

rivista di diritto privato

1 anno XIV - gennaio/marzo 2009

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**

rivista di diritto privato

Publicazione 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 Zaccheo,
Attilio Zimatore, Andrea Zoppini

Redattori-capo

Francesco Delfini, Gregorio Gitti, Arturo Maniaci

Realizzazione grafica e fotocomposizione

Quorum Italia S.r.l. - Bari

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. 0805234777 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 titolatore 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 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 S.a.s., Via Nicolai, 39, 70122 Bari.

rivista di diritto privato

2009

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

SOMMARIO 1/2009

Saggi e pareri

Le parole del diritto commerciale

di Paolo Spada

7

Confisca “urbanistica” e circolazione dei beni

dopo la sentenza Sud Fondi della Corte dei diritti dell’uomo

di Giuseppe Tucci

15

Sulla transazione del debitore in solido

di Enrico del Prato

53

L’azione collettiva risarcitoria: profili di diritto comparato

di Francesco Macario e Claudia Stazi

65

La qualificazione del contratto di *franchising*

di Antonio Fici

75

Difese e decisioni

**Ordinanza della Corte d’Appello di Bari, I sez. penale
in data 9 aprile 2008**

121

**Sentenza n. 17865/09 della Corte Suprema di Cassazione,
III sez. penale in data 17 marzo 2009**

133

Saggi e pareri

Le parole del diritto commerciale*

di Paolo Spada

1. Circola ed è autorevolmente sostenuta (Irti, Cassese S.) l'opinione che la scienza giuridica privatistica sia in crisi (crisi di generalità e sistematicità), crisi addebitabile alla dinamica delle fonti: legislazione speciale, legislazione di origine regionale (comunitaria), normazione a-statale, "regole private" (quelle che presiedono a certificazioni, rating, ranking ecc. e che, ben più della c.d. *lex mercatoria* condizionano le opportunità e i risultati dell'iniziativa economica) parcellizzano la conoscenza e privano lo studio "gratuito" del diritto della sua antica capacità di rinnovare le regole edificando e riedificando il sistema.

La tesi che propongo è diametralmente opposta: ed è che il ruolo di "formante" della scienza giuridica privatistica – nella variante giuscommercialistica, alla quale particolarmente guardo – è inversamente proporzionale alla concezione ed all'impianto sistematici della produzione delle regole primarie (legislative, sublegislative, "private" ecc.) e che della fecondità del formante in parola (dell'*opinio doctorum*, potrebbe dirsi cedendo ad un linguaggio un po' togato ma legittimato dalla storia) è oggi possibile una campionatura significativa, forse sufficiente a falsificare l'ipotesi pessimistica che precede.

2. Giova dichiarare, con franchezza molto assiomatica, una (mia) visuale sul modo di trattare il materiale giuridico che mi sembra non solo culturalmente con-naturale ma doverosa per il giurista italiano (ma potrebbe, senza troppo azzardo, dirsi: europeo-continentale).

I due giuspositivismi fioriti nel continente europeo nell'età delle codificazioni (quello legalistico, di tradizione francese, e quello scientifico, di tradizione tedesca) condividono la tecnica di validazione dell'argomentazione che dal testo primario porta, attraverso la trasformazione degli enunciati primari (leggi, regolamenti, ma anche contratti), alla regola di giudizio. La tecnica di validazione è quella della retorica: tecnica controllabile solo da ceti professionali integrati nello Stato nazionale. Tecnica, aggiungo, condivisa dai ceti professionali dei civilisti e dei commercialisti; i quali ultimi, quando hanno rivendicato a sé un "metodo dell'economia", o hanno, senza dichiararlo, parlato di una diversa gerarchia delle fonti – in essere (come quella

* Conferenza tenuta nell'Antica Biblioteca della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Macerata il 4 marzo 2009.

ricavabile dall'art. 3 del Codice di Commercio del 1882) o auspicata (“*Natur der Sachen*”); oppure hanno dato un nome enfatico e togato alle opzioni giuspolitiche di alcuni coautori del codice unificato del '42 (Asquini).

Qui si coglie – per me – la misura della distanza culturale dell'esperienza continentale dall'esperienza anglosassone: la tecnica di validazione è in quest'ultima quella della ricerca del consenso in comunità non professionali; con una qualche temerarietà potrebbe dirsi della ricerca del consenso politico, correlato alla modalità di reclutamento – elettivo o cooptativo – dei giudici.

