

rivista di diritto privato

4 anno XV - ottobre/dicembre 2010

Comitato scientifico

Giorgio De Nova
Natalino Irti
Pietro Rescigno
Piero Schlesinger
Paolo Spada
Adriano Vanzetti

Direzione

Giorgio De Nova
Michele Capodanno
Mario Cicala
Enrico Gabrielli
Luigi Augusto Miserochi
Vincenzo Roppo
Giuliana Scognamiglio
Giuseppe Tucci
Giuseppe Vettori



**CACUCCI
EDITORE**

rivista di diritto privato

Pubblicazione trimestrale

Editrice

Cacucci Editore S.a.s.
Via D. Nicolai, 39 – 70122 Bari (BA)
www.cacuccieditore.it
e-mail: riviste@cacuccieditore.it
Telefono 080/62030890
Fax 080/5234777

Direttore responsabile

Nicola Cacucci

Comitato scientifico

Giorgio De Nova, Natalino Irti, Pietro Rescigno,
Pietro Schlesinger, Paolo Spada, Adriano Vanzetti

Direttore

Giorgio De Nova

Condirettori

Michele Capodanno, Mario Cicala, Enrico Gabrielli,
Luigi Augusto Miserocchi, Vincenzo Roppo,
Giuliana Scognamiglio, Giuseppe Tucci, Giuseppe Vettori

Comitato editoriale

Pietro Abbadessa, Fabio Addis, Giuseppe Amadio,
Franco Anelli, Ciro Caccavale, Cristina Campiglio,
Paolo Carbone, Angelo Chianale, Massimo Confortini,
Giovanni D'Amico, Enrico del Prato, Valerio Di Gravio,
Fabrizio di Marzio, Aldo Angelo Dolmetta,
Andrea Fusaro, Carlo Ibba, Giancarlo Laurini,
Raffaele Lener, Francesco Macario, Vincenzo Meli,
Massimo Miola, Mario Notari, Giacomo Oberto,
Gustavo Olivieri, Mauro Orlandi, Fabio Padovini,
Giuseppe B. Portale, Renato Rordorf, Luigi Salvato,
Giuseppe Santoni, Davide Sarti, Michele Sesta,
Michele Tamponi, Federico Tassinari,
Gian Roberto Villa, Massimo Zaccaro,
Attilio Zimatore, Andrea Zoppini

Redazioni

Milano: Francesco Delfini, Gregorio Gitti, Arturo Maniaci
Bari: Adriana Addante, Caterina Calia,
Claudia Morgana Cascione

Realizzazione grafica

Quorum Italia S.r.l. – Bari

Fotocomposizione e stampa

Ragusa Grafica Moderna S.r.l. – Modugno (BA)

Autorizzazione Tribunale di Bari n. 16 Reg. Stampa
del 16/04/2009. Num. R.G. 1500/2009
Tariffa R.O.C.: Poste Italiane S.p.A. – Spedizione
in abbonamento postale – D.L. 335/2003 (conv.
in L. 27 febbraio 2004, n. 46) art. 1, comma 1.

Abbonamenti

Gli abbonamenti hanno durata annuale e si intendono rinnovati per l'anno successivo se non disdetti entro la scadenza a mezzo di semplice lettera o e-mail.

Italia

Abbonamento annuale: € 125,00.

Esteri

Abbonamento annuale: € 250,00.

Magistrati e Uditori giudiziari

Sconto del 30% sull'acquisto dell'abbonamento annuale alla rivista, applicabile rivolgendosi alla Cacucci Editore S.a.s., Via Nicolai, 39, 70122 Bari, o via Fax al n. 080/5234777 o rivolgendosi al Servizio clienti al n. 080/62030890, o via e-mail rivista@cacuccieditore.it. Nell'ordine d'acquisto i magistrati dovranno allegare fotocopia del proprio tesserino identificativo attestante l'appartenenza alla magistratura e dichiarare di essere iscritti all'Associazione Nazionale Magistrati.

Prezzo singola copia: € 35,00.

Arretrati: prezzo dell'anno in corso all'atto della richiesta.

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dall'art. 74 del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989 e successive modificazioni ed integrazioni.

Per l'invio di corrispondenza:

Cacucci Editore S.a.s. - Redazione, Via Nicolai, 39,
70122 Bari.

Per informazioni su gestione abbonamenti, numeri arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.

Cacucci Editore S.a.s. – Servizio clienti,
Via Nicolai, 39, 70122 Bari.
Tel. 080/62030890, Fax 080/5234777,
e-mail: riviste@cacuccieditore.it

Egregio abbonato,
ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003,
n. 196, La informiamo che i Suoi dati saranno
conservati nel data base informatico del titolare
del trattamento Cacucci Editore S.a.s..

I Suoi dati saranno utilizzati dalla nostra società,
da enti e società esterne ad essa collegati,
nonché da soggetti terzi, titolari autonomi
del trattamento, solo per l'invio di materiale
amministrativo-contabile, commerciale e pro-
mozionale.

Ai sensi dell'art. 7 del citato D.Lgs., Lei ha
diritto di conoscere, aggiornare, rettificare,
cancellare i Suoi dati, nonché di esercitare tutti
i restanti diritti ivi previsti, mediante comu-
nicazione scritta a Cacucci Editore S.a.s., Via
Nicolai, 39, 70122 Bari.

rivista di diritto privato

2010

Comitato scientifico

Giorgio De Nova

Natalino Irti

Pietro Rescigno

Piero Schlesinger

Paolo Spada

Adriano Vanzetti

Direzione

Giorgio De Nova

Michele Capodanno

Mario Cicala

Enrico Gabrielli

Luigi Augusto Miserocchi

Vincenzo Roppo

Giuliana Scognamiglio

Giuseppe Tucci

Giuseppe Vettori



CACUCCI
EDITORE

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

Ai sensi della legge sui diritti d'Autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro, senza il consenso dell'autore e dell'editore.

SOMMARIO 4/2010

Saggi e pareri

- Fonti del diritto e “ordinamento del caso concreto”**
di Pietro Perlingieri 7
- I doveri di comportamento dell’arbitro**
di Francesco Benatti 29
- Diritto concorsuale e diritti fondamentali della persona**
di Carlos de Cores 41
- Azione di classe e nuove forme risarcitorie**
di Francesco Scaglione 63
- Recensione a Giovanni Panzarini – Il diritto naturale quale fonte del diritto. Il realismo-razionalismo giuridico, illuministico, principio ed approdo del giusnaturalismo**
di Emilio Girino 75
- La rilevanza del «buon costume» nel diritto privato attuale**
di Mariano Robles 83

Problemi delle professioni

- Riforma del processo civile e misure coercitive indirette**
di Gianluca Petti 123

Saggi e pareri

Fonti del diritto e “ordinamento del caso concreto”*

di Pietro Perlingieri

SOMMARIO: 1. Fonti del diritto tra teoria e pratica. Storicità e relatività del sistema normativo: l'evoluzione della nozione di autonomia negoziale. Ermeneutica giuridica e momento applicativo. Valutazione del fatto e interpretazione a fini applicativi. – 2. Superamento della visione statocentrica del diritto. Rinnovata esegesi delle disposizioni preliminari al c.c.: il potere regolamentare delle Autorità amministrative indipendenti; le norme corporative; gli usi. – 3. Il disegno costituzionale delle fonti: condizioni di esercizio e limiti dei poteri normativi. – 4. Disomogeneità delle fonti secondarie ed erosione degli spazi di normazione primaria. Profili problematici della qualificazione degli atti regolamentari delle Authorities: principio di legalità e sindacato di legittimità costituzionale. – 5. Authorities, Stato e Regioni: possibili conflitti di attribuzione. Incidenza degli atti delle Autorità amministrative indipendenti sul diritto civile. – 6. Complessità e unitarietà dell'ordinamento. Rapporti di formazione tra Stato e Unione europea. Il principio di attribuzione quale limite alle competenze normative comunitarie. – 7. Sussidiarietà ed autonomia negoziale, attività di autoregolamentazione e di eteroregolamentazione. Portata applicativa del principio di cedevolezza. Superamento del dogma del primato della legge. – 8. Complessità del sistema delle fonti e controlli di legittimità costituzionale e comunitaria. Attuazione del principio di leale collaborazione e rinvio pregiudiziale. Questioni irrisolte in tema di accertamento della violazione di norme contenute nei contratti collettivi e degli usi. Gerarchia e competenza: criteri ordinatori delle fonti. – 9. Teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione: il recupero della valenza normativa della fattualità. Assiologia dei valori ed ermeneutica giuridica.

1. Il titolo ufficiale di questa lezione è: «Le fonti del diritto nella teoria e nella pratica». Una «alternativa» questa «del tutto apparente», superabile nella prospettiva di una teoria delle fonti del diritto realmente capace di contribuire alla ricostruzione del sistema ordinamentale e, dunque, anche dei rapporti e degli istituti civilistici come si configurano nella realtà. Le fonti del diritto si realizzano nel loro impatto con i fatti, risolvendosi, di volta in volta, nell'ordinamento del caso concreto¹. La teoria

* Testo della lezione tenuta presso la Facoltà di giurisprudenza dell'Università degli Studi del Salento il 12 marzo 2009. Lo scritto è destinato agli Studi in onore di Antonino Cataudella.

¹ La teoria delle fonti trova fondamento nella costante dialettica fatto-norma e concorre a definire il diritto in

delle fonti si caratterizza, quindi, per la storicità del diritto, la sua relatività, e, soprattutto, la capacità di modellare, mediante le interpretazioni dei giuristi, il sistema².

Capire qual è il sistema vigente delle fonti è fondamentale. Esso oggi è fortemente mutato; sí che è impensabile argomentare e ricostruire gli istituti allo stesso modo di alcuni decenni fa. Un esempio è offerto dalla nozione di autonomia e non soltanto dell'autonomia negoziale ma anche di quella collettiva – *rectius* autonomia contrattuale collettiva – e sindacale³. Gli atti e l'attività, espressioni di questa autonomia, sono elevabili a fonti del diritto in quanto concorrono, sia pure in forme e modalità diverse, a realizzare l'ordinamento del caso concreto⁴.

Che siano fonti del diritto taluni fatti – si pensi alla consuetudine o all'uso – idonei a produrre norme giuridiche⁵ è affermazione che va specificata e chiarita in riferimento al ruolo che si attribuisce all'ermeneutica giuridica e, particolarmente, all'applicazione del diritto. Il momento applicativo, infatti, non è un *posterius* rispetto a quello ricognitivo della fonte; esso al contrario, è il momento della sua concretizzazione sí che ben può dirsi che sono fonti gli atti o i fatti l'interpretazione dei quali porta ad individuare la normativa da applicare, l'ordinamento del caso concreto⁶.

termini di scienza pratica: P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale; secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 10 s.; Id., *Tendenze e metodi della civilistica italiana*, Napoli, 1979, p. 86 ss.

² Attuale è l'insegnamento di R. Orestano, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, p. 177, sulla storicità del diritto da intendersi quale componente «costitutiva e [...] integrante delle vicende che ne traggono alimento e vita, e non [come] una sorta di 'fondale' davanti al quale si muovono (o si fanno muovere) i protagonisti o le folle delle vicende stesse».

³ Pregevole il contributo allo studio dei rapporti tra autonomia privata individuale ed autonomia collettiva di A. Cataudella, *Adesione al sindacato e prevalenza del contratto collettivo sul contratto individuale di lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, p. 545; Id., *Interpretazione del contratto individuale e interpretazione del contratto collettivo*, in *ADL, Argomenti di diritto del lavoro*, 2006, 3, 1, p. 695 ss; Id., *Ancora sulla prevalenza del contratto collettivo sul contratto individuale di lavoro: uno sguardo al passato e qualche considerazione sul presente*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 1, p. 61 ss. Cfr. in materia la pur sempre moderna opera di U. Natoli, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Milano, 1955.

⁴ L'attitudine degli atti in parola ad innovare l'ordinamento giuridico rende inconfutabile la tesi secondo la quale l'autonomia negoziale è espressione di una sintesi di valori scelti dalle parti ed imposti ad esse, contemplati dal quadro costituzionale sul quale si edifica il sistema ordinamentale. In maniera più diffusa P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 291.

⁵ I postulati teorici della nozione di "fonte del diritto" sono ampiamente chiariti da N. Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1955, p. 34 s.; V. Crisafulli, *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 925; C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1991, p. 304 ss.; A. Pizzorusso, *Fonti (sistema costituzionale delle)*, in *Dig. dir. pubbl.*, VI, Torino, 1991, p. 409 ss. Interessanti rilievi terminologici e suggestioni semantiche al riguardo si colgono nelle riflessioni di A. Tartaglia Polcini, *o.c.*, spec. p. 4 ss.: *ivi*, in particolare, si segnala il richiamo alla c.d. "metafora delle fonti", quale risultante di una tendenza all'"elaborazione cognitiva", che vanta le proprie origini in epoca medievale, in via preliminare nel contesto continentale e canonistico.

⁶ P. Perlingieri e P. Femia, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, 2^a ed., Napoli, 2004, p. 41

Questa riflessione evoca la nozione di “interpretazione a fini applicativi”⁷ utile per riaffermare la centralità della dimensione fattuale, ossia della valutazione del fatto quale ‘motore’ e non ‘accidente’ del fenomeno giuridico⁸. Il diritto vive in sede applicativa; la fonte è riconoscibile come tale soltanto nella sua applicazione-interpretazione; interpretazione e applicazione non sono distinguibili né logicamente né cronologicamente⁹.

2. I referenti normativi del giurista contemporaneo sono ‘frastagliati’, presenti, come sono, nella Costituzione¹⁰, nei codici, nelle Convenzioni internazionali e nelle altre fonti sovranazionali¹¹.

⁷ Sulla funzione applicativa che assiste il procedimento interpretativo v. P. Perlingieri, *Giustizia secondo costituzione ed ermeneutica*, in P. Femia (a cura di), *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, Napoli, 2006, p. 42 s.

⁸ P. Perlingieri, *Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa*, in *Dir. giur.*, 1975, p. 826 ss.; Id., *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 95 ss.; in senso analogo, P. Femia, *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Napoli, 1996, p. 307 ss.; V. Donato, *La dottrina e la giurisprudenza italiana in tema di interpretazione evolutiva dei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 646 ss.

⁹ Di qui la necessità di coniugare l'interpretazione delle norme con la qualificazione del fatto giuridico. È quanto fa notare P. Femia, *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, cit., p. 335, secondo il quale «la qualificazione è conoscenza per l'applicazione» discorrendo, al riguardo, di procedimento che muove dall'accertamento del profilo dell'azione del fatto per costruire attorno ad esso «una serie di connessioni coerenti con il sistema giuridico». La qualificazione, dunque, realizza una conoscenza del fatto che si interseca con quella dell'ordinamento. Ad ogni modo è improprio ammettere che distinti momenti conoscitivi scandiscano lo svolgimento di un'operazione che richiede, al contrario, un giudizio unitario della realtà fattuale e normativa finalizzato alla specificazione della disciplina da applicare al caso concreto. Sull'inscindibilità della qualificazione dall'interpretazione giuridica per l'impossibilità di configurare le medesime come «entità ontologiche a sé stanti, [ovvero] momenti che hanno oggetti diversi, [rappresentando, al contrario] espressioni ed aspetti di un medesimo processo conoscitivo che in essi trova il suo unitario modo di attuazione» v. P. Perlingieri, *Scuole, tendenze e metodi*, Napoli, 1989, p. 32 ss. nella parte nella quale è approfondita la valenza del giudizio di meritevolezza, strumento di ricognizione del valore giuridico del fatto accertato in forza della valutazione della sua conformità ai principi fondamentali del sistema ordinamentale. Suddetto giudizio garantisce soluzioni che non sono frutto di una mera sussunzione del fatto alla fattispecie astratta né di verifica dell'aderenza a schemi tipici di valutazione del comportamento.

¹⁰ La proliferazione dei centri decisionali, effetto immediato dell'entrata in vigore dell'assetto istituzionale definito dalla Carta fondamentale, rende più complessa la ricostruzione del panorama delle fonti normative: A. Ruggeri, *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Milano, 1977, pp. 60 e 236 ss. Ad essa, peraltro, si deve l'affermata consapevolezza del superamento del primato e della centralità della legge (A. Tartaglia Polcini, *op. cit.*, p. 15 ss.) al punto da indurre taluni a descrivere il fenomeno evocato in termini di “frantumazione” della fonte legislativa in una molteplicità di sistemi definiti intorno a singole materie: F. Modugno e D. Nocilla, *Crisi della legge e sistema delle fonti*, in *Dir. soc.*, 1989, p. 426.

¹¹ L'articolato quadro delle fonti si presta ad essere ricomposto a sistema intorno alla Costituzione, fondamento di legittimazione supremo degli atti normativi vigenti nel territorio nazionale: P. Perlingieri, *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, lezione magistrale tenuta a Roma il 12 gennaio 2010 in occasione

Si considerino gli artt. 1-8 delle disposizioni preliminari c.c. con un'attenzione particolare all'art. 1. Questo, nello statuire che sono fonti le leggi, i regolamenti, le norme corporative e gli usi, classifica le stesse in maniera non esaustiva, per di più inattuale poiché rimanda ad una visione autoritaria e statocentrica del diritto fondata sull'idea dell'esclusività dell'ordinamento dello Stato¹². Sebbene le disposizioni richiamate contengano un riferimento al sistema costituzionale, allorché dispongono che i regolamenti governativi vengono emanati nel rispetto della «leggi di carattere costituzionale», il riferimento non era certo alla Costituzione repubblicana, entrata in vigore successivamente alla codificazione del 1942¹³.

Il disegno delle fonti così definito fa perno sulla centralità della legge statale¹⁴ anche se è innegabile che in esso si colgono intuizioni anticipatrici – se rapportate all'epoca nella quale tali disposizioni sono venute alla luce – e realizzate soltanto in tempi recenti. Uno spunto, al riguardo, proviene dalla rinnovata portata applicativa dell'art. 3, comma 2, disp. prel. c.c. che contempla e vincola l'esercizio del «potere regolamentare delle altre autorità», diverse cioè dal Governo, al rispetto dei «limiti delle rispettive competenze in conformità delle leggi particolari». Negli ultimi vent'anni l'ambito soggettivo di applicazione di tale norma, circoscritto inizialmen-

del conferimento del premio G. Chiarelli, in *Riv. dir. civ.*, 3, 2010, p. 334 s., e destinata agli *Studi in onore di Giovanni Gabrielli*, in corso di pubblicazione.

¹² Cfr. G. Gorla, *I principi generali comuni alle nazioni civili e l'art. 12 delle disposizioni preliminari del codice civile italiano del 1942*, in Aa.Vv., *I principi generali del diritto*, Convegno 27-29 maggio 1991, Roma, 1992, p. 179; Sull'esclusività dell'ordinamento statale e, dunque, sulla portata normativa del principio della statualità del diritto: R. Sacco, *La dottrina, fonte del diritto*, in Aa. Vv. *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, II, Milano, 1990, p. 449 ss., nonché F.S. Azzariti, G. Martinez, G. Azzariti, *Diritto civile italiano. Disposizioni sulla legge in generale e libro primo del codice civile*, Padova, 1943, p. 30 ss. Sul carattere meramente descrittivo, esemplificativo e senza alcuna attitudine classificatoria di quella che è e resta l'«unica elencazione normativa delle fonti del diritto italiano»: F. Santoro Passarelli, *Preleggi*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1966, p. 625; P. Perlingieri e P. Femia, *op. cit.*, p. 42. Per questi rilievi, cfr. A. Tartaglia Polcini, *op. cit.*, p. 1 ss., spec. p. 2, là dove segnala, alla base di tale impostazione marcatamente nazionalistica e positivista, «le tensioni tra istanze politiche ed esigenze tecnico-giuridiche confluite nell'opera di riassetto del legislatore del 1942»: *ivi* ulteriori riferimenti bibliografici.

¹³ Il riferimento al quale si allude è integrato dalla l. 31 gennaio 1926, n. 100 che, emanata in epoca precostituzionale e in attuazione dell'articolo 6 dello Statuto Albertino, venne riconosciuta quale fonte di rango costituzionale. Tale legge, rispondente ai fondamenti del regime totalitario, incise sull'assetto dei poteri statali decretando un depotenziamento delle istituzioni parlamentari e legittimando un'alterazione dei rapporti tra ministri e Capo del Governo. È quanto rilevano, in via esemplificativa, G. Greco, *I regolamenti amministrativi*, Torino, 2001, p. 81 ss. e L. Paladin, *Fascismo (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 887 ss., in sede di definizione della portata applicativa dei principi di collegialità e solidarietà ministeriale.

¹⁴ La centralità della legge statale nel complesso normativo si spiega in virtù della peculiarità delle condizioni storico-politiche che accompagnarono l'entrata in vigore delle disposizioni preliminari al codice civile: A. Watson, *La formazione del diritto civile*, trad., it., Bologna, 1986, p. 239; N. Rondinone, *Storia inedita della codificazione civile*, Milano, 2003, spec. p. 88. Sulla specificazione della nozione «legge» accolta nell'evocato contesto storico si veda, inoltre, la *Relazione del Guardasigilli Solmi al Progetto definitivo del libro I del Codice Civile*, n. 1. nonché C. Esposito, *Legge*, in *Nuov. Dig. it.*, III, Torino, 1938, p. 720.

te alla sola Banca d'Italia, si è notevolmente ampliato per effetto dell'istituzione di numerose Autorità amministrative indipendenti. La loro azione regolamentare incide fortemente sul corretto funzionamento di settori essenziali e trainanti della società e soprattutto dell'economia¹⁵.

Il cenno alle norme corporative deve, invece, reputarsi superato nonostante la giurisprudenza tenda a far salvi i richiami ad esse effettuati da numerose disposizioni del codice civile (specialmente gli artt. che vanno dall'art. 2106 all'art. 2110 c.c.) intendendo tali richiami come rinvii normativi alla contrattazione collettiva. La contrattazione collettiva ha, in definitiva, sostituito le norme corporative¹⁶.

Quanto agli usi si segnala l'inattuazione della disposizione che statuisce che gli stessi possono avere una valenza normativa quando sono richiamati dalla legge¹⁷. Il dettato di tale disposizione è coerente con la vocazione non settoriale attribuitale in passato, quale norma che informa la disciplina degli istituti civilistici e di tutto il sistema. Se ciò fosse ancora attuale, le ripercussioni sulla valutazione della prassi costituzionale, che nel tempo ha modificato notevolmente la struttura e il funzionamento delle istituzioni della Repubblica, sarebbero notevoli. Risulterebbe, infatti, problematico considerare tale prassi valida soltanto ove la legge le riconoscesse rilevanza.

Tutto sommato, quindi, le disposizioni preliminari rivestono nel sistema delle fonti un'importanza assai relativa se non irrisoria, assumendo un carattere meramente descrittivo e mostrando altresì la loro inadeguatezza¹⁸ quanto alle problema-

¹⁵ Sia sufficiente, al riguardo, considerare l'incidenza degli atti regolamentari di predette Autorità, aventi rilevanza esterna – non incidenti, cioè, sulla disciplina del funzionamento dell'apparato organizzativo interno – conformanti gli assetti normativi di importanti settori dell'economia e, dunque, influenti sulla determinazione delle dinamiche del mercato. Un'esaustiva trattazione dei profili problematici afferenti all'operato di tali Amministrazioni è offerta da M. Clarich, *Le Autorità indipendenti tra regole, discrezionalità e controllo giudiziario*, in *Foro amm.*, 2002, p. 3865 ss.; Id., *Autorità indipendenti. Bilancio, prospettive di un modello*, Bologna, 2005; A. Predieri, *L'rompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997, p. 89.

¹⁶ Significative riserve sull'incondizionato accoglimento di tale soluzione applicativa sono avanzate da A. Cataudella, *Ancora sulla prevalenza del contratto collettivo sul contratto individuale*, cit., p. 77, che nega al contratto collettivo di lavoro la natura di fonte del diritto. Tuttavia l'a. ravvisa peculiarità strutturali tipiche della norma giuridica in forza delle quali l'atto in parola, pur non conformando la disciplina del contratto individuale, incide sulla regolamentazione del rapporto derivante da quest'ultimo «detta[ndo] regole destinate a prevalere su quelle [...] che risultino meno favorevoli per il lavoratore subordinato»: Id., *I contratti. Parte generale*, 3 ed., Torino, 2009, p. 19 s. Sul carattere storicamente determinato e condizionato delle fonti corporative, sostituite dal riferimento diretto ai contratti collettivi di lavoro, e sul recupero di una residuale valenza delle norme prodotte dalle medesime, in virtù di un'interpretazione evolutiva, A. Tartaglia Polcini, *sub artt. 5-7 disposizioni preliminari*, in G. Perlingieri (a cura di) *Codice Civile annotato*, cit., pp. 110 ss. e 115 ss.

¹⁷ Su tale assunto si fonderebbe per G. Zagrebelsky, *Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, 1987, p. 281 la distinzione tra consuetudine ed uso: la natura di «fonte autonomamente fondata su un modo originario di produzione del diritto» propria della prima non è predicabile per il secondo inteso quale mero elemento di integrazione della regola posta dalla legge.

¹⁸ Osserva L. Paladin, *Costituzione, Preleggi e Codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1993, p. 21, che «quasi nulla è rimasto dei progetti dettati negli articoli da 1 a 9 delle "disposizioni sulla legge in generale"». Le singole

tiche conseguenti all'esercizio dei poteri normativi decentrati da parte delle autonomie regionali, degli Enti territoriali e soprattutto degli enti sovranazionali, quale l'Unione europea. La normazione prodotta dall'esercizio di tali poteri concorre in vario modo alla costruzione del sistema ordinamentale vigente¹⁹.

3. Quanto ai riferimenti normativi costituzionali, la Carta fondamentale manca di un quadro organico delle fonti. Tuttavia il legislatore costituente lo presuppone²⁰ allorché limita il proprio intervento a:

- a) definire dettagliatamente la disciplina dei procedimenti di formazione della legge (artt. 70 ss.);
- b) porre le condizioni di esercizio del potere legislativo imponendo, all'art. 10 cost., la conformazione alle norme di diritto internazionale (o, secondo la dottrina prevalente, alla prassi internazionale); individuando riserve di legge rinforzate; assecondando il processo di integrazione europea in ragione del quale si giustificano le limitazioni di sovranità poste dall'art. 11 cost.; vincolando, con l'art. 117, comma 1, cost., Stato e Regioni al rispetto dei «vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali»²¹ nonché del limite della non sottoponibilità della forma repubblicana al processo di revisione costituzionale²². L'art. 139 cost. si erge a presidio dei valori fondamentali che rappresentano il patto costituzionale²³.

fonti-atto, quand'anche i loro nomina juris coincidano con quelli utilizzati nelle premesse del Codice civile, vedono ormai ridefinito il loro regime dalla Costituzione o dalle leggi attuative di essa. Persino il quadripartito sistema delle fonti – imperniato sulle leggi, sui regolamenti, sulle norme corporative e sugli usi – è stato travolto o sconvolto: sia perché i tipi degli atti e dei fatti normativi si sono moltiplicati [...]; sia perché i criteri della loro sistemazione non si risolvono più nella classica gerarchia di stampo kelseniano, che ancora informa l'art. 1 delle disposizioni preliminari, ma esigono il ricorso al nuovissimo metro della competenza, direttamente e indirettamente determinato dalla Costituzione».

¹⁹ Per una configurazione dell'ordinamento quale sistema normativo complesso a vocazione circolare ove confluiscono fonti di diritto nazionale, comunitario e internazionale v. P. Perlingieri, *Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti europee. Per un unitario sistema ordinamentale*, Napoli, 2008, p. 9 ss.

²⁰ L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, p. 32; V. Crisafulli, *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, cit., p. 940.

²¹ Una prima applicazione del riformato art. 117 cost., comma 1, da parte del Giudice delle Leggi si registra nella sentenza Corte cost., 3 novembre 2005, n. 406, in *Giur. it.*, 2006, c. 1123 s., con nota di A. Celotto, *La Corte costituzionale finalmente applica il 1° comma dell'art. 117 Cost. (in margine alla sentenza n. 406 del 2005)*; e in *Giur. cost.*, 2005, p. 4436 ss., con nota di R. Calvano, *La Corte costituzionale "fa i conti" per la prima volta con il nuovo art. 117, comma 1 Cost. Una svolta monista della giurisprudenza costituzionale sulle "questioni comunitarie"?*.

²² Segnatamente gli artt. 10, 11 e 117 cost. garantiscono una copertura costituzionale al processo di integrazione comunitaria e di adeguamento del diritto interno all'azione politica intrapresa dall'Unione europea. Cfr. già A. La Pergola, *Costituzione e adattamento dell'ordinamento interno al diritto internazionale*, Milano, 1961, p. 296 ss.

²³ Per una esemplare esegesi dell'art. 139 cost., interpretato in combinato disposto con l'art. 2 cost. che rico-

c) disciplinare, seppure in maniera frammentaria, la potestà regolamentare. È evidente a tal proposito il richiamo all'art. 87, comma 5, cost. che attribuisce al Presidente della Repubblica il potere di emanare i regolamenti; all'art. 114, comma 2, cost. in materia di autonomia regolamentare dei Comuni e delle Province; ovvero all'art. 121, comma 3, cost. che riconosce espressamente la potestà regolamentare della Giunta regionale.

Ragioni di completezza inducono, tuttavia, a non tralasciare la disciplina dei regolamenti dell'esecutivo dettata dall'art. 17 della l. n. 400 del 1988 che distingue i regolamenti esecutivi dai regolamenti attuativi ed integrativi di leggi e decreti legislativi – sui quali più volte si è soffermato il sindacato della Corte costituzionale²⁴ – nonché, infine, dai regolamenti indipendenti emanati nelle materie ove manchi la disciplina legislativa, sempre che non si tratti di materie riservate, e dai regolamenti che incidono sull'organizzazione e sul funzionamento dell'amministrazione pubblica²⁵. Atti, questi, di indiscussa rilevanza anche per i rapporti di diritto civile inteso nell'accezione ampia di diritto dei *cives*²⁶.

4. Qualche spunto di riflessione si può già trarre. Gli atti regolamentari assolvono funzioni differenti e compongono, pertanto, un panorama non omogeneo delle

nosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo: A. Baldassarre, *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur.* Treccani, XI, Roma, 1989, p. 18

²⁴ Per un approfondimento del tema: S.M. Cicconetti, *Lezioni di giustizia costituzionale*, Torino, 3^a ed., 2006, p. 29.

²⁵ La legittimità dei regolamenti indipendenti è ampiamente dibattuta in dottrina che, come osservato da R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, *Commentario alla Costituzione, art. 117, 6° comma*, Torino, 2006, p. 2282, si divide in due orientamenti. Nel primo convergono le tesi di quanti ravvisano in essi una palese lesione del principio di legalità, motivata sulla inconciliabilità della natura di fonte secondaria con il ricorso ad essi quali unici referenti normativi della disciplina di determinate materie. Peculiarità, questa, che, se da un lato consente di avallare la soluzione interpretativa che evoca un accostamento con gli atti aventi forza di legge, dall'altro è fonte di dubbi circa la legittimità della scelta a favore della loro sottrazione al regime giuridico dettato per questi ultimi (*ex multis* L. Carlassare, *Il ruolo del Parlamento e la nuova disciplina del potere regolamentare*, in *Quad. cost.*, 1990, p. 11). Di diverso avviso quanti fondano la legittimità dei regolamenti indipendenti sull'art. 17 della l. n. 400 del 1988 (S. Bartole, *Una prospettiva di rivalutazione dei poteri normativi del Governo. A proposito della l. n. 400 del 1988*, in *Giur. cost.*, I, p. 1471; E. Cheli, *Ruolo dell'esecutivo e sviluppi recenti del potere regolamentare*, in *Quad. cost.*, 1990, p. 66) ovvero, in generale, sulla potestà regolamentare del Governo ammettendo un sistema delle fonti nel quale quelle di rango inferiore possono, nel rispetto di quanto stabilito da quelle gerarchicamente superiori, regolare ambiti da queste non coperti [A. Pizzorusso, *La nuova disciplina del potere regolamentare prevista dalla legge 400/1988*, in P. Caretti e U. De Siervo (a cura di), *Potere regolamentare e strumenti di direzione dell'amministrazione. Profili comparatistici*, Bologna, 1991, p. 249].

²⁶ Quale parte dell'ordinamento unitariamente considerato il diritto civile identifica, di là dalla rigida ripartizione pubblico-privato, il «diritto dei *cives* titolari di diritti nei confronti non soltanto degli altri cittadini ma anche dello Stato e del mercato»: P. Perlingieri e P. Femia, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2007, p. 41.

fonti secondarie²⁷. Tale panorama testimonia la graduale perdita della centralità del Parlamento a vantaggio dell'azione svolta da Regioni, Unione europea²⁸ e Governo divenuto, con l'affermarsi della prassi della delegificazione, sede privilegiata dell'attività di normazione.

I regolamenti delle *Authorities*, spesso emanati sulla base di una blanda normativa di principio fissata con le leggi istitutive (è il caso della disciplina dei mercati finanziari, contenuta nei regolamenti della Consob), arricchiscono tale panorama e toccano da vicino problematiche care ai civilisti, quali la disciplina dei contratti finanziari e bancari, dell'erogazione dell'energia ovvero dei dati sensibili²⁹.

L'inquadramento sistematico di tali atti è arduo: ci si interroga sulla loro equiparabilità agli atti aventi forza di legge o alla normativa secondaria che sfugge al controllo di legittimità costituzionale³⁰. Se si optasse per questa seconda soluzione si arriverebbe ad ammettere l'esistenza di una zona franca di esercizio del potere normativo, totalmente sottratta al sindacato del Giudice delle leggi con conseguente violazione del principio di legalità inteso nella sua accezione sostanziale di 'non contrarietà all'ordinamento' e non, semplicemente, alla legge ordinaria³¹. I regolamenti delle Autorità indipendenti sono fonti del diritto³² e al pari della legge presentano i

²⁷ Ricostruisce esaustivamente i sentieri dottrinali che si intrecciano sull'arduo tema dell'inquadramento in termini unitari delle forme di esercizio della potestà regolamentare A. Tartaglia Polcini, *sub art. 4*, disposizioni preliminari, in G. Perlingieri (a cura di), cit., p. 89 ss.

²⁸ L'esperienza attuale rende, infatti, inconfutabile la tesi secondo la quale l'ordinamento si regge su un sistema di distribuzione dei poteri normativi tra soggetti non suscettibili di essere inquadrati nelle tradizionali strutture dell'apparato statale: P. Perlingieri, *Relazione conclusiva*, in Id. (a cura di), *Authorities e tutela della persona*, Atti del convegno di Messina 21-22 novembre 1997, Napoli, 1999, p. 281; Id., *Prefazione*, in O. Beaud, *La potenza dello Stato*, 1994, (trad. it. di L. Tullio, Napoli, 2002, p. VIII). Quanto all'erosione dell'idea della sovranità statale dovuta al peculiare atteggiarsi, in seno al processo di integrazione europea, dei rapporti tra Stati nazionali e Unione europea v. L. Olivieri, *Sovranità popolare, sovranità e statualità tra Carta europea dei diritti e «futuro dell'europa»*, in *Riv. dir. pubbl. com.*, 2004, p. 33; G. Tesaurò, *Sovranità degli Stati e integrazione europea*, in *Dir. un. eur.*, 2006, p. 235.

²⁹ Sede privilegiata del dibattito civilistico sulla conformazione degli atti di autonomia alle linee di politica economica tracciate dalle Autorità è la disciplina della concorrenza. Più diffusamente v. A. Nervi, *Regolamentazione della concorrenza e Autorità garante*, in R. Di Raimo, *Impresa pubblica e intervento dello Stato in economia*, Napoli, 2006, p. 377 ss.; R. Pardolesi, *Il contratto e il diritto della concorrenza*, in G. Gitti (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006, p. 159 ss.

³⁰ F. Politi, *Regolamenti delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Enc. giur.* Treccani, XXVI, 1995, p. 1 s.

³¹ L'accoglimento di ricostruzioni formalistiche della legalità accentua il rischio che vengano tradite le fondamenta democratiche dell'ordinamento. È il monito di L. Carlassare, *Legalità (principio di)*, in *Enc. giur.* Treccani, XVIII, 1990, p. 4, che argomenta a favore della valenza sostanziale del principio, espressione di un «valore costituzionale, [...] implicito nel testo della Costituzione e da esso ricavabile». Tale opzione interpretativa avvalorata, peraltro, la definizione della legalità in termini di sintesi dei «principi fondamentali dell'ordinamento che costituiscono lo "zoccolo duro" della Costituzione, vincolante [...] per il legislatore: la stessa autonomia legislativa non può essere riconosciuta se non entro i confini invalicabili del quadro costituzionale»: P. Perlingieri, *Il principio di legalità nel diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, 1, p. 183.

³² A conferma di tale qualificazione F. Politi, *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, cit., p. 1,

caratteri della generalità, astrattezza e innovatività³³; hanno valenza *erga omnes* – nonostante il diverso avviso della giurisprudenza – e non sono gerarchicamente inferiori ai regolamenti governativi dai quali si differenziano per competenza³⁴.

Le Autorità indipendenti dispongono di poteri normativi³⁵ piuttosto ampi giacché, talvolta, i loro regolamenti non costituiscono un mero completamento della normativa statale. Questa, spesso, è priva di una esaustiva definizione della disciplina di principio ed assicura semplicemente una generica copertura legislativa all'attività regolamentare³⁶.

Ad ogni modo risulterebbe ipocrita pensare di poter invocare un controllo di legittimità sui predetti regolamenti sollevando la questione di costituzionalità delle leggi istitutive delle Autorità quali fonti del potere regolamentare. Si potrebbe, infatti, ammettere più semplicemente – seguendo l'intuizione di Costantino Mortati³⁷

riporta il pensiero della dottrina (A.M. Sandulli, *L'attività normativa della P.A.*, Napoli, 1970) che «ha da tempo dimostrato come rientrano nel novero delle fonti tutti quegli atti amministrativi (in senso ampio) con cui l'amministrazione dettando norme nel campo di azione affidato alle sue cure e (pure senza incidere nelle sfere già disciplinate con atti legislativi), comunque innova l'ordinamento giuridico». Degna di nota, da ultimo, la posizione di chi risolve la controversa questione della legittimità degli atti in parola argomentando in favore della soluzione interpretativa che ravvisa nell'art. 117, comma 6, cost. il referente costituzionale della potestà regolamentare anche delle *Authorities*, mancando nella lettera del menzionato articolo un riferimento applicativo che circoscriva la sua operatività al solo potere di normazione secondaria demandato all'Esecutivo: G. Grasso, *Autorità amministrative indipendenti e Regioni tra vecchio e nuovo Titolo V della Costituzione. Alcuni elementi di discussione*, in *Quad reg.*, 2003, p. 812.

³³ A. Cerri, *Regolamenti*, in *Enc. giur.* Treccani, XXVI, Roma, 1991, p. 5; V. Cerulli Irelli, *I poteri normativi delle Autorità amministrative indipendenti*, in *astird-online.it*

³⁴ F. Politi, *op. loc. ult. cit.*, V. anche M.S. Giannini, *Regolamento (in generale)*, in *Enc. dir.* Treccani, XXXIX, Milano, 1988, p. 601 ss., per il quale i regolamenti delle Autorità amministrative indipendenti presentano profili di affinità con i regolamenti ministeriali del governo dell'economia.

³⁵ Le problematiche afferenti al riconoscimento delle Autorità amministrative indipendenti quali autonomi centri di normazione integrano l'oggetto di una vasta produzione dottrinale. Si segnala *ex multis*: F. Merusi, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000; Id., *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in G. Gitti (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 43 ss.; S. Nicodemo, *Gli atti normativi delle autorità indipendenti*, Padova, 2002; F. Cintioli, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale*, Torino, 2007; P. Caretti, *I poteri normativi delle autorità indipendenti*, in *Osservatorio sulle fonti 2003-2004*, Torino, 2005.

³⁶ Sul punto V. Cerulli Irelli, *I poteri normativi delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., denuncia la discutibile tendenza del legislatore ad avvalersi della tecnica di normazione che realizza «*mere attribuzioni di potere*» (corsivo nostro), fatte salve sporadiche eccezioni nelle quali provvede a «detta[re] prescrizioni specifiche cui le autorità debbono attenersi nella adozione dei relativi atti». La fondatezza di tale riflessione si coglie allargando lo sguardo alla normativa contenuta nel d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, attribuita a Consob e Banca d'Italia di poteri di regolamentazione e vigilanza. Predetta disciplina, infatti, amplia notevolmente i margini di discrezionalità delle richiamate Autorità in merito alla definizione della normativa di settore, là dove limita il proprio apporto normativo all'enunciazione di principi generali ovvero alla fissazione di obiettivi e linee guida sui quali informare la regolamentazione dei mercati finanziari.

³⁷ C. Mortati, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Milano, 1964, pur se le riflessioni svolte dal Maestro attengono al regime di impugnazione dei regolamenti dell'esecutivo. Cfr. anche G. Tarli Barbieri,

– la necessità di sottoporre i regolamenti, in via diretta, al controllo di legittimità costituzionale³⁸.

I dubbi sul rispetto del principio di legalità sono, dunque, fondati e del resto lo stesso art. 134 cost., che dispone il controllo di legittimità sugli atti aventi forza di legge, va interpretato in ossequio alle esigenze di tutela avverso l'esercizio del potere normativo che si traduce nell'adozione di atti sostanzialmente, ma non formalmente, equiparabili alla legge. Atti, dunque, che talvolta non sono né dello Stato né delle Regioni come, per l'appunto, i regolamenti delle *Authorities* e i regolamenti comunitari³⁹.

Quanto innanzi mette in discussione la ripartizione dei tre classici poteri dello Stato: legislativo, esecutivo e giudiziario⁴⁰. La crisi emerge dal ricorso, sempre più frequente, oltre che al regolamento anche a strumenti che ugualmente concorrono o integrano l'ordinamento, quali la legge-provvedimento⁴¹ utilizzata dal Parlamento e il decreto d'urgenza⁴² privilegiato dall'Esecutivo, non più titolare soltanto di

Regolamenti di delegificazione e giudizio di legittimità costituzionale: verso nuovi orizzonti?, in *Giur. cost.*, 1998, p. 3901.

³⁸ Per un maggiore approfondimento della questione, di recente P. Perlingieri, *Funzione giurisdizionale e Costituzione italiana*, Napoli, 2010, p. 228 s.

³⁹ Non vi è, pertanto, ragione di negare la sottoponibilità degli stessi al sindacato di legittimità costituzionale: P. Perlingieri, *Diritto comunitario e legalità costituzionale*, Napoli, 1992, p. 99. Sebbene si riferisca ai soli regolamenti comunitari cfr. A. Pertici, *Le fonti comunitarie*, in R. Romboli (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti e prospettive di un modello*, Napoli, 2006, p. 363 s., là dove ammette che la Consulta è tenuta verificare la conformità di predetti atti con i diritti inviolabili ed i principi fondamentali dell'ordinamento. *Contra*, un opinabile e risalente orientamento della Corte costituzionale (27 dicembre 1973, n. 183, in *Giur. cost.*, 1973, p. 2420) che non esita ad affermare che: «deve invece escludersi che questa Corte possa sindacare singoli regolamenti, atteso che l'art. 134 della Costituzione riguarda soltanto il controllo di costituzionalità nei confronti delle leggi e degli atti aventi forza di legge dello Stato e delle Regioni, e tali [...] non sono i regolamenti comunitari».

⁴⁰ A. Spadaro, *I conflitti tra il Governo e gli altri poteri dello Stato: la storia di un'irresistibile tendenza a sfuggire ai controlli*, in *Giur. it.*, 2004, p. 217, contesta l'interpretazione formalistica di «potere dello Stato», tutta incentrata sulla natura costituzionale dell'organo, anziché dare rilievo – in un'ottica funzionale – all'incidenza e alla rilevanza costituzionale del conflitto. Cfr. la giurisprudenza amministrativa che imputa alla «caduta del valore della legalità sostanziale» l'attribuzione di specifici poteri alle Autorità amministrative indipendenti estranee alla «tradizionale tripartizione dei poteri» e al circuito di responsabilità delineato dall'art. 95 della Costituzione» (Cons. St., 27 dicembre 2006, n. 7972, in *Foro amm. C.d.s.*, 2006, 12, p. 3398 ss.).

⁴¹ Per una panoramica delle questioni aperte in materia di leggi provvedimento v. G.U. Rescigno, *Leggi provvedimento costituzionalmente ammesse e leggi provvedimento costituzionalmente illegittime*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 2, p. 319; R. Soldati, *Leggi provvedimento: nozioni, caratteristiche e mezzi di tutela*, in *Riv. Amm. della Repubblica Italiana*, 2008, p. 539.

⁴² Incisivo l'intervento della Corte costituzionale che ha scongiurato il ricorso ingiustificato alla decretazione d'urgenza: Corte cost., 8 marzo 1996, n. 68, in *Giur. cost.*, 1996, p. 1001 s.; Corte cost., 25 maggio 1992, n. 225, in *Foro it.*, 1992, I, c. 3189; Corte cost., 10 marzo 1988, n. 302, in *Foro it.*, con note di G. Pitruzella, *Sui limiti costituzionali della decretazione di urgenza*, c. 1412 e F. Teresi, *Brevi considerazioni sulla reiterazione di decreti legge non convertiti*, c. 1789.

mere funzioni di gestione e amministrazione. A ciò si aggiunge l'istituzionalizzazione di poteri nuovi non riconducibili in via immediata all'apparato statale ma pur sempre espressioni dell'organizzazione della Repubblica. Le *Authorities* fanno parte di questa nuova compagine e, sebbene non siano contemplate dalla Costituzione, è innegabile che svolgano funzioni di rilevanza costituzionale⁴³. Auspicabile è un loro riconoscimento espresso nella Carta fondamentale⁴⁴, accompagnato da una rilettura in chiave funzionale, a garanzia dell'attuazione dei valori costituzionali, dell'art. 134 cost⁴⁵.

La Corte costituzionale aveva intuito l'importanza delle soluzioni profilate, quando, con sentenza del 20 dicembre 1988, n. 1104⁴⁶, ammise il sindacato di legittimità costituzionale sulle norme contenute nei regolamenti «integrativi» del testo della legge da attuare (testo di per sé «neutro», cioè non in contrasto con la Costituzione). Tecnicamente, soltanto sul piano formale, è la legge ad essere oggetto di giudizio; tuttavia le valutazioni della Consulta, sotto il profilo sostanziale, investono le norme regolamentari lesive di principi fondamentali. Con ordinanza del 27 giugno 1997, n. 208, la Consulta sembra abbia mutato orientamento⁴⁷.

5. Degna di attenzione è la proliferazione delle ipotesi di interferenza e di lesione delle competenze statali e regionali ad opera degli atti a rilevanza normativa delle

⁴³ Per alcune di esse si è optato a favore della qualificazione in termini di "Autorità di Garanzia", esercitanti funzioni in parte assimilabili a quelle proprie dell'Autorità giudiziaria trattandosi di organismi istituzionali ai quali è devoluta la risoluzione di controversie tra privati, seppure in funzione di tutela di interessi di rilevanza collettiva. Cfr. sul punto *Relazione conclusiva* della Commissione istituita con d.m. della Funzione pubblica del 1 ottobre 2001 per la *Razionalizzazione e la semplificazione della disciplina delle Autorità indipendenti e delle Agenzie di settore*, nella quale le menzionate Autorità sono distinte da quelle di "controllo", quali la Consob e l'Isvap, e "semi-indipendenti". Qualifica, questa ultima, che spetterebbe all'Autorità per l'energia elettrica e il gas e per l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici.

⁴⁴ Possibilista in tal senso è V. Ricciuto, *I regolatori del mercato nell'ordinamento italiano*, in R. Di Raimo e V. Ricciuto (a cura di), *Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia*, Napoli, 2006, p. 344, il quale sofferma l'attenzione sulla natura costituzionale dei diritti tutelati e regolamentati a mezzo degli atti amministrativi adottati dalle *Authorities*. Cfr. G. Gitti e P. Spada, *Regolazione del mercato e strategia*, in G. Gitti (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 16 per i quali «l'inquietudine che si accompagna alla ricerca di una copertura legislativa formale del potere regolamentare delle autorità indipendenti si stempera [...] nella proposta di legittimare l'intervento con riferimento alla norma comunitaria per il tramite della Costituzione». È implicito il richiamo degli autori al Trattato di Amsterdam: la diretta applicazione di tale fonte ai rapporti economici ha suggerito, infatti, possibili scenari di «modificazione non soltanto materiale, ma anche formale, della Carta costituzionale».

⁴⁵ P. Perlingieri, *Leale collaborazione*, cit., p. 22 s.; propende per il superamento di un'interpretazione fedele al dato letterale dell'art. tendente a circoscrivere l'oggetto del giudizio di legittimità costituzionale alla sola "legge formale" e agli atti ad essa equiparati A. Cerri, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, 2001, p. 100 ss.

⁴⁶ In *Foro it.*, 1989, I, c. 1.

⁴⁷ In *Foro it.*, I, c. 3080.

*Authorities*⁴⁸. Qualche esempio: l'*Antitrust* incide sulla potestà residuale regionale in materia di «industria e commercio»; l'Agcom sulla materia concorrente dell'«ordinamento delle comunicazioni»; l'Autorità per l'energia elettrica ed il gas sulla riserva a favore dello Stato della «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale». Il rischio è che si palesino conflitti di attribuzione relativamente ai quali si dovrebbe indagare la legittimazione attiva e passiva delle *Authorities* (sebbene nella persona del Presidente del Consiglio dei ministri al quale fanno formalmente capo⁴⁹). Senza entrare in questioni di giustizia costituzionale ancora aperte, occorre esaminare gli effetti dell'azione delle Autorità indipendenti sul più circoscritto settore del diritto civile⁵⁰. In via esemplificativa, si pensi:

- alle autorizzazioni in deroga di intese altrimenti vietate accordabili dall'*Antitrust* ai sensi dell'art. 4 della l. n. 287 del 1990. A nulla gioverebbe obiettare che l'Autorità garante della concorrenza e del mercato non ha potere regolamentare. L'esplicazione di funzioni di vigilanza si traduce spesso nell'esercizio di un'attività sostanzialmente regolatoria⁵¹;

⁴⁸ Tutt'altro che remota è la possibilità che sorgano conflitti di attribuzione tra Regioni e *Authorities*. Si segnalano, a tal proposito, timide iniziative da parte della Provincia autonoma di Trento e Bolzano e della Regione Trentino Alto Adige che ebbero occasione, in passato, di lamentare un'invasione nelle materie di propria competenza, imputabile all'Autorità per le garanzie nelle telecomunicazioni e alla Banca d'Italia. I giudizi instaurati dinnanzi alla Consulta hanno avuto un esito infruttuoso: essi sono stati dichiarati estinti per rinuncia al ricorso con Corte cost., ord., 23 luglio 2002, n. 378, in *Giur. cost.*, 2002, p. 2818 ss. e Corte cost., ord., 28 novembre 2002, n. 504, *ivi*, p. 4126 ss. Cfr. in dottrina M. Manetti, *Regioni e autorità indipendenti in conflitto*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 2824, secondo il quale la devoluzione alle competenze regionali di materie interessate dall'esercizio delle funzioni regolatorie e di vigilanza riconosciute alle Autorità indipendenti innalza la probabilità che si concretizzino «ipotesi di interferenza/lesione delle attribuzioni regionali ad opera di atti normativi o amministrativi delle a.i., suscettibili di giungere al giudizio della Corte sotto forma di conflitto di attribuzioni tra Stato e Regioni».

⁴⁹ Le *Authorities*, infatti, pur godendo di una peculiare posizione di indipendenza, permangono articolazioni dello Stato-apparato e, come tali, trovano nel Presidente del Consiglio il loro rappresentante necessario al pari di qualsiasi altro organo statale: così Corte cost., ord., 23 luglio 2002, n. 378, cit., con nota di M. Manetti, *op. loc. cit.*

⁵⁰ Il rapporto tra azione delle Autorità amministrative indipendenti ed esercizio dei diritti nella titolarità dei privati è stato indagato in P. Perlingieri (a cura di), *Authorities e tutela della persona*, cit.; L. Di Bona, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto*, Napoli, 2008; E. del Prato, *Autorità indipendenti, norme imperative e diritto dei contratti: spunti*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 526; e, sebbene con riguardo all'operato di talune specifiche Autorità: A.M. Gambino, *Clause vessatorie e direttive dell'Authority per l'energia elettrica ed il gas*, in *Resp. civ. prev.*, 1997, p. 278; A. Simoncini, *Autorità indipendenti e 'costruzione dell'ordinamento giuridico': il caso del Garante per la protezione dei dati personali*, in *Dir. pubbl.*, 1999, p. 870. Riconducono gran parte della produzione normativa delle Amministrazioni considerate all'area riservata all'agire privatistico G. Napolitano e A. Zoppini, *Regolazione indipendente dei servizi pubblici e garanzia dei privati*, in G. Gitti (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 126, i quali discorrono, al riguardo, di un diritto «imperativo, ma anche a volte suppletivo, condizionale e non finalistico, negoziato e non imposto».

⁵¹ È quanto rileva F. Cintioli, *I regolamenti delle Autorità indipendenti nel sistema delle fonti tra esigenze della*

- alle autorizzazioni di carattere generale al trattamento dei dati personali adottabili dal Garante della *privacy* ai sensi art. 40 della l. n. 196 del 2003 mediante le quali si individuano i soggetti che possono avvalersi di tali dati, le modalità e le finalità del trattamento nonché le categorie di dati ad esso assoggettabili.
- ai regolamenti sulla *par condicio* emanati dal Garante per la radiodiffusione di categoria;
- agli atti dell’Autorità dell’energia elettrica e del gas di integrazione e modificazione del contenuto delle condizioni generali di contratto predisposte dal gestore, di fissazione e aggiornamento della tariffa base⁵²;
- al potere demandato alla Commissione sullo sciopero di adottare una provvisoria regolamentazione qualora manchino, o siano valutati inadeguati, i codici di autorregolamentazione per assicurare l’erogazione delle prestazioni indispensabili.

Si pensi ancora alla vigilanza regolamentare dell’Isvap, della Consob e della Banca d’Italia. In particolare:

- alla possibilità riconosciuta alla Consob – sentita la Banca d’Italia – di «prevedere con regolamento che, per motivate ragioni tecniche o in relazione alla natura professionale dei contraenti, particolari tipi di contratto possano o debbano essere stipulati in altra forma. Nei casi di inosservanza della forma prescritta, il contratto è nullo» (art. 23 del d.lg. n. 58 del 1998 – «T.U. dell’intermediazione finanziaria»);
- alla c.d. «vigilanza regolamentare» che attribuisce alla Banca d’Italia – sentita la Consob – la potestà di disciplinare mediante regolamento l’adeguatezza patrimoniale, il contenimento del rischio nelle sue diverse configurazioni, le partecipazioni detenibili, l’organizzazione amministrativa e contabile e i controlli interni; *etc.* (art. 6, comma 1, d.lg. n. 58 del 1998).

regolazione e prospettive della giurisdizione, in www.giustiziamministrativa.it, p. 10, secondo il quale «l’ampiezza di valutazione dell’Autorità su ciò che autorizza [il suo] intervento e sui contenuti di esso potrebbe favorire “quell’ardore regolatorio” paventato dalla dottrina (l’espressione è di S. Cassese). La regolazione potrebbe [essere] un riflesso condizionato, vero e proprio “abito mentale” di una cultura del mercato passata in breve tempo dall’età del dirigismo a quella della liberalizzazione ed abituata principalmente a fronteggiare le esorbitanti posizioni degli *ex* monopolisti. In breve, il rischio sarebbe quello di una “caccia” alla dominanza che finisca per incrementare le regole di un mercato libero e contendibile». Cfr. F. Caringella, *Le autorità indipendenti tra neutralità e paragiurisdizionalità*, in *Cons. Stato*, 2000, p. 541. La tendenza ad attribuire a qualunque atto delle *Authorities* una valenza normativa segna per G. De Nova, *Le fonti di disciplina del contratto*, in *Riv. dir. priv.*, 1, 2003, un sostanziale riconoscimento del ruolo di giudici confermato dalla percezione unanime che la loro azione si risolve, di fatto, nella creazione di «precedent[i] vincolant[i] per l’operato quotidiano».

⁵² Sui riflessi dell’attività regolatoria dell’Autorità dell’energia elettrica e del gas nella definizione del contenuto degli accordi contrattuali e, più in generale, sulla funzione integrativa della disciplina negoziale propria degli atti normativi delle *Authorities* v. L. Di Bona, *Potere normativo delle Autorità indipendenti e contratto*, cit., *passim*.

Da segnalare, in particolare, la portata invasiva delle manifestazioni del potere regolamentare sulla tutela dei diritti fondamentali e, al contempo, sulla autonomia negoziale. I regolamenti delle Autorità indipendenti, infatti, costituiscono una fonte di integrazione del contratto⁵³ e si pongono come limite all'esercizio dell'autonomia negoziale⁵⁴.

6. Il tema delle fonti, dunque, va trattato nella complessità e nell'unitarietà dell'ordinamento⁵⁵. Il riparto delle competenze normative esorbita l'ambito dei confini nazionali ed investe le problematiche afferenti alla dinamica dei rapporti con centri di normazione sovranazionali. Fondamentale per rappresentare il legame tra l'azione normativa delle istituzioni nazionali e quella delle istituzioni comunitarie è l'art. 117, comma 1, cost., come riformato dalla l. cost. n. 3 del 2001. Esso impone a Stato e Regioni il rispetto di vincoli derivanti da fonti comunitarie e da obblighi internazionali. Anche il Trattato europeo informa la teoria delle fonti del nostro sistema ordinamentale. I commi 2 e 3 dell'art. 249 (ora art. 288 TFUE⁵⁶) individuano gli atti del potere normativo della Unione europea, soprattutto i regolamenti e le direttive. Si tratta, tuttavia, di un potere tendenzialmente limitato ai vincoli di competenza definiti dal Trattato CE, avente, come è noto, vocazione settoriale⁵⁷.

Si profila all'orizzonte il mutamento, con riguardo all'esercizio ormai in crisi, dei poteri impliciti contemplati dall'art. 308 del Trattato CE (ora art. 352 TFUE); esercizio che ha consentito il graduale ampliamento del raggio di azione del legislatore

⁵³ La «funzione di eterointegrazione» del contratto ascrivibile ai poteri normativi delle Autorità indipendenti, strumenti di «tipizzazione in senso positivo» dell'autonomia contrattuale, è chiarita da G. Gitti, *La «tenuta» del tipo contrattuale e il giudizio di compatibilità*, in *Riv. dir. civ.*, 5, 2008, p. 498 s.

⁵⁴ È pertinente evocare l'incidenza sulle operazioni contrattuali degli esiti dell'attività di vigilanza e di regolamentazione svolte dalle *Authorities* sui mercati bancari e finanziari. Quanto alla ricostruzione dei termini del rapporto tra funzione regolatoria esercitata dagli organismi in rilievo e dinamiche dell'autonomia negoziale v. gli Atti del convegno *Le Autorità indipendenti e il contratto*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 255.

⁵⁵ P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 184. Tuttavia la complessità dell'ordinamento non consente di sostenere la conformazione dello stesso secondo una struttura polisistemica (A. Falzea, *La costituzione e l'ordinamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, p. 261 ss., ora in Id., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, I, *Teoria generale del diritto*, Milano, 1999, p. 470), né legittima una sua definizione in termini di insieme di microsistemi dello stesso rango o di rango diverso [N. Irti, *Leggi speciali (dal mono-sistema al poli-sistema) e I frantumi del mondo (sull'interpretazione sistematica delle leggi speciali)*, entrambi in Id., *Letà della decodificazione*, 4ª ed., Milano, 1999, rispettivamente pp. 113 ss. e 151 ss.].

⁵⁶ Articolo così rinumerato e modificato dal Trattato di Lisbona.

⁵⁷ Spiegabile quale diritto che vive soltanto ove integrato nella «architettura ordinamentale degli Stati membri», il diritto comunitario non gode di «una autonomia operativa separabile da quella del sistema giuridico nazionale» (P. Perlingieri, *Leale collaborazione*, cit., p. 45. V. anche Id., *Il sistema delle fonti del diritto alla luce dell'ordinamento comunitario*, in *Riv. giur. Mol. Sannio*, 1997, p. 103, ora in Id., *L'ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2006, p. 91).

comunitario con l'avallo della Corte di giustizia⁵⁸. L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona vi pone un freno statuendo competenze esclusive dell'Unione e affiancando ai principi di sussidiarietà e proporzionalità il principio di attribuzione in virtù del quale «l'Unione agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri nei Trattati per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti. Qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei Trattati appartiene agli Stati membri» (art. 5, comma 2, TUE). La scelta politica che sottende l'ultimo intervento normativo configura obiettivamente un ritorno all'idea di un'Europa unita ma diversa, fondata sul rispetto delle identità nazionali⁵⁹.

7. Il coordinamento delle potestà normative chiama in causa l'operatività del principio di sussidiarietà e, sia pure *a latere*, del principio di competenza. Esso è enunciato nell'art. 5 Trattato UE e riconosciuto negli artt. 118 e 120 cost., quale criterio che informa le funzioni esercitate a livello sia amministrativo sia legislativo. La sussidiarietà, infatti, abilita la fonte più adatta nella regolazione di determinate materie e riconosce tale funzione anche all'autonomia negoziale che concorre, con gli atti promananti da poteri autoritativi, a definire l'assetto delle fonti del diritto⁶⁰.

