stesso tempo di legittimare l'esclusione degli avversari della rivoluzione. L'islamizzazione del diritto civile e penale non è di per sé un indicatore sufficiente della svolta totalitaria, il diritto commerciale, amministrativo e costituzionale rimangono infatti profondamente "occidentali", anche se espressi da una terminologia islamizzata.

Secondo Roy, il potere dell'imam, teoricamente assoluto, viene esercitato su un ambito limitato. L'imam non governa; egli interviene assai

[28] S.A. Arjomand, *Kingdom of Jurists*, in R. Grote & T.Röder (eds), *Constitutionalism in Islamic Countries*, Oxford, 2012, 147.

[29] in Politique étrangère n.2, 1987, 52e année pp.327-338.

raramente su alcune questioni precise che implicano degli aspetti religiosi o che mettono in discussione gli orientamenti fondamentali del regime (ricorso alla guerra, autorizzazione all'acquisto di armi americane, etc.): egli promulga delle fatwa (decisioni religiose) oppure enuncia un principio politico generale, a volte sibillino, ma che si impone a tutti. Il suo intervento costante svuoterebbe la Costituzione di tutta la sua sostanza. Questa autolimitazione, precisamente perché è opera dell'imam stesso, tende a divenire una norma quasi costituzionale destinata ad imporsi ai successori, soprattutto se meno carismatici, ed a rafforzare l'aspetto costituzionalista del regime.

Guardando all'impianto complessivo della costituzione iraniana del 1979 notiamo dunque le somiglianze con i principi del classico costituzionalismo transnazionale: la costituzione protegge contro l'uso arbitrario del potere statale, garantisce i diritti umani e conferisce il potere legislativo ai rappresentanti del popolo. Tuttavia, a differenza delle costituzioni postbelliche, la costituzione iraniana adotta i limiti sostanziali, morali ed etici dello Shi'a Islam (art.. 4 e 12 Cost.). La costituzione iraniana è dunque distante sia dalla rappresentazione classica della teocrazia come di un sistema totalitario o dittatoriale, in cui non vi è né divisione dei poteri né governo rappresentativo, sia dalle caratteristiche fondamentali del costituzionalismo occidentale. Modello di teocrazia costituzionale, essa inaugura una variante del costituzionalismo assai diversa da quella occidentale: rifiuta di conformarsi alle norme internazionali, principalmente in materia di standard di protezione di diritti umani e di governance democratica, e si mette al servizio della comunità dei fedeli. Mentre il costituzionalismo occidentale trova la sua norma di riconoscimento fondamentale nei principi secolari del comune rispetto dei principi democratici e della tutela dei diritti fondamentali, il costituzionalismo teocratico individua la sua norma di riconoscimento sostanziale nella superiorità della religione su tutto l'ordinamento giuridico. In Iran l'apparato statale è sì distinto da quello religioso, ma ad esso sostanzialmente subordinato.

La costituzione iraniana ha svolto una funzione di modello rispetto all'adozione delle costituzioni dell'Iraq e dell'Afghanistan: anche queste parlano il linguaggio della *rule of law*, della protezione dei diritti umani e del governo rappresentativo, ma come nella costituzione iraniana in esse il principio di supremazia della costituzione è condizionato alla conformità di questa con le previsioni dell'Islam. Questa forma di costituzionalismo non è certo una prerogativa islamica e ci ricorda costruzioni teoriche fiorite in occidente, dalle dottrine stoiche al contemporaneo giusnaturalismo della Chiesa cattolica, dai principi di legittimità occidentali anteriori all'Illuminismo e all'ordine westfalico.