In questa prospettiva, l'affermarsi dell'analisi economica del diritto rappresenta una deriva verso una validazione, bensì non retorica della trasformazione degli enunciati, ma attinta a competenze professionali piuttosto che al sentimento della cultura della comunità; una deriva verso un *formalismo alternativo a quello retorico* (Angelici).

La tecnica di argomentazione retorica costituisce un vincolo costituzionale (art. 101.2), nella misura nella quale non si sublimi la “*soggezione del giudice alla legge*” in un manifesto di enfasi egualitaria (tutti sono eguali davanti alla legge e la legge è uguale per tutti). Dunque la tecnica dell'argomentazione retorica non è legittimamente rimpiazzabile dalla tecnica della validazione giuseconomica (d'onde gli scontri tra “giurisprudenza” dell'AGCM e del Giudice Amministrativo); quest'ultima potendo atteggiarsi solo come un'utile variante assiomatica (e, quindi, persino computabile) della argomentazione funzionale, sempre – tuttavia – retoricamente vincolata.

3. La diversificazione socioculturale degli elettorati e degli eletti (tramonto dello Stato c.d. monoclasse), il superamento del monopolio nazionale di produzione delle regole primarie e il concorso di regole primarie non legittimate da istituzioni sovraordinate alle coesistenze (di individui, formazioni sociali, stati) hanno generato complessità, spesso ingovernabili, sia sul versante della gerarchia dei fatti di produzione di regole primarie sia su quello delle compatibilità precettive (dei contenuti normativi, se si preferisce); d'onde la crescente esigenza della specializzazione e il successo dell'approccio microsistemico. Entrambi questi sono fattori che aggravano – anziché temperare – le difficoltà di governo della complessità perché inducono a scambiare il possesso dell'informazione con la capacità di elaborarla.

Ma la distesa, in perenne crescita ed ebollizione, delle emergenze normative e dei commenti istantanei si ricomponе in un territorio certamente mosso ma attraversabile con l'ausilio di attrezzi concettuali che – assumendo tutto il rischio del dissenso – mi sembrano oggi ben più utili e incisivi di quelli che conobbi nella gioventù studentesca. (Pre)condizione necessaria è che si passi da una osservazione *événementielle* (che ci minaccia con il caos delle novità e del dibattito sulle novità annunciate e sopravvenute) ad un esame di lungo periodo.

Ora, a me pare che ad escogitare questi “attrezzi”, a metterli a punto, a diffonderli fino ad imporne un uso non sempre consapevole della fatica che sono costati sia stata proprio la letteratura privatistica, dal severo giudizio dalla quale queste riflessioni hanno preso le mosse. Qualche campione ne sia indizio eloquente.

4. Ho promesso una campionatura e mi provo ad adempiere la promessa.

Ma, nell'accingermi a farlo, mi preme dire, chiaro e forte, che *il progresso per me più significativo è consistito nel ripudio* – mai abbastanza compiuto – *dell'uso sostanzialistico del linguaggio normativo e giurisprudenziale*. Il diritto (almeno il diritto giurisprudenziale) è un universo di parole e la scienza del diritto si risolve nella elaborazione di regole di trasformazione delle parole di testi (autonomasticamente: la legge) in parole di altri testi (autonomasticamente: la sentenza). In quest'ottica (verbalità totale del diritto), l'analisi semiotica del comportamento (per esempio: del contegno psicofisico ai fini della conclusione di un contratto) è solo un passaggio, talora, obbligato per produrre le parole del diritto. Quando la parola cessa – come nell'esecuzione di un provvedimento dell'Autorità (privazione dell'appartenenza di cose o della libertà) il diritto cessa anch'esso ed è la forza a rimpiazzarlo. Questa rigenerando diritto nel momento in cui torna la parola con la quale si valuta la legalità della forza.