⁵⁸ La teoria dei poteri impliciti recepisce l'orientamento giurisprudenziale sull'applicazione dell'art. 308 TCE (ora art. 352 TFUE), invocabile come base giuridica di interventi normativi del legislatore comunitario non disciplinati da specifiche disposizioni del Trattato e, pur, tuttavia, necessari per il raggiungimento degli scopi perseguiti dalla Unione europea: Corte giust., 26 marzo 1987, *Commissione c. Consiglio*, C-45/86, in *Racc.*, 1987, p. 1493. Cfr.: Corte giust., 3 settembre 2008, *Yassin Abdullah Kadi c. Al Barakaat International Foundation c. Consiglio e Commissione*, cause riunite C-402/05 e C-415/05, in *www.eurlex.com*, che esclude dall'ambito di operatività della disposizione in parola l'adozione di atti comunitari ai quali è rimessa l'attuazione degli obiettivi del Trattato UE in materia di relazioni esterne ed incidenti, dunque, sulle azioni di politica estera e di sicurezza comune (PESC). In dottrina: R. Calvano, *I poteri impliciti comunitari. L'art. 308 TCE come base giuridica per l'espansione dell'azione comunitaria*, in S. Mangiameli (a cura di), *L'ordinamento europeo*, Milano, 2005, p. 91 ss.

⁵⁹ Il rispetto delle identità costituzionali nazionali costituisce un limite invalicabile per l'azione della Unione europea. Espressione di valori supremi e condivisi dagli Stati nazionali, tale limite circoscrive notevolmente la portata del riconoscimento della *primauté* del diritto comunitario: A. Celotto e T. Groppi, *Diritto UE e diritto nazionale, primauté vs controlimiti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, p. 1382. Cfr. M. Cartabia, *"Unità nella diversità": il rapporto tra la Costituzione europea e le Costituzioni nazionali*, in *Dir. un. eur.*, 2005, p. 592, la quale considera pregevole la scelta del legislatore comunitario di blindare il riferimento alle «strutture costituzionali degli Stati membri» in un precetto normativo «dotato di maggiore mordente giuridico». Il limite in questione conferma, peraltro, la tesi a sostegno del necessario coordinamento delle disposizioni comunitarie con quelle nazionali pensabili, quali «parti integranti di un unico sistema che acquista definitività nei momenti della loro unitaria applicazione, [...]insieme degli ordinamenti dei casi concreti che incesantemente si prospettano quali risultati dell'attività ermeneutica»: P. Perlingieri, *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, cit.; Id., *Diritto comunitario e identità nazionali*, in corso di pubblicazione.

⁶⁰ P. Femia, *Sussidiarietà e principi nel diritto contrattuale europeo*, in P. Perlingieri e F. Casucci (a cura di) *Fonti e tecniche legislative per un diritto contrattuale europeo*, Napoli, 2004, p. 145, scorge nella sussidiarietà un criterio ordinatore delle fonti, strumento di selezione del potere normativo più «abile» a far fronte alle pe-

Si scopre un volto nuovo dell'autonomia negoziale quale sintesi di autoregolamentazione ed eteroregolamentazione⁶¹. Quest'ultima deducibile da disposizioni del codice civile o del codice del consumo – ove ricorrano contratti del consumatore – da regolamenti comunitari, da norme costituzionali o del Trattato europeo, dai regolamenti dell'esecutivo o delle *Authorities*⁶². L'atto negoziale, dunque, sebbene espressione dell'iniziativa delle parti è sovente interessato da fenomeni di integrazione legale dell'efficacia, di inserzione automatica di clausole (art. 1339 c.c.), di sostituzione di clausole nulle (art. 1419 c.c.)⁶³. La sua validità, peraltro, si misura in base alla conformità ai principi di ordine pubblico europeo e costituzionale, che si accerta mediante un controllo di meritevolezza improntato ai canoni di proporzionalità e di ragionevolezza⁶⁴.

culiarità delle istanze di tutela rilevabili nella contingenza e con riguardo a fattispecie concrete. In tal senso anche D. De Felice, *Principio di sussidiarietà ed autonomia negoziale*, Napoli, 2008. Si rammenti che un esplicito riconoscimento del principio in oggetto risale, in ambito comunitario, alla sua introduzione nell'art. 3B del Trattato di Maastricht (in argomento cfr. P. Caretti, *Il principio di sussidiarietà e i suoi riflessi sul piano dell'ordinamento comunitario e nazionale*, in *Quad. cost.*, 1993, p. 7 ss.; A. Spadaro, *Sui principi di continuità dell'ordinamento, di sussidiarietà e di cooperazione fra comunità/Unione europea, Stato e Regioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1994, p. 1041 ss.; J. Luther, *Il principio di sussidiarietà: un «principio speranza» per il diritto costituzionale comune europeo?*, in *Foro it.*, 1996, V, c. 176 ss.) e, in quello nazionale, all'espressa contemplazione nella l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3 di riforma del titolo V della parte II della Costituzione, ove si ammette il duplice atteggiarsi della sussidiarietà: "orizzontale" nei rapporti tra Stato e società civile, "verticale" nei rapporti tra i diversi livelli di governo.

⁶¹ «L'autonomia privata [infatti] si integra con gli altri poteri e confluisce, come parte ora attuativa e conformata ora creativa e costitutiva, nell'ordinamento complessivo, quale insieme di principi e di regole predisposte e attuate con la funzione di dettare ordine nella società»: P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 291.

⁶² La portata invasiva della disciplina imperativa che presidia le dinamiche negoziali non svilisce secondo A. Cataudella, *I contratti*, cit., p. 13 la centralità del negozio giuridico. Figura, quest'ultima, tutt'altro che controversa per il giurista moderno, onerato, tuttavia, del compito di risolvere questioni metodologiche legate alla complessità dei profili di qualificazione dell'atto negoziale e che inducono, inevitabilmente, a profetizzare la crisi dei fondamenti teorici classici dell'autonomia privata. Cfr. G. De Nova, *Contratto: per una voce*, in *Riv. dir. priv.*, 4, 2000, p. 636 s. che registra il superamento delle tesi a sostegno del ricorso alla figura del negozio giuridico in funzione di «categoria ordinante e unificante dell'autonomia privata» mostrando, al contempo, dubbi in merito alla definizione del contratto come istituto generale sul quale fondare la qualificazione delle plurime manifestazioni di un'agire negoziale (contratti tra privati, collettivi, della P.A.), articolato secondo schemi strutturalmente inadeguati ad essere attratti in un'unitaria prospettiva di analisi.

⁶³ In argomento, O. Clarizia, *Inserzione automatica di clausole: la proposta di abrogazione dell'art. 1339 c.c. tra tensioni ideologiche e dominio delle categorie*, in P. Perlingieri e S. Polidori (a cura di), *Domenico Rubino*, Tomo I, *Interesse e rapporti giuridici*, Napoli, 2009, p. 771.

⁶⁴ Le connessioni tra i suddetti canoni e le ricadute applicative del loro impiego in sede di valutazione della meritevolezza dell'atto negoziale sono chiarite in P. Perlingieri, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in Id., *Diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, p. 450. Rilievi critici in ordine all'invocabilità di tali canoni in funzione legittimante di interventi giudiziari preordinati a garantire *ex post* un riequilibrio nel regolamento negoziale e rispondenti a logiche di giustizia oggettiva sono ampiamente sviluppati da A. Cataudella, *La giustizia del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 3, 2008, p. 625 ss. Secondo l'a., infatti, l'idea della «giustizia del contratto», che sembrerebbe ispirare recenti inter-

Assume un significato effettivo il dettato dell'art. 1372, comma 1, c.c. che, nello stabilire che «il contratto ha forza di legge tra le parti»⁶⁵, sembra riconoscere una valenza normativa all'autonomia negoziale quale elemento di produzione dell'ordinamento del caso concreto⁶⁶. L'operatività del principio di sussidiarietà si interseca con l'applicazione del principio di 'cedevolezza' che legittima gli interventi normativi delle autorità titolari di potestà concorrenti (Stato e Regioni) ove giustificati dalla necessità di colmare eventuali ritardi nell'attuazione della disciplina dell'Unione⁶⁷. La portata applicativa della cedevolezza è stata di recente chiarita dalla Corte costituzionale chiamata a pronunciarsi sulla legittimità di una legge regionale attuativa di tre direttive comunitarie in materie "trasversali" (tutela dell'ambiente, coordinamento delle informazioni ambientali, controlli sui prodotti alimentari). Con la decisione n. 398 del 2006 la Consulta ha salvato la clausola di cedevolezza presente in tale legge, teorizzando un'ipotesi di 'cedevolezza invertita': per la prima volta una Regione (Friuli Venezia Giulia) ha anticipato le procedure statali di recepimento legiferando in settori che investono materie di competenza regionale ma non coperti dalla legge nazionale di attuazione della normativa europea⁶⁸.

L'evoluzione dell'applicazione dei criteri di competenza, sussidiarietà e, ora anche, di cedevolezza dimostra la complessità del sistema normativo nonché l'anacronismo di quanti sostengono il principio del primato della legge in luogo del prima-

venti normativi a sostegno di contraenti che soffrono una situazione di disparità di forza contrattuale, non integra una finalità perseguita dell'ordinamento. Ragione, questa, sufficiente per confutare argomentazioni dottrinali che accolgono, sebbene in maniera implicita, la tesi secondo la quale l'idea in rilievo possa, nel contesto degli scambi economici, incentivare la tutela di un interesse pubblico e al contempo configurare un limite esterno alla contrattazione. A tal riguardo l'a., nel rimanere fedele a quella concezione liberale che riconosce in via esclusiva ai privati una competenza a valutare l'idoneità dell'atto negoziale a soddisfare adeguatamente i propri interessi, non esita ad affermare che «la giustizia del contratto [...] deve ritenersi realizzata non alla stregua di valutazioni esteriori e oggettive bensì ogniqualvolta l'assetto di interessi, quale che sia il modo nel quale si atteggi, costituisca il frutto di libera e consapevole determinazione delle parti che l'hanno posto in essere».

⁶⁵ Sulle opzioni interpretative del riportato inciso v. in particolare G. De Nova, *Contratto: per una voce*, cit., p. 648 s.

⁶⁶ Già autorevole e risalente dottrina individuava nello strumento negoziale una fonte normativa: S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1917, p. 18 ss.; T. Ascarelli, *Sul contratto collettivo di lavoro*, in *Arch. giur.*, 1929, p. 184; F. Pergolesi, *I negozi giuridici come fonti normative*, in *Foro it.*, IV, 1937, c. 248 ss.; C. Esposito, *Norma giuridica*, in *Nuovo dig. it.*, VIII, Torino, 1939, p. 1051; L. Ferri, *L'autonomia privata*, Milano, 1959, p. 5. Non accolgono tale qualificazione E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Rist., Napoli, 2002, p. 186; R. Scognamiglio, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1950, p. 142; S. Pugliatti, *Nuovi aspetti del problema della causa dei negozi giuridici*, in Id., *Diritto civile, Metodo-Teoria-Pratica, Saggi*, Milano, 1951, p. 81 ss.

⁶⁷ A. Ruggeri, *Cedevolezza, autonomia regolamentare e composizione delle fonti in sistema*, in *Quad. cost.*, 2007, p. 147; U.G. Rescigno, *Attuazione regionale delle direttive comunitarie e potere sostitutivo dello Stato*, in *Le Regioni*, 2002, 4, p. 729.

⁶⁸ Corte cost., 1 dicembre 2006, n. 398, in *Giur. cost.*, 2006, p. 4208.

to del diritto, ossia dell'insieme dei principi fondanti l'ordinamento. L'art. 101 cost. impone la sottoposizione del giudice alla legge. Occorre interrogarsi sul significato da attribuire all'enunciato "legge". La legge statale? La legge formalmente approvata secondo l'*iter* procedimentale inserito in Carta costituzionale? Il giudice non può che essere sottoposto all'intero sistema ordinamentale⁶⁹ nel quale si collocano atti a differente rilevanza normativa. Il primato del diritto fa i conti con la delegificazione, con la decretazione d'urgenza, con il riconoscimento di nuovi spazi di potestà regolamentare, con la diffusione della potestà legislativa regionale, con l'espansione di settori d'intervento della normativa di matrice sovranazionale, comunitaria e internazionale. E tra le fonti internazionali, prima fra tutte, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁷⁰.

8. Il sistema ordinamentale, aperto a fonti diverse sovranazionali ed internazionali, si caratterizza per le decisioni, cioè per l'interpretazione-applicazione, di una pluralità di giurisdizioni europee⁷¹:

- la Corte costituzionale, che garantisce il controllo di legittimità costituzionale sugli atti aventi una valenza normativa;
- la Corte di giustizia, che effettua un sindacato di legittimità comunitaria;
- la Corte europea dei diritti dell'uomo, che accerta e sanziona le violazioni della CEDU.

Si rivela di fondamentale importanza il dialogo tra le Corti, nel rispetto del principio di leale collaborazione⁷²: dialogo reso possibile mediante l'attivazione dei mec-

⁶⁹ Così P. Perlingieri e A. Federico, *Art. 101*, in P. Perlingieri, *Commento alla Costituzione italiana*, 2^a ed., Napoli, 2001, p. 744 s. e, in senso analogo, già V. Crisafulli, *Fonti del diritto (Diritto costituzionale)*, cit., p. 930, nota n. 11. Coerentemente con quanto affermato si deve convenire sul rilievo secondo il quale tra i compiti del giudice, e più in generale del giurista, rientra quello di «realizzare, mediante una rinnovata teoria dell'interpretazione, assiologicamente orientata, una giustizia civile nella legalità costituzionale e comunitaria, [fondata su] contenuti e valori caratterizzanti tale legalità [e basata non soltanto sulla] rilettura di vecchie e nuove norme di livello ordinario ma anche [sull'] applicazione diretta degli enunciati costituzionali»: P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 33.

⁷⁰ Cfr. Aa.Vv., *Giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo e influenza sul diritto interno*, Napoli, 2009, per un'interessante rilettura della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, svolta nella prospettiva di verificare il suo recepimento nelle tendenze applicative del diritto interno e suggerita, peraltro, dall'eco delle decisioni della Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007 che impongono al giudice nazionale la risoluzione in via interpretativa del contrasto tra una norma interna e una disposizione internazionale, in osservanza del criterio dell'interpretazione conforme al diritto internazionale.

⁷¹ I rapporti tra le quali sono indagati in P. Perlingieri, *Leale collaborazione*, cit., *passim*.

⁷² Sui riferimenti normativi e giurisprudenziali, nonché sugli spunti dottrinali che hanno concorso a rendere la leale collaborazione un principio sul quale fondare il dialogo tra giurisdizioni che, pur operando in distinti ambiti di competenza, condizionano le sorti del diritto applicabile entro i confini nazionali: P. Perlingieri, *op. ult. cit.*, p. 19, spec. nota 25. Si segnala, altresì, il pensiero di G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*

canismi processuali disciplinati dagli artt. 134 cost. e 234 del TCE (ora art. 267 TFUE)⁷³. Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, in particolare, concorre alla costruzione della teoria delle fonti rappresentando, lo stesso, uno strumento utile a rafforzare l'azione di difesa di valori condivisi, pilastri del sistema italo-comunitario. Il giudice di prima istanza può avvalersi di tale strumento per fugare ogni dubbio di legittimità comunitaria; il giudice di ultima istanza è obbligato al suo utilizzo dinanzi alla Corte di giustizia.

Sul punto si segnalano le resistenze della Corte costituzionale che fino a qualche tempo fa si ostinava a non sollevare la questione di legittimità comunitaria negando che ad essa potesse attribuirsi la qualifica di giudice⁷⁴. Soluzione, questa, che mal si conciliava con la decisione di riconoscersi la natura di giudice *a quo* per sollevare, dinanzi a sé, questioni di legittimità costituzionale⁷⁵.

Il sindacato di legittimità va garantito, altresì, ai giudici comuni chiamati ad effettuare un controllo diffuso sulla normativa da applicare⁷⁶. Tale sindacato completa il controllo sull'autonomia negoziale e sulla contrattazione collettiva. Non è ammissibile, infatti, sostenere la validità di un atto negoziale che sia in contrasto con un

nel 2003, in *www.cortecostituzionale.it*, per il quale il principio in parola arricchisce, in un contesto normativo notevolmente complesso, caratterizzato da un «intreccio» e da una «mobilità di competenze consentite dalla Costituzione», il bagaglio degli strumenti di valutazione della legittimità delle leggi e degli atti ad esse equiparati nella disponibilità della Corte costituzionale. Tale principio, infatti, nell'affiancarsi alla ragionevolezza «consente ponderazioni, equilibri» nella tutela dei diritti.

⁷³ Sulla utilità del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, v. A. Tizzano, *Corte e Corte di giustizia. La Corte costituzionale compie cinquant'anni*, in *Foro it.*, 2006, V, c. 351 s. Quanto all'esperibilità della questione pregiudiziale da parte della Corte costituzionale: P. Perlingieri, *Funzione giurisdizionale e Costituzione italiana*, Napoli, 2010, p. 162 ss.

⁷⁴ Resistenze superate con Corte cost., ord., 15 aprile 2008, n. 103, in *Giur. cost.*, 2008, p. 1292 ss., con commento di M. Cartabia, *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia: primo atto* e di F. Sorrentino, *Svolta della Corte sul rinvio pregiudiziale: le decisioni 102 e 103 del 2008*, con la quale la Corte ha effettuato per la prima volta il rinvio pregiudiziale.

⁷⁵ Atteggiamiento della Consulta al quanto opinabile e che, per anni, ha accentuato il rischio dell'esposizione dello Stato italiano alla responsabilità nei confronti del singolo per violazione del diritto comunitario, perpetrata a mezzo del rifiuto di sottoporre, quale giudice di ultima istanza, questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia. Storiche, al riguardo, le sentenze Corte giust., Grande Sez., 13 giugno 2006, c. 173/03, *Traghetti del Mediterraneo S.p.A.*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, p. 2045 ss., con nota di R. Caranta, *Giudici responsabili?*, in *Giust. amm.*, 2006, p. 521 ss., con nota di R. Bifulco, *L'attività interpretativa del giudice non è esente da responsabilità (a proposito della sentenza della Corte di giustizia 13 giugno 2006, C-173/03, Traghetti del Mediterraneo S.p.A.)*; Corte giust., 30 settembre 2003, c. 224/01, Köbler, in *Foro it.*, 2004, IV, c. 4. Sul potere della Consulta di sollevare dinanzi a sé questioni di legittimità costituzionale si segnala la storica Corte cost., ord., 9 aprile 1960, 22, in *Giur. cost.*, 1960, p. 220 ss. con osservazione di C. Esposito, *La Corte costituzionale come giudice a quo*.

⁷⁶ Strada che va necessariamente percorsa da quanti animano le dinamiche di un sistema giurisdizionale illuminato dal fine della realizzazione del «principio della massima attuazione della legalità costituzionale»: P. Perlingieri, *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, cit. p. 325; v., altresì, P. Perlingieri, *Il principio di legalità nel diritto civile*, cit. p. 200.

regolamento o con i principi di ordine pubblico europeo⁷⁷. Una contrattazione collettiva vantaggiosa sotto il profilo economico, può rivelarsi lesiva dei diritti fondamentali dei lavoratori. Un doppio controllo è, dunque, imprescindibile: controllo di legittimità comunitaria e costituzionale per gli atti aventi forza di legge; controllo di meritevolezza per gli atti negoziali.

Sussistono, tuttavia, questioni ancora irrisolte. Si pensi a quanto sia problematica l'applicazione dell'art. 360 c.p.c. che disciplina il ricorso in Cassazione con specifico riguardo alla violazione delle norme contenute in un contratto collettivo nazionale di lavoro, atto privo, secondo una discutibile posizione dottrinale, di valenza normativa⁷⁸. Altrettanto problematico è l'accertamento della violazione degli usi, rispetto ai quali appare fumosa la distinzione tra usi normativi e negoziali⁷⁹. La loro peculiarità, come fonti, impone un ripensamento dei principi generalmente affermati in materia di prova e di sindacabilità degli stessi in Cassazione, primo fra tutti il principio dello *iura novit curia* che rende inadeguata l'evocata distinzione⁸⁰.

La complessità ed unitarietà del sistema ordinamentale, sembrerebbe inconciliabile con il pluralismo delle giurisdizioni e, prim'ancora, delle fonti. In realtà la ricomposizione di queste ultime si realizza nel momento applicativo ed è resa possibile dalla operatività dei criteri ordinatori quali 'gerarchia' e 'competenza' che, se

⁷⁷ Per la Corte di giustizia: «la nozione di "ordine pubblico" dev'essere intesa in senso restrittivo di guisa che la sua portata non può essere determinata unilateralmente da ciascuno Stato membro senza il controllo comunitario. Nondimeno, le circostanze specifiche che potrebbero giustificare il richiamo alla nozione di ordine pubblico possono variare da un paese all'altro e da un'epoca all'altra. È perciò necessario lasciare, in questa materia, alle competenti autorità nazionali un certo potere discrezionale entro i limiti imposti dal Trattato». L'ordine pubblico si erge, inoltre, a presidio dei diritti fondamentali. Lo si desume da quanto sostenuto dal Giudice comunitario là dove ammette che lo stesso è «parte integrante dei principi generali del diritto [e] dei quali la Corte garantisce osservanza ispira[ndosi] alle tradizioni costituzionali comuni agli stati membri e alle indicazioni internazionali relative alla tutela dei diritti dell'uomo a cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito. La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riveste, a questo proposito, un particolare significato». (Corte giust., 14 ottobre 2004, C-36/2002, *Omega*, in *Giust. civ.*, I, 2005, p. 1435 ss.).

⁷⁸ Non trascurabile è la portata innovativa dell'intervento di riforma del codice di procedura civile (l. 2 febbraio 2006, n. 40) che, modificando la lettera dell'art. 360 c.p.c., ha siglato un significativo riconoscimento della natura normativa dei contratti collettivi di lavoro. Sulla natura controversa degli atti in rilievo v., più diffusamente: D. Pollastro, *La Cassazione interpreta l'art. 420 bis c.p.c.*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2006, p. 607 ss.; B. Sassani, *Il nuovo giudizio di Cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 217; A. Carratta, *Commento all'art. 420 bis*, in S. Chiarloni (a cura di), *Le recenti riforme del processo civile*, Bologna, 2007, p. 560. In giurisprudenza: Cass., Sez. lav., 25 settembre 2007, n. 19710, in *Giust. civ.*, 2007, I, p. 2694 ss.; Cass., Sez. lav., 06 febbraio 2008, n. 2796, in *Rep. Foro it.*, 2008, voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, n. 110.

⁷⁹ Bipartizione accolta da E. Del Prato, *Fonti legali ed usi*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, p. 515; A. Guarneri, *Gli usi e il sistema delle fonti del diritto civile*, ivi, 2005, 2000, II, p. 19 ss. e contestata da G. Gitti, *Le clausole d'uso come fonti del diritto*, ivi, 2, 2003, p. 121. Ridimensiona notevolmente i margini di operatività di tali fonti, sostenendo la loro esiguità, R. Sacco, *Il diritto non scritto*, in *Le fonti del diritto italiano*, 2, *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 1999, p. 14 ss.

⁸⁰ Interessanti le riflessioni svolte sul tema da G. Quadri, *Usi aziendali e autonomia negoziale. Regole consuetudinarie e modificazioni unilaterali nel rapporto di lavoro*, Napoli, 2008.

intesi correttamente, risultano adeguati a spiegare la complessità del sistema⁸¹. Il criterio della gerarchia, sebbene vada specificato, rimane un punto saldo della teoria delle fonti⁸². Più che di gerarchia delle fonti bisognerebbe discorrere di gerarchia dei valori⁸³. In via esemplificativa è da preferire l'applicazione di un regolamento governativo alla legge statale (o regionale) ove il primo preveda misure a tutela della persona più efficaci rispetto a quelle contemplate dalla seconda. Ciò si spiega in ragione della prevalenza di un principio normativo costituzionale che esprime un valore supremo e che trova attuazione unitariamente alla disposizione regolamentare. In altri termini tale prevalenza si realizza per effetto del coordinamento di norme costituzionali e regolamentari e riconoscendo la diretta applicazione dei principi contenuti nella Carta fondamentale.

9. È impossibile, dunque, costruire una teoria delle fonti senza interpretazione⁸⁴. La teoria dell'interpretazione è parte della teoria delle fonti ed è inconcepibile che la prima si esaurisca nell'individuazione del significato del dato letterale. Il diritto ha ad oggetto fatti concreti. Oggetto dell'interpretazione non è la norma, bensì la norma unitamente al fatto⁸⁵. Occorre avere la forza intellettuale e culturale di recuperare la normatività della fattualità, la valenza normativa dei fatti. Il che implica che l'ermeneutica giuridica non possa esaurirsi in una scienza del linguaggio.

Come rilevato in premessa, la teoria delle fonti ha risvolti necessariamente pratici; per questo tra teoria e pratica vi è un'alternativa apparente: la teoria delle fonti

⁸¹ Gerarchia, competenza e sussidiarietà sovrintendono i meccanismi sulla produzione giuridica. In tal senso: P. Femia, *Sussidiarietà e principi nel diritto contrattuale europeo*, cit., p. 146 ss., il quale precisa che «la gerarchia opera come criterio formale, prescinde da qualsivoglia contenuto [...] e esaurisce il proprio significato nelle relazioni superiore-inferiore che istituisce»; mentre la competenza descrive «un ambito materiale, per il cui tramite si abbia la fissazione dei confini del potere normativo valido».

⁸² Sulla genesi e sull'affermazione storica del principio di gerarchia v. F. Modugno, *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, I, Milano, 1997, p. 561 ss.

⁸³ P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 305 s.

⁸⁴ I percorsi della teoria delle fonti si intersecano necessariamente con quelli della teoria dell'interpretazione, governata dalla relatività delle regole di ermeneutica giuridica: P. Perlingieri, *Su venti anni di attività della Corte costituzionale*, in *Dir. giur.*, 1976, p. 487 ss., ora in Id., *Scuole tendenze e metodi*, cit., p. 43; Id., *Normativa comunitaria, rapporti economici e interpretazione*, in *Ann. Fac. econ. Univ. Sannio*, 1993, p. 215 ss. e Id., *Il sistema delle fonti del diritto alla luce dell'ordinamento comunitario*, in *Riv. giur. Mol. Sannio*, 1997, p. 81 ss., ora entrambi in Id., *L'ordinamento vigente e i suoi valori*, cit., pp. 91 ss. e 113 ss. Per una ricostruzione nella prospettiva costituzionale dei profili di integrazione delle teorie in oggetto v. altresì R. Ruggeri, *Idee sulla Costituzione, tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione*, in *Rass. parl.*, 2005, p. 11 ss.

⁸⁵ È doveroso, pertanto, rifuggire da metodi di qualificazione che si limitano a ricondurre il fatto alla fattispecie astratta. Tali metodi, infatti, hanno un duplice limite: l'essere fondati su un ragionamento di stampo sillogistico e l'assicurare la mera verifica dei presupposti di operatività della norma, con conseguente svilimento delle peculiarità del fatto incidenti sulla corretta individuazione della disciplina applicabile (P. Perlingieri, *Scuole, tendenze e metodi*, cit., p. 38)

deve fare i conti con la prassi, con la giurisprudenza, con l'applicazione del diritto nel momento fisiologico oltre ch  patologico. Essa   il frutto di una costante operazione culturale e intellettuale complessa e difficile, intrinsecamente legata alla teoria dell'interpretazione, intesa questa quale tecnica di individuazione della disciplina pi  adeguata e pi  congrua al caso concreto, quale processo di concretizzazione di valori e di principi normativi.

L'interpretazione, pertanto, non pu  che essere sistematica e assiologica⁸⁶; deve, in altri termini, tener conto dell'intero sistema ordinamentale e ispirarsi alla gerarchia dei valori che lo caratterizzano. Occorre, a tale scopo, un interprete sensibile all'utilizzo dei canoni ermeneutici presenti come principi della nostra Costituzione⁸⁷.

⁸⁶ Il recupero dello «spirito del sistema» che deve ispirare l'interprete nell'esercizio dell'attivit  ermeneutica,   auspicato da N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, p. 205; A. Falzea, *I principi generali del diritto*, in Id., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, Milano, 1999, p. 357. Per l'imprescindibilit  del momento assiologico: P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalit  costituzionale*, cit., p. 433 ss., ma gi  Id., *Tendenze e metodi della civilistica italiana*, cit., p. 113 ss.

⁸⁷ La sensibilit  dell'interprete per le problematiche rilevate evoca la delicata questione della responsabilit  del giurista chiamato a contribuire all'evoluzione di una realt  sociale altamente complessa (P. Perlingieri, *Strumenti e tecniche dell'insegnamento del diritto civile*, in Id., *l'ordinamento vigente e i suoi valori*, Napoli, 2006, p. 521 ss.). Obiettivo, questo, che si presta a rimanere inattuato ove prevalga la tendenza ad impostare l'attivit  ermeneutica su dogmi superati ovvero su schemi concettuali che mirano a garantire il rispetto di un rigore formale, e, da ultimo, spingono verso l'annullamento «dei contrasti fra il profilo dommatico e quello sociologico, tra il contesto normativo e quello sociale con una sola prospettiva di metodo», svilendo la funzione propria dell'operare giuridico: risolvere problemi concreti mediante soluzioni applicative rispondenti al quadro dei principi supremi e intangibili dell'ordinamento, desumibili dalla Carta costituzionale (Id., *Scuole, tendenze e metodi*, p. 20; Id., *Il diritto civile nella legalit  costituzionale*, p. 83 ss.)

I doveri di comportamento dell'arbitro*

di Francesco Benatti

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I doveri di comportamento dell'arbitro nella fase di costituzione del collegio. – 3. Segue: durante lo svolgimento del processo. – 4. Segue: dopo la pronuncia del lodo. – 5. Osservazioni conclusive.

1. L'accresciuta diffusione dell'arbitrato nei tempi moderni dipende da una serie di fattori tra i quali si possono qui ricordare: la crisi della giustizia civile per l'eccessiva durata dei processi anche in considerazione dell'aumento del contenzioso, la non sempre adeguata preparazione dei giudici di fronte a problemi sempre più complessi e ai continui mutamenti legislativi, spesso non proficui e perciò con evidenti difficoltà interpretative, la internazionalizzazione delle controversie. Soprattutto si avverte nell'arbitrato uno strumento dell'autonomia privata volta a configurare un processo "su misura", perciò rispondente alle esigenze delle imprese di avere risposte credibili, efficienti e autorevoli alla loro richiesta di giustizia. In questa ottica le parti possono contribuire a dettare, nel rispetto dei principi fondamentali del processo, il regolamento del procedimento con il singolare privilegio di partecipare alla composizione del collegio arbitrale e così evitare l'incognita del giudice preconstituito. Quest'ultima è forse la ragione principale del successo dell'arbitrato e della sua preferenza rispetto alla giustizia ordinaria¹.

Pur essendo un'emanazione della libertà negoziale, dell'arbitrato si è impossessata la dottrina processualistica che ha insistito e insiste sull'aspetto procedimentale, mettendo un po' in ombra quello sostanziale anche per la modesta attenzione dei

* Questo scritto riproduce, con l'aggiunta di alcune note, l'intervento al Convegno tenutosi a Camerino su "L'arbitro nella moderna giustizia arbitrale" il 24 e 25 settembre 2010. Esso è dedicato agli Scritti in onore di Giovanni Gabrielli.

¹ Qualora l'intero collegio debba essere designato da un'istituzione, ritengo che il ricorso all'arbitrato sia sconsigliato. Tutte le istituzioni sono, ad un tempo, realtà e astrazioni, e il loro prestigio dipende dai soggetti che le compongono. Poiché dal momento della redazione della clausola compromissoria, nella quale viene scelta l'istituzione designata a nominare il collegio, e l'inizio dell'arbitrato può trascorrere qualche tempo e perciò possono mutare i membri dell'istituzione, non sussiste una sufficiente ragione (a meno che non vi siano esigenze diverse per la natura internazionale dell'arbitrato) per convenire l'arbitrato in luogo del giudice ordinario: si corre lo stesso "rischio" con l'avvertenza che nel giudizio ordinario esistono più gradi di giudizio e più mezzi di impugnazione per ottenere la modifica di una decisione sfavorevole. Le medesime considerazioni valgono nel caso di arbitro unico, non essendo frequente l'ipotesi che le parti trovino un'intesa su un nome di comune gradimento.

civilisti. Questo atteggiamento ha influito sugli enti che presiedono agli arbitrati amministrati, i quali sovente tendono a concepire l'arbitrato come procedimento parallelo a quello avanti il giudice ordinario, in cui la parte regolamentare viene fatta prevalere sulla volontà delle parti: ciò è quanto recitava, ad esempio, il vecchio art. 2 del Regolamento della Camera arbitrale di Milano: norma nulla ai sensi dell'art. 832, comma 2, c.p.c., secondo il quale "nel caso di contrasto tra quanto previsto nella convenzione arbitrale e quanto previsto nel regolamento, prevale la convenzione arbitrale". Non ci può essere disposizione più esplicita per proclamare la signoria della volontà delle parti nella disciplina dell'arbitrato. Il nuovo art. 2 della Camera di Milano ha cercato di superare il problema, disponendo che "il procedimento arbitrale è retto dal regolamento, dalle regole fissate di comune accordo tra le parti sino alla costituzione del Tribunale arbitrale, in quanto compatibili", ma la formula adottata può essere accettata solo se si interpreta la "compatibilità" nel senso di prevalenza dalla volontà privata sul regolamento.

Proprio per l'influenza che i processualisti hanno avuto e tuttora hanno con i loro studi sull'arbitrato, essi sottolineano, con molta enfasi, il principio dell'indipendenza e dell'imparzialità dell'arbitro, principio considerato di ordine pubblico, con la motivazione che l'arbitro è un giudice e come tale deve comportarsi.

Questo aspetto è delicato e deve essere sottoposto a una prima attenta riflessione. Se si esaminano i motivi di riconsuazione previsti dall'art. 815 c.p.c., si constata come essi attengano alla vicinanza dell'arbitro alle parti o ai suoi difensori oppure a un suo interesse alla causa. Dall'assenza di questi motivi si deduce l'imparzialità. Qualora le parti non introducano l'istanza di riconsuazione nei termini, una volta venuti a conoscenza di un motivo di riconsuazione, essa non può più essere proposta e non vi è più ragione di impugnativa del lodo per la presenza, nel collegio, di un arbitro riconsuabile. Ciò significa che la valutazione di fatti idonei a far sorgere il potere di riconsuare è rimessa alle parti, le quali possono ritenere che in queste ipotesi non è compromessa l'affidabilità dell'arbitro e perciò la sua imparzialità. Né può essere sollevato un problema di costituzionalità ex art. 111 cost., perché "l'arbitro non è un giudice dello stato, non è equiparabile a un giudice dello stato e neppure è un suo ausiliario: egli è un privato al quale le parti hanno affidato il compito di rendere giustizia su diritti controversi di cui possono disporre ... Le parti, se vogliono, possono anche nominare come arbitri persone che versano in situazioni tali da porne in dubbio l'imparzialità. Ciò che importa è che esse ne siano consapevoli e che consapevolmente ne accettino il rischio"².

² Verde, *La posizione dell'arbitro dopo l'ultima riforma*, in *Riv.arb.*, 1997, p. 475.

2.1. La fase che dà inizio al processo arbitrale si incentra sulla formazione del collegio e si articola in una pluralità di atti che vanno dalla nomina dell'arbitro da parte di ciascuno dei contendenti fino alla costituzione del Collegio, la quale dà luogo alla c.d. convenzione di arbitrato. Sono atti preparatori del contratto finale e quindi soggetti all'art. 1337 c.c.³.

Al momento della scelta dell'arbitro il designando dovrà comunicare alla parte che vuole indicarlo, ove non ne fosse a conoscenza, l'esistenza di eventuali motivi di ricusazione al fine di evitare che successivamente sorgano problemi in ordine alla sua indipendenza con le note conseguenze: possibilità di istanza di ricusazione che, se accolta, produce l'inefficacia degli atti compiuti, nullità del lodo ecc.

Una volta designati gli arbitri formanti il collegio e prima della stipula del contratto di arbitrato, che avviene con l'accettazione degli arbitri, essi sono tenuti a comunicare alle parti le circostanze che possono essere fonte di ricusazione. Al riguardo occorre distinguere tra l'arbitrato ad hoc e quello amministrato.

2.2. Nella prima ipotesi i motivi da denunciare sono quelli previsti dall'art. 815 c.p.c. e riguardano tutti gli arbitri, sia quelli di parte sia il terzo. Alcuni motivi sono descritti con sufficienti precisione, mentre altri – e non poteva essere diversamente – sono formulati in modo generico (ad esempio il n. 3 per quanto riguarda il fatto di essere “commensale abituale” e il n. 5). Rispetto a questi ultimi vi sono zone grigie, che possono essere ritenute irrilevanti dall'arbitro, mentre – se sottoposte al giudice della ricusazione – potrebbero invece condurre a una pronuncia affermativa. La dottrina ha tentato di offrire una tipizzazione⁴, mentre sono scarse le pronunce dei Tribunali. Si può ricordare quella del Tribunale di Milano, in cui è stato stabilito che – nel caso di sussistenza di un rapporto di natura associativa tra l'arbitro e una delle parti – l'indagine “deve essere condotta in concreto” al fine di desumere se il rapporto associativo comprometta, o rischi di compromettere, l'indipendenza dell'arbitro⁵. Merita di essere menzionato anche un altro provvedimento per il quale “sussiste la grave ragione di convenienza per la ricusazione del presidente del collegio arbitrale nominato – in mancanza di accordo delle parti – dal presidente del tribunale, quando il nominativo dell'arbitro medesimo era contenuto in una rosa precedentemente indicata da un contraente e sulla quale non vi era stato il consenso dell'altro contraente”⁶.

³ Nel testo si è tenuta presente l'ipotesi più frequente in cui il c.d. Tribunale arbitrale è composto da una pluralità di soggetti. Ma le considerazioni svolte al riguardo valgono anche per l'ipotesi di arbitro unico.

⁴ Da ultimo v. *Commentario breve al diritto dell'arbitrato* a cura di Benedettelli, Consolo e Radicati di Brozolo, Padova, 2010, sub art. 815, p. 158 ss.

⁵ Trib. Milano, Pres. e est. Pomodoro, 24 novembre 2008, in *Riv. arb.*, 2008, p. 261.

⁶ Trib. Venezia, 14 dicembre 2004 (ined.).

Si potrebbe forse consigliare all'arbitro di rendere una dichiarazione la più completa possibile, ma ciò può presentare profili di pericolosità, perché una parte potrebbe sfruttare questa occasione per avanzare perplessità pretestuose sia per ritardare l'inizio dell'arbitrato sia per cercare di escludere dal collegio un arbitro capace e autorevole. Ed è nota la prassi che – se su un arbitro si sollevano dubbi anche scarsamente fondati – questi difficilmente accetterebbe l'incarico e quindi la parte che lo ha designato o concorso a designare verrebbe privata di un arbitro su cui riponeva fiducia per la sua onestà e preparazione e dovrebbe concentrarsi su una seconda scelta, non sempre del livello della prima. Potrebbe anche profilarsi un contenzioso prearbitrato con costi non di poco conto.

2.3. Con l'arbitrato amministrato viene stipulato un contratto tra l'ente e le parti litiganti, in base al quale il primo si impegna a sovrintendere alla gestione della controversia dietro pagamento di un corrispettivo. Tale contratto, al pari ogni altro, è dominato dalla regola di buona fede che qui assume particolare connotazione nella sua concreta specificazione in considerazione della natura e funzione dell'ente.

Le c.d. camere arbitrali non hanno una legittimazione formale al pari di quella del giudice ordinario per le garanzie predisposte anche dalla carta costituzionale, ma – pur essendo ammesse dalla legge che ne detta una scarna disciplina e diffuse nel commercio internazionale – si autoaccreditano nel mercato con la loro attività di convincimento degli operatori ad affidarsi a esse nelle controversie, in quanto sostenitrici di potere assicurare una loro maggiore protezione rispetto all'arbitrato non amministrato. Esse nascono dal mondo degli affari, in cui vivono e da cui traggono alimento. Sul punto occorre soffermarsi.

Gli organi delle camere sono composti da persone appartenenti alle professioni o all'imprenditoria, le quali danno la loro impronta all'ente e lo qualificano. Poiché esiste una molteplicità di questi enti, essi tendono alla loro affermazione mediante iniziative di vario genere, ad esempio incontri, convegni, pubblicistica, che sono le modalità utilizzate per farsi concorrenza. Per essi è fondamentale, infatti, su "come" vengono percepiti dai potenziali utenti del loro servizio.

Essendo il punto di riferimento in una fase delicata e a volte difficile della vita delle imprese, quella della lite, alla quale sono volte a presiedere, le camere si configurano come soggetti che esercitano un "potere privato" che può incidere sulla controversia. Essendo prive di ogni controllo esterno e basando il loro successo sulla credibilità, la buona fede serve a commisurare e connotare il loro "potere" per tenerle indenni (e perciò tutelarle) da qualsiasi interferenza e pericolo di abusi: non va dimenticato che possono subire suggestioni, anche inconsciamente, dalla forza economica delle imprese, in particolare in un'epoca di globalizzazione per la loro appartenenza a stati influenti, e che possono essere attratte dalle grandi law firms, le qua-

li – nella stipulazione di contratti, nei quali viene scelta la camera – potrebbero orientarsi con il criterio della convenienza. Infine i soggetti che compongono le camere, per la loro provenienza, possono avere interessi attuali oppure procurarsi benevolenze per il tempo in cui decadranno dalla loro funzione.

Questo quadro permette di specificare i doveri delle camere e degli arbitri discendenti dalla buona fede.

a. I regolamenti dovranno elencare i casi di ricusazione in modo che l'arbitro designato possa fare una dichiarazione completa e non prevedere, come spesso accade, una sola clausola sintetica, la quale può concedere eccessiva discrezionalità alle camere. Lo richiede anche l'art. 832, comma 5, c.p.c. che concede alle camere la possibilità di stabilire "ulteriori casi di ricusazione oltre quelli disposti per legge"; il che significa la propensione del legislatore per un elenco di situazioni. Non so se per superare l'ostacolo derivante dalla norma basti il rinvio a linee guida esterne: quelle note contengono una lunghissima serie di incompatibilità, graduate secondo importanza, da suscitare qualche perplessità⁷. Dalla loro lettura la scelta dell'arbitro appare non facile, considerato che l'ambito delle persone idonee in relazione alla parte non è ampio, e pertanto non so quanto questo possa incidere nella pratica. Seria appare la camera che si sforza di compiere una cernita dei motivi di ricusazione che possono ricorrere nella prassi, e introdurre quelli non specificati o non considerati dal legislatore, ma ritenuti fondamentali: l'art. 815 c.p.c. contiene il criterio per stabilire il peso del motivo da adottare e non merita le critiche sollevate.

Un'infinita serie di motivi indurrebbe l'arbitro ad una complessa dichiarazione (a volte potrebbe dimenticare anche qualche circostanza) e potrebbe essere causa degli inconvenienti cui si è accennato nel precedente § 2.2.

b. Ricevute le dichiarazioni degli arbitri ed eventualmente le osservazioni delle parti, la camera si può trovare di fronte a diverse situazioni. Premesso che normalmente i regolamenti dispongono che con l'accettazione degli arbitri il contratto di arbitrato non è automaticamente concluso, essendo subordinato alla condizione sospensiva della conferma dell'accettazione da parte della camera, tale conferma non può essere negata se nulla risulta da quegli atti.

Qualora un arbitro denunci circostanze che possano destare perplessità per suo interesse alla causa o per contiguità agli altri membri, ai difensori o alle parti, e queste non muovono alcuna eccezione nel tempo loro concesso secondo le disposizioni regolamentari, ugualmente la camera deve confermare l'arbitro in virtù proprio dell'autonomia privata che – si è dimostrato – è la regola base dell'arbi-

⁷ V. Linee guida IBA sui conflitti di interessi nell'arbitrato internazionale approvato dal Consiglio dell'International Bar Association il 22 maggio 2004.

trato, positivamente sancita. Ove la camera ritenga che il motivo addotto dall'arbitro senza opposizione delle parti non risponda alla sua policy, può rifiutarsi di amministrare l'arbitrato ai sensi dell'art. 832, comma 6, c.p.c.

Infine, in presenza di un motivo di possibile ricusazione la camera può non confermare l'arbitro, ma se il motivo non risulta inequivocabilmente (direi quasi meccanicamente) dall'elenco predisposto, la buona fede richiede una congrua motivazione anche per consentire alle parti, da un lato, di verificare che la non conferma non è arbitraria e discrezionale, ma risponde a oggettive e indiscutibili ragioni, e dall'altro per dare loro la possibilità di reagire a una non conferma ritenuta illegittima o ingiusta.

- c. I membri della camera chiamata a gestire un arbitrato devono indicare e fare conoscere alle parti se uno o più di essi (o la camera stessa, come organizzazione⁸) si trovino in circostanze analoghe a quelle per cui sussiste il presupposto della ricusazione in capo agli arbitri. La ragione sta nei rilievi enunciati sulla natura della camera; con altre parole, se la trasparenza è necessaria per gli arbitri e deve essere da loro evidenziata, lo stesso deve valere per la camera.

La valutazione di queste circostanze consente alle parti di giudicare l'indipendenza della camera a gestire il processo. L'ipotesi può essere marginale, ma va tenuta presente. È difficile pensare a una sanzione concretamente efficace nell'ipotesi di inadempimento di questo dovere (il risarcimento del danno non è sempre efficiente). Si può solo prospettare alla camera parziale di dare prova di onestà con l'astenersi dall'amministrare il procedimento.

- d. Nell'ipotesi in cui la camera sia chiamata a designare l'intero collegio oppure un arbitro in assenza della nomina spettante ad una parte oppure il terzo con la funzione di presidente, essa deve procedere – sempre in ossequio alla buona fede – alla nomina dopo avere sentito, in contraddittorio, le parti, in modo da potere essere edotta di tutte le circostanze utili nella scelta. La buona fede esige, infatti, che la camera emetta il suo provvedimento con piena cognizione e che le parti siano poste in grado di esprimere le proprie valutazioni sui criteri che attengono alla nomina. Viene così eliminato il rischio di scelta di soggetto non opportuna per la natura della controversia e la qualità dei difensori e delle parti⁹.

⁸ Leggendo gli IBA e seguendo la loro logica, potrebbe venire in mente l'ipotesi (non infrequente), in cui la Camera inviti per i suoi convegni, più volte, professionisti o operatori economici (anche nelle vesti di sponsor) che poi sono arbitri o parti in controversie da essa amministrati. Si potrebbe pensare a una sorta di non indipendenza della camera, ma così si dimostra proprio quanto sia fondato il rilievo svolto nel § 2.3 sub a.

⁹ Sarebbe opportuno che anche il giudice togato seguisse questo indirizzo.

3.1. I doveri dell'arbitro durante lo svolgimento del procedimento sono di diversa natura.

3.2. Alcuni sono analoghi a quelli in capo a chi ha la funzione di giudicare e si ricavano dall'art. 829 c.p.c., incidendo sulla validità del lodo.

Tra essi viene talvolta segnalato quello di ben giudicare, la cui portata è oscura. Se con tale espressione si allude all'obbligo dell'arbitro di evitare errori nel procedimento e nella decisione, quelli rilevanti sono già sanzionati dall'art. 829 c.p.c. Qualora, invece, si intenda per ben giudicare l'obbligo di imparzialità, allora ci si addentra in una nozione discussa, che sarà approfondita più avanti.

3.3. Sussiste, poi, l'obbligo dell'arbitro di mantenere, nel corso del procedimento, quella situazione di non contiguità e di assenza di interesse alla causa già denunciata al momento di costituzione del collegio. I codici deontologici degli avvocati, i regolamenti delle camere e i protocolli elaborati in campo nazionale e internazionale provvedono ad una loro specificazione. Qui è sufficiente citare, senza pretesa di completezza, il dovere di segretezza su quanto si discute e si decide in camera di consiglio, di evitare comunicazioni unilaterali con le parti e i loro difensori su questioni oggetto dell'arbitrato, di non dare consigli e istruzioni sulla modalità di conduzione del processo, di osservare un'assoluta imparzialità nella conoscenza dei fatti dedotti nella lite, di non accettare accordi relativi agli onorari da parte di un arbitro verso chi lo ha designato.

Qualora si verifichi una di queste circostanze, è dovere dell'arbitro darne comunicazione.

3.4. L'arbitro è tenuto a quei comportamenti la cui inosservanza può comportare sostituzione (art. 813 *bis* c.p.c.) e sua responsabilità (art. 813 *ter* c.p.c.), comportamenti che possono anche rilevare ai fini della validità del lodo nei limiti dell'art. 829 c.p.c.

3.5. L'arbitro deve rispettare standards di comportamenti che hanno solo implicazioni etico-sociali: si evocano, anche qui a titolo di esemplificazione, quelli di contribuire a un sereno svolgimento del procedimento, di evitare tattiche ostruzionistiche o dilatorie entro i limiti tali da non rappresentare fattispecie di sostituzione, ma comunque idonee a creare disturbo, di non proporre tesi giuridiche palesemente sbagliate o stravaganti, di collaborare con spirito costruttivo alla conduzione del processo per accertare la verità dei fatti controversi, di dedicare il tempo e l'impegno imposti dalle circostanze ecc.

L'inosservanza di queste regole non ha una sanzione giuridica, ma serve solo a qualificare l'arbitro come figura professionale e perciò ha solo, ma non è sempre così, una sanzione sociale.

3.6. Infine fa capo all'arbitro l'obbligo di imparzialità. La nozione deve essere illustrata, nei limiti del possibile, con sufficiente chiarezza e precisione. Come si è già scritto, il codice disciplina le circostanze che possono implicare la ricusazione dell'arbitro e garantire la sua indipendenza, terzietà, neutralità: la loro assenza fa presumere l'imparzialità. Senonchè non è detto che anche un arbitro estraneo alle parti possa essere parziale e viceversa.

Bisogna muovere da una premessa indiscutibile. L'arbitro, e mi riferisco solo a chi ha la capacità e idoneità a rivestire un simile ruolo e non a soggetti inesperti o improvvisati, ha, come ogni persona colta, proprie preferenze giuridiche, sociali e politiche unite a pluriformi doti di intelligenza che vanno dall'acutezza e intuitività nella ricerca di soluzioni alla dedizione allo studio, alle riflessioni, allo scrupolo nella ricerca, all'equilibrio: esse possono essere tutte presenti oppure modularsi in diversi modi e misura. L'importante, al fondo, è che l'arbitro abbia "buon senso" e sia anche imparziale verso se stesso, facendo sempre prevalere le ragioni obiettive per una soluzione corretta al di là di quella cui lo porterebbero le sue singolari concezioni, soprattutto nel campo del diritto e della politica¹⁰. Queste qualità, necessarie in ogni arbitro¹¹, non possono non influire sull'imparzialità e al riguardo bisogna distinguere tra la fase del procedimento e quella finale della decisione.

Nel primo caso gli arbitri devono porre le parti in una posizione di uguaglianza e simmetrica parità senza incidere sui diritti di difesa di ciascuna. In sintesi devono osservare e fare osservare il principio del contraddittorio e non concedere alcun vantaggio a una rispetto all'altra. La violazione di questa regola è causa di nullità del lodo, ex art. 829, comma 1, n. 9, c.p.c.

Più difficile è la identificazione dell'imparzialità nel momento della decisione. La ricorrente affermazione che è imparziale chi dà ragione a chi ha ragione e torto a chi ha torto, è semplicistica e approssimativa per essere condivisa. Nell'elaborazione della decisione rileva soprattutto la personalità dell'arbitro, il quale porta con sé tutto il suo bagaglio culturale. Qui l'imparzialità si configura come *forma mentis* e atteggiamento dello spirito che nascono dalla sua formazione e dalla sua esperienza e che al fondo si riassumono non già in un'assenza di preferenza per una parte, ma nella propensione verso una soluzione dopo avere vagliato, controllato e approfondito tutti i dati che emergono dal procedimento, quali sono offerti dalle parti, adottando una tesi appropriata alla fattispecie concreta e motivata per la sua coerenza con il sistema.

¹⁰ Va rammentato che l'IBA – nella lista delle dichiarazioni che deve fare l'arbitro ma in cui non riscontra alcun conflitto di interessi apparente o effettivo – considera, tra le altre, la circostanza che l'arbitro abbia in precedenza "pubblicato un'opinione generale (ad esempio in una rivista giuridica o in una conferenza pubblica) su una questione che rileva anche nell'arbitrato (ma tale parere non è specificamente riferito al caso oggetto dell'arbitrato)".

¹¹ Ma devono essere possedute anche dal giudice ordinario.

Quando a livello internazionale si parla di lodo pronunciato senza il rispetto dell'imparzialità, si rifugge dal proporre una definizione, ma ci si accontenta di adottare, come indice del lodo emesso con parzialità, una formula generica: si sostiene che esso è inficiato da gravi irregolarità, che causano o causeranno una grave ingiustizia ai danni di una parte¹².

Si deve trattare di fatti che possono rientrare solo nel comma 3 dell'art. 829 c.p.c., dove è statuita la nullità del lodo per contrarietà all'ordine pubblico, rientrandovi in esso – secondo il comune modo di pensare – l'imparzialità.

Ma una volta proposta la regola (approssimativa) che definisce quando il lodo è conseguenza di un giudizio parziale e si esaminano i casi riscontrati nella prassi¹³, si possono avanzare due sintetiche conclusioni.

La prima è che – dovendo la parzialità essere accertata in concreto – la prova è ardua se non impossibile, poiché deve basarsi su fatti certi, oggettivi e indiscutibili allo scopo di evitare che una parte sollevi l'eccezione quando il lodo non è di suo gradimento. In secondo luogo le ipotesi su cui il giudice ordinario si è pronunciato in tema di parzialità, sono ipotesi di scuola, e perciò non frequenti nella pratica e molto spesso si risolvono in violazione del contraddittorio.

Residua soltanto, alla fine, il caso del dolo dell'arbitro ma anche questa è un'ipotesi rara e marginale.

3.7. L'imparzialità è un obbligo di tutti gli arbitri, compresi quelli di parte¹⁴. Con riguardo a questi ultimi l'affermazione è teorica, non potendo essere contestato che il soggetto designato da una parte non può dimenticare la fiducia in lui riposta e perciò non può non farsi carico dei legittimi interessi di chi lo ha proposto. Anche non volendo, l'arbitro di parte sente e avverte che è tale, perché in questa veste è stato voluto e collocato dalla parte nel collegio.

La tesi che vorrebbe eliminare la figura dell'arbitro di parte¹⁵ è riduttiva e fa venire meno, come ho già scritto, la stessa ragione di essere dell'arbitrato, soprattutto non spiega perché si dovrebbe ricorrere all'arbitrato piuttosto che al giudice ordinario, se si eccettuano forse le controversie di carattere internazionale che coinvolgono imprese appartenenti a stati diversi. Qui si teme il giudice statale e si riconosce nell'arbitro di parte un mezzo "per integrare le conoscenze e i criteri di valutazione

¹² Cfr. Spaccapelo, *L'imparzialità dell'arbitro*, Milano, 2009, p. 381.

¹³ Spaccapelo, *op.cit.*, p. 377 ss.

¹⁴ Lo riafferma Trib. Milano, G.D. Dr. Tarantola, 26 ottobre 2005, (ined.).

¹⁵ La provocazione è di Taruffo, *Note sull'imparzialità dell'arbitro di parte*, in *Riv.arb.*, p. 498 ss., sulla quale v. le vivaci osservazioni, molto realistiche, di Cavallone, *Il Collegio arbitrale fra norme del codice di procedura civile e regole deontologiche*, in *Arbitrati e pubblica amministrazione*, Milano, 1999, p. 29 ss. Suggestiva è, poi, la proposta di Consolo, *Arbitri di parte non 'neutrali'*, in *Riv.arb.*, 2001, p. 9 ss.

del collegio intorno al contesto etico, economico, politico e giuridico nel quale si collocano le parti¹⁶. Gli altri fattori con cui vengono proclamati i vantaggi dell'arbitrato sfumano, se alla parte è precluso il potere di scegliere l'arbitro.

Non può essere trascurato il fatto che è frutto di mera ipocrisia pensare che l'arbitro di parte, con atteggiamento mentale non facilmente eliminabile, sia imparziale ed indipendente come il terzo. Le leggi, i regolamenti, i codici deontologici possono scrivere tutto quello che vogliono, ma non possono cancellare questa realtà.

La conciliazione tra la posizione di arbitro di parte e il dovere di imparzialità sta – come ho cercato di dimostrare in altra sede¹⁷ – in una composizione equilibrata dei due profili, la quale conduce l'arbitro di parte a fare valere le “buone ragioni”, *ma solo queste*, di chi lo ha designato. Se entrambi gli arbitri di parte si comportano così, la decisione non può non essere “giusta”.

4. Si discute sulla permanenza di obblighi in capo agli arbitri dopo la pronuncia del lodo. Taluni regolamenti impongono l'indipendenza anche per il periodo dell'eventuale impugnativa del lodo. Gli IBA la escludono. Quest'ultima tesi è quella più corretta, perché non si può addossare ad un soggetto un impegno una volta esaurita la funzione alla quale quell'impegno è connesso. Né lo si può ricavare dalla buona fede, perché si tratterebbe di un sacrificio non giustificato né altrimenti compensato.

Può accadere che in tempi successivi all'emanazione del lodo gli arbitri possano instaurare rapporti con una delle parti o con il difensore. Tali situazioni non possono destare perplessità, essendo usuali nel mondo degli affari e delle professioni. Dubbi possono nascere solo quando i rapporti sorgono in una fase tale da ingenerare la convinzione, per dati oggettivi e inequivoci, che vi sia stata un'assenza di contiguità nell'assolvimento dell'incarico. Ciò può valere soprattutto per il terzo arbitro. Viene citato il caso in cui un arbitro è stato assunto da una delle parti, con contratto di lavoro, il giorno successivo a quello in cui la decisione era stata presa¹⁸. Qui è palese l'esistenza di un vizio nella procedura sulla base di una presunzione non facilmente smontabile: è evidente che le trattative per l'assunzione erano già iniziate nel corso del procedimento.

I casi citati sono ancora una volta casi limite, fuori dai quali eventuali sospetti, non oggettivamente supportati, sconfinano nella malignità.

¹⁶ Taruffo, *op.cit.*, p. 486.

¹⁷ Benatti, *Una conversazione sui criteri di nomina dell'arbitro*, in *Rass.for.*, 2006, p. 1497 ss. e in *Corr.giur.*, 2006, p. 880 ss.

¹⁸ Lo si ricava da Spaccapelo, *op.cit.*, p. 118.

5. La descrizione, anche con qualche commento, dei doveri dell'arbitro è stata ricavata dal materiale offerto dal codice civile, da regolamenti di camere e da codici deontologici. Da essi si può trarre spunto per elaborare alcune riflessioni sulla teoria e pratica dell'arbitrato che potrebbero segnare il destino. Esse muovono dall'idea che si ha di questo istituto, cioè come si vorrebbe che fosse e si sviluppasse: si guarda alla realtà quotidiana con animo critico e si confida, cercando di apportare un contributo, per la sua evoluzione nel senso auspicato.

L'arbitrato è uno strumento dell'autonomia privata per affermare una giustizia diversa e distinta da quella statale e come tale deve essere disciplinato ed inteso. Si assiste, viceversa, a una sua procedimentalizzazione con lo sguardo rivolto al processo ordinario e a una sottovalutazione dell'elemento volontaristico.

Un attento scrittore ha elencato, opportunamente, le regole derogabili contenute nella recente riforma¹⁹, le quali lasciano ampio spazio ai privati di costruire un modello di arbitrato difforme da quello proposto dal legislatore. Non ha avanzato proposte, ma ha dato un suggerimento utile che dovrebbe essere colto per un progresso dell'arbitrato nella direzione qui invocata: è un'occasione anche per le camere da prendere in seria considerazione nella revisione dei regolamenti.

Forse l'aspetto più importante, e di cui si è fatto cenno in precedenza, riguarda i criteri di scelta degli arbitri. La tendenza è quella di renderli sempre più lontani dalle parti e dai loro difensori in conformità a un orientamento internazionale che può essere anche condiviso, purché contenuto in limiti ed ambiti ragionevoli. Si apre così il tema della posizione dell'arbitro di parte rispetto al terzo, stante la diversa fonte della nomina. Non devo essere frainteso: non si mette in discussione la sua imparzialità, come si è detto in precedenza, ma vanno impediti gli eccessi. Ne cito alcuni a titolo esemplificativo.

Negli IBA è previsto l'obbligo dell'arbitro di comunicare se “nel corso degli ultimi tre anni ... è stato nominato arbitro in due o più occasioni da una delle parti o da un'affiliata di una delle parti”, e se “nel corso degli ultimi tre anni è stato difensore di una delle parti o di un'affiliata di una delle parti”. Si legge ancora, nell'ipotesi di incontro della parte con il soggetto da designare come arbitro, che in alcuni ordinamenti si è pensato di limitare detti incontri sotto il profilo temporale a non più di trenta minuti²⁰.

Si avverte il pericolo che restrizioni numerose e stringenti da un lato possano provocare i rischi esposti nel § 2.2. e dall'altro mettano in difficoltà la parte nell'individuare un arbitro “conosciuto”, perché la conoscenza significa sperimentazione concreta e dirette informazioni sulla sua capacità: che male c'è se una parte si fida

¹⁹ De Nova, *Disciplina privata dell'arbitrato e autonomia privata*, in *Riv.arb.*, 2006, p. 423 ss.

²⁰ La citazione è tratta da Spaccapelo, *op.cit.*, p. 114.

solo di una cerchia ristretta di persone e procede alla loro nomina? La parte sarebbe costretta ad affidarsi al solo criterio della “fama”, che tutti sanno come oggi si forma, si persegue e si diffonde.

Sono consapevole che queste osservazioni contrastano con l’orientamento internazionale che sembra apparire una via di non ritorno, e che le camere, per essere competitive, propongano al mercato regolamenti che diffondono “l’immagine di arbitri e collegi arbitrali integerrimi e di adamantina imparzialità” e che le norme al riguardo “finiscono per apparire non tanto utopiche e velleitarie, quanto piuttosto promozionali”²¹.

Ma se ci si avvia a imporre alle parti un arbitro che sia un “estraneo totale”, allora ci si può chiedere quale sia il futuro dell’arbitrato, a meno che non ci si fermi alle mere enunciazioni, non badando alle ipocrisie²². La verità è che la difesa dell’arbitrato è rappresentata “da una rigorosa tutela della imparzialità e indipendenza del terzo arbitro, cioè dell’arbitro veramente e *stricto sensu* neutrale ed imparziale”²³, e dall’“onestà” intellettuale di quelli di parte, con il quale il primo possa dialogare in un clima di feconda e leale collaborazione.