5. *Costituzionalismo senza supremazia della costituzione?*

A partire dalla costituzione iraniana del 1979, con l'imitazione delle costituzioni dell'Iraq e dell'Afghanistan, e con possibili influenze sulle costituzioni degli stati nordafricani protagonisti della c.d. primavera araba, una nuova forma di stato è apparsa: la teocrazia costituzionale. Essa risulta dalla combinazione di elementi teocratici e di istituzioni classiche del costituzionalismo occidentale. Come nuovo ibrido merita senz'altro la futura attenzione dei costituzionalisti e dei comparatisti. Molto rimane da indagare e da valutare, a partire dal ruolo effettivo delle corti costituzionali in tali regimi; autori come Hirschl sono convinti del ruolo secolarizzante svolto dalle élites giudiziarie che frenano gli impulsi più pericolosi dei fondamentalisti religiosi. Rimane da vedere sino a quando le élites politico-giudiziarie continueranno a formarsi nelle università statunitensi ed a mantenere un profilo sostanzialmente secolare. Ma l'interrogativo più inquietante riguardo questa nuova forma di stato si annida altrove: quale è il futuro del principio della supremazia costituzionale? Sia nella metafora della norma fondamentale, sia in quella della higher law, la costituzione si è accreditata nella cultura giuridica occidentale come di un principio di legittimazione autosufficiente. Una volta stabilito viceversa che la costituzione non può violare la legge divina, qual è il destino della supremazia costituzionale? Il paradosso comparativo dispiega tutta la sua ironia quando si raffronta lo scenario europeo, in cui la lotta per la supremazia costituzionale avviene in un dialogo/scontro giurisdizionale tra corti che ravvisano nella costituzione nazionale o nei clusters di norme dei trattati EU la legge suprema, e lo scenario islamico in cui il principio della supremazia della costituzione dello stato incontra un controlimite ben più robusto, quello della legge divina, che minaccia di minarne lo stesso fondamento giuridico. Mentre nel moderno costituzionalismo occidentale la religione è stata concettualizzata come un diritto tra gli altri, con diversi livelli di protezione e con diverse strategie di accomodamento con il potere politico, nel costituzionalismo teocratico post-moderno la religione costituisce il fondamento stesso delle comunità politiche. La religione è lì la higher law che limita l'espressione costituzionale delle società; essa esiste al di fuori del diritto, è fuori dal controllo degli apparati statali, è eterna, autonoma e completa come sistema morale, etico, teologico e giuridico, ed è anche dotata di un apparato istituzionale per la tutela e l'attuazione delle sue norme prescrittive di comportamento.

E' possibile che mentre il XX secolo ha assistito alla lotta tra due ideologie politico-costituzionali, forma stato contro forma mercato, il XXI secolo sia destinato a vedere lo scontro tra due concezioni del costituzionalismo: quello secolare contro quello teocratico.

INDICI

Indice generale

Presentazione 3

Andrea Abbagnano Trione
La risposta penale all'elusione dei provvedimenti giurisdizionali 5

Maria Novella Bettini
Causali e rinnovo del contratto a termine 65

Onorato Bucci
Primato del Vescovo di Roma e Assemblee conciliari (a cinquant'anni dal Concilio ecumenico *Vaticano II*) 99

Giovanni Carmellino
La protezione anticipata delle trattative in materia di accordi di ristrutturazione 119

Gianfederico Cecanese
Le sommarie informazioni assunte dalle persone diverse dall'indagato 147

Michele Cerimele
The concept of laesio enormis in the unidroit principles and in the draft common frame of reference- a comparative study 163

Giovanni Cocozza
La disciplina delle città metropolitane 207

Michelina Comegna
Il precedente giurisprudenziale in *common law* e nell'ordinamento italiano 221

Luisa Corazza
Reti di imprese e nozione di datore di lavoro 249

Agostino De Caro
La ragionevole durata del processo penale e il sistema di garanzie: la necessaria rivisitazione dell'avviso di conclusione delle indagini e dell'udienza preliminare 267

CORINNA DE CARO
Revocazione della confisca ex art. 28 Codice delle leggi antimafia: regime intertemporale ed applicabilità alle confische disposte prima dell'entrata in vigore del testo unico. 293

FRANCESCO RAFFAELLO DE MARTINO
Buona *governance* locale e Costituzione italiana 313

MICHELE DELLA MORTE
Partecipazione politica e iniziativa popolare nell'esperienza costituzionale spagnola 321