Ora la verbalità del diritto ha alcune caratteristiche che giova evidenziare:

- a) gli enunciati *dei* testi normativi (in senso ampio) sono funzionalmente precettivi;
- b) gli enunciati *sui* testi normativi – cioè il discorso che trasforma testo (legge) in testo (sentenza) o il discorso su questo ordine di discorsi (la dottrina giuridica) – sono funzionalmente indicativi (usato il verbo essere, descrivono un mondo di parole che prescrivono);
- c) questo scarto funzionale genera l'inclinazione a sostanzializzare le parole; a supporre che ad ogni parola corrisponda una sostanza (magari una sostanza mentale o concettuale) ma una e una sola sostanza (come alla parola sedia corrisponde una percezione visiva e tattile che i più condividono nelle diverse congiunture esperenziali); ed il sostanzialismo, che aiuta a vivere nel mondo delle percezioni materiali, è deleterio per i processi di argomentazione giuridica. Genera argomenti retoricamente fallaci e, soprattutto, rende insensibile al fatto che le parole del diritto dispensano bene o male a uomini e donne in carne ed ossa, penalizzano gli interessi degli uni e profitano agli interessi degli altri.
- d) In definitiva: *lottare contro il sostanzialismo serve a essere consapevoli che le parole del diritto sono polivalenti e che, nella scelta della valenza semantica deve, di volta in volta, badarsi agli interessi penalizzati e premiati*. Ed in quest'ordine idee, la scienza giuridica commercialistica ha dato lezioni importanti, non ha affatto demeritato.

E vengo alla campionatura promessa.

- 1) Un primo campione può essere costituito dall'*impresa*, pensata (banalmente, se si vuole) *non per quel che è ma per quel cui serve*; e, dunque, come fattispecie, come modello di comportamento che presiede all'applicazione di regole. Il ripudio della sostanza ha, da un lato, archiviato dotti quanto inutili dibattiti sulla "essenza" dell'impresa (istituzione, ente, diritto soggettivo e via dicendo); dall'altro ha, ormai, rimosso ogni disagio nel constatare che ad ogni regola o ad ogni comparto funzionalmente omogeneo di regole può presiedere un antecedente che, nonostante, l'unicità del nome (l'omonimia), ha configurazione differente: così nel succedersi delle codificazioni (si pensi all'impresa-atto di commercio e all'impresa iniziativa professionale) o, sincronicamente, nel diritto tributario, in quello comunitario, e, tra gli altri, nel diritto privato¹. Ed ha, ancora, reso avvertiti che a diversa nomenclatura possono corrispondere modelli di comportamento almeno parzialmente coincidenti (si pensi all'imprenditore ed al professionista del Codice del Consumo).
- 2) Un secondo campione meritevole d'esser scelto è, certamente, quello della *società*. Per questa, piuttosto che una riconversione funzionale della concezione del fenomeno così denominato (come si è visto per l'impresa), si è assistito al sopravvenire

¹ Ma il sostanzialismo è duro a morire. In un recentissimo saggio dal titolo impegnativo, *L'impresa nel sistema del diritto commerciale*, in *Riv.dir.comm.* 2008, I, p. 1 ss, ivi alla p. 34., l'Autore (Giuseppe Terranova) – che è affetto da sostanzialismo benché faccia, in alcune pagine iniziali, professione di relativismo semantico (pp. 2 e 6 ss.) – diffida dell'uso della fattispecie nello sviluppo dell'argomentazione in tema di diritto dell'impresa, perché la fattispecie "potrebbe non essere unitaria" e "sarebbe costituita da elementi eterogenei, alcuni di carattere positivo, altri di carattere negativo"; sicché la "tesi" imporrebbe "una serie di contorcimenti". Così: (a) al fine di stabilire da quando e fino a quando la disciplina si applichi a chi tiene un comportamento suscettibile di qualificazione imprenditoriale, le fattispecie sarebbero due, in ragione della "forma" individuale o societaria di esercizio; o (b) le attività connesse all'agricoltura, pur collimanti con la fattispecie dell'impresa commerciale, sono sottratte al relativo statuto. L'uso della fattispecie, poi, metterebbe in ombra le mediazioni tra interessi e poteri dalle quali le regole sono scaturite (p. 36) e starebbe e cadrebbe con il positivismo giuridico (che, evidentemente, è caduto e comunque è bene che lo si consideri caduto). "A ben guardare – insegna l'Autore – ...ha un senso parlare di fattispecie se si parte dal presupposto che il significato di una norma, o di una definizione giuridica, resta fisso ed immutabile nel tempo, giacché, in caso contrario si dovrebbe riconoscere che l'individuazione del 'confini del fatto' non costituisce un dato di partenza del ragionamento giuridico, ma semmai il punto d'arrivo". Se il sostanzialismo non gli facesse velo, il Terranova capirebbe che è proprio così, che (a) prescelta una regola, (b) se ne deve fissare l'antecedente (il modello di fatto che presiede all'applicazione della regola) e (c) che, nel procedere a questo, si postula la relatività dell'antecedente alla regola data. A questa e solo a questa progressione argomentativa invita il termine "fattispecie" (niente di più e niente di meno che "modello di fatto", dotato di un nome che, come tutti i nomi, conosce sinonimi ed omonimi); nel progredire si terrà conto degli enunciati definitori (come quello dell'art. 2082 c.c.), ma ci si guarderà bene dall'identificare in questi la fattispecie: nulla di solido, pesante, monolitico, insomma, se non per chi pensa che *nomina sunt consequentia rerum* (Giustiniano, *Institutiones*, libro II, 7, 3) o che, magari, *nomina sunt omina* e si compiace di visioni organiche del sapere giuridico, per le quali l'impresa diventa "il cuore pulsante del diritto commerciale" (*op. cit.*, p. 1)