²¹ Cavallone, *op.cit.*, p. 42.

²² Anche un arbitro, il più lontano dalle parti e dai suoi difensori, potrebbe comportarsi in modo parziale per dimostrare quanto prenda a cuore l’interesse di chi lo ha designato: potrebbe essere un atteggiamento assunto anche a scopo “pubblicitario” per il promuovimento di altri incarichi.

²³ Cavallone, *op.cit.*, p. 43 e 44.

Diritto concorsuale e diritti fondamentali della persona^{* **}

di Carlos de Cores

SOMMARIO: 1. Introduzione. Il caso. – 2. Il contesto. – 3. La sentenza. – 4. La c.d. costituzionalizzazione del diritto privato. – 5. Il ruolo del giudice nell'interpretazione della legge e del contratto e i principi generali di diritto.

1. Introduzione. Il caso

Il tema della mia relazione riguarda un caso giurisprudenziale che, avendo sollevato forti discussioni in Uruguay, ho ritenuto fosse in grado di segnalare ai giuristi europei motivi di riflessione ed arrivare forse a porre in dubbio qualcuno dei loro schemi.

La vicenda ha ad oggetto una banca ammessa ad un concordato preventivo, omologato dal tribunale, nel quale era prevista la postergazione nel tempo del pagamento dei depositi; pagamento che sarebbe così dovuto avvenire a rate.

Va premesso che in Uruguay, il concordato, quale vicenda concorsuale, è sorretto dal c.d. principio della parità di trattamento, non essendo ammissibili altre eccezioni oltre a quelle espressamente previste per legge (i crediti privilegiati)¹.

* Il presente scritto riproduce, con l'aggiunta dei richiami essenziali di dottrina e giurisprudenza, la Relazione tenuta al convegno su *Crisi d'impresa e diritti umani fondamentali*, organizzato dal prof. Andrea M. Azzaro, presso la *Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Urbino "Carlo Bo"* nel mese di maggio del 2008, nell'ambito del corso di dottorato su *Persona e Mercato*.

** Traduzione del dott. Domenico Porraro.

¹ L'art. 2372, allora vigente, stabiliva: "*los bienes todos del deudor, exceptuándose los no embargables (artículo 2363), son la garantía común de sus acreedores y el precio de ellos se distribuye entre éstos a prorrata, a no ser que haya causas legítimas de preferencia (artículo 1295). La ley no reconoce otras causas de preferencia que la prenda, la hipoteca y los privilegios*". I privilegi sono stati stabiliti espressamente dalla legge in ogni ipotesi, come ad es. nel caso dei crediti dei lavoratori.

Successivamente al caso in esame è stata approvata in Uruguay una nuova legge fallimentare (legge n. 18.387 del 15 ottobre 2008) che modifica l'art. 2372 CC citato. L'art. 55 della nuova legge, rubricato "*Composición de la masa pasiva*", stabilisce che: "*todos los acreedores del deudor, cualquiera sea su naturaleza, nacionalidad o domicilio, quedarán comprendidos en la masa pasiva del concurso, siendo representados por el síndico o el interventor y alcanzados por los efectos del concurso, sin más excepciones que las establecidas en la presente ley.*

Se otorgará un tratamiento igualitario a todos los acreedores pertenecientes a una misma clase, sin perjuicio de las excepciones expresamente previstas en la ley".

Bisogna poi considerare le seguenti norme della stessa legge concorsuale:

Artículo 108. (*Clases de créditos*). – *Los créditos que componen la masa pasiva del deudor se clasificarán en créditos privilegiados, créditos quirografarios o comunes y créditos subordinados.*

Una cliente della banca, affetta da una malattia terminale, chiede di poter prelevare i suoi depositi, nonostante la dilazione e le rate stabilite dal concordato.

Come accade ovunque, le malattie terminali non sono state espressamente considerate dalla legge concorsuale uruguayana come fattispecie legale di privilegio².

Il tribunale decide però di accogliere la domanda e la sentenza viene confermata dalla corte di appello.

Com'era prevedibile, si è subito aperta in dottrina una accesa discussione: da un lato vi è chi ha lodato la sentenza, ritenendo che soddisfacesse l'interesse tutelato del diritto alla vita, alla salute e alla dignità della persona umana, prevalente rispetto ai diritti patrimoniali. Diritti questi che la nostra cultura riconosce come subordinati a quelli della personalità. Dall'altro chi ha criticato la pronuncia, rilevando che i giudici avevano dinanzi a loro una norma molto chiara, che non poteva essere ignorata con il pretesto della protezione di diritti forse più nobili ed elevati, ma anche più sottili e nebulosi³.

Por su parte, los créditos privilegiados se clasificarán, a su vez, en créditos con privilegio especial y créditos con privilegio general.

Artículo 109. *(Créditos con privilegio especial). – Son créditos con privilegio especial los garantizados con prenda o hipoteca.*

Los créditos con privilegio especial deberán estar inscriptos a la fecha de declaración del concurso en el Registro Público correspondiente, salvo los créditos emergentes de contratos de prenda común que serán considerados privilegiados cuando hayan sido otorgados en documento público o en documento privado con fecha cierta o comprobada.

Artículo 110. *(Créditos con privilegio general). – Son créditos con privilegio general, en el orden planteado:*

Los créditos laborales de cualquier naturaleza, devengados hasta con dos años de anterioridad a la declaración del concurso, siempre y cuando no hubieran sido satisfechos en la forma prevista en el artículo 62, hasta por un monto de 260.000 UI (doscientos sesenta mil unidades indexadas) por trabajador. Tendrán también este privilegio los créditos del Banco de Previsión Social por los aportes personales de los trabajadores, devengados en el mismo plazo.

No gozarán del privilegio previsto en el inciso anterior, los créditos de los directores o administradores, miembros del órgano de control interno y liquidadores de la deudora, los cuales tendrán naturaleza de quirografarios, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 201.

Los créditos por tributos nacionales y municipales, exigibles hasta con dos años de anterioridad a la declaración del concurso.

El 50% (cincuenta por ciento) de los créditos quirografarios de que fuera titular el acreedor que promovió la declaración de concurso, hasta el 10% (diez por ciento) de la masa pasiva. Estos privilegios se establecen sin perjuicio del derecho conferido por la ley a los acreedores a la satisfacción parcial de los créditos no pagados a través del concurso, cuando hubieran ejercitado acciones en interés de la masa.

² Si precisa che né con la precedente, né con la nuova stesura delle norme approvate in Uruguay, il caso oggi esaminato è disciplinato espressamente.

³ Il dibattito dottrinario in Uruguay si è prolungato anche successivamente al convegno urbinato. Si può rinviare a diversi articoli pubblicati nell'*Anuario de Derecho Civil Uruguayo* tomo XXXIX nell'anno 2009 e specialmente a O. Sarlo, *Derechos fundamentales y proceso concursal. A propósito de dos fallos en el concordato preventivo del Banco de Galicia* (2003), pp. 869 a 883, e A. Castro, *Argumentación y constitucionalismo en la fundamentación de sentencias. A propósito de argumentación, constitucionalismo y postpositivismo. Una discusión impostergable*, p. 842-853.

Il tema da discutere sarà dunque quello della relazione fra i diritti fondamentali della persona, di rango costituzionale, la legge, il contratto, il giudice e l'interpretazione.

Si tratta infatti di temi centrali per ogni operatore del diritto e quindi suscettibili di far assurgere questo caso, concreto ed originale, ad oggetto di speculazione in qualsiasi ambito accademico, americano o europeo che sia. Si tratta di una situazione limite che ci porta a riflettere e magari anche a riconsiderare i fondamenti della nostra concezione del diritto⁴.

2. Il contesto

Se dobbiamo parlare di persona e mercato, prendiamo le mosse dal mercato.

L'attività bancaria, nella maggior parte dei paesi, è soggetta alle leggi economiche del mercato, che riguardano soggetti privati con interesse di lucro, sottoposti al libero gioco dell'offerta e della domanda e che entrano ed escono del mercato secondo le regole del diritto concorsuale.

Le banche sono dunque imprese come le altre e nel caso in cui non siano idonee a creare valore (come pure quindi consumino più valore di quello che creano) sono fatalmente destinate a perdere il loro patrimonio ed a fallire.

Un problema è tuttavia posto dalla c.d. specialità delle imprese bancarie, che, per le peculiari caratteristiche del loro passivo (elevato numero di depositanti) e la loro funzione nell'area del credito, hanno un ruolo importante nello sviluppo dell'economia e, in caso di fallimento, provocano un danno diffuso e rilevante.

È appunto per questa ragione che in generale la crisi bancaria ha sue regole speciali che consentono di parlare di regime a sé stante; la tendenza globale è nel senso di regolare in forma speciale questo tipo di crisi imprenditoriale.

Le banche raccolgono il risparmio senza offrire garanzie ai depositanti o, meglio, con l'esclusiva garanzia del loro patrimonio. In caso di fallimento, i risparmiatori sono fortemente colpiti. Per altro verso, nel procedimento concorsuale, i commissari liquidatori cancellano tutte le operazioni di credito, richiedendo ai clienti il rimborso immediato dei finanziamenti. Entrambi gli effetti premono sulla liquidità e sulla normale funzionalità dei sistemi di pagamento, con effetti negativi sull'economia nel suo complesso; in casi estremi, si verifica poi l'effetto c.d. di contagio, che determina la perdita di fiducia nelle banche; segue la corsa agli sportelli bancari, che può anche portare a un crollo sistemico.

Tutto ciò giustifica l'esistenza di una complessa organizzazione statale di controllo dell'attività bancaria⁵.

⁴ Sarlo, op. cit., p. 883.

⁵ E. Hupkes, *Insolvency. Why a special regime for banks*, IMF, 2003, pubblicato in Internet.

Al fine di valutare nel suo contesto la vicenda in oggetto, giova anche segnalare che il sistema finanziario uruguayano ha per molto tempo ricevuto rilevanti rimesse di denaro da parte dei non residenti, segnatamente argentini. Fino al gennaio del 2002, i depositi dei non residenti erano spesso collegati con le crisi e le turbolenze finanziarie dell'Argentina e ciò nel senso che ogni volta che la situazione argentina diveniva incerta, i depositi degli argentini presso le banche uruguayane subivano un incremento. Tale incremento si è verificato anche nella seconda metà dell'anno 2001, man mano che cresceva l'incertezza politica in Argentina. È così che, fra giugno e novembre del 2001, i nuovi depositi dei non residenti nelle banche uruguayane superavano i 1.100 milioni di dollari (determinando una crescita del 22 % in cinque mesi).

Questa tendenza si interrompe in modo brusco nel dicembre del 2001, quando due banche private, il "Banco de Galicia Uruguay", e in minor misura il "Banco Comercial", accusano una corsa ai depositi da parte dei non residenti.

Queste due banche, che fino al novembre del 2001 avevano aumentato la loro raccolta, erano le due maggiori banche uruguayane dal punto di vista del volume dei depositi. Oltre ad avere una esposizione elevata nei confronti dell'Argentina, appartenevano in tutto o in parte a istituzioni finanziarie argentine. Il "Banco de Galicia Uruguay" apparteneva al "Banco de Galicia y Buenos Aires". Il "Banco Comercial", dal canto suo, era strettamente legato, tramite due noti banchieri, i fratelli Carlos e José Rohm, al "Banco General de Negocios".

Fra la fine di gennaio e la metà di febbraio del 2002, si verificano una serie di eventi all'esito dei quali l'uscita dei depositi – che fino ad allora colpiva soltanto i depositi dei non residenti – arriva anche ai conti dei residenti, generalizzandosi così una corsa agli sportelli nella totalità degli istituti di credito.

Il 23 gennaio 2002 il banchiere Carlos Rohm viene arrestato in Argentina e il 31 gennaio il pubblico viene a conoscenza di una truffa per oltre 215 milioni di dollari nel "Banco Comercial"⁶.

Il 13 febbraio la Banca Central dell'Uruguay decide la sospensione delle attività del "Banco de Galicia Uruguay" e il giorno successivo il debito pubblico del paese perde il suo *investment grade*.

A questo punto la crisi acquista un connotato sistemico e tutte le istituzioni finanziarie accusano forti prelievi di denaro. Verso la fine di luglio l'uscita dei depositi arriva a cifre record (quasi 600 milioni di dollari fra il 19 e il 26 di luglio). Il 29 luglio, viene sospesa ogni attività bancaria. Durante il giorno festivo ("feriado ban-

⁶ Si è dibattuto in parecchi processi ed arbitrati se e in quale misura la responsabilità della crisi del "Banco Comercial" potesse essere attribuita al suo stesso management o alle banche azioniste di maggioranza, JP-Morgan Chase, Crédit Suisse First Boston e Dresdner Bank.

cario”) si sottoscrive un nuovo accordo col FMI e il Parlamento approva una legge che stabilisce una riprogrammazione dei depositi a termine nelle banche pubbliche.

Con un *bridge loan* del Dipartimento del Tesoro degli Stati Uniti, si costituisce un Fondo di Stabilità del Sistema Bancario, per garantire il prelievo di tutti i depositi in conti correnti e di risparmio, cioè a dire, depositi a vista. Il 5 agosto si cancella la sospensione bancaria e le banche riprendono la loro attività, tranne le banche Comercial, Montevideo-Caja Obrera e Crèdito, la cui attività rimane sospesa.

Per evitare il collasso economico, lo Stato si accolla il pagamento dei conti correnti e dei conti di risparmio presso le banche chiuse.

Il costo diretto della crisi bancaria del 2002 per le finanze pubbliche arriva a 1.540 milioni di dollari: circa il 12% del PIB annuale.

Fortunatamente, l'attività economica ha avuto modo di risprendersi e oggi può dirsi che le conseguenze più nefaste della crisi sono state superate.

3. La sentenza

I numeri parlano da soli; le crisi bancarie però non coinvolgono soltanto numeri; non ci interessa soltanto il mercato, ma il rapporto fra mercato e persona; il nostro spunto di riflessione è l'impatto della crisi d'impresa sulla persona, e il merito del nostro caso è la sua idoneità a rappresentare il problema dell'essere umano, che soffre nella sua propria esistenza le conseguenze delle crisi strutturali, talora in modo drammatico.

Volgiamoci al caso risolto dai giudici uruguaiani.

Primo grado.

La sentenza (del Tribunale fallimentare pronunciata in data 17.2.2003 dalla dott. ssa Teresita Rodríguez Mascardi, anche professoressa di diritto commerciale a Montevideo) dà conto dei seguenti fatti. L'attrice è moglie di un risparmiatore del “Banco de Galicia Uruguay” che aveva un conto per U\$S 123.194,10. La Signora ha sessantadue anni e vive a Buenos Aires dove è comodataria di un immobile. Negli ultimi venti anni, ha sofferto di una mastectomia sinistra e nel 1999 ha sviluppato un cancro con metastasi ossee ogni volta più gravi che hanno richiesto cure chemioterapiche accompagnate da farmaci per il controllo della grave anemia e per lenire gli intensi dolori che il cancro osseo provoca. La sua situazione si è aggravata con il deterioramento economico della Repubblica Argentina. La sua situazione è tale che proprio il “Banco de Galicia y Buenos Aires” argentino⁷ ha autorizzato prelevamenti dal suo conto senza applicare le regole del *corralito*⁸. Nell'ultimo mese, il suo stato

⁷ Capogruppo del Banco de Galizia Uruguay.

⁸ Locuzione colloquiale che allude con una metafora al divieto di ritiro dei fondi nelle banche in Argentina alla fine dell'anno 2001.

di salute è andato peggiorando e i suoi risparmi in Argentina si sono esauriti, per cui ha necessità di accedere ai fondi in Uruguay.

L'attrice fonda il suo diritto sul manifesto pericolo di perdere la vita in condizioni di sofferenza insopportabili, diritto alla vita che – ritiene – è un bene assoluto riconosciuto dall'art. 7 della Costituzione⁹ ed anche dalla Convenzione Interamericana dei diritti umani del 22.12.69. Osserva che non può nemmeno esserle negato il diritto di proprietà, tutelato anch'esso da norme di rango costituzionale.

Chiede quindi che sia applicato il diritto nella sua totalità, non soltanto nel suo aspetto meramente fallimentare.

Convenuta è la Banca Centrale dell'Uruguay, nella sua veste di interventore del "Banco de Galicia Uruguay". Nella sua comparsa di risposta essa manifesta che la sospensione dell'attività della banca deliberata dalla Banca Centrale dell'Uruguay il 13 febbraio 2002, ha come finalità quella di risolvere la situazione di crisi bancaria, in base al diritto di ognuno dei depositanti.

La sospensione dei pagamenti ed il concordato sopravvenuto impediscono i pagamenti isolati, implicando il concordato il rispetto del principio di parità di trattamento. L'attrice è creditrice della massa e come tale soggetta alle regole del processo; in gioco vi sono solo diritti patrimoniali e il singolo creditore avrà il diritto di incassare con le stesse modalità e nelle stesse proporzioni rispetto agli altri creditori; né più né meno.

I privilegi vengono stabiliti dal legislatore e non possono essere creati dal giudice o dall'amministratore. Se si verifica una violazione della Costituzione, prosegue la banca convenuta, è il Tribunale Supremo che può dirimere la questione. Non è neanche in gioco il diritto di proprietà – come invece si afferma nella domanda – ma un diritto di credito, perché il deposito bancario non ha natura di deposito regolare; il depositante non consegna il denaro in custodia, bensì ne trasmette la proprietà, conservando un diritto di credito. Pagare il valore nominale del credito reca pregiudizio al principio d'uguaglianza allorché il concordato obbliga gli altri creditori ad incassare la totalità del valore nominale in nove anni.

Secondo le regole fallimentari uruguayane di cui al Codice di commercio e alla legge fallimentare n. 2.230, il concordato è obbligatorio per tutti i creditori e nel

⁹ *CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY – Artículo 7º. – Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecen por razones de interés general. Artículo 72. – La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno. Artículo 332. – Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que esta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas.*

caso di una impresa bancaria per tutti i titolari di contratti bancari che sono compresi nella categoria dei creditori concorsuali.

Anche nel regime fallimentare uruguayano quindi vige il principio della *par condicio creditorum*, dell'uguaglianza fra i creditori tranne quelli che – per la natura dei loro crediti – il legislatore ha qualificato espressamente come creditori non concorsuali, legittimandoli ad agire con indipendenza rispetto al concorso (caso dei creditori con pegno o con ipoteca, o lavoratori, o privilegiati).

Quelli che seguono sono i passaggi argomentativi della sentenza di primo grado.

La questione, ritiene il Tribunale, consiste nello stabilire se la *par condicio* è assoluta, con divieto di ogni discriminazione fra i creditori o se invece sia consentito al giudice prendere in considerazione la situazione particolare di un depositante.

La specialità dell'impresa bancaria fa sì che il cliente bancario non sia in grado di conoscere le regole che regolano un'area così complessa come quella della attività creditizia, egli si affida pienamente alla banca, come un atto di fede. Il rapporto fra banca e cliente è contrattuale, il cliente è un consumatore e si applica nella specie il principio di protezione del consumatore. L'ordinamento costituisce una unità gerarchica. Il giudice deve interpretare armonicamente la Costituzione e la legge. La Costituzione deve essere applicata direttamente. La disciplina costituzionale dei diritti fondamentali ha una sua particolare importanza al momento di interpretare l'ordinamento giuridico inferiore. In questo caso è in gioco il diritto alla vita tutelato all'art. 7 della Costituzione, che si riferisce non solo alla vita, ma anche ai diritti indispensabili di talché l'essere umano abbia accesso a tutti i beni e servizi necessari affinché la sua esistenza si sviluppi sul piano materiale, morale, spirituale e psichico in armonia con la dignità umana¹⁰.

Perciò, ancorché la legislazione fallimentare non abbia previsto nulla in ordine alla situazione dei depositanti gravemente ammalati, deve essere applicata la regola costituzionale a difesa del diritto lesa. L'articolo 332 della Costituzione e l'art. 16 CC rendono sterile la discussione sulla applicazione diretta della Costituzione.

La *par condicio* nel caso di una impresa finanziaria non è assoluta, vale a dire che non vieta ogni discriminazione fra i creditori, quest'ultima è ammessa per approdare a un risultato più rispettoso del principio costituzionale d'uguaglianza, riconoscendo discriminazioni sempre che non siano arbitrarie ma ragionevoli e sottoposte al controllo del Tribunale.

Sulla base di tali ragioni, il magistrato accoglie parzialmente la domanda, ordinando alla banca di rimborsare parte del deposito.

In appello la Corte rileva che la convenuta è sottoposta ad un concordato stragiudiziale, ciò che comporta che l'accordo è obbligatorio per tutti i creditori ad eccezio-

¹⁰ Gross Espiell, *Derechos Humanos*, UNAM CN de *Derechos Humanos*, México, 1945, pag. 41.

ne delle ipotesi espressamente previste dalla legge (ipoteca, pegno, creditori lavoratori, privilegiati, etc.). Si intende, però, che una interpretazione razionale, contestuale e teleologica delle norme costituzionali ed anche sovranazionali, ma che possano essere considerate come appartenenti all'ordine giuridico nazionale, consentono di concludere senza fatica che il principio d'uguaglianza (la *par condicio creditorum*) non è assoluto e può essere piegato quando ci si trovi di fronte a situazioni eccezionali, quando il senso comune mostri che l'applicazione condurrebbe a una vera ingiustizia, soprattutto nel caso in cui si ha un'età avanzata e gravi problemi di salute; si ricorda che la banca ugualmente ammette eccezioni con una regolamentazione interna. Per cui la sentenza di primo grado viene confermata.

Si può facilmente comprendere perché la sentenza abbia sollevato un acceso dibattito in dottrina¹¹.

Una prima posizione critica rispetto alla sentenza è espressa da Santiago Carnelli¹², secondo il quale bisogna allontanarsi un po' dal caso concreto, perché altrimenti ci troviamo di fronte al paradosso di *Sancho Panza* fra la legge e la misericordia; la sensibilità ci spinge a favorire il disgraziato che sta per morire, ma così il problema è impropriamente impostato.

Il problema deve essere affrontato dal punto di vista giuridico, cioè come questione giuridica. Secondo Carnelli, nel diritto uruguayano, ove il controllo di costituzionalità è concentrato, la legge può essere disapplicata quando leda un principio costituzionale, ma soltanto se la lesione sia accertata dalla Suprema Corte di Giustizia¹³. Se la norma non lede la Costituzione o se la violazione non è stata accertata dalla Suprema Corte di Giustizia, il giudice deve senz'altro applicarla.

Carnelli rammenta che se la cultura occidentale – secondo Max Weber – si è separata da quella orientale, ciò è avvenuto esclusivamente per il rispetto della legge, di cui Socrate ci donò l'esempio preferendo morire piuttosto che violarla. Non è dunque ammissibile che il giudice, con il pretesto che una legge non ha previsto una certa situazione, plasmì una norma di legge, crei una soluzione che la legge non include, perché questo significa attribuire al giudice il compito del legislatore, ciò che non può essere.

¹¹ Cfr. O. Sarlo, *Derechos fundamentales y proceso concursal*, cit., pp. 869 a 883, e A. Castro, *Argumentación y constitucionalismo en la fundamentación de sentencias*, cit., p. 842 a 853. Altri riferimenti sono stati presi da la versione registrata in occasione di la tavola rotonda tenutasi nei corsi *de Maestria* sul diritto Costituzionale e diritti umani, e sul diritto Contrattuale, nell'Aula Magna dell'Università Cattolica del Uruguay, in data 10 marzo 2009.

¹² Santiago Carnelli è professore ordinario di Diritto privato della Facoltà di Giurisprudenza della Università della República e direttore dell'Annuario del Diritto Civile Uruguayano

¹³ La Costituzione uruguayana prevede un controllo di costituzionalità: "*Constitución de la República, artículo 257. – A la Suprema Corte de Justicia le compete el conocimiento y la resolución originaria y exclusiva en la materia; y deberá pronunciarse con los requisitos de las sentencias definitivas*".

Secondo Carnelli, ammettere una soluzione non prevista dal legislatore, determina una frattura del sistema costituzionale uruguayano.

Lo stesso dicasi con riferimento alla norma contrattuale. Quando la stessa lede una norma, il giudice la pone nel nulla. Ma non altrimenti.

Carnelli non condivide la sentenza, non essendo incline alla linea della sensibilità di proteggere il debole con pregiudizio del forte, perché quello è ciò che dà sicurezza a tutti.

Sempre in posizione critica di fronte alla creazione giurisprudenziale del diritto è Arturo Caumont, secondo il quale la risoluzione dei conflitti al vaglio del magistrato deve essere raggiunta sulla base dell'applicazione dei precetti preordinati all'adempimento del fine normativo, non per mezzo della creazione sostitutiva delle regole, originate dall'arbitrio valutativo del giudice¹⁴.

Secondo questo autore, i membri della comunità organizzata hanno l'irrinunciabile diritto soggettivo di essere giudicati conformemente a regole oggettive, vigenti al momento dell'adozione di una determinata condotta e non tramite criteri creati fuori dal sistema e a posteriori della decisione del soggetto di assumere un determinato atteggiamento. Non è ammissibile la sostituzione della norma legale secondo un criterio di giustizia, perché questo non è compito di chi deve applicare il precetto. I criteri assiologici sulla giustizia come valore sono ontologicamente relativi, e per ciò non esiste la possibilità di predicare il proprio come vincolante rispetto a chi possa avere un altro criterio, così valido e rispettabile come il contrario. La tripartizione dei poteri ha per oggetto storico delineato ed istituzionalmente canalizzato, quello di fornire certezza nei rapporti fra i singoli membri della comunità e chiarezza nella linea divisoria fra liceità e illiceità.

Il diritto non deriva dal conflitto di interessi, piuttosto anticipa lo stesso. Il diritto opera verso il caso e non sorge dal caso.

Per questo autore si può dire che l'equità è vestigio obsoleto di un mondo estinto.

Per parte sua, il Professor Sarlo¹⁵ ritiene che il giudice deve fare giustizia, ma non esiste una giustizia assoluta. Se fossimo noi ad essere ammalati, sicuramente condideremmo la sentenza; forse no, se fossimo invece i creditori. Il dovere del giudice è di costruire la sentenza in maniera tale che i terzi che la leggono siano convinti della sua giustizia; per approdare a ciò, i giudici devono adempiere il loro compito fornendo le ragioni per cui arrivano alla decisione. Per l'autore, questo non equivale alla tesi deduttiva della vecchia dogmatica, che assimilava il giudice a una macchina che riproduce automaticamente la legge (*“la bouche qui prononce les paroles de la*

¹⁴ A. Caumont, *La función jurisdiccional del magistrado es aplicar el derecho objetivo. Infungibilidad del poder normativo*, in *Rev. Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, No. VI, p. 187 ss.

¹⁵ In *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, 2009, t. XXXIX.

loi”), perché nessuno indica al giudice da dove deve prendere le mosse. Questi ha un potere enorme; ma deve giustificare le ragioni della sua decisione. Non esiste divieto per scegliere il punto di partenza, ma poi egli deve procedere secondo il sistema e argomentare secondo le regole del ragionamento deduttivo (art. 198 del codice processuale uruguayano). La topica è la tecnica (o l’arte, la “invenzione”) di capire le premesse e di giustificarle.

Come critico, Sarlo si pone il problema della cornice teorica nella quale si colloca la sentenza. Ovviamente essa non rientra nel modello tradizionale di provvedimento di tipo sussuntivo. Secondo tale modello, il provvedimento si costruisce sotto forma di sillogismo. La premessa maggiore è la fattispecie legale; la premessa minore è la fattispecie concreta e la sentenza ne costituisce la conclusione.

Il liberalismo illuminista, dotato di una illimitata fiducia nella ragione e il positivismo legalista hanno contribuito all’applicazione di questo modello interpretativo.

Nella nostra prospettiva di indagine il ricorso a questa forma di sillogica interpretazione può essere criticato nella misura in cui ad essa si accenna solo nella parte finale della sentenza, ma non nella parte iniziale; non si spiega cioè perché e in quale modo il giudice abbia selezionato la premessa maggiore. Infatti, il punto di partenza del ragionamento non è unico, ma può essere scelto fra diversi possibili. La scelta fra una o un’altra delle premesse maggiori, anche restando ferma la premessa minore, ne altera le conclusioni, ovvero il provvedimento stesso.

Secondo Sarlo, il giudice ha un ampio potere di scelta della premessa maggiore; gli è soltanto richiesto:

- a. che provenga dallo stesso sistema;
- b. che sia gerarchicamente ordinata;
- c. che abbia carattere normativo;
- d. che abbia una ragionevole connessione semantica col tema;
- e. che sia plausibile¹⁶.

Come cornice teorica alternativa a quella positivista, Sarlo accenna poi:

- a. al neocostituzionalismo, che postula l’applicazione diretta della Costituzione. Ciò permette, nel caso concreto, di fare prevalere, per esempio, il diritto alla vita rispetto alle regole del diritto concorsuale;
- b. all’“umanitarismo giudiziale”, all’immagine del *bon juge Magnaud*;
- c. alla teoria critica chiamata *feminista*, emersa nel sistema anglosassone e vincolata alla c.d. *ethics of care*, di Carol Gilligan.

Quanto al contenuto, la sentenza pare al Sarlo plausibile. Ma in riferimento alla motivazione, questi si aspettava che una sentenza così innovativa, fosse più saldamente motivata.

¹⁶ O. Sarlo, op. cit. p. 871.

Altra parte della dottrina, nonostante qualche nota critica, si è espressa in modo sostanzialmente favorevole.

In primo luogo Juan Blengio ha sostenuto che il problema dibattuto nelle sentenze ha come sfondo la questione dell'applicabilità diretta delle norme e dei principi costituzionali alle relazioni giuridiche orizzontali (fra i privati) generalmente conosciuta sotto il nome tedesco di *drittwirkung*.

Nel nostro paese, tale questione ha preso le mosse da un articolo del medesimo Professor Blengio che esprimeva un'opinione decisamente favorevole ad una siffatta applicabilità. Le sue implicazioni – non solo con riferimento allo specifico problema discusso, ma specialmente nel campo del diritto civile – hanno alimentato un dibattito che continua ancor oggi¹⁷.

Secondo Blengio, la tesi – che ha molteplici punti di contatto con una parte importante della dottrina e della giurisprudenza tedesche – si fonda su una pluralità di ragioni: storiche, sistematiche e di ordine testuale, vincolate alle norme della Costituzione uruguaiana¹⁸.

Tra tali ragioni si segnala quella derivante dalla legge n. 16.011 che regola l'azione di Protezione (Amparo), volta alla tutela dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla Costituzione che siano lesi o minacciati di modo manifestamente illegittimo, non solo da azioni od omissioni di un ente pubblico, ma anche privato.

La condivisione di tale dottrina coinvolge sia il modo di leggere ed interpretare il diritto, sia il modo di risolvere i conflitti normativi (soprattutto fra principi o valori che tali principi esprimano), come quelli emersi nelle sentenze in esame. Implica anche una espansione dei poteri del giudice, atteso che nella risoluzione dei conflitti, il giudice non opererà solo come un mero automa, limitato al ruolo di *bouche de la loi*; in tale prospettiva, l'interpretazione, partendo dalle norme e dai valori costituzionali, viene concepita come un lavoro creativo che culmina in un atto di volontà del giudice che sceglie fra diverse possibilità interpretative.

¹⁷ *La autonomía de la voluntad y sus límites. Su coordinación con el principio de Igualdad. Primeras reflexiones sobre un tema a discutir*, in *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, t. 27, Ed. FCU, Montevideo, 1997, p. 412 e ss. Per un esame critico della tesi, vedi: *El principio de igualdad y la Contratación del Código Civil*, in *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, t. 31, Montevideo, Ed. FCU, Montevideo, 2001, p. 597 e ss. Le critiche sono state ribadite in due successivi articoli dello stesso Blengio: *Principio de Igualdad y Autonomía Privada. Una cuestión revisitada y que se discute, Primera Parte*, in *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, t. XXXII, Ed. FCU, Montevideo, 2002, p. 571 e ss.; e *Principio de Igualdad y Autonomía Privada. Una cuestión revisitada y que se discute, Segunda Parte*, in *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, t. XXXIII, Ed. FCU, Montevideo, 2003, p. 481 e ss. Come si è già detto, la discussione persiste tuttora.

¹⁸ J. Blengio, *La aplicabilidad de los principios derechos y garantías constitucionales a las relaciones horizontales enfocada especialmente desde la perspectiva del principio de igualdad*, in *Constitucionalización del Derecho Privado, Actas del Tercer Congreso Internacional de la Asociación Andrés Bello Des Juristes Franco-Latino-Americanains*, Ed. Asociación Andrés Bello Des Juristes Franco-Latino-Americanains, Universidad Externado de Colombia, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, prima ed. agosto, 2007, Bogotá, Colombia, p. 425 e ss.

Nella risoluzione dei conflitti – dice Blengio – gioca un ruolo fondamentale la ponderazione. Questa, come insegna Alexy¹⁹, ha un “nucleo costituito da una relazione che, quando si tratta di diritti fondamentali, può descriversi come il nesso tra l'intensità dell'invenzione e il peso delle ragioni che la giustificano”.

La formula sarebbe del tipo “quanto più...tanto più” e includerebbe sia i diritti di difesa, sia quelli di protezione e, secondo l'Autore tedesco, potrebbe enunciarsi così: “quanto più forte è il grado di non soddisfazione o di artificiosità di uno dei principi, tanto più importante deve essere la soddisfazione dell'altro”.

Perciò sarà necessario considerare una scala, che deve avere due livelli (lieve e grave). Alexy suggerisce che sia di tre: lieve, medio e grave, per la sua praticità e perché sarebbe la scala che, a suo parere, “si adatta bene ai fatti della vita quotidiana, delle istituzioni e della prassi giuridica”²⁰.

Secondo Blengio, è palese che il risultato al quale ci porta la ponderazione non poteva essere diverso da quello ammesso dai giudici, perché indubbiamente nel caso concreto i benefici di una tale soluzione (che sono per certo evidenti e che coinvolgono la vita di una persona) sono più importanti rispetto agli svantaggi che si arrecano al principio della *par condicio creditorum*, che verrebbe solo minimamente colpito dato il carattere palesemente eccezionale del caso.

Allo stesso risultato avrebbero condotto sia l'applicazione del criterio della ragionevolezza e dell'arbitrarietà (che Blengio propone per determinare quando il principio d'eguaglianza è violato²¹), sia la tesi che sostiene che i conflitti come quello esaminato, devono risolversi, considerando il peso dei principi in gioco²².

Blengio ritiene che non si tratta di negare l'applicabilità della legge²³ perché contraria alla Costituzione, bensì di risolvere un conflitto normativo e che il risultato della ponderazione (o degli altri criteri riferiti) determina in ultima analisi che i confini del principio della *par condicio creditorum* vengano arretrati in favore di quelli di un altro principio. Sottolinea l'Autore che questo risultato si può anche raggiungere ricorrendo al concetto di lacuna del diritto, specialmente se si ammette la c.d. lacuna assiologica²⁴.

¹⁹ R. Alexy, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 65.

Sulla c.d. ponderazione esistono numerosi lavori, tra i quali merita di essere segnalato lo studio di Ana Paula de Barcellos, *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdiccional*, Ed. Renovar, São Paulo, 2005.

²⁰ *Tres escritos...cit.* p. 65 ss.

²¹ *La autonomía de la voluntad y sus límites*, cit. p. 410 ss.

²² Così R.L. Vigo, *Los principios jurídicos*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 87.

²³ Anzi, Blengio parla di una presunzione di regolarità o legittimità della legge (vedi il suo recente lavoro *Reflexiones sobre una sentencia del Tribunal Constitucional Chileno que declara inconstitucional la normativa que permite el uso de la “píldora del día después”* in *Revista de Direito Sanitário*, vol. 10, N.2 Jul./Out. 2009, Ltr, Editora Limitada, Sao Paulo, 2009, p. 28). L'articolo si segnala perché presenta non pochi punti di contatto con il caso commentato.

²⁴ J. Blengio, *Algunas reflexiones sobre interpretación e integración del derecho y el rol que en ésta corresponde a la doctrina*, in *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, t. XI, Ed. FCU, Montevideo, 1981, p. 109 ss.

Anche il Dr. Leslie Van Rompaey, Magistrato della Corte Suprema uruguaiana, difende la sentenza, sostenendo l'applicazione diretta dei principi costituzionali ai rapporti fra i privati. Van Rompaey prende in considerazione le posizioni di Gascón y García de Enterría, secondo le quali, allorché c'è un conflitto di principi, il caso deve essere risolto mediante la ponderazione. Se il risultato della ponderazione dà prevalenza al principio costituzionale posposto al principio che fonda la regola legale, si farà eccezione alla regola legale nel caso concreto.

Si tratta di un mezzo che ammette la disapplicazione della norma nel caso concreto, quando la rigida applicazione della regola approda a risultati gravemente lesivi di un altro bene o principio costituzionale. In questo caso, il processo d'incostituzionalità non sarebbe stato adeguato, perché la *par condicio creditorum* non lede la Costituzione. "Mi pare un'eccellente sentenza", conclude Van Rompaey.

Da ultimo accenniamo alla posizione della Professoressa Alicia Castro, Magistrato della Corte di appello e anche professoressa di Filosofia del Diritto²⁵. Secondo quest'ultima siamo di fronte ad un caso molto interessante, quasi paradigmatico, che ha sollevato un salutare dibattito che tocca profili fondamentali come la teoria dell'argomentazione, il costituzionalismo ed anche, se si vuole, la possibilità dell'esistenza di un positivismo di tipo legale. Secondo la Castro, la sentenza affronta il problema del conflitto di principi e opera una ponderazione per stabilire quale principio scaldi l'altro nella ricerca della soluzione. È il procedimento con cui si risolve questo tipo di casi. I principi formano parte del diritto positivo, sono principi di rango costituzionale, perché la *par condicio creditorum* è un corollario del principio di uguaglianza, che, così come il diritto alla vita, assurge a rango costituzionale. La decisione muove verso il valore considerato più importante, che è il diritto alla vita.

Forse, se un deficit argomentativo può essere rilevato, esso sta in ciò, che l'opzione argomentativa sulla base della quale si decide in favore del diritto alla vita, sovrapponendo quest'ultima all'uguaglianza, non è sufficientemente motivata nella sentenza²⁶.

In ogni operazione di ponderazione, però, un principio sposta l'altro, ma fino ad un certo punto. Il primo non viene totalmente escluso dal secondo, perché si tratta di colpire il principio inferiore (anch'esso meritevole di tutela) nella minore misura possibile. È per questo che la domanda non è stata integralmente accolta, ma soltanto in forma parziale. Questo è un ragionamento tipico di ponderazione.

²⁵ Anche questa autrice ha affidato le sue riflessioni ad un articolo edito nell'ultima edizione dell'*Anuario*, intitolato *Argumentación y constitucionalismo en la fundamentación de sentencias, A propósito de argumentación, constitucionalismo y postpositivismo. Una discusión impostergable*, p. 842 a 853.

²⁶ Sul rapporto fra principi e norme è frequentemente citata in Uruguay l'opera di M. Atienza e J. Ruiz Madero, *Las piezas del derecho, Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel Derecho, Barcelona, 1996.

Un altro profilo da rilevare è la chiara opzione per posizioni costituzionaliste, perché si parla della Costituzione come fonte del diritto, come valore normativo ed il giudice interpreta l'ordinamento dal punto della Costituzione.

Si tratta di due principi costituzionali, né l'uno, né l'altro sono cancellati, si stabilisce la misura in cui devono convivere.

È il tipico ragionamento dei casi costituzionali.

“Io – conclude Alicia Castro – non appoggierei la soluzione nel senso che il giudice può disapplicare le norme positive, ma penso che la soluzione della sentenza sia plausibile. Una soluzione semplice sarebbe stata quella di rigettare la domanda perché la legge non consente al giudice di dare una soluzione giusta. A mio avviso, il problema del principio d'uguaglianza è erroneamente impostato. Nel senso giuridico, l'uguaglianza non è mai stata incompatibile con la diversità. Sono state da sempre ammesse le differenze di trattamento normativo, sempre che siano sorrette da una giustificazione ragionevole. Talora sarebbe anche irragionevole non fare discriminazioni. È dunque possibile, anche necessario, creare categorie: la questione è se il fondamento delle categorie sia ragionevole o meno”.

Mi permetto qui di aggiungere che nel diritto fallimentare la tendenza è verso una flessibilizzazione delle categorie. Penso che ne sia esempio la recente legge fallimentare italiana, che ammette un trattamento diverso dei creditori, secondo categorie la cui delimitazione non viene rigidamente disegnata dalla legge, ma è lasciata alla prassi.

Secondo questa impostazione, il giudice si sarebbe limitato ad accertare l'esistenza di una lacuna nella definizione legale delle categorie, ravvisandone una nuova come risultato di una applicazione del principio costituzionale, ma anche legale d'uguaglianza (nel caso concreto, quello che prevede appunto l'uguaglianza dei creditori), stabilendo semplicemente che la distinzione fra creditori gravemente malati e creditori sani è ragionevole²⁷.

²⁷ Interessa qui accennare alle recenti norme approvate dal legislatore italiano nella recente riforma della legge concorsuale (d.l. n. 5 del 16 gennaio 2006), Riforma organica delle procedure concorsuali, il cui articolo 124 stabilisce che la proposta di concordato può prevedere:

- a. la suddivisione dei creditori in classi, secondo posizione giuridica ed interessi omogenei.
- b. trattamenti differenziati fra creditori appartenenti a classi diverse, indicando le ragioni dei trattamenti differenziati ai medesimi.

Si può osservare che il legislatore italiano, seguendo un'impostazione a mio avviso corretta, non ha tipizzato in forma rigida le classi, ma anzi ne ha fornito una definizione astratta, richiedendo però che le classi siano formate in relazione ad interessi omogenei, con necessità di indicazione delle ragioni o dei criteri della categorizzazione, che ovviamente debbono essere ragionevoli.

4. La c.d. costituzionalizzazione del diritto privato

Il problema dell'incidenza delle norme costituzionali nella risoluzione dei conflitti di interessi riferiti al diritto privato sorge palesemente dalle argomentazioni della sentenza in esame.

È nota la propensione a riconoscere alla Costituzione una efficacia diretta nei rapporti fra i privati. Van Rompaey²⁸ accenna alle principali caratteristiche del costituzionalismo moderno: più principi che regole; più ponderazione che sussunzione; più giudici che legislatori e più Costituzione che legge.

È agevole rilevare che la possibilità di applicare direttamente la Costituzione fornisce al giudice un ampio margine di discrezionalità.

Secondo Pietro Perlingieri, vi sono "situazioni soggettive esistenziali" con rilievo costituzionale²⁹. Una concezione esclusivamente patrimonialistica non risponderebbe ai valori ai quali s'ispira un ordinamento moderno. Vi sono interessi che non hanno carattere patrimoniale, ma sono pur sempre giuridicamente rilevanti e tutelati dall'ordinamento. Vi sono d'altro canto situazioni patrimoniali che, per lo stretto legame con il libero sviluppo della persona, assumono rilevanza esistenziale. La tutela della persona non può essere frazionata in singole fattispecie, in situazioni autosufficienti, ma deve essere prospettata come problema unitario, data l'unitarietà del valore della persona che ne costituisce il fondamento.

Significativa è la posizione secondo la quale "rispetto ai diritti sociali non esiste l'uomo generico; esistono situazioni diverse da uomo a uomo, secondo il sesso, l'età e le condizioni fisiche, che richiedono protezioni diverse e differenziate". Nella stessa prospettiva civile-costituzionale, sarebbe restrittiva anche la concezione del diritto alla salute come diritto dell'uomo all'assistenza sanitaria, intesa come posizione giuridica nei confronti dell'apparato burocratico dello Stato. La salute ha rilievo anche nei rapporti intersoggettivi, quale parametro della liceità e della illiceità e della meritevolezza dell'attività in senso lato dell'uomo. La persona si manifesta nella sua unitarietà psicofisica come un mondo soggettivo condizionato dalle circostanze ambientali, sociali, economiche, sì che diventa impossibile separare il bene salute dal valore complessivo della persona; questa assume una concreta realizzazione nel rispetto della sua storicità.

Secondo questi cenni, sarebbe quindi possibile, nel caso in esame, invocare la Costituzione a sostegno della tesi dell'attore.

Vi sarebbe tuttavia uno svantaggio: l'incertezza o la non prevedibilità derivanti da tale maggiore discrezionalità del giudice.

²⁸ L. Van Rompaey, *La jurisprudencia constitucional en el Uruguay*, in Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones jurídicas de Universidad Nacional Autónoma de México, www.juridicas.unam.mx.

²⁹ P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991, p. 550 spec. p. 318 ss.

5. Il ruolo del giudice nell'interpretazione della legge e del contratto e i principi generali di diritto

Il passaggio osmotico fra il diritto costituzionale ed il diritto privato ci pone di fronte ad un problema centrale del diritto contemporaneo, quello del controllo sui metodi di interpretazione della legge, del contratto e della posizione istituzionale della magistratura³⁰.

La *vexata quaestio* tratteggia la portata che deve essere attribuita alla discrezionalità del giudice. Ciò consente di fare un cenno all'evoluzione del ruolo del giudice. Come è stato detto, uno dei cardini della discussione è il ruolo del giudice, il suo vincolo al testo della legge e le sue possibilità di manovra per mezzo dei principi generali del diritto.

A questo punto giungiamo ad una constatazione curiosa: il diritto italiano e quello uruguayano, si avvicinano eccezionalmente (il che non è strano, se si tiene in conto che i processi di codificazione dei due paesi – quello italiano riferito al codice civile del Regno d'Italia del 1865, antecedente all'attuale del 1942, e quello uruguayano, che approda al codice civile del 1867 – erano coetanei). I lavori di codificazione nell'Uruguay si sviluppano fra il 1860 ed il 1867, data in cui è stato promulgato il nostro codice civile.

Nonostante nel 1867 fosse già stato approvato il codice unitario italiano del 1865, la fonte più sicura delle norme uruguayane è il codice albertino del 1837, la cui fonte, a sua volta, risale al codice austriaco del 1811. Il che giustifica dal punto di vista dei giuristi italiani e uruguayani, considerare in modo particolare il significato di queste norme. Rinveniamo dunque un punto di coincidenza dei nostri interessi accademici.

Il tema dell'ampiezza dei poteri del giudice e il ricorso ai principi generali del diritto è regolato in Uruguay nell'art. 16, che dice così:

“Cuando ocurra un negocio civil, que no pueda resolverse por las palabras ni por el espíritu de la ley de la materia, se acudirá a los fundamentos de las leyes análogas; y si todavía subsistiere la duda, se ocurrirá a los principios generales de derecho y a las doctrinas más recibidas, consideradas las circunstancias del caso”.

Facciamo il raffronto con l'art. 7 ABGB.

“Qualora un caso non si possa decidere né secondo le parole, né secondo il senso naturale della legge, si avrà riguardo ai casi consimili precisamente dalle leggi decise ed ai motivi di altre leggi analoghe. Rimanendo nondimeno dubbioso il caso, dovrà decidersi secondo i principi del diritto naturale, avuto riguardo alle circostanze raccolte con diligenza e maturamente ponderate”.

³⁰ A. Sciumè, *I principi generali del diritto nell'ordine giuridico contemporaneo (1837-1942)*, in *Il diritto nella storia*, Collana diretta da Umberto Santarelli, Giappichelli, Torino, 2002.

Secondo Sciumè, la codificazione austriaca si propone come modello di una ideologia giuridica contrapposta al volontarismo positivista, di cui il codice napoleonico è fenomeno paradigmatico³¹. Proprio grazie alla previsione del ricorso ai principi, essa valorizza con particolare evidenza la figura del giudice e la sua opera di interpretare in considerazione di una voluta limitatezza intrinseca delle capacità predittive, e quindi prescrittive del codice, che non può sempre compiacersi di avere esaurito tutti i casi che possono accadere. In un certo senso, il giudice era chiamato a “prolungare”, ad estendere la produzione normativa del legislatore ... per dare forma razionale alla materia dei rapporti economici e sociali dei consociati³².

Il ricorso al diritto naturale espressamente previsto nel testo, ci porta a una prospettiva eterointegrativa del diritto.

Orbene, il codice civile unitario (1865) già dal suo primo progetto risalente al 1860, disciplina la vicenda all'art. 13, che appare identico all'articolo 15 del codice albertino, salvo talune minime differenze formali³³. La decisione di sostituire la formula “principi del diritto naturale” con quella “principi generali del diritto”, scaturita nel corso della redazione del codice albertino nel 1833 e trasferita poi nel codice civile risorgimentale (ed anche al codice uruguaiano, come si sopra visto) assume, secondo Sciumè, il carattere di mediazione fra le posizioni antitetiche dei sostenitori di idee autointegrative ed eterointegrative.

La formula definitiva “principi generali del diritto”, utilizzata in entrambi modelli, italiano e uruguaiano, appare come la saldatura del diritto prodotto dagli interpreti rispetto alla volontà del legislatore, mortificando così la loro vocazione di produttori autonomi di diritto.

Il passaggio dai principi del diritto naturale ai principi generali del diritto non si colloca nel segno di un “climax” positivista ma esprime, piuttosto, il desiderio di individuare come realtà di per sé sussistente in via autonoma la produzione giuridica del sovrano e di rendere il giudice esecutore organico del diritto dello Stato³⁴.

Al giurista italiano interessa considerare la deroga all'art. 13 del codice civile unitario tramite l'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale del codice civile del 1942 col ricorso ai “principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato”, che presentava una modifica significativa del precetto legislativo e non un semplice maquillage della formula che il codice de 1865 aveva mutuato dal codice albertino. Questa indagine, però, ci allontana dagli interessi comuni perché il diritto uruguaiano non ha avuto una evoluzione simile.

³¹ Sciumè, op. cit. p. 42 nota 41.

³² Sciumè, op. cit. p. 43.

³³ Sciumè, op. cit. p. 109.

³⁴ Sciumè, op. cit. p. 98.

Giova invece svolgere alcune ulteriori considerazioni sul testo del codice austriaco, fonte comune del diritto italiano e uruguaiano.

Alla fine del secolo XVIII, l'amministrazione della giustizia si svolgeva in modo ben diverso rispetto a quello attuale. Il giudice, più che applicare la legge amministrava l'equità, godendo di un ampio margine di discrezionalità.

Deve qui accennarsi al modello delle *rationes* che aveva caratterizzato la tecnica interpretativa dei giuristi medievali, che implicava una pluralità di fonti. La funzione giurisdizionale medievale si fondava su un adagio gnoseologico tomista: *adequatio intellectus ad rei*, e su uno strumento interpretativo: *arbitrium y equitas*³⁵. L'epoca medievale, infatti, non conosce ancora i modelli del primato della legge, del principio di legalità, delle codificazioni, del costituzionalismo moderno. Non conosce cioè il diritto positivo, così come lo percepiamo oggi.

Secondo Massimo Meccarelli³⁶, *l'arbitrium super iam statuta* rappresenta "un primo tipo di presenza di potere arbitrario nel campo normativo. Esso consente di derogare alla norma statutaria. Il presupposto è che tale potere sia *specialiter* accordato dallo stesso statuto o sia esercitato in ragione di una *iusta causa*. Questa deroga alla rigidità statutaria viene sfruttata con intelligenza dai giuristi". Il giudice, tramite *l'arbitrium*, interagisce con il processo di produzione del diritto associando alla *scientia* la *conscientia*.

Come spiega A. Barbazza [*Consiliorum sive responsorum*, Venezia, 1558, lib. II, cons. 36, n.8] "*in iudice debent adesse duo sales, sal conscientiae et scientiae: et quia in iudice debet esse sal iustitiae et scientiae, est insipida illa sua conscientia si in eo est sal conscientiae et non scientiae*"³⁷.

Secondo Meccarelli, il principale tipo di enucleazione di *iusta causa* è la cosiddetta "*causa correctionis de novo*". Essa costituisce una giusta causa di deroga ogni qual volta si presenti una situazione che le norme statutarie non hanno previsto. Sono gli stessi statuti talvolta a prevedere un meccanismo di questo tipo. Ma c'è di più; per i nostri giuristi la 'novità' va intesa nel suo significato più ampio; essa comprende anche la "*causa antiqua de novo manifestata*". Questo vuol dire che il titolare dell'*arbitrium super casibus novis*, qualora accerti l'inadeguatezza della disciplina giuridica

³⁵ Sciumè, op. cit., p. 80.

³⁶ *Statuti, potestas statuendi e arbitrium: la tipicità cittadina nel sistema giuridico medievale* [A stampa in *Gli statuti delle città: l'esempio di Ascoli nel secolo XIV* (Atti del convegno di studio svoltosi in occasione della XII edizione del Premio internazionale Ascoli Piceno; Ascoli Piceno, 8-9 maggio 1998), a cura di E. Menestò, Spoleto 1999, pp. 87-124 – Distribuito in formato digitale da "Reti Medievali"].

³⁷ Secondo Meccarelli il concetto è ribadito da A. Cravetta, *Tractatus de antiquitatibus temporum*, Lugduni, 1559, pars I, arg. *Quid dicatur antiquum in materia probationis*, n. 57: "iudicem enim sales duos habere oportet, unum sapientiae, ne sit insipidus, alterum rectae conscientiae, ne sit diabolicus". Concorda quasi letteralmente Giason del Maino, *In primam Codicis partem commentaria*, Venetiis, 1590, l.*Rem non novam*, tit.*De iudiciis*, n.1 in fine, facendo riferimento alla riflessione di Baldo.

di una situazione già regolata nello statuto, può legittimamente intervenire sulla norma esistente. La norma esiste, ma la disciplina prevista è inadeguata, la *causa antiqua* della norma si manifesta *de novo* e dunque chiede di essere nuovamente concepita come diritto concreto. Dunque, secondo Meccarelli, per un interprete abituato alle categorie del ragionamento giuridico medievale, il caso non disciplinato si presenta anche quando la legge non offra una soluzione che all'interprete appaia adatta, giusta, opportuna. In questo modo una norma esistente, per il solo fatto di non rispondere più a certe esigenze, viene considerata manchevole.

Nel sistema del diritto medievale la lacuna era quindi un grimaldello che serviva a legittimare le incursioni creative dei giuristi nel sistema.

L'eliminazione dell'arbitrio costituisce uno degli obiettivi prioritari della codificazione del diritto. Secondo Sciumè, il giurista piemontese Sclopis, che ha avuto grande influenza nel processo d'elaborazione del codice albertino, era esplicito nel ricordare le ingiustizie prodotte dall'arbitrio di una giurisprudenza priva di saldi indirizzi legislativi. "L'avvolgere le leggi fra le tenebre, l'applicarle come se si trattasse di riti arcani custoditi dai giudici, è voler pugnare coll'intento primo di ogni provvida legislazione, che sta nel proteggere i diritti di tutti i sudditi e nel porli in condizione di ottenere con certezza e senza difficoltà quello che a ciascuno di essi appartiene"³⁸.

Gli abusi conseguenti sicuramente portarono ad una reazione contro il sistema. È nota la frase "*Dieu nous garde de l'équité des parlements*". Il diritto nuovo s'innalza sulle fondamenta di una legislazione generale, astratta ed ugualitaria nella forma, per approdare a una "*reductio ad unum*" delle fonti del diritto.

Nondimeno, la distinzione fra casi semplici e casi difficili resta attuale. Si tratta di quello che già i latini chiamavano *casibus perplexis*. Nei casi dubbiosi, la legge romana diceva ai giudici "*facturus quod eis visum fuerit justus et aequus*". Se ricordiamo qui quello che diceva Alicia Castro, nel senso che il giudice autore della sentenza di primo grado aveva dovuto sentire che non si trattava di un "caso facile".

La distinzione fra casi semplici e casi difficili (*hard cases*) diventa allora fondamentale.

Si vede chiaramente l'importanza di questo tema nel fatto che esso rappresenta uno dei principali temi di discussione fra due grandi autori del positivismo negli Stati Uniti, Hart e Dworkin³⁹. Infatti, nella tesi di Dworkin, la critica del positivismo di Hart si basa sul fatto che questo non spiega il modo in cui i giudici trovano la soluzione dei casi difficili. È palese la valorizzazione del ruolo dei principi, come

³⁸ Sciumè, p. 49.

³⁹ Il problema è così impostato anche da Atienza, Manuel e Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del derecho, Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel Derecho, Barcelona, 1996, cit.

via per la quale si reintroduce la morale nel diritto. I principi sarebbero, secondo questa impostazione, la prospettiva morale che guida le decisioni del giudice⁴⁰.

Il discorso positivista radicale non pare dunque avere una base ferma.

A ben vedere, neanche gli autori del codice francese, che, secondo un autore⁴¹, sarebbe “l’epifenomeno paradigmatico del volontarismo positivista”, consente una lettura meccanicista del ruolo del giudice. Nel «*Discours préliminaire du premier projet de code civil, présenté en l’an IX par MM. Portalis, Tronchet, Bigot-Préameneu et Maleville, membres de la commission nommée par le gouvernement*», si vede chiaramente che l’impostazione del Portalis, autore della Relazione al Code Napoléon, era ben più ricca ed articolata, consentendo al giudice un potere di apprezzamento molto ampio⁴².

⁴⁰ Sarlo, Oscar, *Principios jurídicos y positivismo inclusivo*, Rev. UCUDAL, 2006. Atienza, M. y otro, *Las piezas del derecho*, cit.

⁴¹ Sciumè, op. loc. cit.

⁴² A questo punto pensiamo sia utile la lettura di alcuni commi della relazione del Portalis, del quale abbiamo sottolineato le idee che riteniamo più applicabili.

«À l’ouverture de nos conférences, nous avons été frappés de l’opinion, si généralement répandue, que, dans la rédaction d’un Code civil, quelques textes bien précis sur chaque matière peuvent suffire, et que le grand art est de tout simplifier en prévoyant tout.

Tout prévoir, est un but qu’il est impossible d’atteindre.

Nous nous sommes ... préservés de la dangereuse ambition de vouloir tout régler et tout prévoir. Qui pourrait penser que ce sont ceux mêmes auxquels un code paraît toujours trop volumineux qui osent prescrire impérieusement au législateur, la terrible tâche de ne rien abandonner à la décision du juge?

Quoi que l’on fasse, les lois positives ne sauraient jamais entièrement remplacer l’usage de la raison naturelle dans les affaires de la vie. Les besoins de la société sont si variés, la communication des hommes est si active, leurs intérêts sont si multipliés, et leurs rapports si étendus, qu’il est impossible au législateur de pourvoir à tout.

D’ailleurs, comment enchaîner l’action du temps? Comment s’opposer au cours des événements, ou à la pente insensible des mœurs? Comment connaître et calculer d’avance ce que l’expérience seule peut nous révéler? La prévoyance peut-elle jamais s’étendre à des objets que la pensée ne peut atteindre?

Un code, quelque complet qu’il puisse paraître, n’est pas plutôt achevé, que mille questions inattendues viennent s’offrir au magistrat. Car les lois, une fois rédigées, demeurent telles qu’elles ont été écrites. Les hommes, au contraire, ne se reposent jamais; ils agissent toujours: et ce mouvement, qui ne s’arrête pas, et dont les effets sont diversement modifiés par les circonstances, produit, à chaque instant, quelque combinaison nouvelle, quelque nouveau fait, quelque résultat nouveau.

Une foule de choses sont donc nécessairement abandonnées à l’empire de l’usage, à la discussion des hommes instruits, à l’arbitrage des juges.

L’office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit; d’établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière.

C’est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l’esprit général des lois, à en diriger l’application.

De là, chez toutes les nations policées, on voit toujours se former, à côté du sanctuaire des lois, et sous la surveillance du législateur, un dépôt de maximes, de décisions et de doctrine qui s’épure journellement par la pratique et par le choc des débats judiciaires, qui s’accroît sans cesse de toutes les connaissances acquises, et qui a constamment été regardé comme le vrai supplément de la législation.

Quand on n’est dirigé par rien de ce qui est établi ou connu, quand il s’agit d’un fait absolument nouveau, on remonte aux principes du droit naturel. Car, si la prévoyance des législateurs est limitée, la nature est infinie; elle s’applique à tout ce qui peut intéresser les hommes. Ce serait donc un erreur de penser qu’il pût exister un corps de lois qui eût d’avance pourvu à tous les cas possibles, et qui cependant fût à la portée du moindre citoyen.

Forse abbiamo svolto un cenno storico troppo articolato. Ma, come dice Meccarelli, sembra che la Storia possa dare il suo contributo alle ansie attuali per il futuro, ansie che tendono a cercare risposte rassicuranti nelle *origini lontane e locali* dell'identità collettiva. Di qui possiamo cogliere il grande insegnamento della Storia intesa come esperienza: non essere nostalgici per i gloriosi tempi andati, non ripetere e riprodurre mondi dimenticati, ma avere memoria di ciò che si è stati per essere effettivamente creativi in un futuro che è ancora tutto da scrivere.

Anche da noi in Uruguay si discute oggi del nuovo profilo del giudice, talvolta riferito a spunti specifici della dogmatica civilista, talvolta a un orizzonte più ampio. Secondo Sarlo, le aperture del sistema universitario, una magistratura con un grado più ampio di protagonismo e l'influsso della globalizzazione, permettono di concludere che i giudici hanno una grande libertà nelle loro decisioni, ma devono disporsi a fornire una adeguata giustificazione⁴³.

Se dopo questo itinerario, mi fosse chiesto un personale parere, valido "*in utroque iure*" ed espresso in brevi parole, suggerirei – come vuole Meccarelli – di fare come l'Ulisse: ricordare Itaca, cioè ricollegarci alle origini. E secondo me, le origini sono rinvenibili in quegli articoli iniziali del Digesto, là dove si fornisce la definizione stessa del diritto.