ALFREDO DURANTE MANGONI
Giappone: la "*Yakuza*" un anno dopo l'*executive order* di blocco dei beni da parte americana 331

MASSIMO FABIANI
La questione "fattibilità" del concordato preventivo tra lemmi isolati e novità legislative 343

ELENA A. FERIOLI
Un dominio sempre meno riservato. L'impatto della tutela sovranazionale dei diritti umani sulla competenza statale in materia di accesso alla cittadinanza 365

ANTONIO FICI
Profili civilistici dell'attività erogativa delle fondazioni 387

FIORE FONTANAROSA
Il regime patrimoniale legale in diritto comparato 441

LUCIO FRANCARIO
In ordine alla disciplina dei creditori irreperibili all'esito del concordato ex art. 214 nella l.c.a. delle società cooperative 459

WALTER GHIA
Naturaleza y religión en el antimaquiavelismo de Juan Ginés de Sepúlveda 489

MARIA ANTONELLA GLIATTA
Il referendum deliberativo: la rinascita di un istituto dimenticato 501

FABIO IACOBONE
Il patto di prova 515

ILARIA KUTUFÀ
Note in tema di effetti del fallimento sulle obbligazioni solidali 531

MARIA ROSARIA MAURO
Il rispetto del principio di legalità nella repressione dei crimini internazionali 541

GIANMARIA PALMIERI
Principio di proporzionalità, diritti particolari dei soci e autonomia statutaria nella s.r.l. 585

LORENZA PAOLONI
La "sottrazione" delle terre coltivabili ed il fenomeno del *land grabbing* 617

MARCO PARISI
Atti politici del Governo e diniego di intesa con le organizzazioni confessionali 631

FEDERICO PERNAZZA
La regolazione delle agenzie di *rating* in Usa ed in UE: dalla contrapposizione all'equivalenza? 649

FRANCESCO PETRILLO
Giuliano Crifò. La "notazione" scientifica su Emilio Betti per l'ermeneutica giuridica contemporanea 685

VALENTINO PETRUCCI
Renan à Rome: paroles d'un incroyant 699

VINCENZO PINTO
Obbligazione solidale e fallimento di un coobbligato 705

PAOLO PIZZUTI
- La compensazione nel rapporto di lavoro 715
- Le nuove regole sui licenziamenti 721

ANDREA RALLO
Ordinaria diligenza e risarcimento del danno nel processo amministrativo 737

Giuseppe Reale
La responsabilità del vettore per perdità e avaria nel trasporto stradale nazionale di cose 751

Giuseppe Saccone
Il giusto processo alla luce del contraddittorio e all'ombra delle sue deroghe 789

Andreina Scognamiglio
La tutela risarcitoria dei diritti soggettivi nelle materie di giurisdizione esclusiva 815

Francesca Scudiero
Il controverso tema delle modifiche mediate delle fattispecie incriminatrici 829

Maria Ausilia Simonelli
- *La naissance de la sociologie du droit* 857
- Note sulla socialità del diritto e del linguaggio 873

Alfonso Tagliamonte
L'intervento del fondo di garanzia nel *tfr* 889

Massimo Tita
Note brevi sulle libertà commerciali a Napoli tra antico e nuovo regime 905

Loredana Tullio
Gli incerti confini della *soluti retentio* 915

Giovanni Varanese
Brevi riflessioni sul rapporto tra libertà economiche e diritti fondamentali nel diritto europeo 947

Giovanni Battista Varnier
Cattolicesimo nazionale e visione federale: la fortuna politica di Vincenzo Gioberti (1801-1852) tra esaltazione ed oblio 957

Alberto Vespaziani
La teocrazia costituzionale: una nuova forma di stato? 971

Indice dei nomi

Andrea Abbagnano Trione
Ricercatore di Diritto Penale
Università del Molise

Maria Novella Bettini
Ordinario di Diritto del Lavoro
Università del Molise

Onorato Bucci
Ordinario di diritto Romano e diritti dell'Antichità
Università del Molise

Giovanni Carmellino
Dottorando di ricerca
Università del Molise

Gianfederico Cecanese
Ricercatore di Diritto Processuale Penale
Università del Molise