di una polivalenza semantica: già nome di un sodalizio produttivo, spesso alimentato dalla relazione parentale (che si intravede al di là di quel “nome collettivo” che altro non è che la trasposizione, nel lessico della legge, del patronimico del mercante defunto del quale i figli prendevano il posto); il vocabolo “società” passa a designare anche un’iniziativa produttiva alla quale molti (e, potenzialmente anonimi) apportano capitale di rischio e che pochi (o uno solo) governano, sicché – in luogo del sodalizio e della solidarietà – si profilano scenari di conflitto tra chi rischia e chi comanda e si va alla ricerca – in termini di funzione (o, come oggi si dice riscoprendo un’ovvietà ben attestata nella cultura continentale fin dai primi anni ’70, di “agency”) e di doveri del funzionario – di una sempre precaria composizione del conflitto.

L’ultima omonimia è quella della società unilaterale: il divorzio tra significato culturale e significato giuridico è consumato. *Società* è codice organizzativo di qualsiasi iniziativa lucrativa, collettiva come individuale, è *impresa entificata*: e ciò propizia lo scambio – ben connaturale al linguaggio dei commentatori economici – tra impresa (che, per esempio, si trasforma) e società – o *corporation* (che, per esempio, si vende o si compra).

- 3) Un terzo campione – subito suggerito dal precedente – è quello costituito dalla *coppia soggetto/patrimonio*: da coppia di termini di una relazione di signoria – e solo di una relazione di signoria – è diventata coppia di tecniche succedanee di regolazione della garanzia delle obbligazioni e di riconoscimento delle destinazioni di risorse ad uno scopo. Tutti hanno sempre dato per scontato che l’essere umano A non risponda dei debiti dell’essere umano B e viceversa, perché hanno condiviso – spesso inconsapevolmente – la premessa naturalistica della alterità tra due agenti umani. Ma c’è voluto un secolo di saggistica (in Italia: Ascarelli, d’Alessandro, Galgano) per metabolizzare che la selezione dei beni esposti all’azione esecutiva dei creditori e, correlativamente, l’articolazione dei creditori in classi può avvenire sia postulando un’alterità che biologicamente non c’è (è la via della persona giuridica), sia scomponendo, ai fini della garanzia, l’appartenenza di un agente umano, in forza della dedica ad uno scopo di questo o di quei beni che gli appartengono. Pochi testi, come la XII Direttiva comunitaria (n. 86/667 del 21 dicembre 1989), sono proclami espliciti di relativismo e di antisostanzialismo: l’obiettivo essendo, in allora, quello di separare il patrimonio aziendale dal patrimonio domestico di un professionista della produzione (dell’imprenditore individuale medio-piccolo), i Paesi della comunità erano inviati o ad ammettere la costituzione di una società unipersonale del tipo s.r.l. o s.p.a. (con buona pace del sodalizio iscritto nella storia e nella cultura corrente); ovvero a prevedere una impresa unipersonale a responsabilità limitata (come sembra aver fatto il solo Portogallo); e così a rendere rilevante la destinazione

aziendale senza postulare l'intestazione dell'azienda ad un ente *altro* rispetto al destinante.