Il primo passo (Giustiniano, Digesto, Parte Prima, Libro Primo, Titolo I.1.) insegna come la parola diritto, in latino, "ius", deriva da "giustizia" ("iustitia"), poiché, come elegantemente lo definisce Celso, "il diritto è l'arte del buono e del giusto, e per tale motivo alcuni ci chiamano sacerdoti; in effetti noi rendiamo culto alla giustizia e professiamo il sapere del buono e del giusto, separando il giusto dall'ingiusto, discernendo il lecito dall'illecito, anelando a migliorare gli uomini, non solo mediante il timore dei castighi, ma anche attraverso lo stimolo dei premi, dedicati, se non erro, a una vera e non simulata filosofia."

Da un canto, la rinuncia al compito di non rimanere soddisfatti dal testo della legge, ma cercare sempre la giustizia, mi pare sia la negazione della propria essenza giuridica. Ma dall'altro, ritengo che l'essere consapevoli della nostra dignità non può farci dimenticare che non siamo dei, ma uomini mortali e fallibili e che nessuno conosce la verità. La legge fatta dagli organi democraticamente eletti gode in principio della presunzione di trasporre la giustizia, forse meglio di ciascuno di noi. L'equilibrio fra la consapevolezza della nostra dignità e l'umiltà che discende dai nostri limiti, è delicato e instabile. È il "diritto flessibile" di Carbonnier, potremmo dire anche nel nostro caso che è il "diritto sensibile". Perciò sono convinto che il messaggio più diretto per noi, giuristi, è quello contenuto nella relazione dello stesso codice francese articolata dal Portalis. Perché secondo lui, la soluzione – ed, aggiungo io,

⁴³ Sarlo, op. cit. p. 880.

la responsabilità – si trova “in questa classe di uomini che dedica la vita alla scienza del diritto, al vaglio delle leggi, alla raccolta degli usi, delle massime e delle regole, perché ecco quello che garantisce ciò che si è giudicato ieri, si giudicherà domani, è che il giudice non dimentichi che niente è lasciato al suo puro capriccio e volontà”.

Capiremo insomma, come dice il Portalis, che l’abito della scienza e della ragione che abbiamo scelto per vocazione è anche più forte della regola del potere.

Azione di classe e nuove forme risarcitorie*

di Francesco Scaglione

SOMMARIO: 1. Profili di legittimità costituzionale dell'azione di classe. – 2. Azione di classe e danno privato antitrust. – 3. Prova del danno antitrust e tutela degli acquirenti indiretti. – 4. Azione collettiva inibitoria e misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate ex art. 140, 1° comma, lett. b), del codice del consumo.

1. Profili di legittimità costituzionale dell'azione di classe

L'azione di classe è stata introdotta con l'art. 49 della l. 23 luglio 2009 n. 99, che ha mutato radicalmente l'art. 140 *bis* del codice del consumo, mai entrato in vigore sino ad allora.¹

La nuova norma prevede che “i *diritti individuali omogenei* dei consumatori e degli utenti” sono tutelabili con l'azione di classe, ed a tal fine “ciascun componente della classe, anche mediante associazioni cui conferisce mandato o comitati cui partecipa, può agire per l'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni”(comma 1°).

L'azione di classe, quindi, non tutela interessi collettivi dei consumatori, perché, a differenza delle azioni previste dagli artt. 139 e 140 cod. cons., promosse dalle associazioni dei consumatori e degli utenti rappresentative a livello nazionale (inserite nell'elenco di cui all'art. 137 cod. cons.), è esperibile solo dal consumatore individualmente, anche mediante associazioni cui dà mandato o comitati cui partecipa.

In particolare, il singolo consumatore o utente agisce *anche* per conto o nell'interesse della “classe” (*on behalf*), e quindi non solo per la tutela di un diritto *proprio*.

La valutazione circa la reale rappresentatività da parte dell'attore dell'interesse della classe è rimessa all'apprezzamento del giudice, il quale dovrà dichiarare inammissibile la domanda quando il proponente l'azione non appaia in grado di tutelare adeguatamente detto interesse (art. 140 *bis*, comma 6).

* Relazione al Convegno su “*Class action: una prima lettura*” (Agrigento, 12-13 Giugno 2010).

¹ La precedente versione dell'art. 140 *bis* era stata introdotta con la l. 24 dicembre 2007 n. 244, ed era riferita alla diversa “azione collettiva risarcitoria”: su di essa v. F. Rizzo, *Azione collettiva risarcitoria e interessi tutelati*, Napoli, 2008; A. Giussani, *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, Bologna, 2008, p. 224 ss.

Di qui una prima censura di illegittimità costituzionale della norma, atteso che l'art. 24, comma 1° Cost., sancisce che “tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi.”²

Si è osservato, in proposito, che mancherebbe un espresso conferimento del potere di rappresentanza da parte degli interessati (cfr. art. 1387 c.c.), onde l'attore non potrebbe neppure essere considerato un rappresentante processuale dei membri della classe.³

Tuttavia, taluno ha ritenuto che l'atto di adesione all'azione di classe, che i consumatori e utenti devono effettuare ove intendano avvalersi della tutela da essa fornita (c.d. *opt in*: art. 140 *bis*, comma 3), avrebbe natura complessa, essendo idoneo a conferire un mandato con rappresentanza all'attore collettivo e attribuendo all'aderente la qualità di parte del processo solo in senso sostanziale.⁴

Resta però da chiarire, sul piano prettamente civilistico, come un atto unilaterale, come quello di adesione, possa far sorgere un rapporto obbligatorio di natura contrattuale tra il promotore dell'azione collettiva e l'aderente, atteso inoltre che la legge sembra non attribuire ad esso neppure natura recettizia, stabilendo che l'atto di adesione deve essere depositato in cancelleria, nel termine perentorio fissato dal giudice, *anche* a mezzo dell'attore (art. 140 *bis*, commi 3 e 9 lett. b).

Altri hanno qualificato l'adesione come un atto unilaterale *sui generis* diretto a manifestare la volontà del singolo consumatore di inclusione nel gruppo per poter godere delle “agevolazioni” previste dall'art. 140 *bis* (l'interruzione della prescrizione; la liquidazione del danno e la formazione di un titolo esecutivo in assenza di un giudizio individuale).⁵

In ogni caso, il fatto che i consumatori e gli utenti, che intendano avvalersi dell'azione di classe, possano aderirvi *senza ministero di un difensore* (art. 140 *bis*, comma 3), pone un delicato problema di gestione del processo, specialmente nella fase della istruzione probatoria.

In particolare, ci si chiede se chi ha aderito all'azione di classe debba o possa partecipare personalmente all'udienza, come gli saranno comunicati i provvedimenti del giudice oppure se avrà *os ad loquendum* davanti al giudice.⁶

² Cfr. F. Galgano, *Le antiche e le nuove frontiere del danno risarcibile*, in *Contr. e impr.*, 2008, p. 104, seguito da A. Riccio, *La nuova azione di classe: prime riflessioni critiche*, in *Contr. e impr.*, 2010, p. 12; e v. anche A. Riccio, *Commento all'art. 140 bis*, in *Codice del consumo, commentato per articolo con dottrina e giurisprudenza*, a cura di R. Rolli, Piacenza, 2010, p. 784.

³ F. Galgano, *Le antiche e le nuove frontiere del danno risarcibile*, cit., p. 105, nota 73.

⁴ R. Caponi, *Il nuovo volto della class action*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 383 ss. E v. anche M. Scuffi, *Tutela anti-trust del consumatore e azione di classe*, in *Dir. ind.*, 2009, p. 345: “La dichiarazione di adesione ha l'effetto di estendere all'aderente gli effetti della sentenza nell'ambito di giudizio ed è equiparabile ad una sorta di mandato conferito all'ente esponenziale di agire in nome e per conto di questi.

⁵ P. Fiorio, *L'azione di classe nel nuovo art. 140 bis e gli obiettivi di deterrenza e di accesso alla giustizia dei consumatori*, in *www.il caso.it*, n. 172/2009, p. 51 ss.

⁶ Cfr. in proposito T. Galletto, *L'azione di (seconda) classe. (Considerazioni sul novellato art. 140 bis del codice del consumo)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, p. 543.

Secondo l'art. 140 *bis*, comma 11, "con l'ordinanza con cui ammette l'azione il tribunale determina altresì il corso della procedura assicurando, nel rispetto del contraddittorio, l'equa, efficace e sollecita gestione del processo. Con la stessa o con successiva ordinanza, modificabile o revocabile in ogni tempo, il tribunale prescrive le misure atte a evitare indebite ripetizioni o complicazioni nella presentazione di prove o argomenti; *onera le parti della pubblicità ritenuta necessaria a tutela degli aderenti*; regola nel modo che ritiene più opportuno l'istruzione probatoria e disciplina ogni altra questione di rito, omissa ogni formalità non essenziale al contraddittorio."

Dal tenore di questa norma sembra che l'unica cautela per gli aderenti sia la *pubblicità* disposta dal giudice, mentre il processo si svolgerebbe senza la loro partecipazione, violando così l'art. 111 Cost. sul principio del contraddittorio ed il diritto alla difesa degli stessi aderenti.

Non si applicherebbe, inoltre, l'art. 102 c.p.c., sul *litisconsorzio necessario*, secondo cui "Se la decisione non può pronunciarsi che in confronto di più parti, queste debbono agire o essere convenute nello stesso processo. *Se questo è promosso da alcune o contro alcune soltanto di esse, il giudice ordina l'integrazione del contraddittorio.*" È stato rilevato, al riguardo, che "non si vede come, in caso di *class action*, un giudice italiano possa esimersi dall'ordinare l'integrazione del contraddittorio nei confronti di tutti i membri della *class*, implicitamente denunciando l'insufficienza della comparizione del solo *class representative*."⁷

Se si considera, poi, che l'atto di adesione comporta la rinuncia ad ogni azione restitutoria o risarcitoria individuale fondata sul medesimo titolo, si comprende quanto sia importante l'assistenza di un difensore.⁸

2. Azione di classe e danno privato antitrust

Il danno privato antitrust consiste nella lesione patrimoniale che consegue ad una condotta illecita posta in essere da una o più imprese attraverso intese restrittive della concorrenza o abusi di posizione dominante.

Il danno ai soggetti privati si accompagna sempre ad un danno *sociale*, derivante da abusi di *sfruttamento* o da abusi *escludenti*: i primi si configurano quando alcune imprese realizzano un'intesa per ridurre la produzione e, in tal modo, innalzare i prezzi, ovvero quando un'impresa in posizione dominante persegue la medesima strategia; i secondi, invece, si verificano quando un'impresa dominante, tenendo

⁷ F. Galgano, *Le antiche e le nuove frontiere del danno risarcibile*, cit., p. 105, nota 73.

⁸ Cfr. T. Galletto, *o. l. u. citt.*

condotte non fondate sulla c.d. *competition on the merits*, esclude dall'accesso al mercato i suoi rivali o ne impedisce lo sviluppo.⁹

La definizione di danno privato antitrust è il portato della rivoluzione copernicana del sistema del diritto privato del mercato che si è avuta a seguito della sentenza n. 2207 del 4 febbraio 2005 delle Sezioni unite della Cassazione. Con essa, infatti, i giudici di legittimità hanno riconosciuto per la prima volta che la normativa antitrust (l. n. 287/1990) è "la legge dei soggetti del mercato, ovvero di chiunque abbia interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere"⁽¹⁰⁾.

Pertanto, sin dal 2005, è stata riconosciuta la legittimazione ad agire, a favore dei singoli consumatori, per il risarcimento del danno da illeciti antitrust, innanzi alla Corte d'appello competente per territorio ex art. 33 l. 287/1990, chiarendosi in tal modo che la legge antitrust non riguarda solo gli imprenditori, come invece si riteneva in passato.¹¹

L'importante pronuncia trae origine dal provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato con cui è stata irrogata una multa di circa 700 miliardi di vecchie lire nei confronti di quarantadue imprese assicurative operanti nel settore automobilistico, dopo aver verificato l'esistenza tra le stesse di un'intesa anticoncorrenziale, ricavabile dal rifiuto omogeneo ed ingiustificato di vendere disgiuntamente prodotti inerenti a servizi e a rischi differenti (in particolare, polizze contro il furto e l'incendio separatamente dalle polizze R.C. auto)¹² e da un particolareggia-

⁹ Cfr. L. Prosperetti, E. Pani, I. Tomasi, *Il danno antitrust*, Bologna, 2009, p. 20.

¹⁰ Cass., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Foro it.*, 2005, c. 1014 ss., con note di A. Palmieri e R. Pardolesi, *L'antitrust per il benessere (e il risarcimento del danno) dei consumatori* (ivi, c. 1015 ss.) e di E. Scoditti, *L'antitrust dalla parte del consumatore* (ivi, 1018 ss.). La sentenza si può leggere anche in *Corr. giur.*, 2005, p. 1093 ss., con nota di M. Libertini, *Le azioni civili del consumatore contro gli illeciti antitrust*; in *Dir. ind.*, 2005, p. 185 ss., con nota di G. Colangelo, *Antitrust, cartelli e consumatori: l'epilogo dell'affaire RC auto*; in *Danno e resp.*, 2005, p. 495 ss., con note di B. Inzitari, *Abuso da intesa anticoncorrenziale e legittimazione aquiliana del consumatore per lesione alla libertà negoziale* (ivi, p. 498 ss.) e di B. Libonati, *Responsabilità extracontrattuale per violazione di norme antitrust* (ivi, p. 506 ss.); in *Europa e dir. priv.*, 2005, p. 435 ss., con nota di C. Castronovo, *Sezioni più unite che antitrust*; in *Rass. dir. civ.*, 2006, p. 554 ss., con nota di R. Manco, *Spunti per una rilettura sistematica della tutela del consumatore nella disciplina antitrust* (ivi, p. 562 ss.).

La decisione delle Sezioni Unite della Cassazione fa seguito all'ordinanza di rimessione di Cass., 17 ottobre 2003, n. 15538, in *Foro it.*, 2004, I, c. 466, con note di R. Pardolesi, *Cartello e contratti dei consumatori: da Leibniz a Sansone?*, ivi, c. 469 ss.; F. Ferro-Luzzi, *Prolegomeni in tema di mercato concorrenziale e «aurea aequitas» (ovvero delle convergenze parallele)*, ivi, c. 475 ss.; G. Guizzi, *Struttura concorrenziale del mercato e tutela dei consumatori. Una relazione ancora da esplorare*, ivi, c. 479 ss.; nonché in *Riv. dir. comm.*, 2004, II, p. 330 ss., con nota di G. Vettori, *Consumatori e mercato*.

¹¹ In questo senso, v. anche Cass., 13 luglio 2005, n. 14716; Cass., 26 agosto 2005, n. 17398; Cass., 27 ottobre 2005, n. 20923. Tali sentenze si possono leggere in *Giur. comm.*, 2006, II, p. 253 ss., con nota di L. Delli Priscoli, *Equilibrio del mercato ed equilibrio del contratto*, ivi, p. 256 ss.

¹² Secondo l'AGCM questa tipologia di condotta costituiva una fattispecie di pratica concordata.

to scambio di informazioni sensibili circa i vari aspetti dell'attività assicurativa.¹³ In pratica, questo comportamento è sfociato in un aumento generalizzato delle polizze assicurative a danno dei consumatori-clienti delle imprese colluse.¹⁴

La Suprema Corte ha specificato, in proposito, che l'azione risarcitoria, proposta dall'assicurato – ai sensi del 2° comma dell'art. 33 l. n. 287 del 1990 – nei confronti dell'assicuratore che sia stato sottoposto a sanzione dall'Autorità garante per aver partecipato ad un'intesa anticoncorrenziale, tende alla tutela dell'interesse giuridicamente protetto (dalla normativa comunitaria, dalla costituzione e dalla legislazione nazionale) a godere dei benefici della libera competizione commerciale (interesse che può essere direttamente leso da comportamenti anticompetitivi posti in essere a monte dalle imprese), nonché alla riparazione del danno ingiusto, consistente nell'aver pagato un premio di polizza superiore a quello che l'assicurato stesso avrebbe pagato in condizioni di libero mercato.¹⁵

L'art. 140 *bis* cod. cons. costituisce la conferma, a livello normativo, del suddetto *iter* giurisprudenziale, atteso che l'azione di classe tutela anche “i diritti identici al ristoro del pregiudizio derivante agli stessi consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali” (comma 2, lett. c).

Si tratta di un'azione che si affianca a quella individuale, secondo gli auspici espressi dalla Commissione europea nel Libro bianco del 2 aprile 2008 in materia di risarcimento del danno per violazione delle norme comunitarie antitrust.¹⁶

¹³ AGCM, 28 luglio 2000, n. 8546, *RC Log*, in *Boll.* n. 30/2000. In particolare, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha ritenuto che, tramite i servizi della società di consulenza RC Log, la quale trattava i dati commerciali del mercato di riferimento, le società assicurative (costituenti oltre l'80% di quelle operanti in Italia nel settore automobili) avevano creato un sistema istituzionalizzato di scambio di dati sensibili (tariffe, sconti, incassi, sinistri, condizioni contrattuali, costi di gestione e previsioni sull'evoluzione del mercato) allo scopo di prevedere il comportamento dei concorrenti.

La decisione dell'Autorità è stata confermata dal TAR del Lazio (sentenza 5 luglio 2001 n. 6139) e dal Consiglio di Stato (sentenza 2199/2002). Il caso è esaminato dettagliatamente da M. Motta, M. Polo, *Antitrust. Economia e politica della concorrenza*, Bologna, 2005, p. 335 ss. In senso analogo, cfr. AGCM, 30 settembre 2004, *Ras-Generali/Iama consulting*, in *Boll.* n. 40/2004; *contra*, v. invece AGCM, 10 giugno 2004, *Philip Morris Italia/Rivendita di tabacchi*, in *Boll.* n. 36/2004.

¹⁴ Le tariffe assicurative erano state liberalizzate, con D. Lgs. 17 marzo 1995, n. 175 (in esecuzione di una direttiva CE), allo scopo di introdurre la concorrenza nel settore e ottenere così una riduzione delle stesse. Invece, nel periodo giugno 1994-gennaio 2000, i premi assicurativi aumentarono del 96,55% (§ 70 provv. n. 8546/2000, cit.).

¹⁵ Cass., 2 febbraio 2007, n. 2305, in *Foro it.*, 2007, I, c. 1097 ss., con nota di R. Pardolesi, *Il danno antitrust in cerca di disciplina (e di identità?)*; essa si può leggere anche in *Danno e resp.*, 2007, p. 755 ss., con nota di G. Afferni, *Il risarcimento del danno per violazione del diritto antitrust italiano: nesso di causalità e prova del danno* (p. 764 ss.) e di M. Carpagnano, *Una pietra sopra. Commento alla sentenza della Corte di Cassazione n. 2305/07 in tema di private enforcement* (p. 769 ss.), ed in *Corr. giur.*, 2007, p. 641 ss., con nota di S. Bastianon, *Tutela risarcitoria antitrust, nesso causale e danni "lungolatenenti"* (p. 648 ss.).

¹⁶ *Libro Bianco della Commissione europea in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*, COM (2008) 165, del 2 aprile 2008.

In particolare, accanto al modello delle azioni rappresentative intentate da soggetti qualificati, come le associazioni dei consumatori (v. l'art. 140 cod. cons. per l'azione inibitoria collettiva), il Libro bianco ha suggerito, quale azione *complementare*, l'introduzione di *azioni collettive con modalità opt-in*, nelle quali le vittime decidono *espressamente* di aggregare in una sola azione le proprie richieste individuali di risarcimento del danno subito.

Peraltro, il problema principale che si pone all'interprete è stabilire quando sussista il presupposto oggettivo dell'azione di classe (pena la inammissibilità della domanda), vale a dire *identità* di diritti dei danneggiati da pratiche scorrette e comportamenti anticoncorrenziali; ciò dipende dalla individuazione di una comunanza ai consumatori e utenti delle questioni di fatto e di diritto dibattute in lite (*commonality*).

Infatti, affinché i partecipanti all'azione abbiano *diritti identici al ristoro del pregiudizio* subito, è necessario che il danno antitrust abbia caratteristiche sufficientemente omogenee, tali da prevalere su eventuali differenze nelle situazioni individuali, in modo che le pretese risarcitorie siano quasi sovrapponibili.

Ciò significa essenzialmente che il *nesso causale* deve essere dimostrabile nei confronti della classe nel suo complesso, come avviene nei casi di illeciti antitrust plurioffensivi.¹⁷

Gli economisti, d'altra parte, rilevano che l'esistenza di una dispersione dei prezzi non implica necessariamente assenza di omogeneità delle situazioni soggettive dei partecipanti alla classe, tutte le volte in cui essa sia spiegata in base ad elementi comuni ad essi, come sconti-volume o altre pratiche commerciali.

La dimostrazione del nesso causale tra condotta imprenditoriale ed evento dannoso, come vedremo, è uno dei banchi di prova più difficili delle azioni risarcitorie in materia antitrust.

3. Prova del danno antitrust e tutela degli acquirenti indiretti

Le azioni risarcitorie, sia individuali che di classe, possono essere fondate su un'illecita distorsione della concorrenza già accertata dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato o dalla Commissione europea, seguendo in tal modo il provvedimento amministrativo emesso in sede di *public enforcement* del diritto antitrust (c.d. azioni *follow-on*); oppure possono essere iniziate in assenza di un precedente accertamento da parte dell'Autorità amministrativa (c.d. azioni *stand-alone*).

Sul piano della prova dell'illecito, le azioni *follow-on* si presentano senza dubbio più praticabili di quelle *stand-alone*, atteso che i consumatori danneggiati possono avvalersi delle risultanze istruttorie acquisite nella sede amministrativa.

¹⁷ Cfr. M. Scuffi, *Tutela antitrust del consumatore e azione di classe*, cit., p. 345; L. Prosperetti, E. Pani, I. Tomasi, *Il danno antitrust*, cit., pp. 217-218.

Infatti, i provvedimenti amministrativi con cui si accertino violazioni della normativa antitrust, che precedano l'instaurazione del processo civile, concorrono a formare il convincimento del giudice ordinario chiamato a pronunciarsi sui medesimi fatti sui quali si è espressa l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, dovendosi ritenere che il provvedimento stesso costituisca prova dell'esistenza dell'illecito antitrust;¹⁸ fermo restando il disposto dell'art. 116, 1° comma, c.p.c., secondo cui "Il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento, salvo che la legge disponga altrimenti."

D'altro canto, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato è l'organo istituzionalmente deputato ad emettere valutazioni tecnico-discrezionali in ordine alla compatibilità o meno dei comportamenti imprenditoriali con i principi di libertà di concorrenza¹⁹.

¹⁸ Cfr. App. Napoli, 12 luglio 2007, in *Danno e resp.*, 2008, p. 115 ss. (con commento di G. Romagnoli, *Rilevanza «esterna» dell'accertamento delle intese assicurative da parte dell'autorità garante per la concorrenza ed il mercato*), secondo cui "La prova del nesso eziologico tra illecito concorrenziale e danno, per cui è richiesto il risarcimento, può essere assolta tramite la produzione dei documenti relativi agli accertamenti svolti dall'Autorità relativamente agli obbiettivi perseguiti dalle imprese sanzionate ed all'impatto dell'intesa sulla determinazione dei premi."; Cass., 13 febbraio 2009, n. 3640, in *Rep. Foro it.*, 2009, *Concorrenza*, n. 59: "Nel giudizio instaurato, ai sensi dell'art. 33, 2° comma, l. n. 287 del 1990, per il risarcimento dei danni derivanti da intese restrittive della libertà di concorrenza, pratiche concordate o abuso di posizione dominante, sebbene le conclusioni assunte dall'autorità garante per la concorrenza ed il mercato, nonché le decisioni del giudice amministrativo che eventualmente abbiano confermato o riformato quelle decisioni, costituiscono una *prova privilegiata*, in relazione alla sussistenza del comportamento accertato o della posizione rivestita sul mercato e del suo eventuale abuso, ciò non esclude che sia possibile per le parti offrire prove a sostegno di tale accertamento o ad esso contrarie."

¹⁹ Cfr. M. Libertini, *Il ruolo del giudice nell'applicazione delle norme antitrust*, in *Giur. comm.*, 1998, I, pp. 659-660. Secondo la tesi più radicale, facente capo a G. Oppo, *Costituzione e diritto privato nella tutela della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, II, p. 543 ss., i poteri dell'autorità giudiziaria varrebbero unicamente ad integrare quelli dell'AGCM, in modo che il giudice ordinario potrebbe intervenire solo in via consequenziale al provvedimento amministrativo.

Diversa è l'ipotesi del c.d. *multiple enforcement*, derivante dalla coesistenza di più istruttorie aperte sulla stessa condotta anticoncorrenziale da parte di più di una autorità nazionale garante della concorrenza e del mercato ovvero in cui siano pendenti più processi in una o più giurisdizioni, nello stesso momento o in diversi momenti. Ciò soprattutto alla luce del fatto che gli artt. 101, § 1, e 102 TFUE sono applicabili tanto dai giudici che dalle autorità nazionali. Cfr. art. 3 del Regolamento CE n. 1/2003: «Quando le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri o le giurisdizioni nazionali applicano la legislazione nazionale in materia di concorrenza ad accordi, decisioni di associazioni di imprese o pratiche concordate ai sensi dell'art. 81, paragrafo 1, del Trattato (ora art. 101 TFUE) che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri ai sensi di detta disposizione, esse applicano anche l'art. 81 del Trattato a siffatti accordi, decisioni o pratiche concordate. Quando le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri o le giurisdizioni nazionali applicano la legislazione nazionale in materia di concorrenza agli sfruttamenti abusivi vietati dall'art. 82 del Trattato (ora art. 102 TFUE), esse applicano anche l'art. 82 del Trattato». Nel caso di due procedimenti giudiziari in due Stati membri in ordine alla medesima fattispecie, la parte può invocare la litispendenza sulla base dell'art. 27 del Regolamento n. 44/2001 del Consiglio del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e

Deriva una conseguenza pratica assai importante, giacché nel giudizio civile risarcitorio il consumatore potrà provare l'esistenza del nesso di causalità tra la condotta anticoncorrenziale dell'impresa ed il danno subito, semplicemente allegando il provvedimento amministrativo dell'AGCM che accerti la violazione della normativa antitrust da parte del soggetto imprenditoriale.

In tal senso, è senz'altro da censurare la sentenza della Corte d'Appello di Napoli, adita da un consumatore a seguito del riconoscimento da parte delle Sezioni Unite della Cassazione della legittimazione ad agire per il risarcimento del danno derivante da illeciti antitrust²⁰, secondo cui «Il comportamento anticoncorrenziale accertato e sanzionato dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato con il provvedimento n. 8546 del 2000 non comporta *ex se* l'affermazione di responsabilità delle compagnie di assicurazione in ordine al lamentato incremento dei premi di polizza, *dovendosi accertare l'incidenza causale* del comportamento medesimo nella produzione del danno».²¹

Pertanto, non ha fondamento l'osservazione della Corte di merito, la quale ha respinto la domanda risarcitoria, circa il fatto che «*non può ritenersi che la partecipazione della società convenuta all'intesa sanzionata sia stata causa immediata e diretta dell'incremento del premio assicurativo corrisposto dall'attore*».

Lo scopo di un'intesa sui prezzi, infatti, è *esclusivamente* quello di imporre ai consumatori un rialzo degli stessi nei contratti con i quali l'intesa riceve concreta esecuzione.

Ciò, del resto, emerge dalla stessa istruttoria condotta dalla Autorità garante che ha accertato, sulla base di precise prove documentali (delle quali, tra l'altro, ben difficilmente il consumatore potrebbe venire in possesso, se non tramite un ordine giudiziale di esibizione delle stesse, ai sensi degli artt. 210 ss. c.p.c.), il legame causale tra l'intesa ed il rialzo delle tariffe assicurative, privo, tra l'altro, di qualsiasi giustificazione tecnica.²²

In questa prospettiva ci sembra ragionevole, almeno *de iure condendo*, l'indirizzo manifestato dalla Commissione europea nel Libro bianco del 2008, secondo cui la

commerciale. Ai sensi di tale articolo, in linea di principio, una volta che un contenzioso è stato instaurato davanti ai giudici di uno Stato membro non sarà possibile presentare lo stesso ricorso contro gli stessi soggetti in altri Stati membri. Cfr. E. Guerri, *L'applicazione del diritto antitrust in Italia dopo il Regolamento CE n. 1/2003*, Torino, 2005, p. 40 ss.

²⁰ Cass, sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, cit.

²¹ App. Napoli, 9 febbraio 2006, n. 374, in *Danno e resp.*, 2006, p. 1133, con commento di S. Bastianon, *Tutela antitrust del consumatore finale*.

²² Cfr. AGCM, 28 luglio 2000, n. 8546, cit., punti 167, 257, 258, 263. E v. S. Bastianon, *Tutela antitrust del consumatore finale*, cit., p. 1138, secondo il quale «A ben vedere, quindi, il problema non si pone in termini di esistenza/assenza del nesso causale tra la condotta a monte ed il danno subito dal consumatore finale, bensì di riparto del nesso causale tra i vari fattori concorrenti nella causazione dell'evento dannoso».

decisione dell'autorità amministrativa dovrebbe essere addirittura *vincolante* per il giudice civile, quale "*prova inconfutabile*" dell'infrazione nella causa risarcitoria.²³

Per quanto riguarda la questione dell'onere della prova circa l'elemento soggettivo dell'illecito, dovrebbe valere la *presunzione di colpa dell'impresa* che imponga ai consumatori condizioni inique sulla base di una posizione di sostanziale monopolio ovvero attraverso un'intesa con i potenziali concorrenti, attraverso un'applicazione analogica dell'art. 2600, 3° comma c.c.²⁴

Lo studio realizzato per conto della Commissione europea allegato al Libro verde sulle azioni di risarcimento danni per violazione degli artt. 81 e 82 TCE (ora 101 e 102 TFUE)²⁵ individua varie categorie di vittime dell'illecito antitrust: a) i clienti diretti delle imprese partecipanti al cartello; b) gli acquirenti indiretti, che hanno acquistato il bene dai clienti delle imprese colluse, nella misura in cui questi ultimi abbiano traslato a valle l'aumento di prezzo; c) i clienti di imprese concorrenti non facenti parte del cartello le quali, forti della protezione derivante dal c.d. *umbrella effect*, hanno a loro volta innalzato il prezzo dei propri beni allineandoli al prezzo di cartello; d) i clienti che, non essendo disposti a pagare il prezzo fissato dal cartello hanno dovuto rivolgersi ad altri beni.

Gli acquirenti indiretti, quindi, sono acquirenti che non hanno avuto alcun rapporto commerciale diretto con l'autore dell'infrazione, ma che possono tuttavia aver subito un considerevole danno perché su di loro è stato trasferito, lungo la catena di distribuzione, un sovrapprezzo (*overcharge*) illegale.

In Italia ed in Europa è ammessa sia la *offensive passing-on*, cioè la legittimazione attiva all'azione risarcitoria da parte degli acquirenti indiretti, sia la *defensive passing-on*, vale a dire la possibilità dell'impresa convenuta in giudizio di eccepire che l'attore ha già traslato il danno subito e dunque difetta di legittimazione attiva.²⁶

Tuttavia, è necessario considerare che spesso risulta assai difficile per gli acquirenti indiretti provare in che misura si è patito un danno, atteso che di regola la filiera

²³ *Libro Bianco della Commissione europea in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*, cit., § 2.3.

²⁴ In questo senso, v. M. Scuffi, *Tutela antitrust del consumatore e azione di classe*, cit., p. 349. Del resto, la presunzione di colpa è solo un espediente per una lettura tradizionale dell'art. 2043 c.c.: in tal senso, v. M. Franzoni, *L'illecito*, 2a ed., in *Trattato della responsabilità civile* diretto da M. Franzoni, I, Milano, 2010, p. 345; Id., *Il danno risarcibile*, 2a ed., in *Trattato della responsabilità civile* diretto da M. Franzoni, II, Milano, 2010, p. 772: «Quando il giudice decide sulla base di una presunzione legale, e condanna colui che non ha fornito la prova contraria, è come se ripetesse la motivazione equitativa che ha spinto il legislatore a rendere più sicura la protezione di un interesse, e più agevole la sua difesa, attraverso la creazione di una finzione».

²⁵ *Libro Verde della Commissione europea in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione di norme antitrust*, COM (2005), 672.

²⁶ App. Torino, 6 luglio 2000, in *Danno e resp.*, 2001, p. 46 ss.; App. Cagliari, 23 gennaio 1999, in *Giur. it.*, 2000, p. 143 ss. Viceversa, negli Stati Uniti d'America la legittimazione attiva spetta solo agli acquirenti diretti: cfr. *amplius*, L. Prosperetti, E. Pani, I. Tomasi, *Il danno antitrust*, cit., p. 52 ss.

produttiva è lunga e complessa, ed è quindi necessario stabilire come il danno si distribuisca su ciascun pezzo della catena; in tal senso il danno da sovrapprezzo è di difficile accertamento tutte le volte in cui sia distribuito tra una miriade di soggetti, col rischio che l'impresa, già condannata al risarcimento nei confronti dell'intermediario, alla fine venga penalizzata ben al di là delle sue colpe.²⁷

Inoltre, anche l'imprenditore intermediario, che cerchi di traslare sui suoi clienti il sovrapprezzo, subisce un danno diretto consistente nella mancata espansione della propria quota di mercato a seguito dell'incremento di prezzo imposto dall'impresa in posizione dominante.

L'art. 140 *bis*, comma 12, stabilisce che, in caso di accoglimento della domanda, il tribunale pronunci sentenza di condanna con la quale liquida, ai sensi dell'art. 1226 cod. civ., le somme definitive dovute a coloro che hanno aderito all'azione o stabilisce il criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione di dette somme.

La liquidazione equitativa del danno bene si attaglia alla materia antitrust ove la determinazione dell'entità del danno risarcibile è inevitabilmente legata ad un giudizio prognostico, da effettuare sulla base di uno fra i numerosi modelli economici a disposizione dell'interprete.²⁸

4. Azione collettiva inibitoria e misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate ex art. 140, 1° comma, lett. b), del codice del consumo

L'azione inibitoria prevista dall'art. 140 cod. cons., a differenza dell'azione di classe, tutela un *interesse collettivo* distinto dall'*interesse individuale* dei singoli consumatori lesi dalla violazione e proprio dell'ente esponenziale, né determina alcuna sostituzione processuale (art. 81 c.p.c.), trattandosi di esercizio «*iure proprio*» in vista dei fini istituzionali dell'ente medesimo, di protezione dell'interesse della categoria.²⁹

I rapporti tra azione di classe ed azione inibitoria collettiva vanno però approfonditi alla luce di una recente giurisprudenza di merito che, applicando l'art. 140, 1°

²⁷ Cfr. L. Nivarra, *La tutela civile: profili sostanziali*, in *Diritto antitrust italiano*, a cura di A. Frignani, R. Pardolesi, A. Patroni Griffi, L. C. Ubertazzi, Bologna, 1993, vol. II, p. 1452 ss.,

²⁸ Cfr. R. Pardolesi, *Il danno antitrust in cerca di disciplina (e di identità?)*, cit. In ordine alla determinazione del *quantum* del danno risarcibile, i metodi economici elaborati sono riconducibili a quello di matrice tedesca dell'*Als ob* (raffronto tra la situazione patrimoniale del danneggiato susseguente all'illecito antitrust e quella che si sarebbe determinata in sua assenza) e a quelli di matrice americana della *Before and after theory* (confronto tra i profitti realizzati dall'impresa prima e dopo l'illecito) e della *Yardstick theory* (confronto tra i profitti realizzati dall'impresa dopo l'illecito con quelli di un'altra impresa con analoghe caratteristiche, ma che non ha posto in essere condotte anticompetitive): cfr. M. Scuffi, *op. ult. cit.*, p. 351; L. Prosperetti, E. Pani, I. Tomasi, *Il danno antitrust*, cit., p. 119 ss.

²⁹ Così, assai chiaramente, M. Scuffi, *op. ult. cit.*, p. 344.

comma, lett. b), cod. cons., ha disposto misure idonee ad eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate.

Si tratta di pronunce anteriori all'entrata in vigore della norma sull'azione di classe, ma che si prestano ad essere lette in chiave di utile "alternativa" alla tutela risarcitoria per equivalente.

In particolare, nel caso deciso dal Tribunale di Torino con sentenza del 20 novembre 2006, la società telefonica convenuta, citata in giudizio dall'Associazione Movimento Consumatori ex art. 3 l. 281 del 1998 (ora v. art. 140 cod. cons.), aveva promosso una massiccia campagna pubblicitaria diffusa su quotidiani e periodici nazionali, contenente informazioni decettive per il pubblico degli utenti (vale a dire la possibilità, garantita ai nuovi abbonati, di pagare il traffico telefonico senza più dover sottostare al pagamento del canone fisso, imposto invece dal gestore telefonico ex monopolista).

Il Tribunale accolse la domanda volta ad accertare il comportamento sleale della società convenuta *sub specie* di pubblicità ingannevole, ordinando ad essa di inviare a tutti i suoi clienti una lettera recante l'informativa del fatto che costoro, previa apposita domanda, avevano diritto: a) al recesso dal contratto avente ad oggetto il servizio telefonico; b) alla *restituzione* da parte della società stessa di tutti i canoni già pagati al gestore telefonico ex monopolista, a far data dalla sottoscrizione del contratto.³⁰

In un altro caso più recente, il Tribunale di Roma, con ordinanza del 30 aprile 2008, in esito ad un'azione proposta dall'Associazione Movimento Consumatori in via d'urgenza ex art. 140 cod. cons., ha ordinato a Sky Italia di *riaccreditare* in unica soluzione, in occasione della prima fattura successiva alla sua pubblicazione, in favore di tutti gli abbonati in data antecedente al 1° gennaio 2008, cui sino a quel momento era stato addebitato un costo aggiuntivo rispetto a quello previsto contrattualmente per la spedizione delle riviste *Sky Magazine* o *Sky Life*, l'intera somma percepita, oltre gli interessi legali dalle date di ogni addebito.³¹

Queste misure a carattere restitutorio, dirette al ripristino dello *status quo ante*, sembrano in realtà svolgere, piuttosto che una funzione complementare alla tutela risarcitoria, una funzione per certi versi alternativa al risarcimento per equivalente ottenibile con l'azione di classe.

³⁰ Trib. Torino, 20 novembre 2006, in *Danno e resp.*, 2007, p. 1139 ss., con commento di R. Conti e G. Rizzo, *Inibitoria collettiva in danno del gestore di telefonia: all'orizzonte le class actions*. Nello stesso senso, v. Trib. Roma, 23 maggio 2008, in *Resp. civ.*, 2009, p. 209 ss., con nota di F. Toschi Vespasiani, *L'azione inibitoria ex art. 140 codice del consumo ed i contratti con operatori di telefonia, reti televisive e comunicazione elettronica*, ed in *Giur. it.*, 2008, p. 2752 ss., con nota di P. Fiorio, *Le azioni a tutela degli interessi collettivi dei consumatori di cui all'art. 140 cod. cons. (con una digressione sull'azione collettiva risarcitoria prevista all'art. 140 bis)*.

³¹ Trib. Roma, 30 aprile 2008, in *Giur. it.*, 2008, p. 2800, con nota di A. D. De Santis, *Questioni in tema di tutela inibitoria collettiva, misure "ripristinatorie" e reintegrazione patrimoniale in favore dei consumatori*.

Inoltre, se è vero che, in linea generale, gli effetti del giudicato inibitorio collettivo sono limitati alle parti del giudizio, nel pieno rispetto dell'art. 2909 cod. civ., è pur vero, tuttavia, che l'ordinanza cautelare, la quale, per giusti motivi d'urgenza, impone all'impresa soccombente la restituzione di somme di denaro ai singoli consumatori o utenti formalmente *estranei* al processo, pone la questione della possibile estensione del giudicato favorevole ai singoli, in applicazione diretta dell'art. 1306 cod. civ.³², o argomentando dall'art. 1411 cod. civ., oppure secondo una prospettiva più ampia di efficacia *ultra partes* del giudicato *secundum eventum litis*.³³

³² Art. 1306 cod. civ.: "La sentenza pronunciata tra il creditore e uno dei debitori in solido, o tra il debitore e uno dei creditori in solido, non ha effetto contro gli altri debitori o contro gli altri creditori. Gli altri debitori possono opporla al creditore, salvo che sia fondata sopra ragioni personali al condebitore; gli altri creditori possono farla valere contro il debitore, salve le eccezioni personali che questi può opporre a ciascuno di essi."

³³ Cfr. G. De Nova, *Le clausole vessatorie*, Milano, 1996, p. 48; M. Libertini, *Prime riflessioni sull'azione inibitoria dell'uso di clausole vessatorie*, in *Contr. e impr. Europa*, 1997, p. 567.

Recensione a Giovanni Panzarini – Il diritto naturale quale fonte del diritto. Il realismo-razionalismo giuridico, illuministico, principio ed approdo del giusnaturalismo

di Emilio Girino

Nell'accostarci a questo eminente studio di Giovanni Panzarini, ci vediamo costretti a spogliarci di quelle pur sane abitudini nominalistiche alle quali la categorizzazione giuridica e filosofica ci ha reso avvezzi. Abitudini sane perché necessarie a dar forma all'oggetto del sapere e dell'indagare, ma non necessariamente risolutive delle più riposte connessioni capaci di – per usare un termine caro all'Autore – *complettere* i distinguo classificatori in un *unicum* di più ampio orizzonte.

Siffatte abitudini, nella materia trattata nel saggio, hanno per la verità condotto, nei secoli, alla costruzione di due “monadi” giuridiche all'apparenza impenetrabili: il diritto naturale e il diritto positivo. Il primo quale espressione di una soluzione di organizzazione sociale (più spesso ridottasi all'esasperazione di un bisogno perennemente insoddisfatto) basata sul riconoscimento di istanze primarie appunto connaturate all'uomo e al suo *agere* in comunità; il secondo quale momento di superimposizione di regole (*ius in civitate positum*) ad opera del *princeps*. Per quanto da Grozio a Fichte, passando per Kant e Rousseau, l'affermazione del giusnaturalismo sia stata sostenuta con il proposito di far sì che il diritto positivo riconoscesse in quello naturale il proprio modello ispiratore e il proprio criterio costruttivo, è indubbio che il persistente iato fra ciò che il diritto naturale suggerisce e ciò che il legislatore positivo determina ci abbia in definitiva abituato a considerare le due fonti come solidamente distinte, quando non in aperto conflitto.

L'opera di Panzarini ripropietta invece quell'apparente dicotomia in una diversa prospettiva, riuscendo a dimostrare – attraverso un monumentale sforzo ricostruttivo storico, filosofico e giuridico – come in realtà le istanze formalmente deluse dei pensatori dianzi menzionati possano invece rileggersi come una pura constatazione di quanto concretamente già accaduto in seno alle società civili. Sintomatica di questa corretta rilettura del fenomeno, di per sé atta a congedare la presunta scissione delle fonti, è l'azzeccata citazione dei prolegomeni di Grozio, là dove questi afferma che il diritto naturale sussisterebbe indipendentemente dall'esistenza di Dio (*etiam si deus daretur, etiam si deus non daretur*) e Dio stesso non potrebbe modificarlo.

La – perdonandoci l'allitterazione concettuale – naturale prepotenza del diritto naturale e la sua capacità di (sovra)imporsi al diritto positivo risiede propriamente in questo principio di assoluta autonomia delle regole naturalistiche in quanto immanenti all'essere umano a prescindere dal suo (teorico) creatore. Lungo questo tracciato, che l'Autore conduce con abilità e vezzo quasi romanzistico, il saggio individua come siffatta naturale prepotenza si sia progressivamente imposta sino a dapprima contagiare e poi sempre più compiutamente plasmare lo *ius in civitate positum*, per infine toccare il culmine in alcune, fra le più evolute, carte costituzionali moderne.

Ma in che modo il diritto naturale si fa breccia in quello positivo sino a contrastarlo all'inizio, orientarlo in prosieguo e sedurlo in fine? Il prezioso e delicato alambicco di una simile alchimia viene precisamente scorto dall'Autore nel principio di equità. L'*aequitas* intesa, tuttavia, non già come un semplice arnese surrettizio per colmare le lacune della positività giuridica bensì come una sorta di principio informatore dello stesso processo interpretativo del diritto vigente.

L'equità, nella sua originaria e – oserei dire – etimologica accezione consiste primariamente nell'assicurare per l'appunto un equo, ossia eguale, trattamento ai membri di un medesimo contesto sociale. È il principio dell'isonomia di Solone (inventore ante litteram dell'*exequatur* arbitrare e abrogatore della servitù per debiti), che, nella sua apparente semplicità, testimonia tuttavia una radicale inversione nel criterio applicativo della norma e insieme, il superamento anticipato di uno di quelli che saranno poi i cardini della stessa filosofia aristotelica. Sappiamo bene che quest'ultima, riconoscendo una preminente forza plasmante alla natura, perveniva a conclusioni molto “naturalistiche” ma poco “naturali”, prima fra tutte la giustificazione della schiavitù in ragione della ritenuta incapacità dello schiavo di provvedere a se stesso, data la minor dotazione di cui la natura lo avrebbe gratificato.

Questo snodo, che attende il Lettore nel 14° paragrafo del saggio, diventa di cruciale importanza nell'articolazione del discorso. Per la verità, alludendo alla natura, sarebbe agevole concludere, così come fece l'illustre Stagirita, nel senso di ritenere naturali e dunque, pur e proprio in un'ottica di “giusnaturalismo assoluto”, giuridicamente accettabili tutti quei comportamenti discriminatori o sopraffattori che la natura stessa insegna nel suo quotidiano evolversi. Si potrebbe cioè realisticamente (e, a dir il vero, neppure illogicamente) supporre che la volgarmente nota legge del più forte, in quanto conseguenza di una fisicità naturale, sia destinata a prevalere.

Ma è proprio questo il punto. Senza tema di porsi anche contro il mostro sacro aristotelico, l'Autore ci dimostra come il diritto naturale non sia affatto la replica dello stato naturale degli esseri. Se così fosse, in effetti, così come molti credono che sia, la stessa dicotomia nominalistica fra *ius naturale* e *ius positum* non avrebbe senso

alcuno, né avrebbe senso lo sforzo dell'uno di plasmare il secondo perché in realtà quest'ultimo ne sarebbe già la copia perfetta, in quanto espressione di una minoranza dominante impostasi con la forza, militare o politica, in seno ad una società.

In realtà, la naturalità del diritto, per come declinata dall'equità quale principio applicativo suo proprio, si pone esattamente all'opposto della visione naturalistica primordiale e vale ad imporsi quale criterio accettato in quanto condiviso dalla ragione. Si badi che in tale lettura, sposata da Panzarini con acribia ed entusiasmo, non è rinvenibile alcun declino "buonistico" nel senso deteriore del termine (ossia l'unico che questo termine possieda). Le motivazioni sono molto più fredde, molto più gelide, molto più, a voler esser franchi, utilitaristiche. Il diritto naturale non professa l'eguaglianza di condizioni per *pietas*, bensì per *utilitas*. Nuovamente la citazione solonica soccorre, rammentandoci che "chi ha tutto quel che vuole in forza della propria libertà, deve pur sopportare ogni cosa da parte degli altri, che a causa della loro libertà fanno anch'essi quello che vogliono". Il principio insito in tale asserzione aggetta le vere fondamenta dello *ius naturale* in una prospettiva, direi, ancor più naturale in quanto ancor più radicata nell'umana natura. In altri termini, se l'essere umano, spinto e avvinto dal suo bisogno di sopravvivere, deve porre in essere una serie di atti volti a migliorare la qualità del suo esistere, il presupposto perché ciò avvenga è che egli sia innanzitutto libero di compiere quegli atti. Ma allora è gioco forza ammettere che anche gli altri suoi simili possano disporre di eguale libertà perché se gli altri non l'avessero o non la volessero a lui stesso sarebbe precluso averla.

Non a caso il principio di libertà umana costituisce il caposaldo del diritto naturale e, non a caso, nella lotta con il diritto positivo imposto dalla società vincente quello della libertà è il primo diritto ampiamente sacrificato. Ed è dal diritto alla libertà, intesa come ricorda Panzarini citando Althusius, quale *potestas sui ipsius*, che derivano, a cascata, ulteriori e fondamentali istituti del diritto naturale, quali il diritto alla dignità, al pudore, alla riservatezza, all'integrità personale e quindi, nel seguito, alla stessa proprietà sui beni intesa come accettato riconoscimento di un diritto alla conservazione dell'acquisito senza dover perpetuare uno stato bellico permanente.

Ma, allora, tanto equivale a riconoscere che il vero fondamento del diritto naturale consiste nella razionalità con cui l'uomo guida e valuta il suo comportamento. Razionalità pura, non *pietas* buonistica, puro senso di logico pragmatismo e di, se vogliamo, pur spicciolo utilitarismo. In effetti, l'ineguagliato merito delle teorizzazioni del giusnaturalismo risiede propriamente in ciò, ossia nella cosciente e razionale constatazione che solo un'eguale e simmetrica distribuzione di diritti può, ad ogni effetto, garantirne il godimento da parte di ciascuna. Volente o nolente l'essere umano non può che accettare questa proposizione e farla sua al di là di ogni credo, confessione o passione.

Il diritto naturale cessa con ciò di identificarsi vuoi nell'ingessatura del determinismo aristotelico, vuoi nella concezione naturalistica della legge del predominio, vuoi nella stessa rassegnata e pur aulica visione di ingratitude cosmica leopardiana. Men che mai in un dettame di origine trascendente e religiosa. Il vero pregio del giusnaturalismo e del diritto naturale consiste propriamente nel definitivo affrancamento del diritto dal sacro e dalla transitiva sacralità del potere politico.

Tutto ciò induce a ritenere che il c.d. stato naturale si ponga come un modello innato e antecedente a qualsiasi tipo di istituzione e organizzazione: esso simula, nella sua costruzione teorica, quello stato perfetto nel quale, in assenza di regole centralizzate, gli uomini realizzerrebbero se stessi riconoscendosi vicendevolmente (e utilitaristicamente) quegli stessi diritti che la finitudine umana impone di riconoscere. Che tanto non possa realizzarsi autonomamente, in quanto la componente "naturalistica" può indurre alla violenza accaparratrice, è il motivo per cui gli uomini siglano il contratto sociale delegando uno o più *principes* ad assicurare lo stato di libertà, ma questo non significa che i *principes* possano discostarsi dalle regole del diritto naturale ed anzi implica la piena *compliance* dei legislatori e dei governanti a quelle stesse regole naturali. Naturali e di ragione in quanto, ripetesi, frutto del sacrificio ma ineluttabile calcolo che induce l'umano a riconoscere una necessaria limitazione del suo *agere*. È questo ciò che permette (o dovrebbe permettere) di rileggere la versione assolutistica e ricattatoria dello stato di Hobbes nella chiave di un consenso condiviso, fra principi e sudditi, sposata da Locke che vede, per l'appunto, nello stato una riproduzione della conduzione naturale garantita a monte dalla legge equa cui pure i principi si sottomettono.

Corre alla mente la celebre frase di un dandy scomodo e indimenticato, Curzio Malaparte, secondo il quale "la libertà è un fatto dell'intelligenza: ed è quella che dipende da questa, non l'intelligenza dalla libertà". In ciò il diritto naturale rivela, se è consentito, la sua vera matrice laica e individualista, dunque, appunto, dettata dalla logica dell'utile. Il diritto naturale non protegge affatto la società in sé, bensì i singoli individui, rivelandosi nulla più che la razionale proiezione di bisogni individuali che accettano quelli altrui solo per non essere essi stessi cancellati. In ciò il diritto naturale rivela sua immanenza all'essere umano. Si rammentino le brucianti parole di Russell che, in *Autorità e Individuo*, rifiuta sdegnosamente l'equiparazione dello stato ad un organismo, osservando come se io mi rompo un piede il mio cervello avverte dolore, mentre il governo centrale di Londra nulla avverte se una tempesta distrugge il campo di un contadino di una contea settentrionale, mandandolo in rovina. Il diritto naturale, invece, per sua natura è un diritto pro-manante dallo stesso umano organismo individuale, dalla riscrittura logica e razionale dei suoi, personali bisogni e dalla conseguente rilettura di quelli eguali e contrari del proprio simile.

Per una immediata proiezione di siffatto sentire razionale (e utilitaristico) quale *humus* del diritto e per la riaffermazione del principio di sostanziale immodificabilità del diritto naturale, Panzarini plasma un esempio assolutamente incontrovertibile. Scrive l'Autore:

“occorre soffermarsi sull'uso delle parole “natura”, “naturalis ratio” e “rerum natura” quando nel diritto romano venivano riferite vuoi al contratto in generale vuoi ai singoli contratti nominati o innominati. Presso i giuristi dell'età classica si trovano infatti le espressioni “natura contractus” e “naturalis ratio” (del “contractus”, le quali stavano anche ad indicare l'immodificabilità della struttura basica, soprattutto economica, del contratto in generale e dei singoli contratti. Immodificabilità che non era superabile neppure dal potere del Senato romano in qualità di supremo legislatore, come con sicura “baldanza” ma con acuta attenzione alle realtà effettuali si era espresso Gaio mediante un linguaggio più da sociologo che da giurista. In una ipotizzabile ma quasi fantasiosa realtà si potrebbe pensare che il Senato romano, per il fronteggiamento di una grave e prolungata crisi nella produzione e nel commercio di beni materiali (mobili e immobili) indicabili in senso lato come merces, avesse deciso che il relativo pretium era lasciato alla indiscriminata decisione del solo “emptor” o del solo “locator-conductor” senza l'invocabilità di alcun intervento di terzi soggetti come giudici o arbitratori, decidenti il pretium. Ma sarebbe presto apparso evidente, e per così dire documentato dalla stessa realtà effettuale (idest, dagli eventi comparenti nella civitas e nel suo impero) che in luogo del superamento della crisi economica un simile “rimedio” avrebbe condotto le comunità sociali a una paralisi regrediente ai primordi delle loro formazioni, quando gli scambi, in realtà meri baratti non assistiti dalla mediazione del pretium, erano “presidiati” manu militari. Si comprende, dunque, perché Gaio, guardando ormai agli scambi “presieduti” invece da un accordo sul pretium per le merces o per i manufatti stabili, e così alla forma sinallagmatica degli scambi con obbligazioni ex utroque latere dei paciscenti, abbia sostenuto che la natura del contratto non poteva essere mutata neppure dal supremo potere legislativo, vale a dire dal Senato romano in qualità di legislatore”.

Ma al di là di questa naturalità invalicabile, oserei dire strutturale e in quanto tale ben più che naturale, è fondamentale la nozione di *aequitas* a svolgere un ruolo essenziale rispetto a quegli ambiti della regolamentazione giuridica meno immediatamente percepibili nella loro immodificabilità. Su questa tessitura di principio, l'equità che interpreta, ammorbidisce, addiziona e ricrea il diritto altro non è che lo strumento passepartout con cui il diritto natural-razionale riemerge costantemente, reimponendosi sulle sovrastrutture politiche e “antinaturali” di cui di tempo in tempo *principes* autocrati, o anche più semplicemente distratti, si avvalgono nell'illusione di migliorare il diritto.

Il nostro più evidente ricordo è quello del *praetor* romano il quale, a fronte dell'inesorabile precetto della sesta tabula (*uti lingua nuncupasset ita ius esto*), s'avve-

de che quel principio non può operare là dove il *dolus suus* ne abbia corrotto la genesi. La nascita dell'*exceptio doli* rappresenta un passo fondamentale nel rintracciamento del ruolo dell'*aequitas* e non casualmente esso costituisce un ganglio vitale sul quale poggia l'architettura complessiva del saggio di Panzarini. E non c'è verso di contrastare un tale percorso ricostruttivo perché anche chi abbia l'ardire di ritenere che il diritto naturale non sia un "vero" diritto, riconoscendo invece un primato assoluto alla *dura lex* positiva, ebbene anche colui non potrà negare la sopravvivenza dell'*exceptio doli* ed anzi la sua vegeta onnipresenza nell'ambito del diritto civile, con il suo incombente peso e la sua straordinaria capacità di riportare a ragione ciò che la legge o il contratto sembrerebbero negare.

Ora, la creazione dell'*exceptio doli* è un parto evidente della ragione, di quell'istanza razionale che, attingendo al principio di libertà dell'*agere*, si traduce nel riconoscimento del principio per il quale l'inganno, l'artificio, il raggiro, ponendosi quali atti di naturale slealtà del comportamento (in quanto concepiti e attuati come strumenti di aggressione della fiducia altrui), non possono ritenersi ammissibili in uno stato di natura: anche qui, si noti, non già perché un *deus* lo sconsigli o un *princeps* lo proibisca, ma semplicemente perché la legittimazione della slealtà e della menzogna equivarrebbe all'affermazione della costante insicurezza nelle relazioni sociali, alla costante perpetuazione di uno stato di allerta e di difesa inidoneo a favorire lo scambio commerciale e il vivere umano.

Il saggio di Panzarini in ciò si rivela di una ricchezza e di una profondità difficilmente eguagliabili. Il cogliere questo invisibile eppur solidissimo *fil rouge* che fa dell'equità il costante, talora scomodo, ma comunque inevitabile volano con cui il diritto naturale si impone su quello positivo, figliandolo o riparando ai suoi devianti eccessi, costituisce il pregio indiscusso (e sin qui mai raggiunto) dell'opera in commento. La sedulità con cui l'Autore si dedica in questa ricerca è ammirevole tanto quanto la passione che lo anima, in quanto egli riesce a prendere, abbandonare e ritrovare quel filo tanto nelle più accurate costruzioni teoriche quanto nelle pur minime, fors'anche involontarie o "freudiane", citazioni (forse) sfuggite agli autori maggiori. Da Sesto Pomponio (antesignano del principio di iniquità insito nell'indebito arricchimento) a Bartolo ed Ockham (l'obbligo di arrossire di qualunque legge che osi statuire contro l'equo), da Michelet a Pascal (la legge che non ha distrutto la natura ma l'ha istruita), da Tocqueville a Kant (il sentimento natural-internazionalistico che porta a ritenere che la violazione del diritto avvenuto in un punto della terra sia avvertito in tutti i punti), l'Autore, quasi con l'affanno e l'inquietudine – entrambi inutili perché l'obiettivo è in realtà pienamente centrato – di non riuscire a possedere tutto lo scibile, si ingegna ad aprire l'orizzonte della nostra visione verso questo incrollabile ruolo "rieducativo" dell'*aequitas* come regola di ragione. Principi che paiono completarsi – sempre con licenza di rubare all'Autore

questo felice termine – nell’elenco spinoziano del 30° paragrafo, dove la *ratio* e l’*aequitas* appaiono per la prima volta “codificate” e sistematizzate in tavole di principio.

Comprendiamo con ciò anche il valore, prettamente utilitaristico, dell’*aequitas*, se è vero, come è vero perché l’Autore ce lo insegna e documenta, che l’arbitrato irrituale nasce nell’età di mezzo, nell’epoca dei Comuni, quando i *mercatores*, preoccupati dal bisogno di far sì che le loro controversie si risolvessero rapidamente, preferivano rivolgersi, anziché ai giudici pubblici o agli arbitri *stricti iuris*, agli *arbitratores super lites partium*, i quali decidevano *sine solemnitate et clamore, bona fide et bono motu, vero ex aequitate*: sono i principi dell’arbitrato irrituale che, poi, conducendoci in un soffio lungo un ponte secolare (tecnica in cui l’Autore è maestro e di cui troviamo ripetuti spunti nel saggio), Panzarini ci ricorda essere stati definitivamente recepiti dalla Cassazione torinese del 1904, che legittimerà tale forma di arbitrato anche là dove le parti avessero omissso il richiamo all’*aequitas*. La cui irresistibile “prepotenza naturale” risulta con ciò confermata.

Ma ancora più confermata essa risulta in un sagace spunto che ritroviamo al 40° paragrafo del saggio, dove l’indomita, sottile ironia dell’Autore lo induce a così concludere:

È un “premiare” rilevamento, per gli studiosi teorici, il fatto che rilevanti uomini di affari e importanti *managers* societari nei momenti di difficili emergenze economico-giuridiche per le loro attività e per le loro “*corporations*” siano i più strenui utilizzatori dell’equità e del diritto naturale.

Salvo poi soggiungere

Ma questo, con equa ironia, è il comportamento tipico e comprensibile di ogni soggetto che allarmato da sopravvenute ed incerte vicende economico-giuridiche, attinenti ai suoi affari o alle *corporations* da lui dirette, dimentica che proprio *in rebus arduis* secondo il monito oraziano è necessario *aequam mentem serbare*

Fuor d’ironia, trovo questi richiami estremamente puntuali e terribilmente contemporanei. Nelle crisi che hanno scosso i mercati nell’ultimo biennio, il tema dell’etica, della correttezza e, in ultima analisi dell’equità, sono tornati prepotentemente alla ribalta. È forse lecito dubitare della piena sincerità di certe moderne invocazioni o esternazioni, ma, al di là della buona fede di chi le proferisce, esse tradiscono in ogni caso la consapevolezza, più o meno lucida ma comunque fortissima, che troppo spesso ancora oggi il diritto positivo, ed ancor più spesso il suo disequilibrio applicativo, sembrano essersi allontanati dai principi del diritto naturale e dall’*aequitas*, salvo accorgersi *ex post*, cioè sempre troppo tardi, della loro insostituibilità. In questo l’opera di Panzarini si rivela un prezioso e preveggente monito.

La rilevanza del «buon costume» nel diritto privato attuale*

di Mariano Robles

Essendo tuttora individuabile una qualificata e differenziata porzione di costume, consistente nel “buon” costume, è a questo che il diritto può attingere attraverso lo strumento del rinvio, per una migliore realizzazione della giustizia.

(A. DE CUPIS, *Costume, buon costume e diritto*, in *Giust. civ.*, 1982, II, p. 483).