Michele Cerimele
Dottorando di ricerca
Università del Molise

Giovanni Cocozza
Dottore di ricerca
Università di Napoli "Federico II"

Michelina Comegna
Cultore della materia (Diritto Privato Comparato)
Università del Molise

Luisa Corazza
Associato di Diritto del Lavoro
Università del Molise

Agostino De Caro
Ordinario di Diritto Processuale Penale
Università del Molise

Corinna De Caro
Cultore della materia (Diritto Processuale Penale)
Università del Molise

Francesco Raffaello De Martino
Ricercatore di Diritto Costituzionale
Università del Molise

Michele Della Morte
Associato di Istituzioni di Diritto Pubblico
Università del Molise

Alfredo Durante Mangoni
Direttore Centrale vicario per l'Asia/Pacifico
Ministero degli Affari Esteri

Massimo Fabiani
Associato di Diritto Processuale Civile
Università del Molise

Elena A. Ferioli
Associato di Istituzioni di Diritto Pubblico
Università del Molise

Antonio Fici
Associato di Diritto Privato
Università del Molise

Fiore Fontanarosa
Docente a contratto di Comparazione giuridica ed Uniformazione del diritto
Università del Molise

Lucio Francario
Ordinario di Diritto Privato
Università del Molise

Walter Ghia
Associato di Storia delle Dottrine Politiche
Università del Molise

Maria Antonella Gliatta
Dottorando di ricerca
Università di Napoli "Federico II"

Fabio Iacobone
Tecnico laureato presso il Dipartimento Giuridico
Università del Molise

Ilaria Kutufà
Ricercatore di Diritto Commerciale
Università di Pisa

MARIA ROSARIA MAURO
Associato di Diritto Internazionale
Università del Molise

GIANMARIA PALMIERI
Ordinario di Diritto Commerciale
Università del Molise

LORENZA PAOLONI
Associato di Diritto Agrario
Università del Molise

MARCO PARISI
Associato di Diritto Canonico ed Ecclesiastico
Università del Molise

FEDERICO PERNAZZA
Associato di Diritto Privato Comparato
Università del Molise

FRANCESCO PETRILLO
Associato di Filosofia del diritto
Università del Molise

VALENTINO PETRUCCI
Ordinario di Sociologia giuridica, della devianza e del mutamento sociale
Università del Molise

VINCENZO PINTO
Associato di Diritto Commerciale
Università di Pisa

PAOLO PIZZUTI
Associato di Diritto del Lavoro
Università del Molise

ANDREA RALLO
Ordinario di Diritto Amministrativo
Università del Molise

GIUSEPPE REALE
Ricercatore di Diritto della Navigazione
Università del Molise

GIUSEPPE SACCONE
Ricercatore di Diritto Processuale Penale
Università telematica Pegaso

ANDREINA SCOGNAMIGLIO
Associato di Diritto Amministrativo
Università del Molise

FRANCESCA SCUDIERO
Dottorando di ricerca
Università del Molise

MARIA AUSILIA SIMONELLI
Ricercatore di Sociologia giuridica, della devianza e del mutamento sociale
Università del Molise

ALFONSO TAGLIAMONTE
Docente a contratto di Diritto della Previdenza Sociale
Università del Molise

MASSIMO TITA
Ricercatore di Storia del Diritto Medievale e Moderno
Seconda Università di Napoli

LOREDANA TULLIO
Associato di Diritto Privato
Università del Molise

GIOVANNI VARANESE
Associato di Diritto Privato Comparato
Università del Molise

GIOVANNI BATTISTA VARNIER
Ordinario di Diritto Canonico ed Ecclesiastico
Università di Genova

ALBERTO VESPAZIANI
Associato di Diritto Pubblico Comparato
Università del Molise

Finito di stampare
Ottobre 2012
Arti Grafiche la Regione srl
Ripalimosani (CB)

SCRITTI PER LA COSTITUZIONE
DEL DIPARTIMENTO GIURIDICO

€ 65,00

ISBN 978-88-88102-97-9