- 4) Un quarto campione è quello dei *titoli di credito*: dalla ricerca di una definizione del titolo di credito (si pensi a quella celebre di Vivante: documento necessario ad esercitare il diritto letterale in esso incorporato), si è progredito sulla strada dell'analisi funzionale della circolazione giuridica e degli strumenti di questa. Così è accaduto che solo in tempi recenti si è, prima (Ascarelli, Pellizzi), constatato che la locuzione (titolo di credito) è stata escogitata (nel secolo XIX) per designare non già documenti ma *uno statuto normativo condiviso da una serie aperta di documenti* e gravitante sulla circolazione dei "diritti" (*lato sensu*) documentati; poi (Chiofenti) si è chiarita la funzione economica di questi documenti nella circolazione dei "diritti" documentati: quella – dico – di rendere negoziabili contro liquidità situazioni soggettive che *danno accesso a ricchezza non compresente alla scambio* e, in una prospettiva "macro", di propiziare la formazione di un mercato di "ricchezza assente", come la ricchezza finanziaria. Identificata la funzione, il documento cartaceo (cosa mobile) ha subito perso centralità conoscitiva e questo ha consentito di sincronizzare il mercato con la tecnica informatica, *rimpiazzando il documento cartaceo con le scritture di intermediari nella circolazione*: un fenomeno che anche il linguaggio legislativo chiama "dematerializzazione" ma che giuspoliticamente è notevole non per la soppressione delle "materialità" – come si dice nel burocratese della Banca centrale – ma per la *necessità della intermediazione nella circolazione*, con conseguente modificazione dei bilancio dei rischi giuridici (i documenti cartacei sono sottratti o distrutti; ma gli intermediari possono "fallire" e le scritture informatiche "sublimarsi" in un nugolo di microcorrenti)
- 5) Un ultimo esemplare è quello della Proprietà Intellettuale. Quand'ero giovane si scrivevano libri per difendere il "concetto" di bene immateriale (ne ricordo uno che scomodava perfino la fenomenologia di Husserl), pensato come oggetto di una situazione dominicale. Oggi si è assodato che la locuzione "proprietà intellettuale compendia tecniche diverse, *alcune* delle quali soltanto hanno *similitudini strutturali* con la proprietà moderna, pur essendone *funzionalmente lontanissime*, in quanto preordinate a tutelare interessi mobilitati dall'innovazione tecnica ed estetica e dalla nomenclatura commerciale. PI e bene immateriale – ormai è indiscusso – hanno una loro storicità, sono nei decenni serviti a cose molto diverse (prima a raccomandare una legislazione su invenzioni ed opere letterarie ed artistiche; poi a dare uno statuto dogmatico alla nuova legislazione – soprattutto Joseph Kohler, ma già Jean Marie Pardessus); e all'esito di questo percorso di superamento della visione sostanzialistica sta il problema giuspolitico del *se* e del *come* tutelare quegli interessi in una coesistenza globalizzata e che fruisce di testi, immagini e suoni senza appropriarsi cose.

5. Concludo con un gesto fortemente narcisistico: l'autocitazione. Ma la convinzione della validità di quanto sto per dire fa premio su quella regola di eleganza che impone di fuggire ogni esibizionismo.

Volendo consegnare ai giovani, con i quali ho cominciato a dialogare proprio in questa Università quand'ero giovane anch'io, un compendio conciso di come è utile e giusto pensare il diritto ho concepito e qui ribadisco quattro proposizioni:

- a) il diritto è un universo linguistico;
- b) le parole del diritto possono fare il bene o il male degli esseri umani;
- c) prima di scegliere la parola, chi ha l'autorità di sceglierla, calcoli, con onestà intellettuale e con partecipazione emotiva, quanto bene e quanto male farà ed a chi;
- d) e sia sempre consapevole che i concetti (altre parole essi stessi) possono aiutare a ridurre il male e ad accrescere il bene solo se l'Autorità (il Giudice, come figura antonomastica dell'autorità) li usa, con il rispetto dovuto al lavoro intellettuale dal quale sono scaturiti, ma sempre e soltanto come strumenti e non se ne fa mai servo².