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Le definizioni di “buon costume” nella giurisprudenza (teorica e pratica). – 3. “Uso” e “buon costume”: dal piano “ontologico” (dell’uso) al piano “deontologico” (del buon costume). – 4. Segue: individuazione del contenuto dei boni mores alla stregua della realtà sociale. – 5. L’incontro tra “morale” e “diritto”: brevi cenni sulla questione. – 6. Il contenuto del “buon costume”: impossibilità di circoscriverne la valenza al dettato costituzionale. – 7. Segue: percorsi “alternativi” tra fonti “trascendenti” e fonti “tecnico-sociologiche” attraverso il giusnaturalismo. – 8. Segue: l’impostazione tecnico-sociologica. – 9. Le difficoltà nel riconoscere un autonomo “statuto giuridico” alla morale. – 10. Segue: verso un ridimensionamento della ratio del buon costume “contrattuale”. – 11. Un possibile approdo: “buon costume” e ordine pubblico c.d. “valoriale” nella Carta di Nizza. – 12. Segue: la dinamica “rimediabile” dell’abuso del diritto. – 13. “Buon costume” e nuove frontiere (bio)etiche.

1. La clausola del “buon costume”, inserita nell’art. 1343 c.c. con funzione di limite alla validità dei contratti, a mente dell’art. 1418, cpv. c.c., apre all’interprete una suggestiva «finestra sull’ordine etico»¹, da cui l’illustre Maestro qui commemorato ha saputo gettare il suo fine sguardo indagatore, dedicandovi pagine indubbiamente lungimiranti². In un ambito di analisi non contrassegnato da classificazioni e

* Il presente contributo è destinato agli *Scritti in memoria di Giuseppe Panza*.

¹ La metafora è tratta da S. Rodotà, *Ordine pubblico o buon costume?*, in *Giur. merito*, 1970, II, p. 106.

² Si allude a 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, p. 1174 ss.; nonché Id., *Buon costume e buona fede*, Napoli, 1973, *passim*.

pretese definitorie a cui, per inveterata consuetudine, è ancorato, il giurista mostra il proprio imbarazzo davanti ai rischi che una così incerta formula reca con sé, quasi rappresentando un salto nel buio rispetto ai rigorosi schemi del mondo del diritto, attraverso quella stessa finestra che si affaccia sul nebuloso universo dell'*immorale*³. Ma, nel contempo, egli non può fare a meno di ammettere che la flessibilità di siffatta clausola, suscettibile di operare come «concetto polmone»⁴ dell'ordinamento, consente – sul piano normativo – il raggiungimento di risultati non altrimenti conseguibili tramite le (tradizionali quanto rigide) nozioni rese disponibili dal ragionamento giuridico⁵.

Tuttavia, pur riconoscendo i vantaggi che contraddistinguono il ricorso al “buon costume”, nei sistemi giuridici ove la tradizione napoleonica ha portato ad elaborare un'ulteriore clausola generale di controllo sulla liceità della causa negoziale⁶, sorgono immediatamente legittimi dubbi sulle modalità con cui essa si trovi ad operare: primo fra tutti, circa le fonti da cui concretamente reperire i parametri alla cui stregua effettuare la valutazione tra ciò che è “morale” e ciò che non lo è⁷. Il giudizio legale di “immoralità” impone all'interprete di spostarsi dal piano (fenomenologico)

³ G.B. Ferri, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1967, p. 78 ss. L'A. “corregge” l'espressione del Rodotà (*supra*, nota 1): il buon costume non sarebbe una “finestra” sull'ordine etico, ma una “finestra” su: «quel limitato ordine etico di prassi e comportamenti che, nel quadro e nell'attuazione del sistema di valori dell'ordinamento giuridico, emergono dal concreto svolgersi ed organizzarsi della vita sociale» (cfr., in particolare, Id., *Illiceità di convenzioni elettorali*, in *Riv. dir. comm.*, 1972, I, p. 25). V. anche *infra*, § 9.

⁴ R. Romboli, *Delle persone fisiche (artt. 1-10)*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1970, *sub art.* 5, p. 232.

⁵ Da ultimo, R. Sacco – G. De Nova, *Il contratto*, 2^a ed., in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, t. 2, Torino, 2004, p. 78.

⁶ Di grande interesse resta l'indagine comparatistica di A. Guarneri, *L'ordine pubblico e il sistema delle fonti del diritto civile*, Padova, 1974, spec. p. 5 ss.

⁷ Senza pretese di completezza, cfr. F. Ferrara sr., *Il pagamento ob turpem causam*, in *St. senesi*, 1912, p. 219; R. De Ruggiero, *In pari causa turpitudinis melior est condicio possidentis*, in *Diz. prat. dir. priv.*, III, 1, Milano, 1923, p. 665 ss.; G. Rolla, *Del diritto a ripetere il pagamento eseguito ob turpem vel iniustam causam*, in *Riv. dir. comm.*, 1924, I, p. 96; M. Allara, *Sul pagamento ob turpem causam*, in *Ann. Univ. Camerino, sez. giur.*, III, Cortona, 1930, p. 148 ss.; C. Vaselli, *L'irripetibilità della prestazione ob turpem causam: art. 2035 c.c.*, in *Foro pad.*, 1946, II, p. 100; W. Bigiavi, *Ripetibilità del sovrapprezzo pagato al mercato nero*, in *Dir. giur.*, 1946, p. 280; A. De Martini, *Ripetibilità della prestazione effettuata in dipendenza di un negozio immorale*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1947, III, p. 1209; G. Dejana, *In tema di negozi contrari al buon costume, ibid.*, 1948, III, p. 104; G. Auletta, *Risarcimento del danno e prezzi di imperio*, in *Riv. dir. comm.*, 1949, I, p. 10; A.V. Simoncelli – A. Scialoja, *Illiceità del gioco d'azzardo autorizzato*, in *Foro it.*, 1950, IV, c. 41; C. Grassetti, *Negozio collegato, negozio illegale e ripetibilità del pagamento*, in *Temi*, 1951, p. 154; M. Comporti, *Negozio giuridico immorale e irripetibilità della prestazione ob turpem causam ex art. 2035 c.c.*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1955, VI, p. 156; L. Barbiera, *L'ingiustificato arricchimento*, Napoli, 1964, p. 264 ss.; P. Rescigno, *In pari causa turpitudinis*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, p. 1 ss.; sul criterio di derivazione penalistica, v. da ultimo A. Bellizzi, *Contratto illecito, reato e irripetibilità ob turpem causam: profili restitutori dei delitti di corruzione e concussione*, Torino, 1999, spec. p. 46 ss. Per un generale approfondimento, v. ora D. Carusi, voce *Prestazione (immoralità della)*, in *Enc. giur. it.*, Agg., Roma, 2009.

della realtà dei fatti a quello (deontologico) inteso come l'esito normativo di una valutazione di ordine morale⁸.

La dottrina ha avuto modo di affrontare tali quesiti sotto molteplici aspetti, senza peraltro approdare a posizioni che possono considerarsi davvero prevalenti: v'è chi ha individuato la presenza di una determinata "tavola di valori" da assumersi come assoluta e, dunque, meritevole di tutela da parte dell'ordinamento⁹; chi ha preteso di rinvenire nello stesso diritto positivo i parametri di tale valutazione¹⁰; chi infine – accogliendo senza compromessi l'intrinseca variabilità dei *boni mores* – ha ritenuto che il legislatore abbia consapevolmente delegato alla "coscienza sociale" la definizione del criterio di apprezzamento in parola¹¹.

Senza voler esprimere valutazioni in ordine alla tesi che appare preferibile, è sufficiente osservare che, nella casistica applicativa, molte delle difficoltà ravvisate sul piano dottrinale svaniscono, consentendo alla giurisprudenza di tracciare sentieri ben definiti e agevolmente percorribili. Gli orientamenti da questa espressi – ad eccezione di alcuni casi particolari – dimostrano, infatti, che i dubbi sollevati dai settori della dottrina, che accusava la clausola del "buon costume" di urtare contro le fondamentali esigenze di "certezza del diritto", sono legittimi solo sul piano teorico, ma non hanno alcuna ragion d'essere nella realtà effettuale¹².

Semmai, quei *revirements* interpretativi che hanno visto protagonista non solo la Suprema corte, ma anche le corti di merito, devono essere salutati con favore dall'interprete, il quale può cogliere in essi quel particolare *modus operandi* che permette al "buon costume" di adattarsi, nel trascorrere del tempo, all'evoluzione nei modi di pensare della collettività sociale.

2. Prima di entrare nel merito dell'analisi, converrà soffermarsi brevemente sulle definizioni che la giurisprudenza (teorica e pratica) ha utilizzato ogniqualvolta si è prospettata l'esigenza di meglio chiarire il contenuto dei *boni mores*. È doveroso ri-

⁸ Sul punto, v. E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1952, p. 382 ss.

⁹ A. Trabucchi, voce *Buon costume* (*dir. civ.*), in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, p. 703. V. più diffusamente *infra*, § 5.

¹⁰ G.B. Ferri, *Ordine pubblico*, cit., p. 79; Id., *Qualificazione giuridica e validità delle attribuzioni patrimoniali alla concubina* (in nota a Cass., 15 gennaio 1969, n. 60), in *Riv. dir. comm.*, 1969, II, p. 403. Analogo tentativo è quello di F. Di Marzio, *I contratti in generale*, VI, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di P. Cendon, VI, Torino, 2000, p. 247 ss. Su tali questioni, v. altresì *infra*, §§ 4 e 7.

¹¹ R. Sacco, *Il contratto*, 3^a ed., in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, X, Torino, 2002, p. 267, per il quale si è in presenza di un "atto immorale" quando il giudizio di disfavore sociale permane anche dopo l'abrogazione della norma che ne sanziona l'illiceità.

¹² Su cui, v. la lucida recensione al volume di G. Giacobbe, *Le nuove frontiere della giurisprudenza. Metodo-Teoria-Pratica* (Saggi), Milano, 2001, curata da A. La Torre, *Il diritto giurisprudenziale: riflettendo su «Le nuove frontiere della giurisprudenza»*, in *Giust. civ.*, 2002, II, p. 425, spec. § 9, relativamente al "nuovo" diritto di famiglia.

marcare che il ricorso a formule stilizzate o ad espressioni tipiche – piuttosto frequente nella manualistica, nonché in alcune sentenze del Supremo collegio – non contribuisce di certo ad una maggiore comprensione dell’effettivo significato sotteso alla clausola in discorso.

Come si vedrà, gli indirizzi dottrinali si mostrano tutt’altro che espliciti: essi forniscono, infatti, succinte spiegazioni che, malgrado sembrano differire talvolta soltanto per scelte terminologiche, sono spesso profondamente diverse nelle implicazioni. Vero è, tuttavia, che, nonostante il concetto non si presti ad un’agevole esegesi teorica, esso non incontra gli stessi ostacoli quando deve trovare concreta applicazione¹³.

La dottrina più risalente ha definito il “buon costume” utilizzando svariate formule. Talvolta, ci si è riferiti al contenuto e all’estensione della morale¹⁴ ovvero, più genericamente, alla morale pubblica¹⁵; altre volte si è parlato di sentimento etico normale¹⁶, ovvero dell’insieme delle esigenze etiche della coscienza morale collettiva¹⁷, mentre rappresenta un’eccezione il tentativo di inquadrare il contenuto dei *boni mores*, chiarendo che di “buon costume” può discorrersi solo con riferimento ad un ben preciso contesto storico e sociale¹⁸. Secondo un’interpretazione più restrittiva, altri ha, invece, ritenuto che l’ambito di operatività del “buon costume” fosse circoscritto all’insieme delle ipotesi di contrasto con i principi della morale sessuale e familiare¹⁹.

¹³ Come sottolineato *supra*, § 1. È opportuno evidenziare che tale rilievo vale anche per l’interpretazione del “buon costume” negli altri ordinamenti continentali, in particolare per quello francese, considerando che è a partire dal *Code Napoléon* che il “buon costume” ha visto la luce negli ultimi secoli (cfr. E. Géraud-Llorca, *L’introduction des bonnes moeurs dans le Code Civil*, in Centre Universitaire de Recherches Administratives et Politiques de Picardie, cur., *Les bonnes moeurs*, Paris, 1994, p. 62 ss.; nonché J. Foyer, *Les bonnes moeurs, in 1804-2004, le Code Civil, un passé, un présent, un avenir*, ivi, 2004, spec. p. 501 ss.). Sulla genealogia dell’art. 2035 c.c., v. G. Villa, *Contratto illecito ed irripetibilità della prestazione. Una analisi economica*, in *Quadrim.*, 1992, p. 56, nota 74.

¹⁴ G.P. Chironi – L. Abello, *Trattato di diritto civile italiano*, I, Torino, 1904, p. 106, che tuttavia fa riferimento al “buon costume” nei rapporti con la legge, gli atti e le sentenze dei Paesi stranieri.

¹⁵ Tra gli altri, v. F.S. Bianchi, *Principi generali sulle leggi. Spiegazione delle disposizioni premesse al codice civile italiano sulla pubblicazione, interpretazione ed applicazione delle leggi in generale*, in Id., *Corso di diritto civile italiano*, Torino, 1888, p. 33.

¹⁶ Cfr. G. Stolfi, *Teoria generale del negozio giuridico*, Padova, 1947, p. 219.

¹⁷ L. Cariota-Ferrara, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, s.d., p. 598. Analogamente, vi è poi chi si è riferito all’insieme dei principi scolpiti nell’umana coscienza e all’insieme dei principi della morale: rispettivamente, E. Gianturco, *Sistema di diritto civile italiano*, II, Napoli, 1894, p. 17 ss.; G. Pacchioni, *Diritto civile italiano*, I, 1, Padova, 1937, p. 9 ss.

¹⁸ F. Ferrara sr., *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, 2^a ed., Milano, 1914, pp. 14 e 33 ss.

¹⁹ R. De Ruggiero, *Istituzioni di diritto civile*, I, Messina-Milano, 1934, p. 46. Siffatta delimitazione dei *boni mores* è sempre stata respinta dalla giurisprudenza relativa al codice civile vigente (per tutte, v. Cass., 17 giugno 1950, n. 1552, in *Foro it.*, 1951, I, c. 185), ma tuttavia non è mai stata data per scontata, tant’è che anche in epoca più recente la Suprema corte si è premurata di ribadire la sua inaccettabilità (Cass., 18 giugno 1987, n. 5371, in *Foro it.*, 1988, I, c. 181).

Più di recente, gli studiosi hanno preso posizione in merito alle contrapposte impostazioni che si ricollegano, rispettivamente, alle c.dd. fonti “trascendenti” e all’approccio “tecnico-sociologico”, come si vedrà in seguito²⁰. Benché certamente non manchi chi abbia aderito al primo dei due indirizzi appena menzionati²¹, appare senz’altro prevalente il secondo²², più volte ribadito dalla dottrina degli ultimi anni²³.

Quanto alla giurisprudenza, la parte maggioritaria ritiene immorali i «negozi contrari a quei principi etici che costituiscono la morale sociale, in quanto ad essi uniforma il suo comportamento la generalità delle persone corrette, di buona fede e di sani principi in un determinato ambiente e in una determinata epoca»²⁴. Tuttavia, anche se dalle espressioni utilizzate si potrebbe intendere altrimenti, non si ha riguardo ad una *élite* di soggetti aventi un’etica superiore, bensì alla coscienza morale dell’uomo medio. Infatti, la Suprema corte ha tenuto a precisare che un’attività può reputarsi “turpe” quando «viene avvertita dalla generalità delle persone come violatrice di quella morale corrente [...] sulla scorta delle norme etiche che rappresentano il patrimonio della civiltà attuale»²⁵.

In sede di merito, la giurisprudenza ha avuto modo di affermare correttamente che si deve discorrere di moralità avuto riguardo al «comune sentimento medio della comunità nazionale; inteso, quest’ultimo, come il sentimento e la sensibilità di chi vive, con sano equilibrio, nella società del suo tempo»²⁶. Non è, infatti, possibile valutare la conformità o meno ai *boni mores* di una determinata convenzione con

²⁰ Vi si tornerà *infra*, §§ 7 e 8.

²¹ Tra le opinioni più autorevoli, cfr. E. Betti, *Teoria generale*, cit., p. 101; nonché A. Trabucchi, voce cit., p. 700, che si ricollega all’etica cristiana, come meglio si vedrà *infra*, § 7.

²² F. Messineo, *Dottrina generale del contratto*, 3ª ed., Milano, 1952, p. 229; F. Carresi, *Il negozio illecito per contrarietà al buon costume*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, p. 34, che si riferisce direttamente all’opinione pubblica della società; R. Scognamiglio, *Dei contratti in generale. Disposizioni preliminari – Dei requisiti del contratto (artt. 1321-1352)*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1970, sub art. 1343, p. 329 ss.; A. Torrente – P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, 19ª ed., Milano, 2009, p. 194.

²³ Oltre ai riferimenti già proposti in precedenza, v. anche F. Galgano, *Diritto privato*, Padova, 1994, p. 252; G. Alpa, *Istituzioni di diritto privato*, Torino, 1997, p. 149; P. Zatti – V. Colussi, *Lineamenti di diritto privato*, Padova, 1999, p. 470; P. Gallo, *Istituzioni di diritto privato*, Torino, 2000, p. 506.

²⁴ L’espressione, che compare per la prima volta in Cass., 17 giugno 1950, n. 1552 (cit. *supra*, nota 19), è stata, in seguito, ripresa più volte: da ultimo, Cass., sez. un., 7 luglio 1981, n. 4414, in *Foro it.*, 1982, I, c. 1679. Non molto diversamente, la Suprema corte si è talora riferita, in senso più generale, ai principi e alle esigenze etiche della “morale collettiva” (Cass., 23 marzo 1985, n. 2081, in *Riv. not.*, 1985, p. 1276; Id., 18 giugno 1987, n. 5371, in *Giur. it.*, 1989, I, c. 1056, con nota di P. Petrelli); ovvero al “complesso dei principi etici costituenti la morale sociale in un determinato momento storico” (Cass., 8 giugno 1993, n. 6381, in *Corr. giur.*, 1993, p. 947, con nota di V. Carbone, ed in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, p. 339, con nota di M. Bernardini; Id., 4 giugno 2001, n. 7523, in *Dir. fall.*, 2001, II, p. 1190, con nota di A. Di Leo).

²⁵ Così, Cass., 1º agosto 1986, n. 4927, in *Resp. civ. prev.*, 1986, p. 554, in cui, alla stregua del parametro del “buon costume” così definito, si è ritenuto che “il commercio per denaro che una donna faccia del proprio corpo è attività immorale”.

²⁶ Trib. Milano, 13 aprile 1966, in *Foro it.*, 1966, II, c. 265.

esclusivo riguardo all'opinione che, in concreto, ne hanno i contraenti, ovvero riferendosi all'ambiente sociale in cui l'accordo è stato stipulato: la necessità di un riferimento più ampio è imprescindibile, poiché si rischierebbe di effettuare la valutazione alla stregua di un determinato atteggiamento di eccessivo rigore moralistico, o magari seguendo i principi di chi «vive con eccessiva rilassatezza»²⁷.

Va, peraltro, anche segnalata un'ipotesi in cui la giurisprudenza di legittimità si è allontanata da tale prevalente orientamento, optando per una soluzione molto più vicina alle posizioni di Giovanni Battista Ferri, di cui si dirà nel prosieguo²⁸, con cui l'insigne studioso tentava di ricostruire il “buon costume” utilizzando tutte le indicazioni ravvisabili nei testi normativi, a partire dalla Costituzione, sino ai codici e alle leggi speciali. In quella occasione, infatti, la Suprema corte ha definito il “buon costume” come quel «minimo etico dallo stesso ordinamento garantito»²⁹.

3. Prima di approfondire le questioni relative al contenuto del “buon costume”, sembra opportuno tracciare una sintesi degli strumenti utili a definirlo. In particolare, può essere significativo un raffronto delle peculiarità riscontrabili tra esso ed il (contiguo) concetto di “uso”, proprio nella prospettiva dei parametri³⁰ da assumere ai fini della loro determinazione.

Appare evidente – anche ad una lettura approssimativa delle più interessanti decisioni sui due argomenti – che quando l'interprete incontra un riferimento al *buon costume* o all'*uso*, la sua attenzione si focalizza subito sulla realtà dei fatti, nella quale si contestualizza l'applicazione della norma, piuttosto che sulla norma stessa³¹. Ciò che si vuole mostrare è che, sebbene entrambe le clausole convogliano l'analisi dell'interprete verso il mondo reale, piuttosto che verso enunciati normativi, esse sono destinate ad operare su due piani nettamente diversi.

Per quanto concerne l'*uso*³², esso è sostanzialmente una prassi derivante da un ripetersi costante di determinate situazioni, entro un ambiente sociale delimitato e da cui derivano conseguenze giuridiche puntualmente previste dalla legge.

²⁷ Trib. Milano, ult. cit., c. 276.

²⁸ Cfr. *infra*, § 9.

²⁹ Cass., 12 giugno 1964, n. 1491, in *Foro it.*, 1964, I, c. 1994, che sembra quasi riecheggiare l'impostazione di H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, a cura di R. Treves, Torino, 1967, spec. p. 62.

³⁰ In argomento, C.E. Balossini, *L'accertamento del diritto consuetudinario compito del giurista e del sociologo: la prassi amministrativa*, Milano, 1963, p. 155 ss.

³¹ Sulle difficoltà che il giurista incontra ogniqualevolta sia chiamato ad individuare regole che stiano al di fuori del diritto positivo, v. C.E. Balossini, *L'accertamento*, cit., p. 5 ss.; *amplius*, Id, *Consuetudini, usi, pratiche, regole del costume*, Milano, 1958, p. 505 ss.

³² Sul concetto di “uso” nel diritto privato, cfr. A. Guarneri, voce *Usi*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, p. 527 ss., che distingue tra *usi-fonti del diritto* (c.dd. “usi normativi”) e *usi interpretativi* (c.dd. “clau-

Gli usi operano sul piano della *disciplina del fatto*, e precisamente come strumenti interpretativi ed integrativi rispetto a quegli altri elementi direttamente determinati dalla legge³³. È, quindi, l'osservazione della ripetitività e della frequenza di determinate pratiche a dare luogo ad un uso "giuridicamente" considerato tale: l'ordinamen-

sole d'uso" finalizzate all'integrazione e all'interpretazione della volontà contrattuale). Nell'ambito della prima categoria è nota la tradizionale tripartizione tra "usi *contra legem*", "usi *praeter legem*" e "usi *secundum legem*". Data per certa l'esclusione dei primi dal novero delle fonti del diritto – già sulla base del criterio gerarchico –, la dottrina ha diversamente motivato l'inoperatività dei secondi, talora adducendo l'argomento (liberal-ottocentesco) della pretesa completezza del diritto positivo, talora preferendo, al ricorso agli "usi *praeter legem*", gli strumenti dell'*analogia legis* e dell'*analogia juris*. Per quanto riguarda, invece, gli "usi *secundum legem*", la loro rilevanza giuridica è circoscritta ai soli casi in cui la legge vi fa rinvio, ed il valore che assumono non si giustifica dal fatto che essi costituiscono «per se stessi norme giuridiche, ma perché formano il contenuto di una disposizione di legge» (così, già A. Rocco, *Principi di diritto commerciale. Parte generale*, Torino, 1928, p. 137 ss.). Per quanto interessa in questa sede, sugli "usi interpretativi", ad essi fa riferimento il Codificatore negli artt. 1340, 1368 e 1374 c.c. Tale elencazione non è pacifica: per la dottrina maggioritaria, l'art. 1374 c.c. non riguarderebbe gli "usi interpretativi", bensì gli "usi normativi" (v., *ex plurimis*, F. Messineo, *Dottrina generale*, cit., p. 362 ss.; L. Mossa, *Trattato del nuovo diritto commerciale*, I, Milano, 1942, p. 124; E. Betti, *L'interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, p. 229 ss.; A. Asquini, *Le clausole d'uso dell'art. 1340 c.c.*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, II, p. 444 ss.; l'opinione contraria è sostenuta da C.E. Balossini, voce *Usi (teoria degli)*, in *Noviss. dig. it.*, XX, Torino, 1975, p. 200 ss., il quale, tra l'altro, ritiene superfluo il disposto dell'art. 1374 c.c.), così come alcuni studiosi tendono a ricomprendere nella categoria anche l'art. 1362, 2° comma c.c., concernente gli "usi individuali" (sulla questione e per una cospicua bibliografia, v. A. Genovese, voce *Usi negoziali e interpretativi (dir. priv.)*, in *Enc. giur. it.*, XX-XII, Roma, 1994, p. 1 ss.). Tralasciando, ai fini dell'analisi qui condotta, l'art. 1374 c.c. – data la sua prevalente esclusione dal novero delle disposizioni sugli "usi negoziali" – e l'art. 1368 c.c., relativo, in particolare, alle pratiche generali locali, occorre dedicare maggiore attenzione alle "clausole d'uso" disciplinate dall'art. 1340 c.c. (sul punto, cfr. C.E. Balossini, *Consuetudini, usi*, cit., p. 233 ss.). Secondo tale disposizione, salvo l'espressa volontà manifestata dalle parti, gli "usi negoziali" si intendono inseriti nel contratto e contribuiscono ad integrarlo. Tra i problemi connessi all'introduzione nel contratto delle "clausole d'uso", ad es. concernenti l'individuazione dell'eventuale volontà contraria, quello che più rileva in questa sede è la definizione del contenuto di siffatti "usi negoziali". Gli inquadramenti prospettati dalla giurisprudenza (teorica e pratica) sono principalmente tre: una prima tesi riconduce le "clausole d'uso" agli "usi normativi" (così, F. Messineo, *Dottrina generale*, cit., p. 368; E. Betti, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 297; G. Oppo, *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, Bologna, 1943, p. 102 ss.; M. Fragali, *Dell'interpretazione dei contratti*, in *Comm. c.c. D'Amelio-Finzi*, I, Firenze, 1948, p. 371; C. Varrone, *Ideologia e dogmatica nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1972, p. 190 ss.; per gli orientamenti giurisprudenziali più significativi, cfr. Cass., 23 febbraio 1963, n. 434, in *Giur. it.*, 1963, I, c. 1478 e Id., 17 ottobre 1968, n. 3342, in *Foro pad.*, 1971, I, p. 143); una seconda tesi, sempre respinta dalla giurisprudenza, intende per "usi negoziali" quelle clausole abituali ripetutamente inserite in una serie di contratti fra le stesse parti (A. Cataudella, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, p. 150; G. Guglielmetti, *I contratti normativi*, Padova, 1969, p. 273; S. Rodotà, *In tema di usi individuali*, in *Foro pad.*, 1971, I, p. 143); la terza tesi, seguita dalla dottrina e dalla giurisprudenza maggioritarie, identifica invece le "clausole d'uso" con gli "usi di mercato" (sia pure in diversa prospettiva, A. Asquini, *Usi legali e usi negoziali*, in *Riv. dir. comm.*, 1944, I, p. 71 ss.; L. Barassi, *Teoria generale delle obbligazioni*, II, Milano, 1946, p. 486 ss.; A. Scialoja, *Natura ed efficacia dei c.d. usi cotonieri*, in *Foro it.*, 1950, I, c. 364 ss.; R. Scognamiglio, *Dei contratti in generale*, cit., p. 235; per la giurisprudenza – anch'essa non univoca nelle motivazioni che conducono a questa soluzione – cfr., tra le più significative, Cass., 4 febbraio 1954, n. 275, ined.).

³³ Come ha correttamente affermato G.B. Ferri, *Ordine pubblico*, cit., p. 66.

to [pe]-r-[e]cepisce l'uso da una determinata realtà mediante strumenti prevalentemente statistici³⁴, restando su un piano (meramente ontologico) della realtà fattuale.

Diverse e, per certi versi, opposte sono le considerazioni enucleabili con riguardo al *costume*, così come esso viene menzionato nei testi normativi, ossia connotato positivamente dalla qualificazione “buon[o]”. A differenza dell'*uso*, il *buon costume* si definisce non in un ambito delimitato (secondo parametri sociali o materiali), bensì va inteso allo stesso modo ogniqualvolta è preso in considerazione da una norma giuridica³⁵. Esso, lungi dall'essere un mero elemento interpretativo ed integrativo, assurge a criterio alla cui stregua l'interprete è chiamato a valutare la validità delle convenzioni private. Si tratta, dunque, di una clausola generale che assume primaria importanza per il ruolo assegnatole dalla legge: quello di *limite* alla libertà dell'agire negoziale.

Inoltre, il processo che conduce l'interprete alla determinazione del “buon costume” è certamente rivolto al mondo del reale³⁶, così come visto per l'“uso”, ma non sono qui sufficienti parametri esclusivamente di tipo statistico. È pertanto evidente, come più volte sottolineato³⁷, l'impossibilità di riempire di significato funzionale la nozione di “buon costume” mediante una raccolta di dati della realtà ed una loro elaborazione “matematica”. È chiaro, infatti, che – già solo per la presenza dell'aggettivo che qualifica come “buon[o]” il costume – la clausola indirizza l'attenzione dell'interprete non tanto su ciò che *mediamente* accade, quanto piuttosto su ciò che *si ritiene debba* accadere.

Di guisa che, l'interprete, chiamato ad attribuire un significato al “buon costume”, non dovrà tanto tener conto di ciò che è riscontrabile statisticamente nella realtà delle cose, bensì volgere l'attenzione verso le opinioni concernenti le valutazioni di moralità. Il criterio da utilizzare non potrà più essere rinvenuto ad un livello “ontologico”, così come accade con riguardo all'uso; l'operazione ermeneutica che il legislatore richiede, ai fini dell'individuazione del contenuto dei *boni mores*, si svolge viceversa su un piano “deontologico”, concernente *ciò che deve essere*³⁸.

³⁴ Per una rassegna ragionata delle ipotesi in cui il codice civile ed il codice della navigazione richiamano gli “usi”, cfr. C.E. Balossini, *Consuetudini, usi*, cit., p. 689.

³⁵ Nonostante siano diverse le disposizioni codicistiche in cui esso è menzionato, la dottrina è sempre stata concorde nel ravvisare in ciascuna norma sempre la stessa definizione di “buon costume”. A differenza di quest'ultimo, gli “usi” sono richiamati più volte, ma con accezioni diverse.

³⁶ Tanto che, secondo taluni, questa ricerca spetterebbe non solo al giurista, ma anche al sociologo (C.E. Balossini, *L'accertamento*, cit., p. 155 ss.).

³⁷ Cfr. A. Trabucchi, voce cit., p. 703, che puntualizza come la dottrina non ha mai preteso di pervenire ad una definizione di “buon costume” adoperando metodi statistici. Sul punto, v. acutamente G. Panza, *Buon costume e buona fede*, Napoli, 1973, p. 7; E. Betti, *Teoria generale*, cit., p. 382 ss.; C.E. Balossini, *Consuetudini, usi*, cit., p. 198.

³⁸ V. chiaramente C.M. Bianca, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, 2ª ed., Milano, 2000, p. 619.

4. Bisogna, tuttavia, evidenziare che così come non è esatto, attraverso una mera indagine statistica, consentire all'interprete di circoscrivere le ipotesi di contrarietà al "buon costume", neppure si può pretendere che quanto accade nella quotidianità non abbia alcuna influenza sulla determinazione dell'immoralità.

In passato, si è affermato che la diffusione di determinati comportamenti immorali non può, da sola, valere come argomento per affermare la loro sopravvenuta «moralizzazione»³⁹. Tuttavia, non potrebbe negarsi che la proliferazione di un certo fenomeno non possa influenzare la sensibilità collettiva, eventualmente suscitando interrogativi circa l'immoralità di determinati comportamenti; ovvero non valga da segnale, in base a cui l'interprete possa ragionevolmente ritenere che vi sia stato un mutamento di opinione riguardo a ciò che, in precedenza, veniva considerato turpe⁴⁰.

Si pensi, ad es., all'ipotesi dell'intervento chirurgico finalizzato esclusivamente al proprio miglioramento estetico. Esso era, un tempo, considerato come "immorale", giacché si presentava senza alcuna utilità⁴¹. Attualmente, per quanto riguarda tale argomento, le valutazioni sociali sono profondamente mutate e nessuno più si è interrogato sulla contrarietà al "buon costume" di un contratto avente ad oggetto un'operazione di chirurgia estetica. Sebbene sia vero che ciò derivi anche da un perfezionamento scientifico di tali interventi, avutosi grazie alla ricerca medica, non si può negare che la diffusione del ricorso a tali operazioni abbia, da una parte, in-

³⁹ L'osservazione è di A. Trabucchi, voce cit., p. 703. Secondo questo orientamento, «se anche in un'ipotetica, per quanto assurda, rilevazione di giudizio [...] dovessero, ad esempio, prevalere le opinioni favorevoli all'ammissione di certe forme libere di rapporti fra i sessi riprovate come scandalose dalla morale», il giudice non potrebbe restare inerte, invocando la diffusione di tali pratiche immorali. Dello stesso avviso la giurisprudenza: Trib. Como, 24 marzo 1979, in *Giur. it.*, 1980, I, 2, c. 630, con nota di G. Ponzanelli. Come opportunamente osservato dal tribunale lariano, seppure si dica «esser costume a Roma caldeggiare a pagamento pratiche amministrative e stipulare con i clienti contratti di raccomandazione con tariffe percentuali, trattasi sicuramente di mal costume, la cui diffusione in termini statistici nulla toglie all'apprezzamento di disvalore morale e sociale». L'argomento affonda evidentemente le proprie radici teoriche nella c.d. "fallacia naturalistica" elaborata da David Hume, finemente ricostruita nelle pagine oramai classiche di G. Carcatera, *Il problema della fallacia naturalistica. La derivazione del dover essere dall'essere*, Milano, 1969, *passim*.

⁴⁰ Non sembra il caso di soffermarsi ad indagare se sia stata la diffusione di certi comportamenti ad aver influenzato l'opinione corrente, ovvero sia quest'ultima ad aver permesso il diffondersi di pratiche inizialmente non accettate, in quanto ritenute immorali. È palese che in questi casi, tra i due termini del rapporto, si instaura un'influenza reciproca, impossibile da analizzare tramite categorie generali. Se nel formulare un c.d. "sillogismo pratico" ci si limitasse ad affiancare una premessa di tipo "precoativo" ad una premessa di tipo "descrittivo", risulterebbe tutt'altro che una conclusione normativa; a meno di assumere che la normativa (in predicato, universale) della premessa maggiore di tipo "precoativo" assicuri quella della premessa di tipo "descrittivo", implicando così che la "norma universale" contenga in sé la capacità di sancire lo *status quo* (si rinvia necessariamente a O. Höffe, *Diritto naturale (diritto razionale) e diritti dell'uomo: problemi fondamentali di un'etica contemporanea e di una filosofia politica*, in A. Scola, *L'alba della dignità umana. La fondazione dei diritti umani nella dottrina di Jacques Maritain*, Milano, 1982, pp. 13-47, spec. p. 41).

⁴¹ È l'ipotesi che la giurisprudenza francese ha avuto occasione di esaminare in App. Lyon, 27 juin 1913, in *Rec. Dalloz*, 1914, II, p. 83, con nota di H. Lalou.

fluenzato notevolmente l'opinione comune e, d'altra parte, eliminato ogni dubbio circa la moralità di tale fenomeno⁴².

Ancora, può essere ricordata l'evoluzione registratasi relativamente al fenomeno del c.d. "concubinato", oggi più comunemente (*rectius*, meno spregevolmente) definito *famiglia di fatto*; come pure il tendenziale superamento per il disfavore verso i c.d. *patti successori dispositivi*⁴³. Gli esempi potrebbero naturalmente continuare.

A seguito delle brevi riflessioni fin qui compiute, possono già trarsi alcune conclusioni. In primo luogo, sembra corretto ritenere che l'accertamento del contenuto sostanziale del *buon costume* non possa essere compiuto con criteri statistici, in base a «ciò che (mediamente) accade», altrimenti non si spiegherebbe la presenza dell'aggettivo qualificativo "buono"⁴⁴. In secondo luogo, si può affermare che non è possibile determinare il "buon costume" tralasciando la realtà fattuale: sia pure mediante un'indagine non meramente statistica, l'interprete non può comunque limitarsi ad esaminare il sistema giuridico, dovendo necessariamente proiettare il suo sguardo al di là dei testi legislativi.

5. Il richiamo alla morale, o meglio, alla contrarietà ai *boni mores*, che l'ordinamento utilizza ai fini della determinazione delle ipotesi di invalidità negoziale, sfocia inevitabilmente nel collegamento tra "etica" e "diritto" e nella correlata dialettica tra discorso giuridico e valutazione di ordine morale. Esistono rapporti gerarchici "di sopra/sotto-ordinazione", ovvero trattasi di due piani di analisi del tutto indipendenti? La questione, facilmente "deviante" dal tipico ambito di studio del giurista (e del civilista in particolare), è stata peraltro presa in considerazione più volte in passato⁴⁵, ed appare importante ai fini della presente analisi.

La contrapposizione stessa tra giusnaturalismo e giuspositivismo dipende proprio dalla divergenza su quale sia il modo corretto di stabilire il rapporto tra etica e

⁴² In argomento, si rinvia alle osservazioni di M. Pesante, voce *Corpo umano (atti di disposizione)*, *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 660, in cui si ammettono, in linea generale, le operazioni a scopo estetico che abitualmente vengono praticate, ad esclusione di quelle in cui il consenso dell'interessato verta su un'operazione ad alto rischio e sia finalizzata alla correzione di un difetto estetico scarsamente rilevante, proprio perché – puntualizza l'A. – «la morale corrente vieta che per una esagerata ambizione di estetica si esponga a grave repentaglio la propria salute».

⁴³ Sul primo aspetto, v. per tutti F. Gazzoni, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Milano, 1983, *passim*; ultima tappa evolutiva, in ordine cronologico, è segnata dal nuovo art. 2645-ter c.c., su cui v. D. Vecchio, *Profili applicativi dell'art. 2645-ter c.c. in ambito familiare*, in *Dir. fam.*, 2009, p. 795 ss. Sul secondo aspetto, a seguito della modifica dell'art. 458 c.c. rinviante ora agli artt. 768-bis ss. c.c., in materia di c.d. "patto di famiglia", v. ora G. Palazzolo, *Alimenti dovuti e mantenimento negoziato*, Napoli, 2008, spec. p. 256 ss.

⁴⁴ È ben possibile che un negozio «quantunque conforme all'uso praticato nella cerchia sociale cui appartengono gli interessati, sia tuttavia illecito, perché quell'uso è riprovato dall'opinione pubblica o coscienza sociale collettiva» (così, E. Betti, *Teoria generale*, cit., p. 382).

⁴⁵ V., per tutti, le riflessioni di C.E. Balossini, *Consuetudini, usi*, cit., pp. 157 ss.

diritto. In realtà, le contrapposizioni tra diritto e morale si caratterizzano per essere spesso viziate da fraintendimenti e si insinua, così, il sospetto che le controversie siano più apparenti che reali.

A riguardo, Neil McCormick ha puntualmente affermato: «Nessuno in possesso delle sue capacità – e vi sono alcuni positivisti che sono in possesso delle loro capacità mentali – ha mai sostenuto, o sosterrrebbe mai, che il diritto in se stesso è scevro da valori. Se gli esseri umani non accordassero importanza all'ordine nella vita sociale, non avrebbero affatto leggi [...]. Il punto di essere un positivista non è quello di negare verità evidenti di questa sorta, ma piuttosto quello di affermare che non è in nessun senso necessario condividere o accogliere questi valori, in tutto o in parte, per poter sapere che il diritto esiste, o quale diritto esiste»⁴⁶. Il diritto esiste perché la collettività necessita, oltre che di ordine ed organizzazione, di giustizia, poiché la giustizia è un bisogno primordiale che sta a monte dei fenomeni giuridici.

In proposito, converrà riportare il pensiero di un altrettanto insigne giusfilosofo, Giacinto Auriti: «Quando in una visione razionalistica si pretende di instaurare delle finalità etiche arbitrarie, consolidando in una norma di diritto positivo un'etica che, invece, dovrebbe essere al di fuori e al di sopra di esso, l'etica diventa non più un fatto attinente alla natura dell'uomo, ma una scelta arbitraria del potere politico realizzata in funzione del suo interesse. [...]. Appare evidente, dunque, che in questo caso si ha una scelta economicistica dell'etica, in cui la persona umana è del tutto ignorata. La natura dell'uomo non è più il parametro di riferimento per la determinazione funzionale delle esigenze etiche, sulle quali l'ordinamento legislativo deve essere commisurato e creato come mezzo a fine». Ed ancora, sulla necessità di non confondere i principi etici che devono ispirare il potere legislativo con la democrazia: «Né minori sono gli inconvenienti causati dall'immanenza della finalità etica nel diritto positivo nei sistemi democratici. Quando infatti si pretende di basare la scelta etica sulla volontà della maggioranza, essendo lo strumento numerico finalisticamente e contenutisticamente neutro, si afferma un principio in cui non necessariamente la scelta etica deve coincidere con la tutela degli interessi fondamentali della persona umana»⁴⁷.

Sempre a sostegno dell'autonomia della regola etica rispetto ai principi maggioritari e alle leggi che questi producono, lo studioso richiama l'unica pagina evangelica ove si fa applicazione del principio maggioritario, allorquando il popolo manda in croce Cristo liberando Barabba: sicché in base ad un'etica democratica, si dovrebbe esaltare il colpevole (Barabba) e condannare l'innocente per eccellenza (Cristo). Naturalmente quello che si critica non è il sistema democratico in sé, ma la tenden-

⁴⁶ N. McCormick, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, 2^a ed., a cura di V. Villa, Torino, 2001, pp. 265-266.

⁴⁷ G. Auriti, *Il valore del diritto*, Teramo, rist. 1996, p. 17.

za a considerare i sistemi maggioritari non come strumenti, bensì come parametri con cui misurare l'eticità delle scelte⁴⁸.

A ben vedere, l'incontro tra "morale" e "diritto" pone l'interprete davanti ad una rigida alternativa. Delle due l'una: o si ammette che l'ordinamento (civilistico) – declinando nell'intervenire con la sua funzione regolatrice – tuteli di per sé la morale, attribuendovi un ruolo certamente limitato dal punto di vista delle conseguenze, ma del tutto autonomo per quanto concerne la sua determinazione; oppure bisogna, altrimenti, ritenere che la morale operi nell'ordinamento nei soli limiti in cui quest'ultimo la definisce, ossia la morale è costituita soltanto da quelle regole (direttamente o indirettamente) desumibili dal sistema normativo vigente⁴⁹.

La prevalente dottrina⁵⁰ propende per la correttezza di quest'ultima tesi, nel senso che, mediante il riferimento al "buon costume", l'ordinamento mira a riconoscere certamente una sfera di autonomia⁵¹, nella misura in cui subordina, al rispetto delle regole dettate dalla morale, la conclusione delle convenzioni tra privati⁵². Accogliendo siffatta impostazione, la questione tende a diradarsi non di poco. Sarebbe, infatti, alquanto agevole identificare nella legge tutte quelle norme dirette a proteggere la morale e limitarsi quindi, in presenza di richiami al "buon costume", a pren-

⁴⁸ Si rinvia necessariamente alle pregnanti riflessioni di G. Zagrebelsky, *Il «crucifige!» e la democrazia*, 2ª ed., Torino, 2007, *passim*.

⁴⁹ In questo senso, E. Valsecchi, *Sulla pretesa immoralità del giuoco proibito e autorizzato*, in *Temi*, 1950, p. 518: «A tutto può giungere l'onnipotenza del legislatore, quindi anche a discriminare sul terreno della morale giuridicamente rilevante atti che in determinate circostanze sarebbero repressi per la loro immoralità, e per questo riflesso l'affermazione che la legge non può abrogare i *boni mores* si risolve in un'arguta petizione di principio».

⁵⁰ Unica quanto vistosa eccezione, è costituita dalla Scuola esegetica, in particolare dalle dottrine di Théophile Huc, su cui si v. *infra*, § 10, testo e note; sulle convincenti critiche mosse a tale impostazione, cfr. J. Saiget, *Le contrat immoral*, Paris, 1939, p. 44; nonché felicemente G. Panza, *Buon costume e buona fede*, cit., p. 39. Tuttavia, anche G.B. Ferri, *Ordine pubblico*, cit., pp. 78 ss., perviene a conclusioni non dissimili da quelle cui erano pervenuti gli Esegeti un secolo prima, sia pure con finalità diverse, che cioè non concernono la pretesa onnicomprensività del diritto positivo. La medesima tesi è, altresì, sostenuta da Id., *Qualificazione giuridica*, cit., p. 403.

⁵¹ Così, A. Ravà, *Istituzioni di diritto privato*, Padova, 1938, p. 13: «La morale è un principio regolatore di tutto il nostro contegno, sia di fronte a noi stessi, sia di fronte agli altri uomini, sia di fronte a tutti gli esseri della natura: ogni forma di nostra attività può essere sottoposta al criterio e alla valutazione morale. Il diritto invece si limita a determinare il nostro contegno in rapporto agli altri uomini con noi consociati, e lo determina solo in quanto è richiesto per rendere possibile la convivenza [...] assicurando la necessaria collaborazione di tutti per il raggiungimento dei fini collettivi».

⁵² Non bisogna, tuttavia, dimenticare che tale richiamo non ha nessuno scopo "pedagogico", ossia volto a promuovere la conclusione di contratti con particolari finalità, né tanto meno a diffondere la morale. L'unico scopo che, in tal senso, viene perseguito è quello di evitare che sia data forza legale all'immoralità (così giustamente, A. Trabucchi, voce cit., p. 700). Si ha, però, la sensazione che la dottrina, talvolta travisando siffatto limitato ruolo del "buon costume", vi attribuisca una funzione vagamente "educativa" (come lascia intendere G.B. Ferri, *Ordine pubblico*, cit., pp. 78 ss.; nonché G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, 1935, p. 41, laddove definisce il giudice *gardien de la morale publique*).

dere in considerazione questa “lista” di norme “moralì” desumibili per una determinata situazione di presunta immoralità⁵³.

Ben più arduo sarebbe, viceversa, intendere, la morale come un piano di analisi del tutto autonomo rispetto al diritto, tenendo conto non solo della notevole variabilità temporale del concetto – che è probabilmente un fattore consapevolmente voluto ed appositamente introdotto per attenuare la rigidità dell’impianto normativo civilistico⁵⁴ –, ma anche della difficoltà di determinare quale morale debba essere assunta a criterio valutativo della validità negoziale.

Peraltro, osservando la questione dell’incontro tra etica e diritto secondo altra prospettiva, possono essere individuate, in particolare, tre situazioni diverse in cui la regola morale entra in rapporto con il diritto. La prima di queste ipotesi è quella in cui l’enunciato normativo sia ispirato ai dettami della morale⁵⁵; nella seconda ipotesi, la regola giuridica “scavalca” la morale, introducendo nell’ordinamento determinate disposizioni che devono essere rispettate ancorché si pongano in contrasto con i principi della morale, o forse di una determinata morale⁵⁶. Nelle due situazioni appena descritte, è evidente la notevole *indipendenza* tra morale e diritto, o meglio: la regola giuridica *prescinde*, in linea assoluta, dalla valutazione morale, sottraendo a quest’ultima qualsiasi rilevanza sul piano degli effetti giuridici.

Da queste due ipotesi, occorre distinguere una terza. Talvolta l’ordinamento «si richiama ai principi morali, come elementi di integrazione dei principi giuridici»⁵⁷, utilizzando formule come *buona fede*, *correttezza*, *lealtà*, ma prima di tutto *buon costume*. In tali casi, la morale penetra nel discorso giuridico in modo diretto, e le sue regole vengono utilizzate come criteri valutativi. Di guisa che, il rapporto tra etica e diritto diviene problematico per le difficoltà, già segnalate, di offrire una definizione univocamente valida e (soprattutto) condivisa di “morale”.

⁵³ Secondo un’opera di interpretazione del diritto positivo ben descritta da G.B. Ferri, *Qualificazione giuridica*, cit., p. 403, che, per giudicare l’eventuale immoralità delle attribuzioni alla concubina, prende in considerazione tutta una serie di disposizioni di diritto costituzionale e penale. Sul punto, v. *infra*, § 9.

⁵⁴ In particolare di un codice che «nasce caratterizzato dall’insuperabile paradosso di essere elaborato su esperienze passate ed essere destinato a regolare esperienze future» (così, G.B. Ferri, *Ordine pubblico*, cit., p. 32).

⁵⁵ Molti esempi di norme derivanti da principi di carattere morale, talora sottolineati in sede giurisprudenziale, possono già ritrovarsi nello stesso codice civile. Per un’esauriente elencazione di tali ipotesi, cfr. G.B. Ferri, *o.u.c.*, cit., p. 89 ss.

⁵⁶ È l’esempio della l. 22 maggio 1978, n. 194, che ha regolamentato l’aborto a scopo terapeutico: nel qual caso, ogni (eventuale) valutazione di “immoralità” da parte dell’interprete perde di consistenza, a fronte di un’esplicita disciplina legislativa.

⁵⁷ G.B. Ferri, *o.l.u.c.*

6. Volendo dunque sintetizzare in una formula unitaria le diverse definizioni offerte dalla più recente dottrina, è plausibile sostenere che il “buon costume” consista in un *corpo di regole deontologiche, non formalizzate e pregiuridiche*⁵⁸.

In base all'attuale impostazione del problema, così come desumibile dalla menzionata formula, si può escludere una volta per tutte quell'itinerario percorso da quanti – non sufficientemente dissuasi dalle aspre critiche rivolte nei confronti della c.d. dottrina esegetica – hanno tentato di definire il “buon costume” indagando tra le righe dei testi di legge, o magari della Costituzione⁵⁹.

Non manca, tuttavia, chi ha recentemente osservato che «tutti i valori di buon costume sono contenuti (sono scritti, o sono impliciti) nella Costituzione»⁶⁰. Considerando la Carta costituzionale come la fonte di legittimazione di tutte le norme dell'ordinamento, si è sostenuto che l'essenzialità dei valori che essa riconosce impone che nessuno dei canoni di “buon costume” si ponga al di fuori del dettato costituzionale.

A ben vedere, l'opinione sembra forse non distinguere a sufficienza tra la non conformità alla Costituzione – che, ove riscontrata in sede giurisdizionale, potrà essere ritualmente devoluta al Giudice delle leggi – e la circostanza che un determinato principio (o valore) non sia contemplato dalla Costituzione. Ed invero, benché sia pacifico che attraverso il “buon costume” non possono insinuarsi nel diritto precetti non rispettosi della Carta costituzionale, ciò non toglie che esso ricomprenda anche una tavola di valori che oltrepassano quelli resi espliciti dal Costituente⁶¹.

Ulteriore argomento utile è, poi, la considerazione⁶² di chi evidenzia come tra l'entrata in vigore del codice civile e la promulgazione della Carta costituzionale fossero contrari ai *boni mores* tutti i contratti contrari al “buon costume” a partire dal 1948, circostanza che già da sola sarebbe sufficiente per confutare la tesi in parola.

⁵⁸ Il “buon costume” si presenta come: «una clausola elastica, generica, approssimativa con la tendenza a confondersi sempre più nell'ambito di applicazione dell'ordine pubblico. Il buon costume avrà allora una funzione residuale in tutte quelle ipotesi non riconducibili a norme specifiche o all'ordine pubblico e nelle quali siano individuabili più che regole di condotta, valori cui la condotta si deve uniformare» (così, nella limpida enunciazione di F. Mastropaolo, *Appunti sulla nozione di buon costume come limite per l'autonomia privata*, in *Iustitia*, 1995, p. 307 ss.).

⁵⁹ R. Sacco – G. De Nova, *Il contratto*, cit., p. 77. Un simile tentativo, alla luce dell'evoluzione del diritto, «non avrebbe senso» (C.E. Balossini, *L'accertamento*, cit., p. 152).

⁶⁰ F. Di Marzio, *I contratti in generale*, cit., p. 248.

⁶¹ In base alle risultanze dei lavori preparatori della Costituzione, emerge chiaramente che l'espressione “buon costume” venne preferita a quella di “pubblica moralità” proprio perché il riferimento a quest'ultima appariva tanto eccessivamente ampio quanto pericolosamente vago, così da risolversi in una sorta di delega in bianco a favore del legislatore ordinario (cfr. S. Grassi, *Rassegna sul concetto di buon costume nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, in Aa.Vv., *Orientamenti giurisprudenziali in tema di buon costume*, Roma, 1972, p. 15 ss.). Oltretutto, svariate disposizioni costituzionali attribuiscono specifica rilevanza giuridica a principi di natura etica, il che vale implicitamente ad escludere quegli stessi principi dall'area nozionale del “buon costume” (così, A. Pace, *La libertà di riunione nella Costituzione italiana*, Milano, 1967, p. 178).

⁶² R. Sacco – G. De Nova, *o.l.u.c.*

Non ultimo in ordine di importanza, non può sottacersi che il “buon costume” è preso in considerazione dal codice civile in senso negativo. Sotto questo profilo, la pretesa di una ricomprensione di valori nel dettato costituzionale appare non soltanto ingenua, ma pure inutile: ciò che assume rilievo è l’atto contrario al “buon costume”, cioè quell’ambito entro il quale la libertà negoziale si pone in contrasto con i *boni mores*. E la giurisprudenza, nell’applicazione del “buon costume”, può essere l’esempio più significativo di come esso non si presti ad un’elaborazione concettuale astratta, ma operi – oltrepassando agevolmente, come visto, le difficoltà che si incontrano sul piano teorico – in modo sufficientemente elastico nelle fattispecie concrete⁶³.

Una volta messa da parte l’impostazione di quanti assumono di individuare i canoni del “buon costume” mediante un’indagine del diritto positivo, si rende ora necessaria un’analisi delle altre possibilità che gli studiosi hanno proposto per riempire di significato il c.d. *buon costume contrattuale*.

7. Ecco, allora, che la dottrina – scartando la “via esegetica” – ha tentato di riscoprire il “buon costume” utilizzando percorsi alternativi. Schematizzando, possono essere individuate due principali tipologie di indagini, che hanno visto impegnati gli studiosi più che la giurisprudenza, la quale, come visto, non ha mai chiamato in causa categorie concettuali generali, limitandosi alla decisione del caso concreto sottoposto, volta per volta, alla propria attenzione.

Si può notare che, nonostante la diversità delle tesi prospettate, l’obiettivo della dottrina resta sempre lo stesso, ossia quello di evitare che la determinazione del “buon costume” sia rimessa alla valutazione soggettiva dell’interprete, tentando, in vari modi, di sottrarre a quest’ultimo margini di eccessiva discrezionalità⁶⁴. Il raggiungimento di questa meta può essere perseguito soltanto imponendo, a quanti si trova ad interpretare e ad applicare la legge, il rispetto di determinati parametri, affinché il suo giudizio prescindendo dalle sue personali opinioni e resti ancorato ad un criterio unico, e soprattutto prevedibile, anche per soddisfare indubbie esigenze di certezza del diritto.

Il dibattito si instaura nella dottrina più recente tra quanti ricerca l’essenza del “buon costume” in fonti “trascendenti” (*rectius*, metagiuridiche) – essenzialmente,

⁶³ Per un aggiornato repertorio giurisprudenziale di fattispecie negoziali giudicate illecite per contrarietà al “buon costume”, v. F. Di Marzio, *La nullità del contratto*, Padova, 2008, p. 396 ss.; cui aggiungasi, in tema di c.d. “maternità surrogata”, la recentissima ed articolata App. Bari, 13 febbraio 2009, in *Giur. merito*, 2010, I, p. 349, con ampio commento di M. Dell’Utri.

⁶⁴ L’apprezzamento della morale non è rimesso agli interessati, così come non deve essere compiuto in riferimento alla condizione sociale e patrimoniale delle parti; è, invece, ai precetti della morale collettiva che deve uniformarsi il giudice. L’autorevole rilievo di G. Oppo, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, p. 244, è stato proposto in relazione al discorso sull’accertamento del dovere morale come fondamento dell’obbligazione naturale, ma sembra possa valere anche per l’analisi qui condotta.

principi filosofici e, soprattutto, religiosi – e quanti invece, fedele alla tradizione sociologica, volge lo sguardo alla coscienza morale, siccome avvertita ed osservata in un determinato ambiente circoscritto.

Emerge così, *prima facie*, la contrapposizione tra le due diverse strade percorse dalla dottrina. Da una parte, si apre la possibilità di individuare il “buon costume” in una compagine di principi che, sia pure dotati di un certo margine di elasticità ed adattabilità all’evoluzione sociale, si presentano come immutabili e sempre validi. D’altra parte, si attribuisce all’interprete (non già un decalogo di valori, quanto piuttosto) il criterio in base al quale operare l’accertamento di una morale che, volta per volta, muta e si evolve ed è immersa nella sua caratteristica relatività spazio-temporale.

Converrà, anzitutto, accostarsi alla prima delle due accennate impostazioni, ossia a quella che, per comodità espositiva, può essere denominata richiamando il concetto di “fonti trascendenti”. In siffatta categoria, si possono collocare quegli interpreti che, muovendosi in diverse direzioni, hanno ricondotto il “buon costume” ad un insieme di valori metagiuridici fondando le loro tesi sull’indiscutibile prevalenza, nella morale sociale corrente, della tradizione da cui tali valori sono desunti.

Scartando fin da subito l’ipotesi di una morale derivante da un sistema filosofico o ideologico⁶⁵, ipotesi meramente accademica nel sistema vigente⁶⁶, l’attenzione si indirizza verso le correnti del giusnaturalismo cattolico⁶⁷, secondo cui la morale è volta a regolare, in un primo tempo, il rapporto intimo dell’uomo con la propria coscienza e con la divinità per assumere, solo in un secondo momento, rilevanza sociale⁶⁸. I principi che ordinano il rapporto dell’uomo con se stesso si rifletteranno

⁶⁵ Semmai configurabile – è opportuno sottolinearlo – in sistemi di tipo autoritario, in cui il riferimento al “buon costume” è stato forzatamente ricondotto a quel coacervo di principi che assicurano all’ideologia del potere costituito. Un valido esempio può essere la situazione creatasi nel secolo appena trascorso nei Paesi socialisti. L’argomento è affrontato diffusamente, sia pure dal versante pubblicistico, da G. Ajani, *Le fonti non scritte nel diritto dei Paesi socialisti*, Milano, 1985, spec. p. 73 ss.

⁶⁶ Il rilievo è di C.E. Balossini, *L’accertamento*, cit., p. 152 ss.

⁶⁷ L’espressione, idonea a contraddistinguere una corrente che va ben oltre il ristretto ambito di analisi della presente disamina, è già stata utilizzata, con riferimento al tema in oggetto, da G.B. Ferri, *Ordine pubblico*, cit., p. 67 ss.

⁶⁸ È interessante notare che contrapporre una morale cattolica “individuale” ad una morale laica “sociale” non è del tutto esatto. Spesso quanti si sono occupati dell’argomento hanno presentato le due tendenze come in reciproca opposizione, quasi che i principi della morale cattolica riguardassero esclusivamente l’individuo in rapporto con se stesso ed il trascendente, nel senso di un rapporto intimo e personale, giammai intersoggettivo. D’altra parte, i principi della morale laica trascurerebbero il rapporto interiore, concernendo unicamente le relazioni sociali. Anzitutto, per quanto riguarda quest’ultima, non ha senso affermare l’esistenza di regole valide per i rapporti interpersonali che non si riflettono anche, sotto determinati profili, nell’intima relazione con se stessi ed il “metafisico”. Inoltre, la morale cattolica, in sé e per sé considerata, concerne non solo il piano dell’interiorità in rapporto con il trascendente, ma anche tutto ciò che riguarda il modo di relazionarsi con gli altri, non solo in un’accezione strettamente “evangelica” (ad es., in tema di *caritas*: cfr. Mt

inevitabilmente nelle relazioni interpersonali, ma soltanto in un momento successivo ed esclusivamente come conseguenza di una coerente applicazione degli anzidetti principi⁶⁹. Così procedendo, la coscienza sociale si permea di valori trascendenti ed appare ardua distinguersela dalla morale religiosa.

Si tratta di teorie che raramente hanno trovato terreno fertile nella sistematica del diritto privato⁷⁰ e le ragioni di questa scarsa adesione possono essere almeno due. In primo luogo, il generale *principio di laicità* dello Stato⁷¹ ed i ripetuti richiami ad esso compiuti nelle più svariate occasioni dalla dottrina e dalla giurisprudenza finirebbero per trovarsi in contraddizione con un'eccessiva incursione della morale religiosa nei rapporti interprivati⁷², sia pure entro il limitato ambito dell'invalidità negoziale.

In secondo luogo, sul versante opposto, l'inconsapevole ed automatica trasposizione di valori religiosi nella coscienza sociale – risultato di secoli di storia europea

19, 19; Gv 13, 34-35), ma anche nel senso, più generale, di rapporti tra soggetti facenti parte di una collettività organizzata. In proposito, sia sufficiente fare riferimento al crescente interesse mostrato dalla Chiesa per le vicende politiche e sociali del mondo, fenomeno senz'altro non nuovo nella secolare quanto peculiare tradizione dei rapporti (non solo) con lo Stato italiano (sul punto, cfr. la bella ancorché risalente indagine di A. Piola, *La questione romana nella storia e nel diritto: da Cavour al Trattato del Laterano*, Padova, 1931, *passim*).

⁶⁹ A. Boistel, *Cours de philosophie du droit*, I, Paris, 1899, p. 151 ss. Si vedano, altresì, le osservazioni di G.B. Ferri, *Ordine pubblico*, cit., p. 70. V. anche *infra*, § 8.

⁷⁰ Analogamente sembra valere negli altri settori dell'ordinamento: in ambito penalistico, v., ad es., le osservazioni di G. Bettioli, *Sistema e valori nel diritto penale*, in *Jus*, 1940, p. 9, in cui si conclude evidenziando che: «i valori supremi della legislazione non vengono più ricercati su di un piano soprannaturale, ma si affida al diritto penale solo il compito di tutelare interessi e valori naturali derivanti da un sistema morale laico a carattere autonomo».

⁷¹ Il principio, emergente dagli artt. 2, 3, 7, 8, 19 e 20 cost., è più volte preso in considerazione quale “supremo” dal Giudice delle leggi (tra le più recenti, cfr. Corte cost., 25 maggio 1990, n. 259, in *Foro it.*, 1991, I, c. 3028; Id., 1 dicembre 1993, n. 421, in *Foro it.*, 1994, I, c. 14, con note di F. Cipriani e S. Lariccia ed in *Vita not.*, 1993, p. 1337, con nota di A. Finocchiaro; Id., 5 maggio 1995, n. 149, *ibid.*, 1995, I, c. 2042, con nota di F. Donati ed in *Giur. cost.*, 1995, p. 1241, con note di F. Politi, P. Spirito e G. Cosimo; Id., 31 maggio 1996, in *Giur. cost.*, 1996, p. 1635, con nota di A. Guazzarotti; Id., 20 novembre 2000, n. 508, in *Giur. it.*, 2001, p. 2228, con nota di F. Albo ed in *Giur. cost.*, 2000, p. 3965, con note di R. D'Alessio, M. Olivetti, B. Randazzo e P. Cavana; Id., 27 settembre 2001, n. 329, in *Giur. cost.*, 2001, p. 2779, con note di R. D'Alessio e A. Guazzarotti; Id., 26 febbraio 2002, n. 34, in *Giur. cost.*, 2002, p. 310; Id., 9 luglio 2002, n. 327, in *Giur. cost.*, 2003, p. 218, con nota di P. Spirito).

⁷² La medesima soluzione deve essere mantenuta negli ordinamenti che riconoscono il *principio di laicità*, fino al modello più radicale ravvisabile nel sistema francese, in cui dalla Rivoluzione del 1789 la religione viene ridotta a *une chose qu'on administre et qu'on réglemente*: v. C.E. Balossini, *L'accertamento*, cit., p. 146. È doveroso, tuttavia, puntualizzare che proprio la dottrina transalpina – quasi in reazione all'interpretazione del “buon costume” seguita dalla c.d. Scuola esegetica – si è spinta a conclusioni che poco si discostano da quelle del giusnaturalismo cattolico. Tra gli altri studiosi che si inscrivono in questa tendenza (come Mazeaud e Dorat des Monts), cfr. G. Ripert, *La règle morale*, cit., p. 79: «les tribunaux qui se trouvaient en présence des faits, et devant qui défilaient des êtres mus par des motifs lamentablement vils, avaient le devoir de maintenir la règle que de longs siècles de morale chrétienne ont imposée à la société et qu'ils sont chargés de défendre».

– ha reso il “sentire comune” fortemente permeato di principi ad essi ispirati, così che diviene difficoltoso per l’interprete scindere il canone etico laico dal canone religioso⁷³. In questa prospettiva, una stessa compagine di valori di matrice indubbiamente cristiana, considerata la sua penetrazione nella coscienza della collettività, potrà validamente essere presa a riferimento senza, tuttavia, che sia rimarcata la sua valenza religiosa⁷⁴.

Proprio facendo leva, implicitamente, su quest’ultima osservazione, è stata prospettata una teoria rilevante ai fini della presente analisi: essa si colloca in una posizione intermedia tra l’atteggiamento di quanti conferiscono significato alla clausola del “buon costume” richiamando valori trascendenti e l’opinione di chi ritiene, invece, imprescindibile il riferimento alla morale pubblica corrente. Muovendo dalla considerazione dell’indubbia influenza dei valori cristiani sulla coscienza sociale, si è giunti a sostenere che il rinvio effettuato dal legislatore mediante l’inserzione della clausola dei *boni mores* sia riferito non a «delle vaghe opinioni, più o meno diffuse, o seguite dai più o meno *boni homines*, bensì a quel complesso di norme etiche [...] rappresentato dalla morale cristiana»⁷⁵.

Sebbene i risultati concreti, a cui si perviene seguendo tale impostazione, non siano del tutto scorretti, l’opinione appare poco decisiva. L’equivoco in cui essa incorre è ben comprensibile semplificando il ragionamento sviluppato dai relativi fautori. In primo luogo, si osserva che il legislatore, con il rinvio al “buon costume”, intende richiamare i principi della morale sociale corrente; in secondo luogo, si evidenzia che tale morale, nel contesto storico e sociale in cui si colloca il codice civile vigente, è senz’altro dominata in senso prevalente dai valori cristiani⁷⁶; dunque – si conclude – il rinvio della legge è senz’altro diretto ai valori cristiani.

Non sembra, tuttavia, essere stata questa l’intenzione che ha determinato il Codificatore del 1942, e lo stesso pare possa valere anche negli altri ordinamenti: come puntualizza la dottrina maggioritaria occupatasi dell’argomento, il “buon costume” è un tipico esempio di clausola generale, intenzionalmente imprecisa e suscettibile

⁷³ Ma non solo in Europa: nell’esperienza nordamericana si è affermato che, nel discorso sull’immoralità, un’ulteriore complicazione deriva dall’influenza del diritto ecclesiastico, rilevante soprattutto nelle questioni concernenti la vita familiare e sessuale. Tale fenomeno ha finito per: «to mix up the principles of ordinary social morality with considerations of a different kind, and with the help of those considerations to push them sometimes to extreme conclusions» (l’interessante opinione si deve a F. Pollock, *Principles of contract at law and in equity*, New York, 1906, p. 333).

⁷⁴ Si immagini l’ipotesi della prostituzione: seppure sia incontestabile il notevole contributo apportato dai precetti della religione cristiana, è fuori discussione che, attualmente, siano anche altri i parametri (si pensi, per tutti, alla tutela della salute pubblica a seguito della scoperta di nuove gravissime patologie correlate a tale pratica), alla cui stregua attribuire una valutazione negativa del fenomeno del meretricio.

⁷⁵ A. Trabucchi, voce cit., p. 703.

⁷⁶ Sull’influenza della religione cristiana sulla morale pubblica, cfr. G. Ripert, *La règle morale*, cit., p. 32; nonché G.B. Ferri, *Ordine pubblico*, cit., p. 77, nota 64.

di un adattamento continuo all'evoluzione sociale⁷⁷. Sebbene, infatti, appaia certamente corretto il rilievo circa la notevole influenza dei valori cristiani sulla morale sociale, la teoria non potrebbe risolversi in un'equazione: «una cosa è constatare, sul piano storico, un'approssimativa coincidenza effettiva; altra cosa è sostenere l'esistenza di un rapporto di necessità»⁷⁸.

Peraltro, sembra opportuno dare conto di una conseguenza che deriva dall'impostazione teorica qui ripercorsa. Se la morale che l'ordinamento prende in considerazione è un insieme di principi ben determinati, propri di un credo religioso o di una certa ideologia, ciò starà a significare che il diritto agirà come difensore di una precisa religione ovvero di un determinato pensiero filosofico o politico⁷⁹. Morale e diritto, dunque, sarebbero così destinati ad operare non più su due piani distinti, come dovrebbe accadere⁸⁰, ma l'ordinamento finirebbe, in un certo senso, per doversi adeguare alla morale ed agire su di un piano subordinato, se non addirittura ad esso strumentale.

I rilievi sollevati in precedenza, in relazione all'importanza del principio di laicità nel sistema giuridico italiano, risultano, di per sé, sufficienti per escludere una simile eventualità⁸¹.

8. All'impostazione dianzi descritta ispirata, almeno nell'ordinamento italiano, al giusnaturalismo di matrice cattolica, si contrappone un metodo di individuazione della morale che utilizza parametri di accertamento essenzialmente tecnico-storici⁸². Secondo una prospettiva del tutto diversa, questa seconda opinione nega la possibilità che il Codificatore del 1942, con l'introduzione della clausola del "buon costume", abbia voluto inserire un richiamo ad un sistema "trascendente" di valori assoluti, ovvero ad una distinzione tra "bene" e "male" in un ordine superiore⁸³.

⁷⁷ V., per brevi osservazioni e cospicua bibliografia, G. D'Amico, *Libertà di scelta del tipo contrattuale e frode alla legge*, Milano, 1993, p. 137 ss.; nonché R. Romboli, *Delle persone fisiche*, cit., p. 232, il quale individua nel "buon costume" un «concetto polmone» con cui è possibile ottenere delle innovazioni sostanziali senza modifiche formali della normativa. La natura di clausola generale non è sufficiente per giustificare l'eccessiva indeterminazione del "buon costume": le difficoltà si pongono, infatti, anche nell'indagine diretta ad offrire una definizione, *hic et nunc* delimitata.

⁷⁸ È l'osservazione, che si rivela decisiva ai fini della critica della teoria del Trabucchi, di C.E. Balossini, *L'accertamento*, cit., p. 150.

⁷⁹ A. Boistel, *Cours de philosophie du droit*, cit., II, p. 229 ss., il quale ritiene che lo Stato debba essere *au service de la morale*.

⁸⁰ Qualificare un determinato comportamento "giusto" o "ingiusto", in relazione all'ordinamento giuridico, non è lo stesso che giudicarlo "morale" o "immorale", oppure "buono" o "cattivo" (così, H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, Torino, 1965, p. 185).

⁸¹ V. *supra*, nota 61.

⁸² Le origini di questo orientamento dottrinale si ritrovano indubbiamente nella c.d. Scuola esegetica.

⁸³ G.B. Ferri, *Ordine pubblico*, cit., p. 76. Sostanzialmente in sintonia anche F. Ferrara sr., *Teoria del negozio illecito*, cit., p. 33, il quale precisa che per "morale" bisogna intendere «non la morale passata, ma la morale

I *boni mores*, in questa prospettiva, si identificano con quel sistema di valori avvertiti come propri in una determinata collettività, poiché la morale deve «realizzarsi nella coscienza laica e civile dell'individuo, considerato non un'isola a sé stante, che il rapporto con la divinità rende autosufficiente, svincolato per così dire dalla storia e dal tempo; ma dell'individuo in quanto membro della collettività»⁸⁴. Il “buon costume” si identifica, allora, con quell'insieme di valori che, nell'ambito di un determinato contesto sociale, sono percepiti e praticati, o comunque ritenuti dalla generalità come doverosi di considerazione ed osservanza. Il mancato rispetto della regola morale, da intendersi come norma non formalizzata e pregiuridica⁸⁵, determina non già una sanzione comminata dall'ordinamento, bensì il biasimo da parte dei consociati e l'intimo rimorso.

In questo senso, l'interprete non può pretendere di individuare un insieme di principi, astratti ed assoluti, alla cui stregua valutare la conformità alla morale di un determinato comportamento (*rectius*, in relazione ad un determinato atto negoziale), ma la sua indagine dovrà necessariamente essere rivolta, come già sottolineato, alla realtà sociale⁸⁶. Si può, dunque, cogliere appieno quel carattere di adattabilità all'evoluzione sociale, tipica della nozione di “buon costume”, così come delle altre clausole generali. La conformità della convenzione interpretata alla moralità deve necessariamente essere intesa in rapporto al tempo ed al contesto storico nel quale l'interprete si trovi ad operare. Il “buon costume” assume, così, un carattere peculiare di relatività e flessibilità.

Come si è puntualizzato nel distinguo tra i parametri richiesti ai fini dell'accertamento dell'*uso* e quelli necessari ad individuare il *buon costume*⁸⁷, questa contestualizzazione imposta all'interprete non si compie con il ricorso a criteri statistici: occorrerà fare riferimento a quell'insieme di valori considerati doverosi di rispetto dal sentire comune, i valori cioè che danno origine a quella che può essere definita coscienza sociale⁸⁸.

presente, non la morale teorica, ma la morale pratica, non la morale religiosa, ma la morale civile, non la morale internazionale, ma la morale locale, non la morale individuale, ma la morale obbiettiva e generale». Dello stesso avviso anche E. Betti, *Teoria generale*, p. 382, il quale puntualizza come la valutazione della moralità prescinda da un'etica particolare, religiosa o filosofica, consistendo viceversa in quelle esigenze etiche della coscienza sociale collettiva.

⁸⁴ È il corretto e significativo rilievo di G.B. Ferri, *Ordine pubblico*, cit., p. 70, che successivamente – come si vedrà in seguito – perverrà tuttavia a conclusioni alquanto divergenti.

⁸⁵ R. Sacco – G. De Nova, *Il contratto*, cit., p. 79.

⁸⁶ Dunque, la morale affonderà le sue radici nella storia e nell'economia, nelle tradizioni e nelle ideologie politiche e persino in quei fattori geografici e climatici che assumono rilievo nell'evoluzione sociale (ancora, G.B. Ferri, *Ordine pubblico*, cit., p. 70 ss.).

⁸⁷ Per cui, v. *supra*, §§ 3 e 4.

⁸⁸ Vi è poi chi, pur accogliendo l'opinione in parola, evidenzia i caratteri scientifici e razionali della morale stessa, forse travisando la funzione stessa dei *boni mores*: cfr. L. Lévy-Bruhl, *La morale et la science des mœurs*,

In questa seconda prospettiva, non è più in discussione il rapporto esistente tra morale e diritto. Intendendo la morale come la coscienza sociale⁸⁹, peculiare di un certo contesto storico, non ha più senso chiedersi se sia possibile attribuire all'ordinamento una funzione di tutela che lo pone ad un livello subordinato rispetto alla morale: non vi sono principi assoluti da proteggere, ma soltanto una coscienza sociale che muta e si evolve costantemente. Diritto e morale si muovono su due piani distinti: il primo non è subalterno alla seconda e non deve (necessariamente) difenderla⁹⁰, sebbene sia inevitabile che talvolta intervengano reciproci condizionamenti⁹¹. La morale troverà spazio nell'ordinamento solo nella misura in cui quest'ultimo farà ad essa rinvio, ed opererà soltanto nei limiti stabiliti dalla norma giuridica⁹².

9. Per riepilogare, può affermarsi che sembra condivisibile quell'opinione, ormai invalsa in dottrina⁹³, secondo cui il "buon costume" si identificherebbe con la morale sociale corrente, e quindi occorre superare sia l'orientamento di quanti – nel solco della dottrina esegetica francese – pretendono di ritrovare nello stesso diritto positivo i riferimenti per individuare il contenuto dei *boni mores*; sia le tesi per le quali l'intenzione del legislatore sarebbe stata quella di rinviare, con l'introduzione del "buon costume", ad un sistema di valori assoluto come, ad es., quello della religione cristiana.

D'altra parte, talvolta gli interpreti proprio non riescono ad accettare che nell'ordinamento siano presenti clausole la cui applicazione determina conseguenze potenzialmente imprevedibili, almeno in teoria, alla luce del solo diritto positivo. La nozione c.d. "tecnico-sociologica" di "buon costume", appena esposta, evidenzia infatti il difetto di non essere semplificabile in quegli schemi e classificazioni, cui il ragionamento giuridico è tradizionalmente affezionato.

Paris, 1905, p. 129 ss.; nonché A. Bayet, *La morale scientifique. Essai sur les applications morales des sciences sociologiques*, ivi, 1907, p. 5 ss.

⁸⁹ Già Emilio Betti discorreva di "coscienza sociale", intendendo con tale termine nient'altro che l'opinione pubblica (cfr. E. Betti, *Teoria generale*, cit., p. 382).

⁹⁰ Resta fuori discussione che – come si rileva da più parti (v., *ex aliis*, F. Ferrara sr., *Teoria del negozio illecito*, cit., p. 5 ss.; G.B. Ferri, *Ordine pubblico*, cit., p. 78 ss.; A. Trabucchi, voce cit., p. 700) – il diritto veda nella morale una delle sue *sources* più importanti (così, A. Colin – H. Capitant – L. Julliot de la Morandière, *Traité de droit civil*, I, Paris, 1957, p. 10). Per una recente panoramica, cfr. A. Donati, *I valori della codificazione civile*, Padova, 2009, spec. p. 83 ss.

⁹¹ In particolare, è innegabile che l'evolvere dei costumi assuma rilievo con riguardo all'individuazione dei valori che l'ordinamento intende tutelare. Sul punto, si rimanda alle opportune osservazioni di A. Sicari, *Prostituzione e tutela giuridica della schiava*, Bari, 1991, p. 10.

⁹² G.B. Ferri, *Ordine pubblico*, cit., p. 76, il quale evidenzia come una possibile intromissione della morale nel diritto resti subordinata al rispetto della «tecnica rigorosamente formale della recezione».

⁹³ E. Betti, *Teoria generale*, cit., p. 382.

In altri termini, accogliendo quest'ultima tesi si finisce, sotto certi aspetti, per attribuire alla morale un ruolo autonomo, o meglio un'operatività incontrollabile alla luce del dato normativo⁹⁴. Sicché, a differenza delle impostazioni prima escluse, in questa prospettiva risulta impossibile individuare un'elencazione tassativa (o quantomeno approssimativamente completa) di contratti *contra bonos mores* alla luce del diritto positivo, anche perché – come si è rilevato⁹⁵ – se lo avesse ritenuto opportuno, vi avrebbe già provveduto lo stesso legislatore⁹⁶.

Queste incertezze, che inducono a non condividere neppure la nozione c.d. “tecnico-storica”, sono ben espresse nelle pagine di Giovanni Battista Ferri⁹⁷, tra le più importanti, insieme a quelle del compianto Maestro qui ricordato, dedicate al “buon costume” nel diritto privato. In estrema sintesi, l'illustre studioso mostra perplessità dinanzi ad una definizione di “buon costume” svincolata da qualsiasi riferimento normativo, tesa viceversa ad accogliere quella valutazione sociale di «cosa è buono e cosa non è buono», senza possibilità di correggerla alla stregua di un qualche parametro ben definito. In tal modo – si è sostenuto – il diritto privato abdicerebbe dalla sua funzione regolatrice della libertà negoziale, rimettendosi all'opinione del comune sentire sociale: il “buon costume” opererebbe, cioè, alla stregua di una legittimazione della realtà di fatto⁹⁸.

⁹⁴ Sollevando, eventualmente, anche problemi di “certezza del diritto”, come ha correttamente rilevato L. Gambigliani-Zoccoli, *Negozi illeciti per contrarietà al buon costume*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, II, p. 164.

⁹⁵ A. Trabucchi, voce cit., p. 705.

⁹⁶ Non a caso la dottrina, laddove nell'esaminare il “buon costume” ha proposto esempi pratici di negozi immorali, si è sempre premurata di specificare come fosse impossibile un'elencazione tassativa, limitandosi solo ad una rassegna, benché approfondita ma «senza pretese di completezza» (A. Trabucchi, voce cit., p. 705; A. Guarneri, voce cit., p. 125), delle fattispecie frequentemente sottoposte all'attenzione della giurisprudenza (v. anche *supra*, nota 63). Così, G. Ripert, *La règle morale*, cit., p. 45, dopo aver escluso la possibilità di una classificazione di contratti immorali, si limita a proporre una *recueil de jurisprudence*.

⁹⁷ Ci si riferisce a G.B. Ferri, *Ordine pubblico*, cit., p. 78 ss.

⁹⁸ Così, J. Saiget, *Le contrat immoral*, cit., p. 61 ss., nella sua critica alla concezione sociologica del “buon costume”. Allo stesso modo di Giovanni Battista Ferri, nel contestare la nozione sociologica di “buon costume” (che, tuttavia, nell'Ottocento francese si era spinta verso conseguenze più estreme rispetto alle tesi italiane di cui si è detto *supra*, § 8, avvicinandosi quasi ad identificare i *bonnes mœurs* con gli “usi”), il giurista transalpino accusa l'assenza di parametri fissati dal diritto positivo nella determinazione di una clausola di notevole importanza nel complesso dell'ordinamento civilistico, essendo essa volta a delimitare la libera contrattazione. Non molto diversa appare la critica di R. Saleilles, *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand (Art. 116 à 144)*, Paris, 1901, p. 282, il quale sostiene che il giudice «ne peut et ne doit s'élever à ce qui devrait être qu'en prenant pour base ce qui est», onde non è possibile far coincidere i *boni mores* con il *sentiment populaire*. A ben vedere, anche chi più recentemente ha condiviso la tesi qui sostenuta, mantiene un'ingiustificata diffidenza rispetto all'operato giudiziale. Non sembra, infatti, dirimente affermare che: «bisogna ammettere che lo stesso rinvio al buon costume, operato dal legislatore in molteplici disposizioni [...] male armonizza con il valore fondamentale della certezza del diritto: infatti, è illusorio ritenere che, dovendo il giudice procedere ad una determinazione rigorosa di quale sia la coscienza collettiva di una certa comunità in un dato ambiente e momento storico, le sue convinzioni personali possano non svolgere alcuna influenza sul concreto apprezzamento della fattispecie de-

È opportuno rilevare che le argomentazioni addotte contro la tesi c.d. “tecnico-storica” fanno leva anche sulla presenza dell’aggettivo “buono”, con cui il nostro legislatore, sulla scia della soluzione adottata in Europa fin dalla codificazione ottocentesca⁹⁹, ha contraddistinto il “costume”. Ci si chiede, in altre parole, in che modo sia possibile valutare la “bontà” del costume.

L’unico parametro di giudizio, secondo l’insigne studioso, non può che essere l’insieme di principi desumibili da una visione complessiva dell’ordinamento, quella *Rechtsmoral* che si distingue dalla mera prassi sociale: il legislatore vuole, cioè, riferirsi al “buon costume” intendendo quegli «aspetti del costume che più particolarmente e intensamente aderiscono al disegno di organizzazione sociale che il sistema dell’ordinamento giuridico ha come punto di riferimento e che, dunque, intende realizzare»¹⁰⁰. Soltanto in questo senso, secondo la tesi in parola, è possibile individuare – passando dal piano fenomenologico al piano deontologico¹⁰¹ – un qualche «dover essere», alla cui stregua distinguere il costume “buono” dalla mera morale del conformista¹⁰².

Nonostante le semplificazioni operative che il suo accoglimento determinerebbe¹⁰³, siffatta impostazione, pur non riconducendosi espressamente ai tentativi esege-

dotta nel processo» (così, S. Delle Monache, *Il negozio immorale tra negazione dei rimedi restitutori e tutela proprietaria. Per una riflessione sul sistema traslativo dei diritti*, Padova, 1997, p. 233, nota 168).

⁹⁹ L’art. 1133 *Code Napoléon* menziona i *bonnes mœurs*, sancendo che «la cause est illicite quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l’ordre public»; analogamente il § 138 BGB richiama i *gute Sitten*, disponendo che «ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig», con l’unica differenza – rispetto alla soluzione francese ed italiana – che è escluso un richiamo all’ordine pubblico. Sul punto, v. R. Saleilles, *De la déclaration de volonté*, cit., p. 271; più in generale, K. Simitis, *Gute Sitten und ordre public*, Marburg, 1960, *passim*.

¹⁰⁰ G.B. Ferri, voce *Ordine pubblico: II dir. civ.*, *Enc. giur. it.*, V, Roma, 1988, p. 4. Come accennato in precedenza, l’A. revisiona l’espressione secondo cui il “buon costume” rappresenterebbe «una finestra sull’ordine etico» (v. *supra*, nota 2).

¹⁰¹ Si tratta di un passaggio necessario, tenendo conto che il “buon costume” non si identifica con un criterio *fenomenologico* suscettibile di semplice accertamento, ma con un criterio *deontologico* prodotto di una valutazione morale (E. Betti, *Teoria generale*, cit., p. 382 ss.); nonché le osservazioni svolte *supra*, §§ 1 e 2, non possono che avvalorare siffatta considerazione.

¹⁰² Non distinguere tra “costume” e “buon costume” può dare luogo ad evidenti fraintendimenti. Un chiaro esempio della fondatezza di siffatto assunto emerge dal caso deciso dal tribunale lariano, cit. *supra*, nota 36. Nella motivazione si discute dell’illiceità del contratto di raccomandazione presso la pubblica amministrazione, e si afferma «esser costume a Roma caldeggiare a pagamento pratiche amministrative e stipulare con i clienti contratti di raccomandazione con tariffe percentuali». L’annotatore, considerando “costume” come sinonimo di “buon costume”, solleva il problema relativo alla variabilità del “buon costume” in relazione a parametri (non solo temporali, ma anche) geografici. A ben vedere, l’organo giudicante non intendeva affermare che in Roma è conforme al “buon costume” – e dunque viene ritenuta generalmente morale e lecita – la pratica di richiedere raccomandazioni onerose presso la pubblica amministrazione, bensì semplicemente ne rilevava la frequente ricorrenza, dunque restando su un piano puramente ontologico, piuttosto che deontologico.

¹⁰³ Richiamando una morale che, per quanto divergenti possano essere le interpretazioni proponibili, poggia su una base solida e ben definita di diritto positivo, l’opera dell’interprete ne risulterebbe facilitata, poiché egli potrebbe del tutto prescindere da un’analisi volta ad individuare le valutazioni sociali correnti.

tici di incanalare i parametri di valutazione del “buon costume” nel diritto positivo, di fatto produce le stesse conseguenze sul piano operativo. Un riprova è desumibile da alcune osservazioni sul punto che la stessa autorevole dottrina dedica, in altra sede, all’argomento¹⁰⁴.

L’Autore ha affermato che l’ordinamento – come in tutti gli altri casi in cui, anziché definire in modo preciso un determinato valore, preferisce ricorrere ad una clausola generale – non può accogliere, mediante l’inserzione della nozione del “buon costume”, «a scatola chiusa, tutto ciò che si produce nella realtà sociale», poiché, così operando, esso perderebbe la sua ragion d’essere, ossia il presentarsi come un sistema di valori che i consociati devono rispettare. L’ordinamento giuridico nel suo insieme, infatti, esprime e fa propri alcuni fondamentali valori etici ed è ad essi che bisogna guardare ogniqualvolta si renda necessaria la definizione dell’ambito del “buon costume”, tenendo dunque al di fuori di tale ambito quegli altri valori che, sebbene diffusi nella società, non si conformino a quanto sia desumibile dai principi esprimenti la morale prescelta dal sistema giuridico.

Dopo queste premesse teoriche, l’insigne studioso esamina l’ipotesi concreta sottoposta alla giurisprudenza nella decisione annotata, ove si poneva il problema della qualificazione del c.d. rapporto di “concubinato” (nella specie, il punto controverso verteva sull’eventuale configurabilità di un’obbligazione naturale nel trasferimento immobiliare attuato in favore della convivente).

L’analisi prende subito in considerazione l’art. 29 Cost.¹⁰⁵, gli artt. 560 ss. c.p.¹⁰⁶, e l’intero Capo I del Titolo XI del II libro del codice penale e da tali disposizioni si evince che, alla luce del diritto positivo, «l’unica forma di convivenza ritenuta attualmente accettabile sotto un profilo morale e sociale [...] è quella che si fonda sul matrimonio; ogni altra forma di convivenza che si ponga in contrasto e in violazione dell’istituto matrimoniale è considerata illecita».

Resta l’interrogativo se, così procedendo, non si rischi di perdere quella tipica funzione di adeguamento al continuo evolversi sociale, che dovrebbe essere propria delle clausole generali, finendo con il riaffermare, ad un secolo di distanza, quanto sostenevano gli esegeti del *rien que la loi*. Non poche analogie sembrano, infatti, ravvisabili tra il metodo di valutazione della contrarietà al “buon costume” seguito nella circostanza e quello che – un secolo prima – era descritto da Huc¹⁰⁷.

¹⁰⁴ G.B. Ferri, *Qualificazione giuridica*, cit., p. 403.

¹⁰⁵ Secondo cui «la Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio».

¹⁰⁶ Che, peraltro, pochi mesi dopo la redazione del contributo recante la tesi in parola, sono stati dichiarati costituzionalmente illegittimi (Corte cost., 19 dicembre 1968, n. 126, in *Giur. cost.*, 1968, p. 2175, con note di F. Modugno e R. Zaccaria).

¹⁰⁷ T. Huc, *Commentaire théorique & pratique du code civil*, I, Paris, 1894, I, sub art. 6, pp. 172, ss.

10. Théophile Huc, ultimo esponente al tramonto della c.d. “scuola esegetica”, assumeva di individuare i parametri alla cui stregua ricostruire il contenuto dei *bonnes mœurs*¹⁰⁸ all’interno dello stesso codice civile. In conformità con la pretesa auto-sufficienza che la dottrina del tempo attribuiva al diritto positivo, il giurista francese escludeva che il legislatore avesse voluto in qualche modo delegare un parametro della disciplina contrattuale alla coscienza sociale o, ad ogni modo, ad un *quid novi* non compreso nel testo di legge. Tale considerazione era, a maggior ragione, incontestabile per un criterio che fungeva da limite all’autonomia negoziale: una barriera, cioè, ad una di quelle libertà celebrate nel primo grande codice civile della storia.

L’Autore, partendo dalla sua definizione di “buon costume” (*habitudes acquises pour le bien en tant qu’elles sont protégées ou déterminées par les lois positives*), desumeva dall’ordinamento del tempo cinque differenti ordini di valori che, se violati da una convenzione interpretata, determinano una situazione di immoralità, ossia di contrarietà ai *bonnes mœurs*¹⁰⁹. In particolare, si trattava della protezione del matrimonio come origine della famiglia (alla stregua delle norme che attribuivano uno *status* inferiore ai figli naturali rispetto a quelli legittimi); del rispetto della pubblica decenza (tenuto conto delle sanzioni dell’oltraggio al pudore); della tutela dei diritti patrimoniali (considerate, tra l’altro, le norme che condannano il gioco d’azzardo); del rispetto dei principi rivoluzionari (posti alla base dell’ordinamento giuridico del tempo); nonché della protezione della buona fede (in relazione alle norme che sanzionano dolo e violenza nei rapporti interprivati).

È evidente che – com’è possibile dedurre da queste considerazioni dell’Autore francese – accogliendo la soluzione proposta dalla scuola esegetica viene meno l’esigenza di distinguere tra “buon costume” e “costume” *tout court*, essendo la legge a prescrivere le singole ipotesi in cui una certa convenzione è immorale. Ma l’insufficienza della teoria appena illustrata rispetto ai fondamenti della dottrina degli esegeti francesi è fin troppo evidente: sebbene, infatti, tali differenti fattispecie di immoralità siano state dedotte dalla legge, restano nebulosi i criteri per riconoscerle e ricavarle dai testi normativi, nonché per individuare una loro eventuale abrogazione.

¹⁰⁸ Di cui all’art. 1133 *Code Napoléon*. Oltre alla riportata disposizione, il codice transalpino fa riferimento al “buon costume” – unitamente o disgiuntamente dalla legge e dall’ordine pubblico – in altre norme: v. artt. 6 («On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l’ordre public et les bonnes mœurs»), 900, 1387, 1172.

¹⁰⁹ In conclusione, successivamente all’esposizione di tali diverse ipotesi, afferma che: «donc toute convention, clause particulière ou combinaison qui tendrait à fonder ou à favoriser en état de concubinage, à faciliter ou encourager la prostitution ou l’intempérance, à faciliter le jeu ou la loterie, sous prétexte de courses de chevaux ou de toute autre manière, à réagir contre les principes de 89, à détruire la liberté ou la bonne foi dans les contrats, à paralyser la liberté du commerce ou de l’industrie, sera une convention contraire aux mœurs ou aux bonnes mœurs, et devra à ce titre être annulée ou réputée non écrite, selon les cas».

È evidente la debolezza della tesi esposta¹¹⁰. A parte l'impossibilità di accettare come esaustiva una classificazione non espressamente prevista dalla legge (*a fortiori*, se ci si pone nell'ottica della stessa dottrina esegetica francese), è chiaro che in tal modo non si perviene all'obiettivo che l'Autore si era prefisso, ossia quello di offrire una definizione esauriente di "buon costume" alla luce del diritto positivo vigente. Ciascuna delle ipotesi "tipizzate" può, invero, essere elasticamente estesa o ristretta a seconda della convinzione che ogni singolo interprete ha di ciò che è "morale" (ad es., per quanto riguarda la pubblica decenza: *où commence, où finit le respect de la décence publique*?¹¹¹), di fatto ritornando allo stesso punto di partenza. Inoltre, non sembra ammissibile il metodo con cui l'Autore pretende di far derivare principi generali da norme dettate per esigenze particolari (si prendano, ad es., quelle che assicurano uno *status* superiore ai figli legittimi rispetto a quelli naturali)¹¹².

Senza dilungarsi ulteriormente, è opportuno evidenziare che le perplessità da ultimo segnalate sono il frutto, a ben vedere, di un fraintendimento della *ratio* che il legislatore ha attribuito alla contrarietà ai *boni mores*, o meglio da una sua sopravvalutazione.

Fino a quando si continua ad attribuire al "buon costume" una funzione *lato sensu* pedagogica¹¹³, non si potrà mai ammettere che esso si identifichi con la coscienza sociale: in tale ottica, infatti, sarebbe davvero arduo accettare che la legge deleghi alle generali opinioni dei consociati la determinazione di un insieme di valori aventi uno scopo formativo per la società medesima. L'errore, tuttavia, si annida nel sopravvalutare la funzione del divieto di contrarietà ai buoni costumi intesa dal legislatore.

In realtà, in tale regola non è ravvisabile alcuna finalità educativa: non si tratta di perfezionamento morale¹¹⁴, la legge non si propone di moralizzare, ma si limita sol-

¹¹⁰ Ma in tema, v. sempre T. Huc, *Commentaire théorique*, cit., VII, *sub* art. 1113, p. 116.

¹¹¹ J. Saiget, *Le contrat immoral*, cit., pp. 44 s.

¹¹² Così, con il consueto acume, G. Panza, *Buon costume e buona fede*, cit., p. 39. La debolezza della tesi è, altresì, confermata da un'obiezione sollevata da M. Sioufi, *Essai sur le critérium et la nullité des obligations immorales et illicites*, Thèse, Paris, 1925, riportata da J. Saiget, *Le contrat immoral*, cit., p. 46 ss. In particolare Sioufi, ragionando per assurdo, evidenzia che se si pretende di far discendere, dalle disposizioni che pongono su due diversi livelli di tutela i figli legittimi rispetto ai figli naturali, il principio per cui il legislatore predilige il matrimonio rispetto al concubinato, detto principio non sarà più valido allorché inter venga una modifica di legge che parifichi i due *status*. Non si può pretendere di far discendere i principi generali dalla legge (*rien que loi*), ancorché *lato sensu* intesa; essi talvolta oltrepassano la legge, o quantomeno vengono prima della legge. Allo stesso modo, anche le altre quattro proposizioni di Huc vengono confutate dalle argomentazioni di Sioufi.

¹¹³ Così come afferma Giovanni Battista Ferri: «la funzione didattica è quindi, con la funzione impeditiva, l'altro dei momenti necessari, come del resto accade per ogni valore deontologico» (G.B. Ferri, *Ordine pubblico*, cit., p. 86).

¹¹⁴ A. Trabucchi, voce cit., p. 700.

tanto ad impedire l'immoralità che per svolgersi si serva degli strumenti giuridici¹¹⁵, rifiutando di prestare la sua assistenza ai negozi che la morale disapprova¹¹⁶. Sotto questo profilo, si potrà anche ritenere che la morale presa in considerazione dal legislatore sia quella degli "uomini dabbene", ma intendendo in tal modo non già una certa *élite* di soggetti aventi un'etica superiore, bensì la coscienza sociale dell'uomo medio, non essendoci alcuno scopo di miglioramento sociale¹¹⁷.

Una volta ridimensionato il ruolo che il "buon costume" (contrattuale) assume nel sistema giuridico, risulta meno problematico (e non suscita perplessità) accettare che esso consista in un criterio "metagiuridico", completamente svincolato dalla valutazione dell'ordinamento che vi fa riferimento, ed esclusivamente riconducibile ai canoni della coscienza sociale¹¹⁸.

Ciò, inoltre, testimonia con chiarezza lo stretto rapporto che si instaura tra *ratio* e contenuto dei *boni mores*: una corretta determinazione della nozione di "buon costume" non può prescindere dalla giusta individuazione della sua funzione all'interno dell'ordinamento, come limite (negativo) dell'autonomia negoziale. La dottrina maggioritaria, seppure non si soffermi con particolare attenzione sul punto, dando quasi per scontata una soluzione in tale senso¹¹⁹, appare concorde con questa definizione.

11. Per conferire valenza operativa a quanto finora argomentato, occorre allora collocare nella giusta prospettiva la preclusione contenuta nell'art. 1343 c.c. e le disposizioni che sanciscono l'illiceità del contratto con riguardo agli altri suoi elementi; e, dunque, ricordare che quando il codice civile menziona i *boni mores* si riferisce esclusivamente al c.d. buon costume "contrattuale", ossia al valore che esso assume in relazione all'autonomia negoziale.

¹¹⁵ F. Ferrara sr., *Teoria del negozio illecito*, cit., p. 27.

¹¹⁶ Così, P. Lotmar, *Der unmoralische Vertrag*, Leipzig, 1896, p. 6.

¹¹⁷ Sul punto, cfr. E. Betti, *Teoria generale*, cit., p. 383.

¹¹⁸ Nello stesso senso la prevalente dottrina: F. Ferrara sr., *Teoria del negozio illecito*, cit., p. 4 ss.; A. Motta, *La causa delle obbligazioni nel diritto civile italiano*, Torino, 1929, p. 257; F. Carresi, *Il negozio illecito*, cit., p. 29 ss.; E. Betti, *Teoria generale*, cit., p. 382; F. Messineo, *Dottrina generale*, cit., p. 277; C.E. Balossini, *Consuetudini, usi*, cit., p. 189; A. Trabucchi, voce cit., p. 704; ancora puntualmente G. Panza, *Buon costume e buona fede*, cit., p. 8; R. Sacco – G. De Nova, *Il contratto*, cit., p. 79. In giurisprudenza, v. Cass. 11 aprile 1949, n. 868, in *Giur. it.*, 1950, I, c. 239, in cui si statuisce che: «il buon costume, richiamato dal codice civile, si identifica con la media moralità, con ciò che un uomo medio, in un dato momento della sua esistenza, stima necessario all'*honeste vivere*».

¹¹⁹ Il pregevole rilievo è sempre di G. Panza, *Buon costume e buona fede*, cit., p. 9, il quale correttamente evidenzia come nella manualistica difficilmente ci si sofferma sul punto, forse confortati dalla facilità che *prima facie* sembra caratterizzare l'argomento della contrarietà al buon costume. Ma, come testimoniano quanti hanno approfondito la questione da un punto di vista teorico più generale, assai arduo è cogliere il giusto rapporto tra contenuto e *ratio* della clausola dei *boni mores*.

Il “buon costume” si presenta come un limite determinato in senso negativo: non si richiede che le convenzioni abbiano una finalità moralmente meritevole, anche perché non sarebbe facile individuare quale morale utilizzare come parametro di valutazione; si impone soltanto che esse non violino i principi della coscienza del tempo in cui vengono stipulate.

Tale divieto non è posto a presidio di un insieme di valori che l'ordinamento si sente chiamato a tutelare, come neppure è rivolto ad educare i consociati ad una certa etica o ad un corretto modo di vivere, attribuendo al diritto privato un'esorbitante funzione didattico-formativa, bensì piuttosto ad evitare che gli strumenti predisposti dalla legge vengano utilizzati per il perseguimento di finalità disapprovate dal comune sentire sociale, e che, dunque, si presentino come immeritevoli di tutela giuridica¹²⁰. Questo è quanto sembra emergere con plausibile chiarezza dal documento che ad oggi racchiude, in certo qual modo, i valori fondativi del “buon costume” a livello europeo, ove si rifletta sulla valenza indubbiamente precettiva della Carta di Nizza, nel cui “Preambolo” si fa espresso riferimento al *patrimonio morale* identificativo dell'ordinamento comunitario e la cui “norma di chiusura” è costituita, non a caso, dal divieto dell'abuso di diritto quale limite logico-giuridico all'applicazione conforme della disciplina ivi contenuta¹²¹.

Da questo punto di vista, appare certo coerente che l'effetto dell'irripetibilità della prestazione (*soluti retentio*), a mente dell'art. 2035 c.c., si ricolleggi esclusivamente alle ipotesi di illiceità della causa per contrarietà al “buon costume”: “le parti possono concludere negozi vietati senza saperlo, perché ignorano per esempio l'esistenza di una norma o di un divieto amministrativo, ma non possono non rendersi conto che quel determinato contratto risulta offensivo della morale corrente, dei valori etici esistenti nel contesto sociale”¹²².

D'altra parte, è stato acutamente rilevato che il noto brocardo in forza del quale “a parità di comportamento immorale prevale colui che possiede” (*in pari causa turpitudinis melior est condicio possidentis*)¹²³ si rivela logicamente, oltre che moral-

¹²⁰ In tale senso, Cass., 1° giugno 1968, n. 1634, in *Resp. civ. prev.*, 1968, p. 389. Sulla rilevanza della “contrarietà al buon costume”, sempre invocabile in via d'eccezione dai contraenti, al di fuori dello stretto ambito dei rimedi restitutori, v. acutamente A. Di Majo, *Causa e imputazione negli atti solutori*, in Aa.Vv., *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di L. Mengoni*, I, *Diritto civile*, Milano, 1995, p. 520.

¹²¹ Sulla cogenza di tale documento (adottato a Nizza il 7 dicembre 2000, attualmente recepito all'art. 6 del Trattato di Lisbona, sottoscritto il 13 dicembre 2007 e ratificato dall'Italia con l. 2 agosto 2008, n. 130), nonché la relativa portata di “ordine pubblico” valoriale, v. l'importante Corte giust. CE, 14 ottobre 2004, *Omega*, causa C-36/02, in *Eur. dir. priv.*, 2007, p. 181, con nota di E. Pellicchia; nonché la bella indagine di F. Angelini, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea. I principi fondamentali nelle relazioni interordinamentali*, Padova, 2007, spec. p. 216 ss. e p. 256 ss., testo e note.

¹²² G. Villa, *Contratto illecito*, cit., p. 57 ss.

¹²³ In cui ancora Cass., 29 aprile 1961, n. 985, in *Foro it.*, 1962, I, c. 765, con nota redazionale, ravvisava il fondamento dell'art. 2035 c.c., temperato tuttavia nell'ipotesi (esaminata) di violenza morale perpetrata ai

mente, alquanto discutibile. Vero è che chi esegue la prestazione per una causa turpe solitamente lo fa con consapevolezza e merita di perdere il diritto di ottenere la restituzione di quanto abbia pagato; ma non si comprende a quale titolo chi abbia ricevuto la prestazione – ed è, anzi, partecipe per disposto normativo dell'immoralità dell'accordo – possa trattenerla. Così intesa, la *soluti retentio* si risolve, infatti, in un consolidamento della "situazione di fatto" acquisita dall'*accipiens* in virtù della prestazione ricevuta, sicché il previsto diniego della *condictio* finisce per tutelare l'immoralità dell'*accipiens*, che quasi sempre è il soggetto meno meritevole di tutela, e per convalidare gli effetti del contratto immorale¹²⁴.

Risulterebbe, così, quanto meno di difficile coordinamento la diversa regolamentazione contenuta nell'art. 1345 c.c., in forza del quale il contratto è nullo (i.e., totalmente improduttivo di effetti) per illiceità allorquando sia stato determinato da motivi illeciti comuni ad entrambi i contraenti, a meno che la comune "illiceità" non attenga al "buon costume", in cui non è dato di comprendere dove individuare la "*iusta causa solvendi*" – pur sempre riscontrabile nelle obbligazioni naturali – giustificativa dell'irripetibilità¹²⁵. Il distinguo implica notevoli conseguenze operative con riferimento all'esatta portata precettiva proprio dell'art. 1345 c.c., che si pone quale "regola di demarcazione" rispetto alla rigorosa applicazione dell'art. 2035 c.c.

Una volta fallita la funzione "dissuasiva" dell'art. 2035 c.c., sorge infatti la questione se la prevista irripetibilità della prestazione possa trovare una qualche attenuazione in virtù dell'esistenza, all'interno dell'impianto codicistico, di alcune clausole generali (tratte da un coordinamento con la normativa di correttezza e con il divieto dell'ingiustificato arricchimento *ex* artt. 1175 e 2041 c.c.), in grado di temperare la posizione di chi reclama la restituzione della prestazione in ogni caso *non dovuta*, rispetto alla posizione di colui che sia *legittimato* a trattenerne la prestazione ricevuta, onde pervenire ad un'equa composizione degli interessi in conflitto. L'accertamento che un contratto sia nullo in quanto *illegale* (c.d. *malum quia prohibitum*), a mente dell'art. 1345 c.c., non impedisce, infatti, un'autonoma valutazione del medesimo atto negoziale dal punto di vista della sua (eventuale) *immoralità* (c.d. *malum in se*), al fine di precludere l'azione di ripetizione¹²⁶.

danni del *solvens*, per ciò stesso legittimato a ripetere quanto eseguito. Sulle implicazioni di tale contemperamento, v. *infra*, nota 136 ed *ivi* anche riferimento al testo.

¹²⁴ In proposito, si osserva giustamente che: «la norma finisce in sintesi col cristallizzare la situazione creata dal contratto immorale, permettendo la realizzazione dello scopo a danno della parte contrattuale più morale, quella cioè che ha almeno rispettato la regola *pacta sunt servanda*, eseguendo la sua prestazione» (così, D. Maffei, *Contratti illeciti o immorali e restituzioni*, Milano, 1999, p. 112 e p. 139 ss.).

¹²⁵ Per tali precisazioni, cfr. F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, 13^a ed., Napoli, 2007, p. 560.

¹²⁶ Cfr. D. Carusi, *Contratto illecito e «Soluti retentio»*. *L'art. 2035 del Codice civile tra vecchie e nuove «Immoralità»*, Napoli, 1995, p. 59 ss.; nonché S. Delle Monache, *Il negozio immorale*, cit., p. 236, nota 177. In termini, v. Cass., 2 settembre 1998, n. 8722, in *Contratti*, 1999, p. 29, con nota di C. Mucio, secondo cui:

Ne consegue che quanto più le qualificazioni di “illiceità” e di “immoralità” risultino opinabili, tanto più il giudizio sarà influenzato dall’opportunità di ammettere o negare la ripetibilità, in relazione al merito degli interessi in conflitto. Sotto questo profilo, il contratto “immorale”, a differenza di quello “illecito”, resta perlomeno produttivo di effetti giuridici, nel senso di ricondurne la sostanza all’immodificabilità (i.e., *soluti retentio*) delle sfere patrimoniali da esso attinte, una volta che la prestazione, per volere concorde, sia stata comunque eseguita¹²⁷.

Una possibile ipotesi esplicativa del ricercato coordinamento disciplinare sembra probabilmente desumibile, valorizzando il richiamo alla Carta di Nizza, ove si indagherà con attenzione il significato dello “scopo immorale” evocato dall’art. 2035 c.c., in cui la “prestazione” funge, a ben vedere, da veicolo di realizzazione di un interesse (comune in premessa) valutato riprovevole: *immorale* è propriamente predicato giuridico dello “scopo” (i.e., interesse) perseguito, non già della “prestazione” eseguita che, di per sé, potrebbe essere moralmente neutra. Ebbene, un elemento in grado di apportare un importante contributo esegetico alla disposizione in esame si rinviene nell’art. 1174 c.c., ove si sancisce il principio di necessaria patrimonialità della prestazione debitoria a fronte della quale può corrispondere, com’è noto, un “interesse” creditorio anche “non patrimoniale”. Se ne deduce che, mentre l’interesse creditorio di carattere patrimoniale sarà realizzabile, per il tramite dell’obbligazione (i.e., prestazione debitoria), nella misura in cui superi la valutazione di meritevolezza, in ragione del fatto che l’autonomia contrattuale di cui è portatrice, *ex art.* 1173 e 1322 c.c., non potrebbe configgere con il principio costituzionale di utilità sociale *ex art.* 41 cost.; al contrario, l’interesse creditorio di carattere non patrimoniale, in quanto veicolato attraverso uno strumento tipicamente finalizzato, *ex art.* 1321, ult. inciso c.c., all’assetto di interessi patrimoniali, sarà direttamente assoggettato – a differenza del primo – alla (previa) valutazione legale di moralità¹²⁸.

Quest’ultima, espressa dallo “scopo” contrario al “buon costume”, di cui all’art. 2035 c.c., deve essere propriamente identificata, sotto un profilo tecnico-giuridico,

«[...] non rileva, ai fini dell’irripetibilità della prestazione, la sola contrarietà del negozio a norme imperative (o all’ordine pubblico), con conseguente sua nullità ai sensi dell’art. 1343 c.c., poiché il legislatore, che pure, nella cennata disposizione, ha accomunato alle predette ipotesi di illiceità della causa quella determinata dalla contrarietà al buon costume, ha poi, con l’art. 2035 c.c., espressamente limitato l’irripetibilità a quest’ultima ipotesi (sent. n. 1272/51; n. 150/67). Orbene, la detta ipotesi trova la sua realizzazione qualora lo “scopo” condiviso e perseguito da entrambi i contraenti, che debbono versare *in pari causa turpitudinis* (la norma prevede infatti che lo scopo deve essere contrario al buon costume anche da parte del *solvens*), sia immorale. *Consegue che, in presenza di un negozio che si palesi in contrasto con norme imperative, ai fini dell’eventuale applicazione dell’art. 2035 c.c. occorre procedere ad una ulteriore ed autonoma valutazione della causa del negozio stesso, onde vagliarne la contrarietà o meno al buon costume*» (corsivo aggiunto).

¹²⁷ U. Breccia, *La buona fede nel pagamento dell’indebitto*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, I, p. 185.

¹²⁸ Il prospettato inquadramento risente dell’analisi finemente condotta da P. Perlingieri, *L’incidenza dell’interesse pubblico sulle negoziazioni private*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, p. 933 ss.

nell'intento "abusivo" di *sottoporre a corrispettivo* (i.e., *contrattualizzare*) prestazioni che all'ordinamento ripugni di considerare, per sé (nel caso di interessi *ab origine* "non patrimoniali") ovvero per i loro effetti (nel caso di interessi *anche* "patrimoniali"), in termini lucrativi¹²⁹.

In quest'ottica, soltanto le prestazioni finalizzate al soddisfacimento di un "interesse" (i.e., "motivo" ex art. 1345 c.c.) *ab origine* non patrimoniale reputato contrario al "buon costume" – ossia, i *contratti immorali* propriamente detti – sconteranno, di per sé, l'effetto preclusivo della *soluti retentio* ivi prevista, unitamente ai relativi corollari disciplinari¹³⁰. Viceversa, nelle ipotesi in cui la prestazione miri a

¹²⁹ Secondo l'originario paradigma di cui alla rubrica dell'art. 5 c.c. (nella suggestiva rilettura propostane da S. Rodotà, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, p. 78 ss.); v. anche D. Carusi, *La rilevanza del negozio nullo e l'interpretazione sistematica dell'art. 2035 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, II, p. 345 ss. Analogamente si ritiene nelle ipotesi di alterazione del profilo causale, qualora si renda oggetto di autonoma obbligazione quanto consiste propriamente in un effetto giuridico tipico del negozio già perfezionato, poiché: «Se l'evento poteva essere prodotto da due cause indifferentemente, quella che ha operato rende l'altra per sempre inefficiente» (così, S. Pugliatti, *Logica e dato positivo in rapporto ad alcuni fenomeni giuridici anomali*, in Id., *Diritto civile. Metodo, teoria, pratica*, Milano, 1951, p. 656 ss.; ad es., il contratto di vitalizio alimentare rispetto agli obblighi coniugali già derivanti ex art. 143 c.c., su cui v. Trib. Cagliari, 9 aprile 1993, in *Giur. comm.*, 1999, II, p. 618, con nota di V. Caredda). In tema, cfr. N. Irti, *La ripetizione del negozio giuridico*, Milano, 1970, p. 174; nonché C. Donisi, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, spec. p. 396 ss. Una variante specifica di quest'ultima ipotesi ricorre allorché coesistono obblighi di provvedere (di fonte legale o contrattuale) e gestione d'affari altrui: nel qual caso, giustamente il compianto Maestro qui ricordato sottolineava, con inequagliato senso precursore, che: «se colui i cui affari sono gestiti deve correttamente comportarsi nei confronti del gestore, e dunque non servirsi contro costui delle negligenze e dell'assenza propria [...], a sua volta il gestore, se non è obbligato ad assumere tale qualità, deve però, qualora decida di operare per il terzo gestito, comportarsi secondo correttezza e buona fede» (così, G. Panza, *Buon costume e buona fede*, cit., p. 235 ss., testo e note). Al di là dell'ipotesi codificata dall'art. 2031, cpv. c.c. (ad es., obbligo alimentare adempiuto dal terzo "gestore" il quale, malgrado "immorale" opposizione dell'alimentante rimasto inerte, avrà comunque diritto al rimborso), l'evocata soluzione si segnala per la ragguardevole modernità interpretativa ove si pensi ai casi, sempre più ricorrenti, in cui l'investitore abbia concordato di essere avvertito ogniqualvolta un cambiamento nella composizione del patrimonio o del portafoglio gestito dall'intermediario sia di notevole entità e di ingente controvalore e che, prima di effettuare tale operazione, si aspetti la sua risposta affermativa; una situazione di crisi dei mercati valutari (es., divise estere), monetari (es., buoni del tesoro) o finanziari (es., borsa; mercato dei derivati), unitamente all'impossibilità di raggiungere in tempi brevi l'investitore, affinché questi acconsenta all'operazione, possono essere le premesse per la gestione d'affari altrui ex art. 2031, cpv. c.c., alla luce delle *best practices* economiche introdotte dall'art. 14, l. 28 dicembre 2005, n. 262 (*Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari*) nel d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (*Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*), poi ribadite con il recepimento della c.d. direttiva MiFID (*Market in Financial Instruments Directive*) 2004/39/CE, ad opera del d. lgs. 17 settembre 2007, n. 164.

¹³⁰ Vale a dire, l'inapplicabilità della speciale riserva di convalida prevista dall'art. 1423, ult. inciso c.c. (su cui, v. App. Genova, 21 febbraio 1957, in *Foro it.*, 1957, I, c. 1672, in tema di intransigibilità ex art. 590 e 1966 c.c. di disposizione testamentaria contraria a buon costume; nonché Cass., 24 aprile 1965, n. 719, *ibid.*, 1965, I, c. 1001, secondo cui l'art. 590 c.c. – che costituisce un'eccezione al principio generale dell'art. 1423 c.c. e attuazione della riserva in questo contenuta, dettata dal fine di salvaguardare, in quanto possibile, con particolare riguardo al *favor testamenti*, la volontà del defunto – consente la convalida delle disposizioni testamentarie

soddisfare in via immediata un interesse *anche* patrimoniale, i cui esiti si ripercuotano tuttavia sull'immoralità dello "scopo" perseguito – ossia, i *contratti illeciti con scopo immorale* – essa riceverà un trattamento accostabile *quoad effectum* alla previsione dell'art. 1345 c.c., residuando il possibile ricorso alla tutela recuperatoria¹³¹, ad eccezione della *condictio*.

12. Tale ricostruzione potrà, forse, risultare meglio strutturata ove ricondotta, con gli opportuni adattamenti, alla dottrina delle c.d. *Leistungsgeschäfte*¹³². Per quanto qui interessa, la "prestazione contraria al buon costume", di cui alla rubrica dell'art. 2035 c.c., è infatti riconducibile ad un comportamento esecutivo equiparabile al c.d. "pagamento (o adempimento) traslativo" elaborato nell'ambito dell'evocata teorica. Orbene, ne rappresenta notoriamente il fulcro esegetico la distinzione operata tra una *causa interna* al c.d. "negozio di attribuzione" (ossia, il "pagamento traslativo" propriamente detto) ed una *causa esterna* tipica del c.d. "negozio fondamentale", di cui l'acquisto dell'utilità non costituisca effetto immediato (arg. ex art. 1476, n. 2 c.c.).

Riportata nello schema della prestazione immorale, quest'ultima distinzione appare apprezzabile soltanto nella seconda delle ipotesi anzidette, in cui cioè prestazioni di carattere patrimoniale solo apparentemente meritevoli ex art. 1322 c.c. tendono, tuttavia, a soddisfare uno scopo lucrativo reputato *anche* immorale: soltanto in

nulle, tranne i casi in cui una clausola testamentaria contenga disposizioni contrarie al buon costume); nonché – sembra plausibile affermare, volendo attribuire rilevanza operativa al segnalato distinguo – di tutte le azioni *lato sensu* recuperatorie (i.e., ingiustificato arricchimento; rivendica). Tale ultima conclusione appare motivata dai rilievi sviluppati *infra*, nota 139 ed *ivi* anche riferimento al testo. Circa il diniego dell'azione indennitaria ex art. 2041 c.c. in tali ipotesi, cfr. Cass., 10 marzo 1995, n. 2801, in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 1804.

¹³¹ La matrice ricostruttiva del prospettato distinguo è rinvenibile *in nuce* nel pensiero di L. Barassi, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano* [1901], Milano, rist. 2003, p. 259 ss., il quale già in relazione all'art. 1119 c.c. del 1865 sottolineava l'inutilità di «una costruzione giuridica dell'immoralità nei contratti che prescinda dal concetto di *causa*» (corsivo nel testo), precisandosi che il contratto sarebbe stato pienamente valido (*scil.*, salvo valutarne la liceità), qualora l'intento turpe fosse limitato al piano dei motivi; con ciò ammettendosi la figura del "contratto [lecito/illecito] con scopo immorale", il cui trattamento giuridico non potrebbe evidentemente essere equiparato al "contratto immorale" propriamente detto. Nel senso che l'art. 2035 c.c. andrebbe interpretato come diretto a negare la pretesa personale alla restituzione fondata sul pagamento, e non pure il diritto di esperire l'azione reale, v. autorevolmente P. Schlesinger, *Pagamento al terzo*, Milano, 1961, p. 26 ss.; P. Rescigno, *In pari causa turpitudinis*, cit., p. 21; G. Panza, *Antinomia*, cit., p. 1186 e Id., *Buon costume e buona fede*, cit., p. 312; più di recente, D. Maffei, *Contratti illeciti*, cit., p. 121 ss.

¹³² Sul complesso tema delle c.d. *prestazioni isolate con causa esterna*, è d'uopo rinviare alle acute precisazioni, con diretta incidenza sulla disamina qui affrontata, svolte da E. Navarretta, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, spec. p. 103 ss., riprese ed ampliate in Id., *Le prestazioni isolate nel dibattito attuale. Dal pagamento traslativo all'atto di destinazione*, in Aa.Vv., *Colloqui in ricordo di Michele Giorgianni*, a cura di C.A. Graziani, Napoli, 2008, p. 219 ss., testo e note, ove giustamente si puntualizza che la prospettiva analitica in parola è valevole anche per altre ipotesi di nullità causale, quale quella prevista dall'art. 1345 c.c. (*scil.*, anche in comb. disp. con l'art. 2035 c.c.).

queste ipotesi, infatti, sarà possibile scindere il piano della “causa interna” (i.e., motivi comuni illeciti *ex art.* 1345 c.c.) al negozio attributivo rispetto alla “causa esterna”, ossia propriamente lo “scopo” (immorale *ex art.* 2035 c.c.), perseguito in virtù degli effetti prodotti da quel medesimo negozio. Ne deriverà ulteriormente che, in questi casi, il difetto di una valida “causa esterna” inciderà negativamente non soltanto sul piano della stabilità degli effetti, bensì “degraderà” *ob turpem causam* l’atto negoziale in mera “situazione di fatto” di matrice possessoria, inidonea in quanto tale a legittimare il *solvens* all’esercizio dell’azione di ripetizione, ma non già agli altri rimedi recuperatori, aventi titolo indennitario (art. 2041 c.c.), ovvero petitorio anche sotto forma “compensativa” del controvalore (art. 948 c.c.)¹³³.

Per contro, nelle ipotesi di interessi non patrimoniali reputati immorali, i due piani causali tenderanno naturalmente a sovrapporsi, nel senso che l’area dell’immoralità assorbirà interamente l’illegalità negoziale, dal momento che un interesse non patrimoniale immorale nell’accezione tecnico-giuridica dianzi precisata sarà, altresì, immeritevole di tutela *ex artt.* 1173 e 1322 c.c.: “causa interna” *ex art.* 1345 c.c. e “causa esterna” *ex art.* 2035 c.c. verranno a coincidere trovando, pertanto, rigorosa applicazione la sola *lex specialis* dettata da quest’ultima previsione¹³⁴.

Più in generale, in considerazione degli interessi sottesi, il comportamento promosso dall’*accipiens*, o comunque sollecitato dal *solvens*, non deve essere suscettibile di giustificare una (prioritaria) pretesa a riequilibrare le sfere patrimoniali coinvolte, onde far scaturire un giudizio legale di “abusività” – nel senso esplicitato dall’art. 54 della Carta di Nizza – della ripetizione, ove esercitata dal *solvens*¹³⁵. La pretesa dell’*accipiens* di trattenere ciò che sia stato eseguito deve, infatti, essere valutata alla luce del generale principio che vieta l’abuso del diritto: se quella pretesa, sebbene avallata dall’art. 2035 c.c., finisce tuttavia per realizzare un “abuso”, deve essere disattesa. Accoglierla significherebbe infatti permettere la prevaricazione, ossia offendere l’essenza stessa del buon costume “contrattuale”¹³⁶.

¹³³ S. Delle Monache, *Della irripetibilità delle prestazioni* «ob turpem causam» nel sistema del diritto italiano, in Aa.Vv., *Studi in onore di P. Schlesinger*, II, Milano, 2004, spec. p. 1093. Sulla c.d. tutela compensativa, v. limpidamente A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, 4^a ed., Milano, 2003, p. 92 ss.

¹³⁴ Circa, infatti, l’automatica contrarietà all’ordine pubblico oppure a norme imperative del negozio *contra bonos mores*, v., da ultimo, Cass., 21 aprile 2010, n. 9441, in www.altalex.it dal 10 maggio 2010, con nota di S. Marani.

¹³⁵ I meri “giudizi di valore” appaiono insoddisfacenti alla comprensione della scelta del legislatore, in quanto è evidente che: «Chi ha conseguito i vantaggi proibiti della prestazione turpe può trarre profitto dalla nullità, con l’avallo del diritto, al solo fine di speculare ulteriormente ai danni altrui: a parità di turpitudine, almeno quanto alle intenzioni, il contraente pentito (ove il termine sia usato in tutta la sua, spesso opportunistica, gamma di ambigui significati) può trovarsi nella condizione di abusare del contraente fedele» (così, U. Breccia, *La causa*, in G. Alpa – U. Breccia – A. Liserre, *Il contratto in generale*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. Bessone, XIII, 3, Torino, 1999, p. 317). In termini adesivi, S. Polidori, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001, p. 167 ss.