Per dare un po' di levità ad un tema austero e cedendo all'onda della divulgazione modaiola di una celebre romanza pucciniana ("Nessun dorma" dal secondo atto di Turandot), citerò, per accomiatarmi, un giocoliere della parola, Alessandro Bergonzoni³: "nessun dogma".

² *Diritto Commerciale, II, Elementi*, CEDAM, Padova 2006, p. 194

³ *Non ardo dal desiderio di diventare uomo finché posso essere anche donna bambino animale o cosa*, Bompiani, Milano 2005

Confisca “urbanistica” e circolazione dei beni dopo la sentenza Sud Fondi della Corte dei diritti dell’uomo

di Giuseppe Tucci

SOMMARIO: 1.- Confisca urbanistica e diritto “vivente”. 2.- Il Revirement della Cassazione penale nell’autunno 2008. 3.- Problemi di confine tra settori diversi dell’ordinamento e pluralità di fonti nella confisca “urbanistica”. 4.- Confisca e responsabilità penale. 5.- Confisca e sanzioni amministrative. 6.- La disciplina penale della confisca. 7.- I recenti interventi legislativi in materia di confisca e la tutela dei terzi estranei al reato. 8.- Le basi ermeneutiche del consolidato orientamento giurisprudenziale. 9.- Le ragioni sistematiche addotte a sostegno del sospetto di incostituzionalità. 10. – Il nuovo “asse privilegiato dei diritti” tra Corte europea dei diritti dell’uomo, Corte costituzionale ...e Corte di cassazione: la confisca “urbanistica” come sanzione penale o come sanzione amministrativa? 11.- La tutela del soggetto privato che subisce la confisca: imputato, assolto con formula diversa da quella «perché il fatto non sussiste», e terzo estraneo al reato. 12.- In particolare: la tutela del terzo acquirente nei confronti del costruttore e nei confronti del Comune e degli Enti pubblici. 13.- Continua: evizione e confisca “urbanistica”. 14.- Il sequestro funzionale alla confisca di fronte alla tutela, costituzionale e sovranazionale, della circolazione dei beni.

* * *

1.- Secondo un orientamento affermatosi negli ultimi anni nella nostra giurisprudenza di legittimità e di merito, l’art. 44, comma 2°, del D.P.R., 6 giugno 2001, n. 380, (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia), già art. 19, comma 2°, della l. 28 febbraio 1985, n. 47, in tema di controllo dell’attività urbanistico-edilizia, sanzioni, recupero e sanatoria delle opere edilizie, impone al Giudice penale, in presenza di accertata lottizzazione abusiva, di disporre la confisca dei terreni e delle opere abusivamente costruite anche a prescindere dal giudizio di responsabilità e anche nei confronti di persone estranee ai fatti.

Si tratta, come è noto e come si vedrà qui di seguito, di un tipico istituto di diritto giurisprudenziale, che ha inciso notevolmente nella nostra esperienza giuridica, condizionando la circolazione dei beni e, sotto molti profili, l’intero mercato immobiliare.

A partire da una decisione di ricevibilità della Corte europea dei diritti dell’uomo, di cui si darà ampio conto qui di seguito, su tale argomento si sono avute deci-

sioni di diversi organi giurisdizionali, sia delle nostre Corti, di merito e di legittimità, che della stessa Corte europea dei diritti dell'uomo, sicché oggi il panorama risulta estremamente complesso ed ancora molto incerto.

Per comprendere il singolare intreccio delle varie decisioni della nostra giurisprudenza e della stessa Corte dei diritti dell'Uomo è utile partire, ancora oggi e pur dopo le diverse novità che si sono nel frattempo verificate nel settore, dall'ordinanza 9 aprile 2008, della prima sezione penale della Corte d'appello di Bari, con cui quest'ultima ha ritenuto rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 44, comma 2°, del D.P.R., 6 giugno 2001, n. 380, (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia), già art. 19, comma 2°, della l. 28 febbraio 1985, n. 47, in tema di controllo dell'attività urbanistico-edilizia, sanzioni, recupero e sanatoria delle opere edilizie, sul presupposto e nella parte in cui tale norma – secondo un orientamento giurisprudenziale innanzi riportato – impone al Giudice penale, in presenza di accertata lottizzazione abusiva, di disporre la confisca dei terreni e delle opere abusivamente costruite anche a prescindere dal giudizio di responsabilità e anche nei confronti di persone estranee ai fatti, per asserito contrasto con gli artt. 3, 25, comma 2°, e 27, oltre che con l'art. 117, comma 1°, della Costituzione; con ciò sospendendo il giudizio e trasmettendo gli atti relativi alla Corte costituzionale, affinché, ove ne ravvisi i presupposti, dichiari l'illegittimità costituzionale della norma in esame¹. Si spera che l'intervento della Corte costituzionale possa servire a fare chiarezza su un contesto di problemi che appare ancora più complicato rispetto all'aprile del 2008.