¹³⁶ In quest’ottica, merita segnalarsi Corte giust. CE, 20 settembre 2001, *Courage*, causa C-453/99, in *Danno*

Un chiaro indice sintomatico fondante tale interpretazione, conforme alla Carta di Nizza, sembra possibile coglierlo nell'art. 2126 c.c., in cui si configura un'ipotesi emblematica – tradizionalmente inquadrata nei c.d. *rapporti di fatto*¹³⁷ – di “contratto illecito con scopo immorale”, in violazione delle misure di sicurezza a tutela della persona del lavoratore, di cui all'art. 2087 c.c. In questo caso, il temperamento tra gli interessi in conflitto, ivi sotteso, porta a legittimare in ogni caso il lavoratore a poter pretendere il compenso dovuto, malgrado la qualificazione chiaramente contraria al “buon costume” del contratto eseguito, per “negoiazione” (talora addirittura inconsapevole, ad es., nell'ipotesi di sfruttamento di lavoro minorile) di quelle misure cautelative “indisponibili”, poste a protezione della relativa condizione lavorativa¹³⁸. Infatti, qualora si fosse fatta rigorosa applicazione dell'art. 2035 c.c., con conseguente immodificabilità degli effetti prodotti dall'atto negoziale, si sarebbe consentito alla parte datoriale di avvalersi strumentalmente (i.e., abusivamente) delle conseguenze previste dall'art. 2035 c.c., per un verso, lucrando sulle (mancate) misure di protezione del lavoratore; per altro verso, appropriandosi della relativa prestazione “non remunerabile”, in difetto della previsione dell'art. 2126 c.c.

Sicché, se il giudizio di abusività costituisce il limite logico alla rigorosa applicazione dell'art. 2035 c.c. che, per converso, rappresenta un'ulteriore *dinamica sanzionatoria*¹³⁹ in cui si declina il generale divieto dell'abuso di diritto, ne consegue l'intima equipollenza tra utilizzo “strumentale” dell'apparato repressivo insito nell'art. 2035 c.c. e perdurante operatività dei rimedi *lato sensu* recuperatori (*scil.*, diversi dalla *condictio*), nel senso che quest'ultimi potranno continuare a trovare applicazione, nei soli casi esemplificati di “contratti illeciti con scopo immorale”, quale inde-

e resp., 2001, p. 1151, con nota di S. Bastianon; in *Foro it.*, 2002, IV, c. 75, con nota di A. Palmieri – R. Pardolesi; in *Resp. civ. prev.*, 2002, p. 668, con nota di L. Tonelli; in *Eur. dir. priv.*, 2002, p. 785, con nota di A. Di Majo, la quale ha superato l'idea che la partecipazione ad un'intesa anticoncorrenziale impedisca la richiesta risarcitoria derivante proprio dall'esecuzione dell'accordo *ob turpem causam*, purché: «la parte che sostiene di aver subito un danno [...] si trovasse in *posizione di inferiorità grave* nei confronti della controparte» (corsivo aggiunto). Peraltro, la *soluti retentio* non presuppone necessariamente che l'*accipiens* abbia dato corso alla sua promessa: l'estensione, nella previsione codicistica, all'ipotesi del programma di scambio attuato soltanto dal *solvens* si spiega con l'esigenza di non incentivare l'esecuzione di prestazioni moralmente biasimevoli (cfr. Relazione al Re, n. 790). Può tuttavia ammettersi, in quanto non contrastante con tale esigenza, che il *solvens* possa ripetere prima dell'esecuzione dell'*accipiens*, quando la promessa di quest'ultimo abbia per oggetto una riprovevole astensione, in particolare allorché si configuri come negativa restrizione all'esercizio di libertà fondamentali della persona (cfr. G. Visintini, *Trattato della responsabilità contrattuale*, I, *Inadempimento e rimedi*, Padova, 2009, p. 825).

¹³⁷ In tema, v. specificamente L. Stanghellini, *Contributo allo studio dei rapporti di fatto*, Milano, 1997, p. 82 ss.

¹³⁸ Non sembra superfluo rammentare, oltretutto, che l'unico riferimento espresso alla “dignità” umana, contenuto nella Carta costituzionale, è dettato proprio dall'art. 36 cost., in tema di adeguatezza salariale, finalizzata ad “un'esistenza libera e dignitosa”.

¹³⁹ Così, lucidamente G. Panza, *Buon costume e buona fede*, cit., pp. 297-298; nonché, sul piano teorico generale, D. Ziino, *Profili dell'interpretazione giuridica*, in *Ann. Fac. Econ. Univ. Palermo*, 2004-06, p. 211.

fettibile misura di riequilibrio, a tutela della parte altrimenti ancor più svantaggiata dalle conseguenze previste per l'immoralità negoziale attuata¹⁴⁰. Ed invero, laddove dall'assetto contrattuale predisposto emerge una sostanziale elusione della ragione giustificativa sottesa alla previsione dell'art. 2035 c.c., secondo lo schema delineato dall'art. 1344 c.c., ove il riferimento finale ivi contenuto alla "norma imperativa" aggirata deve in questo caso intendersi rivolto all'art. 2035 c.c., l'effetto preclusivo risulterà paralizzato dal riemergere delle prevalenti istanze perequative veicolate, attraverso il giudizio di abusività, dai rimedi recuperatori anzidetti¹⁴¹.

¹⁴⁰ I prospettati rilievi varranno a rendere più intelligibile quanto osservato *supra*, nota 130 ed *ivi* riferimento al testo. A titolo esemplificativo, si consideri un negozio di compravendita (fittiziamente) perfezionato a scopo di elusione fiscale, rispetto al medesimo negozio stipulato quale contropartita di prestazioni sessuali durevoli (c.d. contratto di alcova). Nella prima ipotesi, sarà chiaramente distinguibile la causa "interna" del negozio attributivo, espressiva della (simulata) compravendita, dalla causa "esterna" (dissimulata) fraudolenta e, per ciò stesso, immorale, ove si qualifichi la frode fiscale quale comportamento lesivo del principio di giustizia distributiva tutelato dall'art. 53 cost. In tal caso, l'interesse patrimoniale del soggetto disponente (i.e., sottrazione di reddito imponibile), in quanto *anche* immorale, "degraderà" il negozio traslativo a mero atto di *cessione materiale* del bene, dovendosi qualificare il simulato acquirente quale *possessore di mala fede* (in quanto partecipe – così si suppone – del negozio immorale), assoggettato *ope legis* agli obblighi restitutori previsti dall'art. 1148 c.c., azionabili sia in via indennitaria *ex art.* 2041 c.c., sia petitoria *ex art.* 948 c.c., in favore della sfera patrimoniale del soggetto disponente facendoli, quindi, fiscalmente rientrare *ex tunc* nel relativo imponibile. In tal caso, l'applicazione dell'art. 2035 c.c. intercetta (per cedere il passo al)la prevalente operatività dell'art. 1344 c.c. Viceversa, nell'ipotesi del c.d. contratto di alcova, il trasferimento immobiliare si pone quale diretto corrispettivo per un interesse certamente non patrimoniale ancorché abietto (i.e., disponibilità del corpo altrui per fini edonistici), che esaurirà tuttavia il suo "scopo" immorale nella sfera giuridica dei contraenti il patto turpe, con rigorosa applicazione dell'art. 2035 c.c., in base al concorrente principio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.

¹⁴¹ Sul carattere *imperativo* delle norme di buon costume "ricavabili per implicito dal sistema legislativo", cfr. F. Galgano, *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2009, p. 331. Il profilo – che si pone in continuità con le riflessioni di L. Carraro, *Valore attuale della massima "fraus omnia corrumpit"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, p. 783 ss. – è affrontato, con approfondimenti comparatistici, da P. Gallo, *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, 2^a ed., Torino, 2008, pp. 183-184. Le radici teoriche di questa impostazione affondano nell'autorevole pensiero di F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, 3^a ed., Roma, 1951, spec. p. 120 ss., per il quale l'apparente eccezione ad una disciplina considerata ordinaria (nel caso, irripetibilità) deve essere piuttosto intesa come spia di un diverso assetto autorizzato dal sistema giuridico, in presenza di determinate esigenze di tutela. Il guadagno esegetico derivante dall'evidenziato inquadramento, sottratto come tale al divieto di *analogia juris ex art.* 14 prel., è apprezzabile nelle varieguate ipotesi di "responsabilità extracontrattuale da contratto" (su cui, con acume critico, già G. Panza, *Buon costume e buona fede*, cit., spec. p. 125), ove lo strumento negoziale sia finalizzato alla compromissione di sfere patrimoniali estranee al rapporto obbligatorio: di particolare rilevanza, il c.d. "danno da pregiudizio al patrimonio", nella sua variante fallimentare di "lesione della garanzia patrimoniale" per procurato indebitamento, in violazione dell'art. 1956 c.c. In tale fattispecie, che ha consentito di configurare la responsabilità per abusiva concessione bancaria di credito, al di là dei profili processuali recentemente vagliati dalla Suprema corte nel suo triplice intervento nomofilattico (Cass., sez. un., 28 marzo 2006, nn. 7029-7030-7031, edita su varie riviste a cura di diversi commentatori), sarà possibile qualificare "immorale" (oltre che illecito, analogamente a quanto accade, ad es., in Germania: v. A. Engert, *Die Haftung für drittschädigende Kreditgewährung*, München, 2005, p. 51 ss. e p. 67 ss.), giacché in danno per il restante ceto

13. Il tema affrontato mostra come il “buon costume” sia soltanto una possibile “strategia” per regolare giuridicamente la condotta dei soggetti all’interno di una determinata società. Si tratta di una “strategia” certamente diffusa, benché non necessariamente univoca, né predominante¹⁴².

Il “buon costume” rappresenta uno di quei concetti caratterizzati da un intreccio profondo di regole che vanno dalla politica alla pedagogia¹⁴³, dalla morale all’economia; in questo reticolo svolgono un ruolo fondamentale gli individui in qualità di attori sociali. La nozione giuridica del “buon costume”, nel suo *excursus* storico, ha continua necessità di confrontarsi con queste differenti istanze regolatrici della vita sociale, certamente senza bisogno di abdicare dalla propria specificità, ma senza neppure cadere in alcune illusioni tramandate da teorie filosofiche, secondo cui sarebbe possibile tracciare confini precisi e definiti tra il mondo delle prescrizioni giuridiche e quello delle restanti regole sociali. Il “buon costume” deve sempre essere considerato nella sua contingenza storica, quindi preso in considerazione nell’*hic et nunc* di una determinata società per cui l’osservatore, teorico o empirico che sia, deve essere disposto sempre ad accettare la possibilità dell’inadeguatezza o addirittura del fallimento della propria prospettiva.

L’incertezza dei valori comuni nell’odierna società potrebbe, in definitiva, indurre ad una conclusione scettica, inducendo ad escludere ogni riferimento al “buon costume” nel diritto positivo. Ma se si individua la specifica rilevanza “rimediale”

creditorio, il contratto di finanziamento accordato in favore di un’impresa disestata al solo scopo di consentire, mediante temporaneo salvataggio, la fuoriuscita dal c.d. “periodo sospetto”, ai fini dell’esercizio dell’azione revocatoria, di poste patrimoniali in precedenza erogate (una puntuale ricognizione della problematica, all’esito degli ultimi arresti giurisprudenziali, è offerta da B. Inzitari, *L’abusiva concessione di credito: pregiudizio per i creditori e per il patrimonio del destinatario del credito*, in @IL CASO.it, doc. n. 58, II, dal 19 marzo 2007). La conseguenza, non di poco momento, sarebbe quella di estromettere dall’insinuazione al passivo, in sede di istruttoria pre-fallimentare, la medesima banca ritenuta responsabile, altrimenti a tanto legittimata *ex art.* 70 cpv. l. fall., in difetto della relativa pretesa restitutiva in quanto irripetibile *ex art.* 2035 c.c. (il che conferma, sotto altro aspetto, la natura “individuale” e non “di massa” del danno da abusivo finanziamento bancario, in conformità a quanto statuito dalla Suprema corte nelle richiamate pronunce).

¹⁴² In confronto, ad es., al nuovo preponderante paradigma delle c.d. “nullità speciali”, espressione del massiccio *neodirigismo economico* di derivazione europea, con finalità di “ortopedia” (oltreché “omologazione”) contrattuale a tutela del mercato (su cui, v. P.M. Putti, *La nullità parziale. Diritto interno e diritto comunitario*, Napoli, 2002, spec. p. 7 ss.; nonché problematicamente, V. Cuffaro, *La commercializzazione a distanza di servizi finanziari*, in F. Galgano – F. Roversi Monaco, cur., *Le nuove regole del mercato finanziario*, Padova, 2009, p. 189 ss.), ove peraltro il ruolo del “buon costume” si lascia intravedere nella disciplina della c.d. “usura civile”, di cui al nuovo art. 1815, cpv. c.c., attraverso una vera e propria “conversione legale della causa” (così, giustamente G. Collura, *La nuova legge sull’usura e l’art. 1815 c.c.*, in *Contr. e impr.*, 1998, p. 612) del contratto di mutuo, da feneratizio a gratuito; ovvero nella vasta area della c.d. “discriminazione negoziale”, sapientemente indagata da D. Maffei, *Divieto di discriminazione e circolazione di partecipazioni sociali*, in *www.dirittobancario.it* dal maggio 2007, testo e note.

¹⁴³ Si segnala, per la particolare sensibilità verso la “doverosità” giuridica, A. Chionna, *Pedagogia della dignità umana. Educazione e percorsi di rispetto*, Brescia, 2007, spec. p. 103 ss.

della clausola in questione, quale espressione della c.d. “integrazione valutativa”, le prospettive mutano. Il significato dei “sintagmi valutativi” non è determinabile se non facendo ricorso a criteri di giudizio (interni e/o) esterni al diritto, tra loro potenzialmente concorrenti, ma necessariamente coerenti in base a parametri *esclusivamente* normativi¹⁴⁴.

Il legislatore, nel mantenere fede alla formula tradizionale del “buon costume”, si è reso conto da tempo che l’ordinamento statuale non esaurisce, nei suoi aspetti formali (pure restrittivamente evocati nell’art. 12 prel.)¹⁴⁵, l’intera esperienza giuridica e che, anzi, l’osmosi con la palpitante materia delle relazioni sociali e delle scelte individuali si orienta secondo convinzioni etiche in essa operanti.

Di conseguenza, il riferimento al sentire morale della società, alla cui fluida assenza, non esprimibile in una serie di norme giuridiche predefinite, il legislatore si richiama, non solo costituisce uno dei mezzi per il continuo adeguamento del diritto alla società, ma può anche stimolare gli operatori del diritto a misurarsi con la realtà culturale di una società pluralista e con la sua dialettica interna¹⁴⁶. Come avverte uno tra i maggiori giuristi della società globale: «i diritti delle generazioni future [...] non possono pensarsi separati dalla comunità. Essi comprendono un bisogno di responsabilità e sono diritti che accettano l’esistenza di limiti e funzioni che conducono verso la qualità delle relazioni umane»¹⁴⁷.

Basti pensare a quanto sta accadendo non soltanto rispetto alle delicatissime questioni aperte dalle nuove biotecnologie¹⁴⁸, ma anche ai sempre più diffusi fenomeni di partenariato pubblico-privato, espressione della c.d. “sussidiarietà orizzontale”, ispirati alla promozione di iniziative finanziariamente assistite nel rispetto della responsabilità sociale ed ambientale dei soggetti attuatori, mediante il c.d. *rating* eti-

¹⁴⁴ Cfr. *amplius* V. Velluzzi, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010, spec. p. 15 ss. Per quanto visto (*supra*, § 12), il parametro rilevante è costituito dal giudizio di abusività, espressione a sua volta dell’approccio “rimediabile” prescelto, quale progressiva attualizzazione di un principio normativo di formulazione generale (in tal senso, v. autorevolmente D. Messinetti, *Sapere complesso e tecniche giuridiche rimediali*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, p. 605 ss.; nonché S. Mazzamuto, *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, in G. Vettori, cur., *Remedies in Contract. The Common Rules for a European Law*, Padova, 2008, spec. p. 154).

¹⁴⁵ Restano esemplari le pagine dedicatevi da F. Vassalli, *Extrastatalità del diritto civile*, già in Aa.Vv., *Studi in onore di A. Cicu*, II, Milano, 1951, p. 484 ss., ora in Id., *Studi giuridici*, III, 2, *Studi vari (1942-1955)*, ivi, 1960, p. 754 ss.; nonché W. Cesarini Sforza, *Il diritto dei privati* [1929], ivi, rist. 1963, spec. p. 15.

¹⁴⁶ Sul punto, v. J. Carbonnier, *Flessibile diritto. Per una sociologia del diritto senza rigore*, a cura di A. De Vita, Milano, 1997, p. 122 ss.; più di recente, G. Pino, *Tra diritto e non diritto*, in *Dir. um. e dir. internaz.*, 2007, spec. p. 209.

¹⁴⁷ S. Rodotà, *Repertorio di fine secolo*, 2ª ed., Roma-Bari, 1999, p. 112.

¹⁴⁸ Sull’incidenza delle regole deontologiche nel giudizio di responsabilità extracontrattuale in ambito medico, filtrato dalla clausola del “buon costume”, cfr. le attente considerazioni di E. Quadri, *Il codice deontologico medico ed i rapporti tra etica e diritto*, in Aa.Vv., *Studi in onore di P. Schlesinger*, I, Milano, 2004, p. 185 ss., spec. § 5.

co¹⁴⁹, la cui soluzione richiede un confronto per reperire anzitutto i principi morali, onde coagulare intorno ad essi quel consenso che può condurre ad elaborare una risposta bioetica condivisa, prodromica alla stessa disciplina giuridica¹⁵⁰.

Confronto faticoso, a volte aspro, non certo infruttuoso, in quanto costringe la scienza giuridica in un'affascinante – sebbene a volte drammatica – dimensione sempre più interdisciplinare.

¹⁴⁹ In tema, v. L. Michelini, *Comunicare la responsabilità sociale di impresa online: un'indagine esplorativa nel settore delle public utilities*, in *Econ. dir. terz.*, 2006, spec. p. 217; più in generale, da ultimo, M. Libertini, *Impresa e finalità sociali. Riflessioni sulla teoria della responsabilità sociale dell'impresa*, in *Riv. soc.*, 2009, p. 1 ss. Sui profili di responsabilità bancaria sottesi alla c.d. "variabile ambientale", cfr. specificamente J.D. Lipton, *Project Financing and the Environment: Lender Liability for Environmental Damage in Australia*, in *J. Int. Banking*, 1996, p. 7 ss.; nonché G. Tucci, *Tutela dell'ambiente e diritto alla salute nella prospettiva del diritto uniforme europeo*, in Aa.Vv., *Studi in onore di C.M. Bianca*, IV, Milano, 2006, p. 929, ed *ivi* anche nota 126.

¹⁵⁰ Il "conflitto di coscienza" risale quanto meno al primo ventennio del secolo appena trascorso, nelle riflessioni di K. Binding – A. Hoche, *Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens, ihr Maß und ihre Form*, Leipzig, 1920, p. 62 ("La pietà da cui siamo spinti a salvare certe esistenze, diviene alla fine una crudeltà"); come anche di E. Morselli, *Luccisione pietosa*, Torino, 1923, p. 83 ("Nobile ed umana è certo la nostra pietà per tanti infelici, ma è dessa utile a quei medesimi verso i quali si rivolge?"). Un pregevole esempio è ora rappresentato dall'indagine di T. Pasquino, *Autodeterminazione e dignità della morte*, Padova, 2009, *passim*, in cui si compie un'approfondita rimediazione interdisciplinare intorno alla tematica, di grande attualità, delle scelte di fine vita correlate al c.d. "testamento biologico" (o "biotestamento"), in base ad un'interpretazione evolutiva dell'art. 587 c.c. che, nell'ammettere disposizioni testamentarie unicamente a carattere "non patrimoniale", ha dato luogo a forti contrasti ideologici e giudiziari, venuti alla ribalta della cronaca da casi che hanno particolarmente scosso l'opinione pubblica (si allude, in particolare, al c.d. "caso Englaro" vagliato dalla pluricommentata Cass., sez. un., 16 ottobre 2007, n. 21748; nonché – sia pure in punto di irricevibilità del relativo ricorso – da C.E.D.U., 16 dicembre 2008, *Ada Rossi et al. vs Italia*, ined.).

Problemi delle professioni

Riforma del processo civile e misure coercitive indirette

di Gianluca Petti

SOMMARIO: 1. Profili sistematici della tutela esecutiva del credito in forma espropriativa e specifica. – 2. Le misure di coercizione indiretta del debitore tra discipline di settore e fattispecie incriminatrici. – 3. Riforma del processo civile e attuazione della pronuncia di condanna: precedenti iniziative legislative in materia di tecniche compulsorie e spunti comparatistici. – 4. Collocazione e presupposti applicativi dell'art. 614 bis c.p.c. – 5. Segue. Gli obblighi di fare infungibile o di non fare e le ipotesi escluse. – 6. La coercizione per dissuasione tra interpretazione estensiva e prime applicazioni. – 7. Osservazioni conclusive.

1. Rappresentando la cornice sistematica della tutela giurisdizionale nel settore delle obbligazioni, gli artt. 2910-2933 c.c. distinguono, come è noto, l'esecuzione forzata in forma specifica da quella per espropriazione, in rapporto al particolare comportamento cui è tenuto il debitore, e rinviano al codice di rito per la disciplina della competenza e degli altri aspetti procedurali (artt. 483-632 c.p.c.). La prima specie di azione – quella in forma specifica – presuppone l'inadempimento di una prestazione di consegnare una cosa determinata (art. 2930 c.c.), di fare, purché fungibile (art. 2931 c.c.), di contrattare (art. 2932 c.c.), di non fare (art. 2933 c.c.), ed appare, almeno in astratto e salvo quanto di dirà a proposito dell'ultima tipologia, idonea a soddisfare l'interesse del creditore, per la coincidenza tra il risultato atteso, il «bene» aggredito e l'utilità conseguita in maniera coattiva. La seconda, immediatamente riferibile al concetto di «rispondenza» espresso nell'art. 2740 c.c., non soddisfa direttamente l'interesse del creditore, salvo il caso d'inadempimento di un'obbligazione *ab origine* pecuniaria, ma, attraverso il rimedio previsto dall'art. 1218 c.c., gli attribuisce l'equivalente economico del danno subito. Tuttavia, proprio con riferimento alla questione del coordinamento delle «disposizioni generali» sulla responsabilità patrimoniale con quelle in tema di esecuzione forzata, si registra un profondo contrasto tra gli studiosi.

Un indirizzo della dottrina ritiene, in particolare, che la responsabilità patrimoniale del debitore trovi realizzazione non solo tramite l'espropriazione ma anche attraverso l'esecuzione forzata in forma specifica. Anzi, configurando tale responsabilità allo stesso tempo come «sanzione per l'inadempimento» e «mezzo di realizza-

zione del diritto del creditore», questo orientamento considera la seconda specie di azione quella più idonea a soddisfare il suo interesse, permettendogli di conseguire coattivamente il «bene dovuto», senza passare per la conversione dell'obbligazione originaria in quella pecuniaria di risarcire il danno (art. 1218 c.c.), ed attuando, in definitiva, nella maniera più compiuta la funzione della responsabilità patrimoniale¹. A conclusioni analoghe perviene inoltre chi, pur negando il carattere processuale di tale categoria, le attribuisce una duplice funzione: «preliminare» l'una, consistente nell'indurre il debitore ad adempiere volontariamente, ponendolo in una situazione di «pressione» o «coazione»; «principale» l'altra, di «soddisfazione per via affatto indipendente dalla volontà e dalla attività» dello stesso, destinata ad «avere per risultato anche quello di procacciare al creditore la medesima prestazione ch'era oggetto della sua aspettativa primaria»².

Un'altra parte della dottrina, a ben vedere prevalente, argomentando dal riferimento al patrimonio del debitore, contenuto nell'art. 2740 c.c., e dalla sua considerazione in termini di «garanzia» da «conservare» (artt. 2900-2906 c.c.), evidentemente in vista dell'espropriazione, circoscrive, invece, l'attuazione della responsabilità configurata nella disciplina in esame all'ipotesi dell'esecuzione in forma generica. Questa appare idonea a realizzare l'interesse del creditore solo per equivalente (del danno subito) oppure, qualora risulti inadempita una prestazione *ab origine* pecuniaria, in via diretta, ma sempre tramite il meccanismo dell'espropriazione. In altre parole, seguitando nella stessa linea di indagine, tale indirizzo osserva come l'azione esecutiva in forma specifica costituisca un mezzo di realizzazione coattiva del credito, però non un'ipotesi di attuazione della responsabilità patrimoniale, e individua, pertanto, nell'esecuzione forzata in generale una nozione più ampia di quella di responsabilità³.

¹ Cfr. Nicolò, *Della responsabilità patrimoniale, del concorso dei creditori e delle cause di prelazione*, in *Commentario cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 1955, 5 s., secondo il quale l'esecuzione in forma specifica «è certamente una forma di responsabilità», poiché, se «potenzialmente tutti i beni del debitore sono a disposizione del creditore per la realizzazione coattiva del suo diritto, *a fortiori* è a disposizione del creditore il bene dovuto quando lo si possa individuare nel patrimonio del debitore e farne oggetto dell'azione esecutiva». Ne discende, sempre secondo tale A., che questa «situazione in cui la responsabilità potenziale di tutto il patrimonio del debitore si specifica, nella sua attuazione concreta, nella soggezione del debitore di fronte all'azione del creditore diretta immediatamente al bene dovuto, dimostra in maniera evidente la natura processuale della responsabilità patrimoniale del debitore e la sua autonomia rispetto al concetto di obbligo».

² Così Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, II, *Struttura dei rapporti d'obbligazione*, Milano, 1953, 65 ss., che giudica «unilaterale» affermare che nell'esecuzione forzata in forma specifica «si realizzi il solo debito e negare che vi si realizzi la responsabilità», e conclude che tale ultima figura «non è quella soltanto la quale ponga il creditore in grado di conseguire solo un surrogato o il risarcimento per inadempimento del debito, ma anche quella la quale lo ponga in grado di conseguire la prestazione medesima che gli è dovuta».

³ Cfr., tra gli altri, Giorgianni, voce *Obbligazione* (dir. priv.), in *Noviss. dig. it.*, XI, 1965, 612, per il quale le ipotesi riconducibili all'esecuzione forzata in forma specifica «fuoriescono dallo schema della responsabi-

In una posizione non dissimile da quella appena ricordata sembra, d'altro canto, collocarsi anche la giurisprudenza. Nei pochi casi in cui ha avuto occasione di pronunciarsi sulla questione, essa ha infatti affermato che, rivestendo l'azione revocatoria carattere strumentale rispetto a quella di risarcimento del danno per inadempimento (anche parziale) ma non rispetto all'azione di adempimento in forma specifica, il pregiudizio che legittima l'esperimento della revocatoria è soltanto quello rappresentato dal depauperamento del patrimonio del debitore – ossia della garanzia generica assicurata dall'art. 2740 c.c. – in misura tale da non tutelare più in modo adeguato il soddisfacimento del credito pecuniario di risarcimento del danno, e non può, invece, consistere nell'impossibilità, imputabile allo stesso, di conseguire la prestazione originariamente dovuta⁴.

2. Con queste premesse di carattere generale, la ricerca di idonei strumenti di coercizione del debitore inadempiente in relazione ad un obbligo, in senso lato, di fare o di non fare, soprattutto ove risulti impossibile (o difficoltoso o eccessivamente gravoso) il ricorso a meccanismi sostitutivi nell'esecuzione della prestazione, costituisce, tradizionalmente, una complessa questione di politica legislativa, connessa alle forme di tutela giurisdizionale dei diritti (art. 24 Cost.), anche di rango primario come avviene, ad esempio, per la reintegrazione nel posto di lavoro. D'altro canto, l'impostazione del problema orienta talvolta l'interprete verso soluzioni inter-

tà patrimoniale, che designa [...] esclusivamente la sottoposizione dei beni del debitore alla escussione per il ricavo della somma di denaro spettante al creditore». Nello stesso senso, Galgano, *La tutela del credito*, in *Diritto civile e commerciale*, II, 2, Padova, 2004, 495 s., secondo cui la «traduzione del debito in responsabilità non è conseguenza necessaria dell'inadempimento; e l'esecuzione forzata non è sempre mezzo di realizzazione della responsabilità»; in particolare, «l'esecuzione forzata in forma specifica è mezzo di realizzazione coattiva del debito, non della responsabilità». Sintesi di questo orientamento anche in Roppo, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Trattato dir. priv. Rescigno*, XIX, Torino, 1997, 493 s., dove ulteriori riferimenti.

⁴ Si noti quanto rilevato da Cass., 13 dicembre 1972, n. 3588, in *Foro it.*, Rep. 1972, voce *Revocatoria* (azione), n. 6, con riguardo all'ipotesi dell'atto di disposizione di un immobile dal proprietario precedentemente promesso in vendita ad altri. La Suprema corte ha affermato che, non essendo l'azione revocatoria strumentale rispetto a quella di adempimento in forma specifica dell'obbligo di contrarre, il promissario acquirente può esercitare tale azione solo quando, per effetto dell'alienazione fraudolenta, il patrimonio del promittente venditore si sia depauperato al punto di non garantire più in modo sufficiente il credito pecuniario di risarcimento del danno subito dal promissario, mentre il pregiudizio che legittima l'esperimento della revocatoria non può consistere nell'iscrizione di un'ipoteca sull'immobile promesso in vendita, e nella conseguente impossibilità per il promissario di conseguire l'acquisto del bene nella medesima situazione di libertà da diritti reali altrui in cui lo stesso versava al momento della stipulazione del preliminare. Nello stesso senso, nell'ambito della giurisprudenza meno risalente, v. anche Cass., 12 giugno 1998, n. 5863, *ivi*, Rep. 1998, voce *cit.*, n. 20, in relazione all'esercizio dell'azione revocatoria avverso la donazione effettuata dal promittente venditore nel corso del giudizio di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre e avente ad oggetto lo stesso bene promesso in vendita.

pretative dirette ad ampliare l'ambito applicativo delle tecniche repressive che contraddistinguono alcune fattispecie incriminatrici⁵.

Sotto il primo aspetto, occorre richiamare una molteplice varietà di disposizioni normative che prevedono espressamente misure volte ad assicurare l'attuazione dei provvedimenti di condanna. Nell'ambito di tali meccanismi di coazione indiretta una considerazione peculiare, anche per la rilevanza degli interessi coinvolti, trascendenti il piano strettamente patrimoniale, meritano quelli contemplati dalla l. 20 maggio 1970, n. 300 (Statuto dei lavoratori). L'art. 18, ult. comma, dello Statuto stabilisce, infatti, che il datore di lavoro, qualora non ottemperi all'ordine di reintegrazione del rappresentante sindacale aziendale illegittimamente licenziato, sia tenuto non solo al risarcimento del danno ma anche a versare a favore del fondo adeguamento pensioni, per ogni giorno di ritardo, una somma pari all'importo della retribuzione dovuta al lavoratore. A sua volta, il successivo art. 28, comma 4, rinvia, in caso di violazione del decreto (o della sentenza emanata nel susseguente giudizio di opposizione) di cessazione della condotta antisindacale, alle sanzioni previste dall'art. 650 c.p. per l'inosservanza dei provvedimenti legalmente dati dall'autorità⁶.

⁵ Alla problematica in esame è dedicata, nell'ambito delle trattazioni monografiche, la riflessione di Mazzamuto, *L'attuazione degli obblighi di fare*, Napoli, 1978. Per il suo inquadramento generale cfr. inoltre, dello stesso A., *L'esecuzione forzata*, in *Trattato dir. priv. Rescigno*, XX, 2, Torino, 1998, 298 ss., dove la considerazione secondo la quale «gli obblighi di fare e di non fare sogliono distinguersi in fungibili ed infungibili: i primi consentono anche una surroga forzata e quindi l'uso di una *machinery* processuale per fare o disfare quanto doveva esser fatto o non fatto in adempimento dell'obbligo; i secondi consentono solo l'uso di misure compulsorie, denominate di esecuzione indiretta, le quali mirano (non a surrogare ma) a stimolare l'esatto adempimento da parte dell'obbligato». Sempre con riferimento all'effettività della tutela esecutiva e alla predisposizione di adeguati strumenti coercitivi, v. poi: Borrè, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, Napoli, 1965; Chiarloni, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milano, 1980; Ferroni, *Obblighi di fare ed eseguibilità*, Napoli, 1983; Chianale, *Diritto soggettivo e tutela in forma specifica*, Milano, 1992; Proto Pisani, *L'effettività dei mezzi di tutela giurisdizionale con particolare riferimento all'attuazione della sentenza di condanna*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, 620 ss.; Id., *Appunti sulla tutela di condanna*, ivi, 1978, 1104 ss.; Id., *L'attuazione dei provvedimenti di condanna*, in *Foro it.*, 1988, V, 177 ss.; Id., voce *Sentenza di condanna*, in *Dig. disc. priv., sez. civile*, XVIII, 1998, 295 ss.; Id., *Note sulla tutela civile dei diritti*, in *Foro it.*, 2002, V, 165 ss.; Id., *Profili processuali della riforma del diritto delle obbligazioni e dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, Supplemento, 2006, 541 ss., per nuovi sviluppi della riflessione; Id., *Condanna (e misure coercitive)*, in *Foro it.*, 2007, V, 1 ss.; Montesano, *Considerazioni su storia moderna e proposte riforme della giustizia civile in Italia*, in *Riv. dir. proc.*, 1981, 597 ss.; Taruffo, *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 142 ss.; Frignani, *Il mondo dell'astreinte: sviluppi recenti e prospettive*, in *Rass. dir. civ.*, 1988, 931 ss.; Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1993, 50 ss. e 276 ss.; Cendon, *Le misure compulsorie a carattere pecuniario*, in *Contatto e impr.*, 1988, 65 ss.; Carpi, *Note in tema di tecniche di attuazione dei diritti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 112; Id., *Riflessioni sui rapporti fra l'art. 111 della Costituzione ed il processo esecutivo*, ivi, 2002, 381 ss., nella più ampia prospettiva delle modifiche introdotte dalla l. cost. 23 novembre 1999, n. 2; Capponi, *Astreintes nel processo civile italiano?*, in *Giust. civ.*, 1999, II, 157 ss.; Vullo, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, 727 ss.

⁶ Nell'ambito della vasta letteratura sui profili generali della disciplina del licenziamento, cfr., tra gli altri, D'Antona, *La reintegrazione nel posto di lavoro. Art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, Padova, 1979; Di Majo,

Nel diverso settore delle creazioni intellettuali, una efficace tutela dei diritti di proprietà industriale importa, come è noto, una misura diretta a prevenire e reprimere la violazione di provvedimenti a contenuto inibitorio e di taluni ordini di fare – in particolare, quello di ritirare i beni dal commercio – consistente nella fissazione di una somma dovuta per ogni ritardo o inosservanza nell'esecuzione della pronuncia (art. 124, comma 2, d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30). Espressamente formulata con riferimento alle situazioni in cui è più avvertita l'esigenza di assicurare l'attuazione dell'obbligo, la disposizione richiamata si colloca nella cornice sistematica della generale previsione dell'art. 2599 c.c., che, in materia di sanzioni per gli atti di concorrenza sleale, abilita il giudice a dare gli «opportuni provvedimenti» al fine di eliminarne gli effetti. D'altra parte, alla possibilità di predisporre adeguati strumenti compulsori a tutela della proprietà industriale corrisponde l'analoga facoltà riconosciuta, con riferimento al diritto d'autore, dall'art. 156, comma 1, l. 22 aprile 1941, n. 633, sostituito dall'art. 2 d.lgs. 16 marzo 2006, n. 140⁷.

In funzione della protezione degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti l'art. 140, comma 7, d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, abilita il giudice, nel procedimento instaurato dalle associazioni rappresentative a livello nazionale, a fissare, con il provvedimento che definisce la controversia, un termine per l'adempimento degli obblighi e disporre, anche su domanda della parte che ha agito, il pagamento di una somma di danaro «per ogni inadempimento ovvero giorno di ritardo rapportati alla gravità del fatto». Alle stesse sanzioni è soggetto, poi, colui che contravenga agli impegni contenuti nel verbale sottoscritto a conclusione della procedura di conciliazione della lite, preventivamente promossa ai sensi dei commi 2, 3 e 4 dell'articolo citato⁸.

I licenziamenti illegittimi tra diritto comune e diritto speciale, in *Riv. giur. lav.*, 1974, I, 293 ss.; Suppiej, *Controllo dei licenziamenti e rappresentanze dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, 401 ss., con particolare riguardo al ruolo delle rappresentanze sindacali aziendali. Sulla repressione della condotta antisindacale, tra gli altri, v. Silvestri-Taruffo, voce *Condotta antisindacale* (procedimento di repressione della condotta antisindacale), in *Enc. giur.*, VIII, 1997; Nappi, *Il procedimento di repressione della condotta antisindacale tra valori costituzionali e questioni processuali*, in *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, II, Padova 2005, 1241 ss.

⁷ Sul tema delle misure di tutela dei diritti di proprietà intellettuale, alla luce della recente evoluzione legislativa, che ha comportato l'abrogazione del r.d. 29 giugno 1939 n. 1127, in materia di brevetti per invenzioni industriali, e del r.d. 21 giugno 1942 n. 929, sui marchi, cfr., tra gli altri, Nivarra, *L'enforcement dei diritti di proprietà intellettuale dopo la Direttiva 2004/48/CE*, in *Riv. dir. ind.*, 2005, 33 ss. Sintesi anche in F. Ferrari, *Note a prima lettura sulle norme processuali contenute nel codice della proprietà industriale*, ivi, 339 ss. ma spec. § 5. Per i profili ricostruttivi della materia v. Ricolfi, *Diritto d'autore ed abuso di posizione dominante*, ivi, 2001, 149 ss.

⁸ L'art. 140, comma 7, d.lgs. n. 206/2005 (codice del consumo) ha sostituito il comma 5 *bis* dell'art. 3 dell'abrogata l. 30 luglio 1998, n. 281, introdotto, nel tessuto normativo di quest'ultima, dall'art. 11 l. 1° marzo 2002, n. 39, per dare attuazione alla direttiva comunitaria 98/27/CE del 19 maggio 1998, relativa a provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori (*GUCE*, L 166, 11 giugno 1998). Sul recepimento della direttiva cfr. Amadei, *Un'astreinte a tutela dei consumatori (note sul comma 5-bis dell'art. 3 l.*

Prescindendo da una rassegna completa delle ipotesi relative all'applicazione di misure coercitive indirette, è sufficiente constatare la varietà di tali rimedi e la frammentarietà delle norme di riferimento, che spaziano dall'imposizione di penalità di mora alla configurazione come reato della violazione della pronuncia di condanna. Da qui discende, venendo al secondo degli aspetti menzionati all'inizio, il tentativo di operare una sorta di generalizzato ricorso alle tecniche sanzionatorie che contraddistinguono alcune figure contravvenzionali (art. 650 c.p.) o delittuose (art. 388 c.p.).

Con riguardo alla prima delle disposizioni richiamate, il suo carattere sussidiario rispetto a fatti costituenti più grave reato, per un verso, i numerosi profili problematici legati alla genericità della fattispecie incriminatrice, per l'altro, consigliano di non indugiare su considerazioni più analitiche, rinviando a studi della dottrina penalistica talmente noti da consentire di rinunciare, in questa sede, ad indicazioni specifiche. In rapporto alla seconda di esse, rubricata «mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice», giova, invece, osservare come sia punito, in particolare, chiunque: compia atti simulati o fraudolenti sui beni propri o altrui, ovvero commetta altri fatti fraudolenti, per sottrarsi all'applicazione di una pronuncia dell'autorità giudiziaria, o comunque all'adempimento degli obblighi di cui è in corso l'accertamento giudiziale, qualora non ottemperi all'ingiunzione di eseguirla (comma 1); eluda l'esecuzione di un provvedimento concernente l'affidamento di minori o di incapaci, nonché misure cautelari a difesa – oltre che della proprietà e del possesso – del credito (comma 2)⁹.

Autorevole dottrina – con riferimento, peraltro, alla precedente formulazione dell'art. 388 c.p., modificato dall'art. 3 l. 15 luglio 2009, n. 94 – propone un'interpretazione estensiva del primo comma della menzionata disposizione, valorizzandone la collocazione sistematica nell'ambito dei «delitti contro l'autorità delle decisioni giudiziarie». Svolgendo un parallelismo, in chiave di analisi comparata, con l'istituto anglosassone del *contempt of court*, la tesi prospetta la sussistenza del reato anche in caso d'inosservanza di un obbligo di fare, indipendentemente dal fatto che il provvedimento sia suscettibile di esecuzione forzata in forma specifica, purché il contegno omissivo risulti sorretto dal dolo specifico, il soggetto sia in grado di

n. 281 del 1998), in *Giust. civ.*, 2002, II, 385 ss., nonché Quaranta, voce *Esecuzione indiretta delle forme di tutela collettiva dei consumatori*, in *Dig. disc. priv., sez. civile*, Aggiornamento 2007, I, 556, 567 ss.

⁹ Sulle fattispecie previste dalla disposizione incriminatrice in esame v., tra gli altri, Bricola, *Sulla tutela penale della condanna civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1962, II, 109 ss.; Albamonte, *Brevi osservazioni in ordine all'elusione nel reato per la mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice*, in *Giust. pen.*, 1971, II, 708 ss.; sintesi dei principali nodi interpretativi, con ulteriori riferimenti bibliografici, anche in Fiandaca-Musco, *Diritto penale. Parte speciale*, I, Bologna, 2007, 421 ss.; nella specifica prospettiva delle misure coercitive indirette, Proto Pisani, *Appunti sulla tutela di condanna*, cit., 1978, 1104 ss.; Id, *L'attuazione dei provvedimenti di condanna*, cit., par. 7; Id, voce *Sentenza di condanna*, cit., 307 s.; Id, *Condanna (e misure coercitive)*, cit., I ss.

adempiere e non si tratti di prestazioni lavorative o dirette alla costituzione di *status* personali o familiari¹⁰.

L'indirizzo di gran lunga prevalente in dottrina – seguito peraltro, non senza contrasti, anche dalla giurisprudenza – respinge tuttavia tale ricostruzione. Nonostante la collocazione della norma suggerisca, in prospettiva teleologica, la protezione dell'«autorità delle decisioni giudiziarie», si ritiene infatti che l'interesse tutelato sia quello di rendere possibile l'esecuzione dei provvedimenti di condanna o cautelari per soddisfare le ragioni del creditore, come risulta dall'espresso riferimento all'«ingiunzione di eseguire», con la conseguenza della configurabilità del delitto solo in rapporto all'ipotesi in cui siano previsti meccanismi per surrogare forzosamente il comportamento prescritto al debitore, ossia in caso di fungibilità della prestazione¹¹.

Provando a ricercare le radici culturali di tale orientamento, esse appaiono riconoscibili nell'esigenza di garantire «la libertà personale del destinatario della sanzione, e lo stesso principio di stretta legalità», precludendo «all'interprete una lettura evolutiva di norme peraltro segnate dall'ideologia ispiratrice del codice penale»¹². Seguendo questa linea d'indagine, non si può fare a meno di rinviare al dibattito settecentesco sul ripudio dell'antica regola *qui non habet in aere luat in corpore*¹³, e

¹⁰ Proto Pisani, voce *Sentenza di condanna*, cit., 307 s., che rimanda alle riflessioni in passato sviluppate sia dai cultori del diritto penale (G. Vassalli, *La mancata esecuzione dei provvedimenti del giudice*, Torino, 1938) che dagli studiosi del processo civile (Carnelutti, *Diritto e Processo*, in *Trattato del processo civile*, diretto da Carnelutti, Napoli, 1958, 289), senza «comunque nascondersi le manchevolezze della norma in esame, la necessità di adattamento alla legislazione costituzionale ed internazionale e l'opportunità di una sua radicale revisione in prospettiva di riforma».

¹¹ Cfr. tra gli altri, nella dottrina penalistica, Fiandaca-Musco, *Diritto penale*, cit., 423, secondo il quale tale prospettazione del bene tutelato dalla sanzione penale «risulta la più coerente con la caratterizzazione legislativa del fatto tipico più in termini di «frode» diretta a frustrare l'azione esecutiva, che di semplice «disobbedienza» al provvedimento del giudice»; in quella civilistica, Mazzamuto, *L'esecuzione forzata*, cit., 353, che denuncia «le incongruenze cui si espone il tentativo di applicare le fattispecie incriminatrici di cui agli artt. 388 e 650 c.p. anche ai comportamenti elusivi di una condanna al *facere* infungibile». Nella giurisprudenza di legittimità, risolvendo il precedente contrasto, le Sezioni unite della Suprema corte ribadiscono che l'interesse tutelato dai primi due commi dell'art. 388 c.p. non è l'autorità in sé dei provvedimenti ma l'esigenza, di rango costituzionale, di assicurare effettività alla protezione giurisdizionale, e traggono la conseguenza che può integrare il reato anche una condotta omissiva, ma nel caso in cui l'esecuzione del provvedimento necessiti della collaborazione del soggetto obbligato: Cass. pen., 27 settembre 2007, n. 36692, in *Riv. pen.*, 2007, 1207, in *Giust. pen.*, 2008, II, 266, in *Cass. pen.*, 2008, 500.

¹² Così Mazzamuto, *op. loc. ult. cit.*, che aggiunge come non sia sufficiente a sopire tali preoccupazioni neppure «il ricorso a quel canone che vuole la libertà personale dell'obbligato suscettiva di compressione solo allorché il provvedimento del giudice civile sia stato pronunciato a tutela di una situazione di vantaggio dell'attore che si ricollegli ad un diritto di libertà», in quanto il «canone in discorso e la comparazione tra valori di rango costituzionale che ne discende non possono rimanere affidati ad un decisionismo giudiziale irrimediabilmente scandito caso per caso».

¹³ Alla ricostruzione del dibattito settecentesco relativo alla carcerazione per debiti, con una raccolta di scritti di Cesare Beccaria, Giambattista Vasco, Gian-Jacopo Hottinger, Antonio Giudici, Francesco Maria Gianni,

alla travagliata evoluzione dei moderni sistemi normativi verso una delimitazione dell'ambito applicativo dell'arresto per debiti¹⁴, fino alla definitiva abrogazione dell'istituto¹⁵. Occorre però anche rilevare l'influenza della progressiva affermazione dell'incoercibilità fisica dell'obbligato, unitamente ad altri fattori, sull'atteggiamento prudente degli studiosi italiani, sfociato talvolta in vera e propria diffidenza, in ordine al ricorso a tecniche di esecuzione diretta ovvero indiretta – tramite misure compulsorie – delle prestazioni di fare o di non fare¹⁶. Da ciò discende la difficoltà del processo di rafforzamento delle forme di tutela del credito, per ragioni «che son diventate dogmatiche da ideologiche che erano alle origini o viceversa»¹⁷.

Gaetano Filangieri, Giuseppe Gorani, Antonio de Giuliani, e Cosimo Amidei, considerato l'autore della riflessione più organica sul tema, almeno nell'illuminismo italiano, è dedicato lo studio di R. Bonini, «*La carcere dei debitori*», Torino, 1991, che attribuisce al Beccaria l'impulso «forte» alla discussione della questione, già da tempo sul tappeto.

¹⁴ Sotto il vigore del codice civile italiano del 1865 Giorgi, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, II, Firenze, 1876, 213 s., scriveva: «ultima reliquia delle procedure esecutive sulla persona del debitore rimane nella nostra legislazione l'arresto personale. Ma non è reliquia che rammenti l'antica barbarie, e deturpi la civile e benigna economia dei moderni Codici italiani. Certo non ci rammenta la *manus iniectio* delle XII Tavole col suo orrendo corteggio: la vendita, il supplizio estremo, il debitore squartato. Non ci rammenta l'*addictio*, il *nexum*, né i debitori *ducti in ergastulum et in carnificinam*. Non li lascia *ostentantes tergum foedum recentis vestigiis verberum*. Non è l'*obnoxatio* dei tempi feudali. Non la schiavitù, né la prigionia perpetua o duratura. Non è la proprietà, e nemmeno l'ipoteca o il pegno della persona del debitore. Nulla di tutto ciò. L'arresto personale della vigente legislazione italiana è la temporanea privazione della libertà, che dalla autorità giudiziaria, in quei soli casi nei quali o in odio della mala fede del debitore, o in grazia del pubblico interesse è consentita dalla legge, viene richiedendola il creditore inflitta al debitore inadempiente con l'intendimento di costringerlo ad eseguire l'obbligazione. Nulla dunque le è rimasto di barbaro e di inumano. Ed il nostro legislatore seppe adattarla alle esigenze della civiltà nella quale viviamo».

¹⁵ Sul percorso normativo relativo alla progressiva delimitazione dell'ambito applicativo della carcerazione per debiti, dalla disciplina formulata dagli artt. 2093-2104 c.c. 1865, passando attraverso le eccezionali disposizioni della l. 6 dicembre 1877, n. 4166, per giungere infine alla definitiva abrogazione dell'istituto, cfr.: Grassetti, voce *Debiti* (arresto personale per), in *Noviss. dig. it.*, V, 1960, 180 ss., secondo il quale «l'abolizione totale dell'arresto personale per debiti è avvenuta con l'entrata in vigore del Codice Civile e del Codice di Procedura Civile del 1942, nei quali non si trova più alcuna traccia dell'istituto»; Ricca, voce *Debiti* (arresto personale per), in *Enc. dir.*, XI, 1962, 740 ss.; Salono, voce *Debiti* (arresto personale per), in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., V, 1989, 122 s.

¹⁶ Mazzamuto, *L'esecuzione forzata*, cit., 300 ss., sottolineando la «difficoltà di rinnovare, nel nostro ordinamento, i mezzi di tutela specifica», constata che «a periodi di tranquilla analisi dei dati normativi, consegnata ad un approccio concettualistico o soltanto esegetico, si avvicendano ritorni, talora improvvisi, del pensiero problematico e tentativi di superare *de iure condito* e *de iure condendo* gli angusti confini tradizionalmente assegnati dal nostro diritto positivo alla c.d. priorità logico-giuridica dell'adempimento in natura».

¹⁷ Così Breccia, *Le obbligazioni*, in *Trattato dir. priv. Iudica-Zatti*, Milano, 1991, 64 s., che ricorda l'influenza esercitata dalla disposizione formulata dall'art. 1142 *code Napoléon*, per cui *toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur*. Nonostante la norma non risulti riprodotta dagli artt. 1218, 1220-1222 del nostro abrogato codice civile, l'esperienza giuridica italiana registra infatti l'affermazione del principio *nemo ad factum praecise cogi potest* (per tale rilievo cfr., ancora, Mazzamuto, *L'esecuzione forzata*, cit., 302).

3. Introdotto dalla riforma del processo civile (l. 18 giugno 2009, n. 69), l'art. 614 *bis*, c.p.c., dedicato all'«attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare», prevede ora che il giudice, al di fuori delle controversie di lavoro pubblico e privato, fissi con la condanna, su richiesta di parte e salvo il caso di manifesta iniquità, la sanzione pecuniaria dovuta per ogni successiva violazione o ritardo nell'applicazione del provvedimento, al quale viene attribuita l'efficacia di titolo esecutivo (comma 1). Nel determinare l'ammontare di tale somma di denaro, il giudice tiene conto del valore della lite, della natura della prestazione, del danno quantificato o prevedibile, e di ogni altra circostanza utile (comma 2)¹⁸.

La disposizione concretizza una lunga serie di precedenti iniziative, anche molto risalenti nel tempo, che, nella diversità delle soluzioni proposte, testimoniano la complessità del tema e inducono a salutare favorevolmente il tentativo di modernizzazione delle tecniche di tutela, colmando una vera e propria lacuna del nostro sistema. L'antecedente storico dei tentativi d'introdurre, per via legislativa, ipotesi generali di coercizione indiretta rimonta al «progetto Carnelutti» del 1926, che riconosceva, in particolare, la possibilità di determinare una penalità di mora in favore del creditore di un'obbligazione di fare o di non fare (artt. 667-668)¹⁹.

Sempre in rapporto all'inadempimento di tali ordini di prestazioni, a questo ormai remoto progetto ha fatto seguito una molteplice varietà di iniziative: l'art. 23 del disegno di legge n. 2246 del 1975 (cosiddetto «Reale»), che attribuiva al giudice il potere di stabilire, con la condanna, una sanzione pecuniaria per ogni ulteriore violazione, specificando, se del caso, i soggetti ovvero gli enti pubblici o privati beneficiari; il punto 24 d.d.l n. 1463/1981, relativo alla delega per la riforma del codice di

¹⁸ Sui profili ricostruttivi della figura introdotta dall'art. 614 *bis* c.p.c., cfr.: Proto Pisani, *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero (note a prima lettura)*, in *Foro it.*, 2009, V, 223; Mazzamuto, *La comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. e il concetto di infungibilità processuale*, in *Europa e dir. privato*, 2009, 947 ss.; Balena, *La nuova pseudo-riforma del processo civile (un primo commento della legge 18 giugno 2009, n. 69)*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, 794 ss.; Merlin, *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibili nella l. 69/2009*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1546 ss.; Consolo, *Una buona "novella" al c.p.c.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360 bis e 614 bis) va ben al di là della sola dimensione processuale*, in *Corriere giur.*, 2009, 740 ss.; Gambineri, *Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare*, in *Foro it.*, 2009, V, 320 ss.; Asprella, *Le opposizioni all'esecuzione e agli atti esecutivi, la sospensione del processo esecutivo e il nuovo istituto dell'astreinte*, in Asprella-Giordano, *La riforma del processo civile*, Milano, 2009, 115 ss.; Zucconi Galli Fonseca, *Le novità della riforma in materia di esecuzione forzata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 200 ss.; Id., *Attualità del titolo esecutivo*, ivi, 74 ss.; Amadei, *Una misura coercitiva generale per l'esecuzione degli obblighi infungibili*, ivi, 342 ss.; Bove, *Brevi riflessioni sui lavori in corso nel riaperto cantiere della giustizia civile*, consultabile in www.judicium.it, che al tema dell'esecuzione, in particolare a quella tramite coercizione indiretta, dedica il par. 15.

¹⁹ Per un'esposizione del progetto, nelle sue linee generali, v. Carnelutti, *Lineamenti della riforma del processo civile di cognizione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1929, I, 3 ss. Con specifico riguardo al contenuto essenziale degli artt. 667 e 668 dell'iniziativa v., inoltre, Vullo, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea*, cit., 734 s., dove ulteriori riferimenti.

procedura civile, caratterizzato tuttavia da un ridotto ambito applicativo dello strumento compulsorio; il punto 25 dello schema di disegno di legge delega predisposto nel 1996 dalla Commissione Tarzia, con riguardo alla violazione degli obblighi di fare o di non fare – eccettuati quelli di lavoro – e di consegna o rilascio, non derivante da locazione ad uso abitativo; più di recente, il punto 42 d.d.l. delega del 2003 elaborato dalla Commissione Vaccarella, e l'art. 21 d.d.l. n. 2430/S, presentato nel corso della XIV Legislatura, entrambi in relazione alle sole prestazioni infungibili²⁰.

Tra gli istituti di riferimento, in prospettiva comparatistica, si è già menzionato il *contempt of court* dei Paesi anglosassoni, consistente nel potere discrezionale del giudice di irrogare, su iniziativa del creditore, al debitore che non osservi la condanna civile – tanto provvisoria quanto definitiva – una pena variamente modulata dall'ammenda fino alla carcerazione²¹. A sua volta, l'ordinamento germanico prevede che il «tribunale di prima istanza», anche in questa ipotesi su domanda del creditore: commini, in rapporto all'inadempimento di obblighi di fare infungibile, una sanzione pecuniaria (*Zwangsgeld*) a beneficio dello Stato e, per il caso che questa non possa essere riscossa, una misura limitativa della libertà personale (*Zwangshaft*), per coartare in chiave repressiva la volontà del debitore (§ 888 ZPO); adotti, con riguardo alla violazione di un dovere di astensione, provvedimenti corrispondenti di natura economica (*Ordnungsgeld*) o detentiva (*Ordnungshaft*) per ogni successiva trasgressione (§ 890 ZPO). Meccanismi analoghi a quelli delle *Zwangsstrafen* tedesche sono contemplati, poi, anche dal sistema processuale austriaco (§§ 354-355 EO)²².

²⁰ Per un commento delle diverse proposte: Verde, *Il disegno di legge n. 2246 presentato al Senato dal Ministro Reale sui provvedimenti urgenti relativi al processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, 633 ss., sul d.d.l. Reale; Id., *La disciplina dell'esecuzione forzata secondo il disegno di legge delega per un nuovo codice di procedura civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1983, 71 ss.; Borrè, *Verso la riforma del codice di procedura civile? Riflessioni sulla disciplina dell'esecuzione forzata nel disegno di legge delega n. 1463*, in *Foro it.*, 1983, V, 134 ss., sul d.d.l. n. 1463/81, predisposto dalla Commissione Liebman; Vaccarella, *Le linee essenziali del processo esecutivo secondo il progetto della commissione Tarzia*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 364 ss.; Capponi, *Astreintes nel processo civile italiano?*, cit., 159, sul d.d.l. approvato dalla Commissione governativa presieduta da G. Tarzia; Marazia, *Astreintes e altre misure coercitive per l'effettività della tutela civile di condanna*, in *Riv. esecuzione forzata*, 2004, 346, sul «progetto Vaccarella»; sintesi delle diverse iniziative legislative in Vullo, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea*, cit., 735 ss., e Quaranta, voce *Esecuzione indiretta delle forme di tutela collettiva dei consumatori*, cit., 554, anche per altri riferimenti.

²¹ Sul *contempt of court* – in particolare sul *civil contempt* o *contempt in procedure*, distinto dalla versione *criminal* caratterizzata, in chiave marcatamente repressiva dei comportamenti oltraggiosi per l'autorità giudiziaria o di ostacolo allo svolgimento delle relative funzioni, dalla tutela dell'interesse generale al corretto esercizio dell'amministrazione della giustizia – v. Chiarloni, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, cit., 235 ss., e, per una ricognizione dei tratti salienti dell'istituto, Vullo, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea*, cit., 738 s., anche per altri riferimenti.

²² Sul sistema delle *Zwangsstrafen* cfr.: Proto Pisani, voce *Sentenza di condanna*, cit., 306, 309, con indicazioni bibliografiche relative agli ordinamenti tedesco ed austriaco; Vullo, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea*, cit., 737 s., dove ulteriori citazioni della letteratura germanica sull'argomento e ragguagli sul dibattito riguardante la natura giuridica di tali misure, in particolare se le stesse costituiscano *reine Beugemit-*

La figura introdotta nell'ordinamento italiano dall'art. 614 *bis*, c.p.c. non presenta le stesse coloriture pubblicistiche e appare, piuttosto, ispirata al modello francese delle *astreintes*, pur con significative deviazioni. Tale istituto – originariamente elaborato dalla giurisprudenza d'Oltralpe e successivamente recepito negli artt. 5-8 l. 5 luglio 1972, n. 626, cui hanno fatto seguito gli artt. 33-37 l. 9 luglio 1991, n. 650 – consiste nel prospettare al debitore di un'obbligazione risultante da una pronuncia di condanna il pagamento di una somma di denaro a favore del creditore per ogni giorno (o altra unità temporale) di ritardo ovvero per ogni singola infrazione, indipendentemente dal danno subito da questi ed anzi in concorso con eventuali pretese risarcitorie, al fine di «costringere» il primo –in coerenza, del resto, con l'etimo latino che contraddistingue la denominazione della misura – a non perseverare nell'inadempimento.

Disposta, anche d'ufficio, dal giudice, l'*astreinte* può atteggiarsi in forma «*provisoire*» o «*définitive*» (art. 34, comma 2, l. n. 650/1991), a seconda che sia o meno modificabile dopo la sua irrogazione. Sotto l'aspetto procedurale, l'applicazione della misura si snoda attraverso una fase «*comminatoire*» ed una, di carattere eventuale su impulso di parte, liquidativa, consistenti nella predisposizione dello strumento per vincere la resistenza all'esecuzione della decisione (art. 33, comma 1, l. cit.), la prima, nella condanna al pagamento della somma concretamente dovuta per l'inoservanza della pronuncia (artt. 35-37 l. cit.), la seconda²³.

4. In chiave di premessa all'analisi della disciplina introdotta dall'art. 614 *bis*, c.p.c., vanno registrati alcuni rilievi critici relativi alla *sedes materiae* prescelta. Nelle notazioni a prima lettura non si è mancato di segnalare, in particolare, il problematico coordinamento con il processo esecutivo, che avrebbe dovuto suggerire l'inserimento dell'istituto piuttosto nel libro secondo del codice di rito, nell'ambito del capo IV del titolo I, in materia di esecutorietà della sentenza, o quantomeno, a voler valorizzare maggiormente il legame con l'esecuzione forzata rispetto a quello con gli effetti del provvedimento di condanna, l'aggiunta di un autonomo titolo al libro terzo²⁴. Non sembra revocabile in dubbio l'attinenza della disposizione in esame

tel. Strafen, o infine se abbiano, conformemente ad una ricostruzione eclettica, un «*Doppelcharakter als Strafen und Beugemittel*»; da ultima, Gambineri, *Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare*, cit., 322.

²³ Prescindendo dalla completezza dei richiami, per una rassegna delle principali questioni interpretative legate all'applicazione dell'*astreinte*, cfr., tra gli altri, Chabas, *Astreintes*, in *Rép. Dalloz proc. civ.*, Paris, 1998; Chiarloni, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, cit., 86 ss.; Frignani, *La penalità di mora e le astreintes nei diritti che si ispirano al modello francese*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, 506 ss.; Perrot, *La coercizione per dissuasione nel diritto francese*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, 658 ss.; Vullo, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea*, cit., 740 ss.; Quaranta, voce *Esecuzione indiretta delle forme di tutela collettiva dei consumatori*, cit., 565 ss.

²⁴ Cfr. Asprella, *Le opposizioni all'esecuzione e agli atti esecutivi, la sospensione del processo esecutivo e il nuovo*

all'efficacia della pronuncia. Tuttavia, la scelta legislativa si giustifica per la natura coercitiva della misura, idonea a sospingerla verso la fase dell'esecuzione forzata, ancorché indiretta. Provando ad ipotizzare una diversa collocazione sistematica, andrebbe semmai considerato un dato ulteriore. Gli strumenti processuali, secondo la visione tradizionalmente adottata nella distribuzione delle materie tra il codice civile e quello di rito, non sono regolati esclusivamente da quest'ultimo. Appartengono infatti «all'ordine delle discipline processuali tutte quelle che riguardano il modo, e cioè per l'appunto il processo di formazione dei provvedimenti giurisdizionali», mentre afferisce al regime dei diritti soggettivi – e quindi al codice civile – «il determinare quali siano i possibili provvedimenti finali di merito e quando e da chi se ne possa provocare l'emanazione e quale efficacia essi spieghino dopo “usciti” dal processo, e cioè nel mondo dei rapporti sostanziali» (Relazione al codice civile, n. 1184). In questa prospettiva d'indagine, la disposizione formulata dall'art. 614 *bis* c.p.c. avrebbe, forse, potuto essere suddivisa tra la sede prescelta, quanto al carattere di titolo esecutivo della condanna accessoria, e la sezione II, dedicata all'azione esecutiva in forma specifica, del capo II del titolo IV del libro sesto del codice civile. Restano in ogni caso ineludibili le difficoltà di coordinamento dell'istituto, stretto, per così dire, tra la dimensione del provvedimento e quella dell'esecuzione forzata.

Se si analizzano i presupposti di applicazione della novella, un primo nodo interpretativo riguarda la questione della competenza. Malgrado la collocazione sistematica dell'art. 614 *bis* c.p.c., il tenore letterale della norma e l'assenza di qualsivoglia riferimento alla liquidazione del pagamento prospettato al debitore – diversamente dal modello francese in cui tale fase è affidata, salvo eccezioni, al giudice dell'esecuzione – inducono a ritenere che il potere di comminare la misura spetti all'autorità investita della cognizione della causa. Non si tratta, peraltro, di una pronuncia di merito ma di rito, integrante la costituzione – *sub condizione* del protrarsi dell'inoservanza – di un'obbligazione pecuniaria per assicurare effettività alla decisione²⁵.

istituto dell'astreinte, cit., 118, secondo la quale la disposizione normativa avrebbe trovato collocazione più appropriata all'interno della previsione generale dell'art. 282 c.p.c. – conformemente, del resto, a quanto indicato dall'art. 21 d.d.l. n. 2430/S/XIV – o, alternativamente, in un nuovo titolo VII del libro III del codice di procedura civile. In quest'ultimo senso, peraltro, si era già espresso Vullo, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea*, cit., 773 s., auspicando l'introduzione nel nostro ordinamento di una misura coercitiva di carattere generale a contenuto patrimoniale. Giudica inopportuna la collocazione dell'art. 614 *bis* c.p.c. nel capo dedicato agli obblighi di fare e di non fare anche Zucconi Galli Fonseca, *Le novità della riforma in materia di esecuzione forzata*, cit., 201.

²⁵ V. Merlin, *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibili nella l. 69/2009*, cit., 1550: «la pronuncia sulla misura coercitiva (pur concretizzantesi nella statuizione di un obbligo al pagamento di somme) non ha natura di pronuncia di merito, bensì di rito: essa non definisce, infatti, un preesistente rapporto sostanziale fra le parti (e soprattutto non definisce un oggetto del giudizio contenzioso), bensì fa nascere un nuovo rapporto obbligatorio con il *fine* prettamente *processuale* di dare esecuzione forzata indiretta alla pronuncia giudiziale» (corsivo nel testo).

Un altro dato da rilevare attiene alla natura del «provvedimento di condanna» con il quale viene fissata la somma di denaro dovuta per ogni successiva violazione. L'ampiezza di significato del termine utilizzato conduce, infatti, a ricomprendervi, oltre alla sentenza, quello – cosiddetto «anticipatorio» (art. 669 *octies*, comma 6, c.p.c.) – reso nell'ambito di un procedimento cautelare, in cui del resto l'art. 669 *duodecies* c.p.c. demanda al giudice anche il potere di determinare le modalità attuative delle misure cautelari aventi ad oggetto obblighi di consegna, rilascio, fare o non fare²⁶. Viceversa, risultano esclusi dalla possibilità di essere affiancati dallo strumento comminatorio, salvo che non ricorrano specifiche previsioni legislative (ad es. artt. 140, comma 7, c.cons.; 11, comma 3, d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28), i titoli esecutivi di carattere stragiudiziale, conformemente a quanto sostenuto in relazione all'*astreinte* dell'ordinamento francese²⁷.

Nella ricognizione dei tratti salienti dell'istituto occorre inoltre sottolineare il limite della manifesta iniquità, posto alla predisposizione del meccanismo di dissuasione. Sotto questo aspetto, la discrezionalità lasciata al giudice, se può apparire eccessiva²⁸, risponde tuttavia ad apprezzabili esigenze di giustizia del caso concreto ed a quel criterio di proporzionalità rispetto alla violazione che deve sempre caratteriz-

²⁶ L'estensione della sfera di applicazione dell'art. 614 *bis* c.p.c. oltre l'ambito delle sentenze risulta generalmente condivisa: Merlin, *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibili nella l. 69/2009*, cit., 1548, secondo la quale pare ragionevole che esso si applichi «anche ai provvedimenti resi, con ordinanza o decreto, in via sommaria (quale oggi sarà anche quello *ex novo* introdotto all'art. 702 *ter* c.p.c.) o cautelari (quale sovente potrà essere il provvedimento di urgenza *ex* art. 700 c.p.c.)»; Zucconi Galli Fonseca, *Le novità della riforma in materia di esecuzione forzata*, cit., 202, secondo cui «il riferimento della norma al «provvedimento di condanna» consente di affermare l'applicabilità della misura in tutte le sedi in cui questo possa essere ottenuto»; Amadei, *Una misura coercitiva generale per l'esecuzione degli obblighi infungibili*, cit., 351 s., anche per il coordinamento della disposizione introdotta dall'art. 614 *bis* c.p.c. con quella formulata dall'art. 669 *duodecies* c.p.c.; Gambineri, *Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare*, cit., 323.

²⁷ Sull'inapplicabilità dell'art. 614 *bis* c.p.c. agli obblighi sanciti da un titolo esecutivo non giudiziale – il riferimento è innanzi tutto all'atto pubblico – cfr., ancora, Merlin, *op. loc. citt.* Sulla corrispondente soluzione già affermata in ordine all'*astreinte*, v. le riflessioni svolte da Guinghard-Moussa, *Droit e pratique de voies d'exécution*, Paris, 1999, 249, succintamente richiamate da Quaranta, voce *Esecuzione indiretta delle forme di tutela collettiva dei consumatori*, cit., 565, 567. Sempre in relazione all'ordinamento francese, vanno ricordati anche i casi di origine normativa – ossia d'imposizione per legge – di questo strumento di coercizione indiretta: Vullo, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea*, cit., 746, che segnala le ipotesi del versamento di indennità per infortunio sul lavoro, dello sfratto da locali di abitazione, della violazione della disciplina sui permessi di costruire. Con specifico riguardo all'assimilabilità del lodo arbitrale al provvedimento di condanna previsto dall'art. 614 *bis* c.p.c., Zucconi Galli Fonseca, *op. loc. citt.*, e Amadei, *op. loc. citt.*, ritengono che quello rituale, diversamente da quello irrituale, possa essere equiparato alla sentenza.

²⁸ Così, infatti, Proto Pisani, *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero (note a prima lettura)*, cit., 223; nello stesso senso, Merlin, *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibili nella l. 69/2009*, cit., 1558, in mancanza di parametri che orientino la valutazione di manifesta iniquità, «per dotare almeno di cornice l'area di esercizio della discrezionalità del giudice». Sicché, sempre secondo quest'ultima A., il potere attribuito nella decisione sull'*an* e sul *quantum* della mi-

zare la pena, sia pubblica (artt. 132-133 c.p.) che privata (argomento *ex art.* 1384 c.c.), senza trascurare poi l'esistenza di situazioni per certi versi similari in cui ragioni di «opportunità» determinano la decisione sull'adozione di provvedimenti tesi a garantire l'attuazione di misure cautelari (art. 669 *duodecies* c.p.c.).

Con riferimento all'ammontare della sanzione pecuniaria, i diversi parametri che presiedono alla sua fissazione sembrano, invece, idonei non solo ad orientare con sufficiente livello di specificazione la quantificazione della misura ma anche ad assicurare l'indispensabile grado di elasticità della scelta. Il comma 2 dell'art. 614 *bis* c.p.c., articolandosi in una serie di indicazioni concrete (il valore della lite, la natura della prestazione, il danno quantificato o prevedibile), da un lato, prevedendo una sorta di formula di chiusura (ogni ulteriore circostanza utile), dall'altro, manifesta, infatti, il tentativo di ricercare il difficile punto di equilibrio tra le opposte esigenze della tassatività e dell'adeguatezza. Risulta chiaro, allora, come un approccio ermeneutico diretto a svolgere un'analisi isolata dei singoli criteri conduca inevitabilmente a metterne in evidenza disarmonie o vere e proprie antinomie, e finisca con il riconoscere al giudice un ambito di discrezionalità eccessivamente ampio. Al contrario, un'interpretazione (evidentemente di natura teleologica) che sottolinei la funzione di superare la resistenza del debitore all'esecuzione, con un meccanismo dissuasivo modulato alla stregua di una molteplice varietà di parametri, se non può eludere i limiti di coerenza sistematica della norma, consente almeno di giungere a soluzioni applicative in qualche modo controllabili.

Quanto alla necessità della «richiesta» di parte, va poi rilevato come essa sia difficilmente inquadrabile nel novero delle domande giudiziali in senso tecnico. Ciò non tanto per l'argomento letterale ricavabile dal termine utilizzato – che pure ha la sua non trascurabile rilevanza nell'economia di un'analisi della disciplina delle forme processuali – quanto piuttosto per l'inidoneità dell'impulso del creditore ad incidere sulla definizione del *thema decidendum* – sotto il differente profilo della innovazione, modificazione o precisazione dello stesso – nonché per la mera strumentalità dell'iniziativa rispetto all'esecuzione del provvedimento di condanna. Ne consegue, proseguendo nella medesima linea di riflessione, la possibilità di stimolare l'adozione del mezzo di coercizione indiretta del debitore anche oltre il limite temporale stabilito dall'art. 183 c.p.c. e fino all'udienza per la precisazione delle conclusioni, ma occorre subito aggiungere che tale proposta interpretativa non sembra condivisa dalla dottrina prevalente²⁹.

sura da infliggere “non potrà non dare materia di riflessione circa la compatibilità con il principio costituzionale –art. 111, 1° comma-, secondo cui il giusto processo deve essere «regolato dalla legge»”.

²⁹ Sui caratteri della domanda giudiziale, non potendosi in questa sede dar conto della molteplice varietà di contributi dottrinali, peraltro talmente noti da consentire di prescindere da richiami specifici, cfr. Consolo, voce *Domanda giudiziale*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., VII, 1991, 44 ss., per un'ampia panoramica degli indi-

5. In relazione alla natura della prestazione da attuare, l'elemento senza dubbio più importante per delineare la sfera applicativa dell'art. 614 *bis* c.p.c., è opportuno muovere dalla sua rubrica. Menzionando espressamente gli obblighi di fare infungibile o di non fare, la stessa pone anzitutto questioni definitorie di non facile soluzione. Con riguardo all'analisi tipologica della prima specie di prestazioni, lo scopo di circoscriverne l'ambito, assegnato al carattere della fungibilità, sconta, infatti, le incertezze terminologiche dell'uso alquanto promiscuo di tale qualificazione. Solo a titolo esemplificativo, può essere sufficiente considerare come la stessa sia utilizzata, nel linguaggio legislativo, per classificare le cose sostituibili in ragione della loro identità (art. 633 c.p.c.) e allo stesso tempo, in quello giurisprudenziale, per indicare le affinità tra distinti rimedi contrattuali, idonee a consentire in giudizio il passaggio dagli uni agli altri senza che ciò comporti la proposizione di una domanda nuova, inammissibile in appello (art. 345 c.p.c.)³⁰.

rizzi formati in relazione alla definizione del concetto e numerose indicazioni bibliografiche. Sulla particolare questione della natura giuridica della «richiesta di parte» prescritta dall'art. 614 *bis* c.p.c., v. Merlin, *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibili nella l. 69/2009*, cit., 1549, che esclude l'inquadramento dell'istanza in esame nell'ambito delle domande giudiziali in senso tecnico (citando l'opinione espressa da Luiso, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 2009, 4 s. del testo in bozze), ma conclude per la sua assimilazione «ad una modifica della domanda di base già proposta, ammissibile solo nei limiti temporali fissati dall'art. 183, 5° e 6° comma, n. 1, c.p.c.». L'A. argomenta dal fatto che la richiesta «potrà normalmente, di per sé, autonome esigenze di trattazione ed istruttoria», come la verifica delle circostanze rilevanti per la quantificazione della somma o della ricorrenza delle ipotesi eccettuate dall'applicazione della misura. In senso contrario alla sua configurazione in termini di modificazione della domanda valga, tuttavia, questa duplice considerazione: per un verso, la previsione di un procedimento sommario per determinare l'ammontare della somma dovuta in caso di trasgressione, contenuta nel precedente «progetto Vaccarella», non è stata riprodotta nella stesura definitiva della novella (il dato è rilevato da Asprella, *Le opposizioni all'esecuzione e agli atti esecutivi, la sospensione del processo esecutivo e il nuovo istituto dell'astreinte*, cit., 119); per altro verso, il valore della lite, la natura della prestazione, il danno quantificato o prevedibile e le altre circostanze utili, ossia gli specifici criteri di quantificazione indicati dall'art. 614 *bis* c.p.c., normalmente emergeranno dagli atti di causa senza bisogno di autonoma attività istruttoria. Secondo Zucconi Galli Fonseca, *Le novità della riforma in materia di esecuzione forzata*, cit., 205 s., invece, trattandosi «di ordinaria domanda su diritto sostanziale, essa è soggetta alla disciplina delle preclusioni; pertanto non potrà essere dedotta, nello stesso processo della prestazione principale, oltre i termini fissati per la proposizione di nuove domande, pena l'inammissibilità; né per la prima volta in appello. (...) Ciò posto, nulla è perduto: sempre tenendo a mente la natura sostanziale del diritto alla sanzione, non si può negare, in principio, l'ammissibilità di una domanda autonoma, in altro giudizio separato da quello pregiudiziale». In questo senso anche Amadei, *Una misura coercitiva generale per l'esecuzione degli obblighi infungibili*, cit., 348 e 357, che, a proposito delle conseguenze – in ordine alla possibilità di esercizio in un separato giudizio – dell'autonomia del diritto alla sanzione pecuniaria rispetto al credito principale, richiama gli spunti forniti da Luiso nel corso del seminario sulla riforma del processo civile tenutosi a Marina di Massa il 2 luglio 2009.

³⁰ Sotto il primo aspetto – quello relativo alle «cose» che per le loro intrinseche caratteristiche sono indifferentemente sostituibili le une con le altre – va ricordato come, tradizionalmente, la distinzione tra fungibilità e infungibilità non coincida con quella tra genericità e specificità, sebbene un uso promiscuo di tali espressioni sia tutt'altro che infrequente nella prassi applicativa: la prima attiene infatti ad un piano, per così dire, ontologico, mentre «per stabilire la genericità o specificità della cosa, agli effetti del contratto, occorre avere

Nel contesto della disciplina sull'esecuzione forzata, la fungibilità del *facere*, che presuppone uno specifico accertamento, rimanda ad indici normativi ancora diversi, tra i quali particolare significato assume quello contenuto nell'art. 1180 c.c., in materia di adempimento del terzo. Da questo punto di vista, l'esecuzione forzata in forma specifica postula un interesse del creditore – più in generale, dell'avente diritto – suscettibile di soddisfacimento indipendentemente dalla collaborazione del debitore³¹. Occorre, però, verificare che le tecniche di attuazione coattiva, ancorché materialmente ipotizzabili, non collidano con fondamentali esigenze di libertà o dignità del soggetto passivo del rapporto. Sicché, in questa prospettiva, la fungibilità (o l'infungibilità) trascende una concezione meramente naturalistica della surrogabilità della condotta del debitore, per accedere ad una dimensione valutativa degli interessi coinvolti contraddistinta dalla possibilità in senso giuridico³².

Tale prospettiva assiologica aiuta anche a comprendere la previsione contenuta nell'ultimo inciso del primo comma dell'art. 614 *bis* c.p.c., che esclude dall'applica-

riguardo non alla natura normale che la cosa ha prima del contratto, ma al modo con cui è stata considerata e dedotta nel contratto» (Rubino, *La compravendita*, Milano, 1950, 48 s.). Sotto il secondo aspetto – concernente il divieto di *ius novorum* in appello – si può rilevare come la Suprema corte, nel valutare l'ammissibilità o meno della (modifica della) domanda proposta, si esprima, talvolta, in termini di «fungibilità tra le azioni»: cfr. la motivazione di Cass., 14 gennaio 2009, n. 553, in *Obbligazioni e contratti*, 2010, 91, con nota di Longo, *Infungibilità processuale tra gli ordinari rimedi caducatori degli effetti del contratto*, che, risolvendo a Sezioni unite il precedente contrasto di giurisprudenza, afferma l'incompatibilità strutturale e funzionale tra l'azione di risoluzione contrattuale per inadempimento e di risarcimento del danno (art. 1453 c.c.), da un lato, il recesso e la ritenzione della caparra (art. 1385, comma 2, c.c.), dall'altro, con la conseguenza che, esercitata la prima, la proposizione in appello del recesso con ritenzione della caparra non costituisce formulazione di un'istanza di contenuto ridotto rispetto alla precedente ma domanda nuova.

³¹ Con riguardo alla verifica del requisito della fungibilità, il Supremo collegio sottolinea che l'esecuzione in forma specifica regolata dall'art. 612 c.p.c. presuppone «un titolo contenente l'accertamento positivo sulla fungibilità e quindi sulla coercibilità dell'obbligo di fare» (Cass., 13 gennaio 1997, n. 258, in *Foro it.*, Rep. 1997, voce *Esecuzione forzata di obblighi di fare*, n. 1, consultabile per esteso in *Juris data-banca dati*; come già Cass., 14 dicembre 1994, n. 10713, in *Foro it.*, Rep. 1994, voce *Esecuzione forzata di obblighi di fare*, n. 2). Con riferimento ai caratteri del requisito in esame, Trib. Roma, 7 dicembre 1994, in *Foro pad.*, 1995, I, 79, richiede la possibilità di sostituzione nell'attività non eseguita dal debitore, onde attuare la stessa situazione che si realizzerebbe con l'adempimento spontaneo; nello stesso senso anche Trib. Roma, 12 settembre 2002, in *Foro it.*, 2002, I, 3207. Nella giurisprudenza richiamata è frequente l'affermazione secondo la quale la «coercibilità» presuppone la fungibilità della prestazione di fare. A ben guardare, tuttavia, in questo contesto il termine appare utilizzato in un'accezione assai ristretta, che lo porta a coincidere con l'ambito applicativo dell'esecuzione specifica, mentre, a rigore, altrettanti strumenti di coercizione, sia pure indiretta, sono l'espropriazione forzata e, a seguito della l. n. 69/2009, il meccanismo dissuasivo introdotto dall'art. 614 *bis* c.p.c., i quali, per l'appunto, prescindono dalla fungibilità della prestazione.

³² Con la consueta incisività, Mazzamuto, *L'esecuzione forzata*, cit., 330, afferma che «(l)la storia dell'esecuzione dei *facere* (...) è storia di valori e non di tecnologie e non va dimenticato, a persistere nell'inutile equivoco, che la scienza è in grado oggi di proporre manipolazioni sempre più sofisticate dell'agire umano; il rinvio alla natura fu sicuro presidio della libertà del singolo in epoca di giusnaturalismo ma è soltanto un suggestivo relitto nel moderno discorso analitico».

zione della norma le controversie di lavoro subordinato pubblico e privato nonché quelle ad esse equiparate. Risultano, in particolare, evidenti tanto il significato, tutto giuridico, dell'infungibilità dei rapporti *lato sensu* lavorativi quanto le ragioni della loro sottrazione all'ambito d'efficacia della disposizione, nonostante ricorra il carattere infungibile della prestazione, che qui assume, almeno rispetto al lavoratore, i connotati garantistici di un limite all'esecuzione, sia in forma specifica che indiretta per dissuasione. D'altro canto, non mancano aspetti d'incoerenza sistematica dell'enunciato legislativo, nella misura in cui estende l'esenzione alle prestazioni del datore di lavoro, per le quali non vengono in gioco le stesse esigenze di rispetto della libertà personale. Sempre in relazione alle obbligazioni di fare infungibile del datore di lavoro, un ulteriore profilo d'irragionevolezza dell'eccezione emerge, poi, dalla diversità di trattamento rispetto all'esplicita previsione di una misura compulsiva ai sensi dell'art. 18, ult. comma, l. n. 300/1970³³. Provando ad uscire dall'*impasse*, queste osservazioni conducono, allora, a ritenere che *lex plus dixit quam voluit*, e costituiscono, pertanto, una base argomentativa idonea a sostenere la necessità di un'interpretazione delle ipotesi escluse dallo strumento in esame circoscritta alle sole prestazioni del lavoratore.

Con riferimento alla categoria degli obblighi – intesi in senso ampio – di non fare, la loro inosservanza integra di per sé gli estremi dell'inadempimento (art. 1222 c.c.) o comporta, nel settore dei diritti assoluti, la violazione del dovere di astenersi dall'interferire illecitamente nella sfera altrui, riguardante tanto le situazioni soggettive di appartenenza tutelate *erga omnes* (ad esempio, si consideri l'art. 833 c.c., sul divieto di atti emulativi), quanto quelle di natura personale emblematicamente rappresentate dal rispetto dell'onore, della riservatezza e via discorrendo³⁴. In tale serie di casi, il ricorso al processo esecutivo non consente, perciò, la realizzazione dell'interesse dell'avente diritto, ma soltanto la riparazione della lesione, permettendogli di ottenere l'equivalente monetario del danno subito tramite l'espropriazione, ovvero la tendenziale ricostituzione dello *status quo ante* attraverso le tecniche dell'esecuzione

³³ Osservazioni critiche, a proposito della sottrazione delle controversie di lavoro alla sfera applicativa della norma formulata dall'art. 614 *bis* c.p.c., sono svolte da Proto Pisani, *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero (note a prima lettura)*, cit., 223, il quale, in tema di misure coercitive, rileva: «da sempre vi è stato il limite del loro non applicarsi all'adempimento di obblighi consistenti nella prestazione di lavoro subordinato o autonomo: e ciò a garanzia della libertà personale del lavoratore, per non reintrodurre surrettiziamente forme moderne di schiavitù. Non si comprende invece perché gli obblighi infungibili del datore di lavoro pubblico o privato debbano godere di una simile esenzione: si consideri in senso contrario quanto previsto dal giudizio di ottemperanza e dall'ultimo comma dell'art. 18 l. 300/70».

³⁴ Per quanto concerne gli obblighi di non fare, Mandrioli, voce *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., VII, 1991, 553, precisa che «con questa espressione la legge non ha riguardo solo all'originaria obbligazione di non fare, dovendosi invece certamente includere nella previsione legislativa i comportamenti omissivi dovuti, in funzione del rispetto ai diritti assoluti».

ne – che qui si atteggia come vero e proprio risarcimento (art. 2058 c.c.) – in forma specifica. Più in particolare, qualora la trasgressione del dovere omissivo metta capo alla creazione di un'opera, la tutela apprestata dall'art. 2933 c.c. consiste nella distruzione, a spese dell'obbligato, di quanto è stato compiuto (comma 1), sempre che in tal modo non si rechi pregiudizio all'economia nazionale (comma 2). Ad essa corrispondono le regole procedurali poste dall'art. 612 c.p.c., le quali, prevedendo l'eliminazione dell'*opus*, fanno coincidere la meccanica del «disfare», di per sé surrogabile al contegno del soggetto passivo, con l'attuazione in forma specifica degli obblighi di non fare, che presentano quindi, sotto questo profilo, il carattere della fungibilità³⁵.

6. Muovendo da quest'ultima osservazione (relativa alla natura fungibile delle prestazioni di non fare la cui violazione comporti la realizzazione di un *opus*, anche se in un'accezione peculiare rispetto al corrispondente carattere degli obblighi di fare, dove la fungibilità designa la possibilità di soddisfare direttamente ed immediatamente, non in via di mera reintegrazione, l'interesse del titolare) occorre allora domandarsi se la misura introdotta dall'art. 614 *bis* c.p.c. sia applicabile soltanto ai doveri di astensione con conseguenze, in caso di trasgressione, non eliminabili materialmente, o anche alle prestazioni negative in tutto o in parte fungibili.

Indipendentemente dal valore normativo della rubrica della disposizione, che, peraltro, riferisce l'infungibilità alle sole prestazioni di fare, l'attuazione in forma specifica di quelle di non fare, ove possibile, richiede, in ogni caso, l'adozione di un provvedimento giudiziale di contenuto positivo. In altri termini, l'accertamento della violazione di un obbligo di non fare si traduce, con il processo, nella condanna alla rimozione del prodotto della lesione, ossia nella prescrizione di una determinata attività. La questione dell'applicabilità dell'articolo in esame alle prestazioni di non fare comunemente qualificate «fungibili» – siccome relative a situazioni riconducibili alla loro configurazione originaria – si risolve pertanto, attraverso il filtro dell'ordine del giudice, in quella dell'applicabilità alla tipologia degli obblighi aventi ad oggetto un *facere* fungibile.

³⁵ Sul problema del coordinamento degli artt. 2931, 2933 c.c. e 612-614 c.p.c., cfr., anche per riferimenti, Mazzamuto, *L'esecuzione forzata*, cit., 332-333, secondo il quale «la norma generale può rintracciarsi nell'art. 2931 c.c. che si presenta così ampio e generico non solo (e non tanto) per un preteso difetto di enunciazione normativa (...) ma soprattutto perché dà per risolto, affidandolo alla fase della cognizione, il problema sostanziale della qualificazione del *facere*, se soddisfattorio, restitutorio o persino risarcitorio (in forma specifica)». «L'art. 2933 c.c., in altre parole, si muove ancora sul piano sostanziale della forma di tutela là dove l'art. 2931 c.c. costituisce già un ponte più ravvicinato tra diritto sostanziale e processo e riunifica in sé, nell'unica tecnica esecutiva, più forme di tutela (satisfattoria, restitutoria o risarcitoria)» (*ibidem*).

Sotto questo aspetto, il tenore letterale (della rubrica) della disposizione induce una parte della dottrina a circoscrivere l'ambito della misura, escludendo l'operatività della coercizione indiretta laddove sia azionabile il meccanismo previsto dagli artt. 612-614 c.p.c.³⁶. D'altro canto, non manca chi, in prospettiva diametralmente opposta alla precedente, svaluta il requisito dell'infungibilità, considerandolo sfuggente, soprattutto nelle prestazioni complesse caratterizzate da segmenti suscettibili di esecuzione surrogata, e auspica un ampio ricorso alla tutela per dissuasione, estesa persino al diverso settore degli obblighi di consegna o rilascio che si presentino di difficile attuazione³⁷.

L'insieme di norme in cui si inserisce l'art. 614 *bis* c.p.c. e il riferimento alle controversie di lavoro, sia pure per escluderne l'applicazione, inducono a ritenere come l'ambito dell'esecuzione indiretta non riguardi l'attuazione degli obblighi di consegna o rilascio³⁸. Non sussistono, invece, ragioni per negare l'estensione del meccanismo a tutte le prestazioni di fare, indipendentemente dalla loro fungibilità, piena, parziale o del tutto assente. Ciò non tanto per l'equivocità del dato letterale, che non ripete nel corpo della disposizione il limite contenuto nella rubrica, quanto piuttosto per il fatto che mentre negli obblighi infungibili di *facere* il ricorso alla misura indiretta è indispensabile per assicurare la coercibilità della condanna, giustificando la necessità di una previsione apposita, al contrario, in quelli suscettibili di esecuzione forzata in forma specifica la tutela per dissuasione appare semplicemente alternativa alla precedente. Sicché non vi sono ostacoli di ordine sistematico ad un'interpre-

³⁶ Cfr. Merlin, *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibili nella l. 69/2009*, cit., 1549, 1552 ss., che, da un lato, esclude dalla sfera applicativa dell'art. 614 *bis* c.p.c. gli "obblighi di fare/non fare compiutamente fungibili e cioè eseguibili tramite l'opera di un qualsiasi terzo cui il giudice dell'esecuzione può affidare l'incarico", oltre che quelli diversi dal *facere*; dall'altro, vi ricomprende gli "obblighi di fare *infungibili*, o almeno reputati tali dall'ordinamento", quelli "di non fare consistenti in *astensioni da atti con conseguenze non rimuovibili* perché non materiali (...) ove la violazione non sia per sua natura dotata di unicità storica ed irripetibilità", quelli "di *fare o non fare a fungibilità imperfetta*", cioè solo in parte suscettibili di esecuzione forzata diretta *ex art.* 612 c.p.c." (corsivo nel testo). Reputa l'infungibilità della prestazione un presupposto necessario per l'adozione della misura anche Amadei, *Una misura coercitiva generale per l'esecuzione degli obblighi infungibili*, cit., 347 s.

³⁷ Zucconi Galli Fonseca, *Le novità della riforma in materia di esecuzione forzata*, cit., 203 s., argomenta dal fatto che «non è sempre facile delineare una netta linea di confine fra fungibilità ed infungibilità», in particolare quando l'«obbligazione, pur non del tutto infungibile, è di complessa attuazione», sicché «occorrerebbe ripensare integralmente alla distinzione imperniata sulla fungibilità, che sfuma in modo direttamente proporzionale alla complessità della prestazione» e «andare oltre la *voluntas legis*, data la collocazione della norma all'interno del codice, (...) per comprendervi le prestazioni di complessa attuazione, finanche quando abbiano ad oggetto la consegna o il rilascio; si pensi ad esempio all'obbligo di consegna di uno specifico documento, magari disposto con decreto ingiuntivo, sull'esempio del modello francese».

³⁸ Mazzamuto, *La comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. e il concetto di infungibilità processuale*, cit., 961, ritiene «certamente escluse le fattispecie di dare e di consegnare (...) già sulla sola scorta del dato topografico rappresentato dalla collocazione dell'art. 614 *bis* c.p.c. nel titolo IV».

tazione estensiva della disciplina di nuovo conio, che, conformemente alla *ratio* di migliorare la difesa dei diritti soggettivi, manifesta la sua valenza funzionale anche nelle ipotesi in cui sia astrattamente possibile il ricorso al processo esecutivo³⁹.

Ciò senza trascurare i noti inconvenienti pratici mostrati dalle norme sull'esecuzione in forma specifica, che impongono all'istante di anticipare le spese occorrenti (art. 614 c.p.c.). Del resto, oltre a non essere incompatibile con le prestazioni capaci di attuazione forzata, proprio con riferimento a queste ultime la tecnica della coercizione indiretta può svolgere un ruolo peculiare. Si considerino, infatti, tutti quei casi in cui il rapporto sia destinato a protrarsi nel tempo. In tali situazioni, l'azione diretta ad eseguire in forma specifica obblighi di fare o di non fare non appare completamente soddisfattoria, essendo idonea soltanto a produrre la realizzazione parziale dell'interesse del creditore, con riguardo ai primi, la reintegrazione dello *status quo ante*, in relazione ai secondi. Orbene, in queste ipotesi la stessa tutela in forma specifica, specie laddove comporti l'intromissione nella sfera possessoria del debitore, produce (anche) un significativo effetto compulsorio per lo spontaneo adempimento futuro delle prestazioni continuative o periodiche⁴⁰. Non c'è motivo, quindi, per il quale il programma dissuasivo non possa essere esplicitato sin dal momento della condanna, mediante la predisposizione di una misura coercitiva *ad hoc*.

Sempre in relazione all'ambito applicativo della figura introdotta, un'ulteriore questione attiene alla riferibilità del mezzo di coazione all'obbligazione di contrattare. Inquadrandolo l'espressione della volontà negoziale nella tipologia delle prestazioni infungibili di fare, una parte della dottrina sostiene la tesi positiva. Si argomenta, in particolare, dai limiti intrinseci all'esecuzione specifica di tale classe di doveri (art. 2932

³⁹ Prima dell'entrata in vigore della l. n. 69/2009, in prospettiva di riforma, Proto Pisani, *Profili processuali della riforma del diritto delle obbligazioni e dei contratti*, cit., 545, affermava già di non «vedere le ragioni per cui una volta introdotto un sistema generale atipico di misure coercitive, questo dovrebbe applicarsi solo all'inadempimento di obblighi infungibili e non anche di obblighi fungibili. E ciò indipendentemente dalla considerazione che spesso – ad es. in materia di violazione di marchi, brevetti o di concorrenza sleale, ma il discorso potrebbe essere esteso all'obbligo di reintegrare nel posto di lavoro – si è alla presenza di obblighi oggettivamente fungibili ma che in concreto presentano grosse difficoltà qualitative e quantitative ad essere attuati nelle forme della esecuzione forzata degli obblighi di fare o di disfare».

⁴⁰ Con riferimento all'esecuzione diretta degli obblighi di fare e di non fare, Mazzamuto, *L'esecuzione forzata*, cit., 324, rileva che la stessa «ogni qual volta il programma obbligatorio contempra un'attività, che si prolunga nel tempo e che in quanto tale non può essere del tutto surrogata, si risolve in una episodica invasione della sfera possessoria del debitore per fare o disfare qualcosa e riconsegna quest'ultimo in una posizione di obbligo perdurante», richiedendo «una ulteriore cooperazione all'interno di un vero e proprio rapporto» e manifestando, pertanto, una «finalità compulsoria» che «ben si giustifica nell'ambito di una polivalenza funzionale che si ricollega alla natura servente della *machinery* rispetto alle forme sostanziali di tutela e che permette al processo esecutivo di assicurare ora una tutela integralmente soddisfattoria (allorché il *facere* forzato produca una *utilitas* in mano al creditore precedente) ora una reintegrazione in funzione preventiva o compulsoria (allorché la trasformazione forzata avvenga nella sfera possessoria del debitore o si tratti comunque di *facere* solo in parte fungibili)».

c.c.), costituiti dalla necessità di attendere il passaggio in giudicato della sentenza che tenga luogo del contratto non concluso (art. 324 c.p.c.). Secondo tale ipotesi ricostruttiva, la pretesa del creditore si articolerebbe in due distinte domande, tra loro non alternative bensì cumulabili: l'una, diretta a realizzare gli effetti del negozio ma destinata ad attendere il passaggio in giudicato della pronuncia; l'altra, volta ad ottenere la condanna – assistita dalla misura coercitiva – del debitore alla stipulazione, in modo da assicurare al primo il risultato cui aspira senza attendere l'irrevocabilità della decisione⁴¹.

Un'altra parte della dottrina respinge, tuttavia, la proposta interpretativa richiamata, escludendo per le prestazioni di contrarre l'operatività della penalità di mora⁴². A ben vedere, tuttavia, la soluzione negativa non sembra dipendere dalla natura dell'obbligo di manifestare il consenso negoziale, peraltro fungibile, almeno in una prospettiva non naturalistica ma coerente con la surrogabilità per via giudiziale degli effetti convenuti. Essa si giustifica, piuttosto, per il tipo di tutela invocata *ex art. 2932 c.c.*, costitutiva (del regolamento d'interessi non predisposto volontariamente) anziché di condanna o di mero accertamento. Conformemente a questa tradizionale classificazione, il meccanismo introdotto dall'art. 614 *bis* c.p.c. presuppone, infatti, l'instaurazione di un procedimento volto ad ottenere un «provvedimento di condanna», anche se non necessariamente reso con i caratteri della sentenza.

Sul terreno giurisprudenziale, si registrano già alcune pronunce che offrono spunti di riflessione. Con la prima in ordine di tempo, riconoscendo l'applicabilità della disciplina come richiesta dall'attore, il tribunale ha concesso la misura pecuniaria per assicurare l'esecuzione di un'ordinanza cautelare resa a seguito dell'esercizio di azione di nunciazione. L'aspetto più rilevante non concerne, però, la forma del provvedimento, anticipatorio della condanna, ma l'affermazione che l'attività prescritta, consistente nella demolizione di porzioni pericolanti di un edificio per proteggere il vicino dal pericolo di un danno grave e prossimo, integrerebbe «un fare

⁴¹ In questi termini, evidenziando la scarsa efficienza della sentenza prevista dall'art. 2932 c.c., per la necessità di attendere il passaggio in giudicato della stessa (conformemente alla visione tradizionale fondata sugli artt. 2908-2909 c.c., in rapporto all'art. 324 c.p.c.), Consolo, *Una buona "novella" al c.p.c.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360 bis e 614 bis) va ben al di là della sola dimensione processuale*, cit., 741 s., che non trascura, tuttavia, gli inconvenienti della tesi prospettata, legati all'eventuale riforma della decisione di primo grado che abbia accolto la domanda di costituzione *ope iudicis* del rapporto contrattuale e di condanna del debitore, sotto penalità di mora, alla stipulazione, spontaneamente intervenuta nella pendenza del giudizio d'appello.

⁴² Cfr. Merlin, *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibili nella l. 69/2009*, cit., 1548, secondo la quale la «chiarezza del dettato normativo e precise ragioni sistematiche (...) inducono a ritenere che sia esclusa l'applicazione della norma alle sentenze di mero accertamento o costitutive che pure abbiano ad oggetto obblighi infungibili (o possano in tal senso latamente ricostruirsi)»; anche Gambineri, *Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare*, cit., 320 s., esclude l'applicabilità dell'art. 614 *bis* c.p.c. all'obbligo di concludere un contratto, ma per il suo «carattere certamente fungibile nella misura in cui è suscettibile di essere direttamente attuato tramite il provvedimento del giudice».

infungibile». Al di là della qualificazione utilizzata, che desta perplessità per la natura surrogabile della prestazione, la motivazione della pronuncia mostra consapevolezza dell'opportunità di introdurre uno strumento generale di questo tipo, affinché il diritto del creditore venga soddisfatto «non già attraverso il tradizionale ed inefficace ricorso a modalità sostitutive del debitore, ma con la collaborazione del debitore, a ciò indotto indirettamente ma efficacemente da misure di coazione» e rivela, in definitiva, una cauta propensione ad applicare estensivamente l'istituto in esame⁴³. Con una seconda decisione, ancora una volta resa nell'ambito di un procedimento cautelare, viene considerato insuscettibile di esecuzione forzata, «almeno in tutta la sua portata», l'obbligo che richiede «la necessaria e duratura collaborazione» del destinatario dell'ordine giudiziale. Sicché trova conferma, anche nel caso di specie, la tendenza ad ampliare la sfera operativa della misura⁴⁴.

7. La recente riforma del processo civile, arricchendo il sistema esecutivo di uno strumento atteso da tempo, come risulta dai numerosi progetti, discussioni, iniziative succedutisi per quasi un secolo, persegue un miglioramento dell'efficienza in questo delicato settore certamente auspicabile. All'obiettivo, forse non ulteriormente procrastinabile attesa la previsione di generali misure coercitive indirette negli ordinamenti con i quali è più frequente la comparazione e la circolazione delle stesse nello spazio giuridico europeo, senza trascurare la loro considerazione nell'ambito dei Principi *Unidroit* (art. 7.2.4, rubricato «penale giudiziale»), non corrisponde, tuttavia, l'uso di una tecnica legislativa sempre rigorosa⁴⁵.

⁴³ I passi riportati si riferiscono all'ordinanza resa, ad un mese dall'entrata in vigore della l. n. 69/2009, avvenuta il 4 luglio 2009, da Trib. Terni, 4 agosto 2009, in *Foro it.*, 2009, Anticipazioni, 9, e in *Giur. it.*, 2010, 637, con nota di Mazzamuto, *L'esordio della comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. nella giurisprudenza di merito*, che ha prescritto, a seguito di denuncia di danno temuto ex art. 1172 c.c., la demolizione di un immobile pericolante, disponendo altresì, su istanza del ricorrente, il pagamento di una determinata somma di denaro per ciascun giorno di ritardo – trascorso un prefissato periodo di tempo dalla notifica del provvedimento – nell'esecuzione dei lavori. Con riguardo a tale pronuncia, Mazzamuto, *La comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. e il concetto di infungibilità processuale*, cit., 963 s., ritiene che la valutazione di infungibilità sia stata condotta non sul piano sostanziale bensì «tenendo conto dei pregiudizi ulteriori» che possano discendere «dalle alterazioni già consumate e dai tempi dell'esecuzione forzata», sicché si sarebbe «al cospetto di una nuova nozione di infungibilità che si potrebbe definire di carattere processuale».

⁴⁴ Trib. Cagliari, 19 ottobre 2009, in *Giur. merito*, 2010, 394, con commento di Lombardi, *Il nuovo art. 614-bis c.p.c.: l'astreinte quale misura accessoria ai provvedimenti cautelari ex art. 700 c.p.c.*, in *Contratti*, 2010, 682, con nota di Petti, *Inadempimento del contratto di telefonia e condanna al ripristino del servizio* che, confermando il decreto emanato *inaudita altera parte*, ha ordinato, in via cautelare ai sensi dell'art. 700 c.p.c., ad un gestore telefonico di provvedere alla riattivazione immediata dell'utenza di un cliente ed al mantenimento del servizio, predisponendo una sanzione pecuniaria di importo crescente in relazione all'eventualità del protrarsi della violazione.

⁴⁵ Con riguardo alla circolazione delle misure compulsive nello spazio giuridico europeo, v. l'art. 49 del regolamento 01/44/CE del 22 dicembre 2000 (*GUE*, 16 gennaio 2001, n. 12), su competenza giurisdizionale,

La figura introdotta manca infatti, diversamente dal modello francese, di una regolamentazione analitica, nonostante i suggerimenti in tal senso proposti dalla dottrina, con la conseguenza di notevoli difficoltà interpretative⁴⁶. Queste si ricollegano, per un verso, alla natura «ibrida» del (capo del) provvedimento sulla misura, volto a verificare i requisiti per la sua emanazione (tipo di prestazione, estraneità all'attività lavorativa, non manifesta iniquità) ma anche a determinare le modalità esecutive (indirette) della condanna principale; per altro verso, riguardano la successiva fase dell'accertamento dell'inottemperanza alla condanna e della quantificazione della somma concretamente dovuta. Sotto questo duplice aspetto, sembra ragionevole distinguere l'adozione della penalità di mora dalla sua liquidazione e ritenere che l'obbligato possa contrastare la concessione della misura, in difetto dei suoi presupposti applicativi, con i mezzi ordinari d'impugnazione delle sentenze – mediante reclamo in caso di provvedimento cautelare – anche limitatamente al capo relativo al meccanismo coercitivo, mentre, qualora intenda contestare la violazione o il ritardo nell'attuazione della prescrizione di fare o disfare, debba proporre opposizione all'esecuzione ai sensi dell'art. 615 c.p.c.⁴⁷. Quanto ai caratteri della pronuncia, l'esplicito riconoscimento *ex lege* dell'efficacia esecutiva consente, nell'ipotesi d'inoservanza, il ricorso all'espropriazione forzata per il pagamento della sanzione pecu-

riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, secondo il quale «(l)e decisioni straniere che applicano una penalità sono esecutive nello Stato membro richiesto solo se la misura di quest'ultima è stata definitivamente fissata dai giudici dello Stato membro d'origine». Su tale disposizione, che corrisponde a quella in precedenza stabilita dall'art. 43 della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 (originariamente ratificata in Italia con l. 21 giugno 1971, n. 804, e più volte modificata), cfr., anche per indicazioni bibliografiche, Vullo, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea*, cit., 767 ss., che analizza i principali problemi ermeneutici, relativi all'ambito applicativo della norma – circoscritta alle penalità a favore del creditore o estesa a quelle da versare nelle casse dello Stato – e alla necessità che la misura sia «definitivamente fissata».

⁴⁶ Cfr. le osservazioni svolte, *de iure condendo*, da Vullo, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea*, cit., 773: «è necessario che il legislatore, nel varare questa nuova figura, preveda per essa una disciplina il più possibile organica e dettagliata, che chiarisca la natura provvisoria o definitiva della comminatoria, i suoi presupposti, l'ambito di applicazione, il regime processuale, tanto nella fase di concessione, che in quella di liquidazione e di esecuzione (competenza, modalità di instaurazione del contraddittorio, eventuali impugnazioni)».

⁴⁷ Zucconi Galli Fonseca, *Le novità della riforma in materia di esecuzione forzata*, cit., 208 s., secondo la quale per la «revisione del provvedimento, in caso di cognizione ordinaria, trattandosi di capo di sentenza, varranno le usuali regole in tema di appello», in caso di «provvedimento cautelare dovrebbe valere il reclamo, innanzitutto, ma, se si vuole essere coerenti, non è da escludere la possibilità di modifica per sopravvenienza di circostanze»; per quanto riguarda il verificarsi della violazione (o del ritardo) e/o la quantificazione della somma dovuta, il debitore dovrà, invece, proporre opposizione all'esecuzione. Nello stesso senso anche Amadei, *Una misura coercitiva generale per l'esecuzione degli obblighi infungibili*, cit., 354. Con riferimento alla contestazione della sussistenza della violazione e/o della somma liquidata, Mazzamuto, *La comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. e il concetto di infungibilità processuale*, cit., 988, nonché Merlin, *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibili nella l. 69/2009*, cit., 1551, e Gambineri, *Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare*, cit., 324, convengono circa la necessità, per il debitore, di esercitare l'opposizione all'esecuzione.

niaria prevista con il rilascio della misura, in deroga ai tradizionali requisiti di certezza e liquidità del titolo esecutivo (art. 474 c.p.c.)⁴⁸.

Il problema interpretativo probabilmente più spinoso dipende, però, dalla mancanza di indicazioni circa l'inquadramento del rimedio, se si tratti, in altre parole, di una pena privata in senso tecnico – ossia di una penalità di mora, come anche si dice – o di una forma di reintegrazione per equivalente monetario del pregiudizio subito dal creditore. La questione, espressamente risolta dalla disciplina francese dell'*astreinte*, secondo la quale essa «è indipendente dal risarcimento dei danni» (art. 34 l. n. 650/1991), va analizzata alla luce della *ratio* della disposizione inserita nel nostro ordinamento, rispondente alla finalità di indurre il debitore, attraverso una valutazione di convenienza, ad adempiere spontaneamente, indipendentemente dal fatto che l'inosservanza – futura ed eventuale – della condanna sia idonea a produrre ripercussioni negative nella sfera del creditore. Occorre, inoltre, considerare come il «danno quantificato o prevedibile» sia soltanto uno degli indici previsti dall'art. 614 *bis* c.p.c. per la determinazione della misura pecuniaria. Appare, dunque, ragionevole propendere per la funzione afflittiva, di *deterrence* anziché riparatoria, dello strumento, in coerenza, del resto, con l'esigenza di vincere la resistenza del destinatario del provvedimento ad ottemperarvi⁴⁹.

⁴⁸ Cfr. Proto Pisani, *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero (note a prima lettura)*, cit., 223, secondo il quale «si elude cioè il requisito della liquidità proprio del titolo esecutivo»; Zucconi Galli Fonseca, *Le novità della riforma in materia di esecuzione forzata*, cit., 207, per la quale «nonostante la formulazione, deve intendersi che l'efficacia esecutiva scatti alla violazione e non prima»; Merlin, *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibili nella l. 69/2009*, cit., 1550 s., che rileva come «il creditore non debba fornire alcuna prova della violazione/inosservanza dell'obligato, e debba soltanto affermarne la sussistenza nel contesto dell'atto di precetto con affermazioni precise e puntuali»; Gambineri, *Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare*, cit., 323.

⁴⁹ Tra gli altri, Consolo, *Una buona "novella" al c.p.c.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360 bis e 614 bis) va ben al di là della sola dimensione processuale*, cit., 742, per il quale l'istituto «svolge la funzione coercitivo-sanzionatoria, e non invece risarcitorio-restitutoria», con la conseguenza derivante dalla sua «peculiare compulsoria natura (...) che il soccombente-appellante che non abbia formulato istanza di sospensione dell'efficacia esecutiva del capo condannatorio (...) sarà tenuto al pagamento della penalità di mora pure ove il suo appello venisse infine accolto e la sentenza di primo grado riformata». Contra Mazzamuto, *La comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. e il concetto di infungibilità processuale*, cit., 971 ss., secondo cui la somma dovuta ex art. 614 *bis* «non è sanzione perché non è fissato un minimo ed un massimo edittale (...) e soprattutto perché il contesto induce ad escludere qualsivoglia finalità afflittiva; e non è risarcimento perché il danno non è il referente esclusivo della misura, il cui fine non va quindi avvistato nella traslazione del suo costo, ma è soltanto uno dei criteri della sua definizione peraltro in funzione non certo *lato sensu* riparatoria o anche solo compensativa, ma di esclusione dell'iniquità della misura». In giurisprudenza, Trib. Cagliari, 19 ottobre 2009, cit., afferma che la misura in esame è funzionale, in primo luogo, «a favorire la conformazione a diritto della condotta della parte inadempiente e, conseguentemente, ad evitare la produzione del danno o, quanto meno, a ridurre l'entità del possibile pregiudizio; (...) in secondo luogo, assicura anche in sede cautelare l'esigenza di garantire un serio ristoro di fronte al perdurare dell'inadempimento, in funzione quindi deflattiva del possibile contenzioso successivo, limitato all'eventualità che si produca un danno non integralmente soddisfatto dalla statuizione giudiziale».

Sono molti, in conclusione, i nodi interpretativi lasciati irrisolti dalla novella. È sufficiente considerare la mancata precisazione del rapporto tra sanzione pecuniaria e danno da inadempimento, sotto il profilo sostanziale, l'assenza di regole espresse sulla fase liquidativa, sotto quello processuale, con tutte le incertezze in punto di quantificazione della somma dovuta, che pure si basa su di un «titolo esecutivo». Senza trascurare, infine, il fatto che la disciplina in esame tocca questioni di fondo della teoria delle obbligazioni, afferenti al coordinamento delle nozioni di (giuridica vincolatività del) rapporto e (tecniche di) esecuzione forzata, specie nell'ipotesi in cui l'attuazione della prestazione richieda la collaborazione del debitore.



Un palazzo per le imprese

E' terra di commercianti la nostra, ma anche di validi e creativi artigiani, di audaci imprenditori. La storia della Camera di Commercio e la storia di Bari sono una cosa sola, un unico intreccio di simboli, di emblemi, legati non solo alla collocazione fisica di questa grande "casa del mercato" nel cuore murattiano del capoluogo, ma anche alla sua capacità di rappresentare l'anima della città.

Sono più di 155mila le aziende iscritte al Registro delle Imprese, per lo più imprese commerciali, manifatturiere, di costruzioni, di servizio, trasporti. Ma a formare questo grande numero, che fa dell'ente la quinta Camera di Commercio italiana, contribuiscono anche le aziende che operano nei servizi pubblici e sociali, nel turismo e nell'intermediazione finanziaria.

Attraverso le loro associazioni di categoria, rappresentate nel Consiglio, vere e proprie rappresentanze di interessi economici, i protagonisti dell'economia locale manifestano bisogni ed esigenze.

Alla Camera di Commercio spetta comporre in una visione di sintesi strategica, perché uno sviluppo consapevole può attuarsi solo componendo interessi diversi, siano di imprenditori, artigiani, commercianti, agricoltori, consumatori e lavoratori.

Questa intermediazione, con compiti di *garanzia super partes*, viene attuata anche con le altre amministrazioni locali e con il sistema bancario, dando forte slancio alla collaborazione.

Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Bari



PIÙ VALORE AL TERRITORIO





CACUCCI EDITORE
BARI

VIA NICOLAI, 39 – 70122 BARI – TEL. 080/5214220
[HTTP://WWW.CACUCCI.IT](http://www.cacucci.it) E-MAIL: [INFO@CACUCCI.IT](mailto:info@cacucci.it)

VITO MARINO CAFERRA

La Giustizia e i suoi nemici

304 Pagine – prezzo: 20,00 €



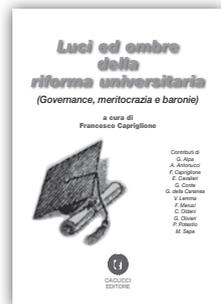
Sommario:

CAPITOLO PRIMO. La lotta per la Giustizia. – 1. La lotta legale innanzi al giudice. – 2. Il conflitto nel processo. – 3. La giurisdizione nella democrazia reale. – 4. I signori del diritto. CAPITOLO SECONDO. Lo squilibrio dei poteri. – 1. L'espansionismo giudiziario. – 2. Il governo dei giudici e il vuoto della politica. – 3. La legge *ad personam* e il principio di uguaglianza. – 4. Scontro o collaborazione tra i poteri. CAPITOLO TERZO. Giurisdizione e autogoverno. – 1. Il potere diffuso e i suoi limiti. – 2. Il CSM, le correnti e i conflitti. – 3. Circolari e diritto tabellare. – 4. La deriva impiepatizia. CAPITOLO QUARTO. Il buco nero dell'azione penale. – 1. I principi e la realtà. – 2. La parte "imparziale". – 3. La denuncia e le indagini. – 4. Mafia e pentiti. CAPITOLO QUINTO. La giustizia nella politica. – 1. *Media* e giustizia. – 2. La politica necessaria e i ruoli impropri. – 3. Il magistrato in politica. – 4. Il giudice sfiduciato. CAPITOLO SESTO. Il futuro possibile. – 1. Le forze in campo. – 2. Poteri e contropoteri. – 3. Il ruolo delle scienze giuridiche. – 4. Sul primato della politica.

FRANCESCO CAPRIGLIONE (a cura di)

Luci ed ombre della riforma universitaria (Governance, meritocrazia e baronie)

XII, 212 Pagine – prezzo: 15,00 €



Sommario:

CAPITOLO I. Il d.d.l. sulla riforma universitaria. Osservazioni sul modello di governance proposto: in generale. (*Enrico Cavalieri*) – CAPITOLO II. La governance degli atenei. (*Paola Potestio*) – CAPITOLO III. Le università non statali e le università telematiche nella riforma Gelmini. (*Marco Sepe*) – CAPITOLO IV. Il valore legale delle lauree: persistenza o discontinuità? (*Giacinto della Cananea*) – CAPITOLO V. La didattica e la ricerca. (*Valerio Lemma*) – CAPITOLO VI. L'offerta formativa e la ricerca. (*Chiara Oldani*) – CAPITOLO VII. La riforma della disciplina nel reclutamento dei professori universitari. (*Giuseppe Conte*) – CAPITOLO VIII. Il metodo della cooptazione. (*Fabio Merusi*) – CAPITOLO IX. Parentopoli: codici etici e valutazione. (*Antonella Antonucci*) – CAPITOLO X. Il collocamento a riposo dei professori. (*Francesco Capriglione*) – CAPITOLO XI. L'uscita «forzosa» dai ruoli dei docenti universitari. Costi e prospettive future sull'offerta formativa. (*Gennaro Olivieri*) – CAPITOLO XII. Il caso della formazione professionale del giurista: il ruolo dell'Università e il ruolo del Consiglio nazionale forense. (*Guido Alpa*) – ALLEGATO. D.d.l. contenente «norme in materia di organizzazione delle università, di personale accademico e di reclutamento, nonché delega al Governo per incentivare la qualità e l'efficienza del sistema universitario», approvato dal Senato della Repubblica in data 29 luglio 2010.

MARIO GIOVANNI GAROFALO e MASSIMO ROCCELLA (a cura di)

Commentario al contratto collettivo nazionale di lavoro dei metalmeccanici

704 Pagine – prezzo: 45,00 €



Sommario:

Premessa. Campo di applicazione del contratto e Commissione paritetica nazionale di studio sui comparti. SEZIONE PRIMA. Sistema di relazioni sindacali. SEZIONE SECONDA. Diritti sindacali. SEZIONE TERZA. Sistema di regole contrattuali. SEZIONE QUARTA. Disciplina del rapporto individuale di lavoro. – Titolo I. Costituzione, tipologie, luogo della prestazione e modifiche del rapporto di lavoro. – Titolo II. Classificazione del personale e particolari tipologie di lavoratori. – Titolo III. Orario di lavoro. – Titolo IV. Retribuzione ed altri istituti economici. – Titolo V. Ambiente di lavoro. – Titolo VI. Assenze, permessi e tutele. – Titolo VII. Rapporti in azienda. – Titolo VIII. Risoluzione del rapporto di lavoro. ALLEGATI. Contratto nazionale per la disciplina dell'apprendistato professionalizzante nell'industria metalmeccanica e nella installazione di impianti.

MICHELE BUQUICCHIO (a cura di)

Politiche di inclusione sociale e ordinamento regionale

230 Pagine – prezzo: 22,00 €



Sommario:

La “tenuta” dello Stato sociale tra lavoro, sussidiarietà e federalismo (fiscale). Comunicazione pubblica e processi partecipativi nel quadro dei rapporti tra Costituzione e ordinamento regionale pugliese. Le-democracy e gli strumenti della pubblica amministrazione nell'era tecnologica. Alcune riflessioni sulla legge della Regione Puglia n. 15 del 20.6.2008. Il turismo tra economia e socialità. Riferimenti costituzionali. Costituzione e welfare studentesco: le politiche legislative nazionali e regionali per il diritto agli studi universitari. Le politiche sociali di sostegno per la famiglia nella Regione Puglia. Prime considerazioni sulla rigenerazione urbana in Puglia.

MARCO BELLEZZA e AA.VV.

Diritto delle nuove tecnologie

168 Pagine – prezzo: 15,00 €



Sommario:

La circolazione delle informazioni nell'era digitale. Diritto ed etica della condivisione. Condivisione e responsabilità dei providers nella più recente giurisprudenza nazionale e comunitaria. Le licenze open source. Pluralismo informatico e legislazione regionale. Privacy e comunicazioni elettroniche. La violazione delle misure tecnologiche di protezione dei dati. Profili di responsabilità. Telecomunicazioni e tutela dei consumatori alla luce della terza riforma comunitaria del settore. Telecomunicazioni e tutela dei consumatori negli ultimi interventi dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato.

CLAUDIO MASCI e LUCIANO PIACENTINI

L'Intelligence fra conflitti e mediazione

168 Pagine – prezzo: 16,00 €



Sommario:

La conflittualità e le sue tipologie, Aspetti psicologici e causali della conflittualità. Analisi descrittiva dei conflitti. Analisi operativa dei conflitti. Cicli evolutivi della conflittualità per aree geopolitiche. Il Diritto Internazionale e le Nazioni Unite. La gestione dei conflitti. Cultura ed etnografia. L'Intelligence fra conflitti e mediazione.



CACUCCI EDITORE BARI

Fondata nel 1929

Amministrazione e redazione
Via D. Nicolai 39
70122 Bari
Tel. 080 5214220
Fax 080 5234777
info@cacucci.it

www.cacuccieditore.it

Librerie
Via B. Cairoli 140 - 70122 Bari
Tel. 080 5212550
Via S. Matarrese 2/d - 70124 Bari
Tel. 080 5617175

rivista di diritto privato

CACUCCI EDITORE

Via Nicolai, 39 - 70122 Bari

INTESTAZIONE FATTURA	COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)			
	INDIRIZZO		N. CIVICO	
	CAP	LOCALITÀ	PROV.	
	RIVA (SE NECESSITA FATTURA)		CODICE FISCALE (OBBLIGATORIO)	
	TEL.		FAX	
	INDIRIZZO DI SPEDIZIONE (se diverso)	COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)		
INDIRIZZO		N. CIVICO		
CAP		LOCALITÀ	PROV.	
ABBONAMENTI	ITALIA		ESTERO	
	<input type="checkbox"/> abbonamento annuale 2010	<input type="checkbox"/> abb. triennale (pagamenti con cadenza annuale)	<input type="checkbox"/> abbonamento annuale 2010	<input type="checkbox"/> abb. triennale (pagamenti con cadenza annuale)
	€ 125,00	€ 375,00	€ 250,00	€ 750,00

Gli abbonamenti hanno durata annuale e si intendono rinnovati per l'anno successivo se non disdetti entro la scadenza a mezzo di semplice lettera o e-mail.

Magistrati e Uditori giudiziari

Sconto del 30% sull'acquisto dell'abbonamento annuale alla rivista, applicabile rivolgendosi alla Cacucci Editore S.a.s., Via Nicolai, 39 - 70122 Bari, o via Fax al n. 080/5234777 o rivolgendosi al Servizio clienti al n. 080/62030890, o via e-mail riviste@cacuccieditore.it. Nell'ordine d'acquisto i magistrati dovranno allegare fotocopia del proprio tesserino identificativo attestante l'appartenenza alla magistratura e dichiarare di essere iscritti all'Associazione Nazionale Magistrati.

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dall'art. 74 del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989 e successive modificazioni ed integrazioni.

Arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.

Cacucci Editore S.a.s. – Servizio clienti, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari
Tel. 080/62030890, Fax 080/5234777, e-mail: riviste@cacuccieditore.it

Egregio abbonato, ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, La informiamo che i Suoi dati saranno conservati nel database informatico del titolare del trattamento Cacucci Editore Sas. I Suoi dati saranno utilizzati dalla nostra società, da enti e società esterne ad essa collegati, nonché da soggetti terzi, titolari autonomi del trattamento, solo per l'invio di materiale amministrativo-contabile, commerciale e promozionale. Ai sensi dell'art. 7 del citato D.Lgs., Lei ha diritto di conoscere, aggiornare, rettificare, cancellare i Suoi dati, nonché di esercitare tutti i restanti diritti ivi previsti, mediante comunicazione scritta a Cacucci Editore Sas, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari.

DATA

FIRMA



Provincia di Bari

... per la cultura ...

Foto: Nicola Amato



Sede Centrale Lungomare Nazario Sauro, 29 – 70121 Bari – Italy
Centralino 39.080.54.12.111

ISBN 978-88-6611-005-7



9 788866 110057

€ 35,00