L'interpretazione della norma sopra indicata, con cui si misura l'ordinanza in commento, è il risultato di una scelta giurisprudenziale non univoca. Si deve, infatti, ricordare che l'interpretazione dell'art. 44, comma 2°, del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, che ha sostituito l'identica disposizione dell'art. 19, comma 2°, della legge 47/1985, ritenuta e da ritenere ancora, allo stato, "diritto vivente", si afferma solo dopo il 1990². Ancora nel febbraio del 1990, la Cassazione penale a Sezioni Unite

¹ L'ordinanza è pubblicata in *Gazz. Uff.*, 10 settembre 2008, n. 38, e in *Giurisprudenza Italiana*, marzo 2009, infra, 121.

² Sul significato del "diritto vivente" v. PICARDI, *La funzione del giudice nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto*, in *Giust. civ.*, II, 2003, 370, e sul ruolo di tale categoria nell'individuare l'oggetto del giudizio di costituzionalità v. TUCCI, *Danno non patrimoniale, valori costituzionali e diritto vivente*, in *Danno e resp.*, 2004, 701 ss., con riferimento all'intervento coordinato della Corte costituzionale e della Corte di cassazione in materia di danno non patrimoniale. Il richiamo al "diritto vivente" costituisce ormai uno strumento assai frequente nell'attività della Corte costituzionale. In tale prospettiva v. Corte cost., 1° agosto 2008, n. 327, in *CED 2008*; Corte cost., 1° agosto 2008, n. 324, *ivi*; Corte cost., 30 luglio 2008, n. 316, in *www.cortecostituzionale.it*; Corte cost., 1° agosto 2008, n. 308, *ivi*; Corte cost., 1° agosto 2008, n. 302, *ivi*. La categoria svolge un ruolo rilevante in molti settori; a titolo esemplificativo v. AMARELLI, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2006, 151. Una pronuncia della Corte costituzionale in termini di incostituzionalità del diritto giurisprudenziale "vivente" in

qualificava la confisca, applicabile in caso di lottizzazione abusiva, come sanzione penale, con la conseguenza che la stessa poteva essere applicata solo all'imputato riconosciuto colpevole del reato sopra indicato, conformemente all'art. 240 cod. pen., mentre non poteva essere minimamente applicata al terzo estraneo al reato, che aveva acquistato il bene legittimamente sul mercato³.

Negli stessi anni novanta si è però affermato in maniera univoca l'orientamento giurisprudenziale al quale si riferisce la Corte d'appello nell'ordinanza di rimessione sopra richiamata. Tale orientamento è stato ancora ribadito da due recenti sentenze della Corte di cassazione, sezione III, pronunciate nel giugno 2008 e depositate nell'ottobre dello stesso anno, nelle quali si ribadisce che la confisca urbanistica "... è una sanzione amministrativa, che deve essere obbligatoriamente applicata dal Giudice penale, anche nei confronti di terzi estranei al reato e acquirenti in buona fede del bene, una volta che egli accerti la sussistenza di una lottizzazione abusiva, indipendentemente da una pronuncia di condanna, eccettuata soltanto l'ipotesi di assoluzione con la formula "*perché il fatto non sussiste*"⁴.

Ancora nel luglio dello stesso anno 2008, con uno sfrenato attivismo probabilmente provocato dall'eventualità dell'intervento della Corte costituzionale, non ancora verificatosi, e, come si vedrà, dall'altrettanto attesa decisione definitiva di condanna della Corte europea dei diritti dell'Uomo, poi sopravvenuta nel gennaio del 2009⁵, la Corte di cassazione, questa volta a Sezioni Unite, con una sentenza depositata sempre nell'ottobre del 2008, richiama la giurisprudenza in esame come costante e ormai consolidata, sia pure nell'ambito di una decisione che affronta un problema di ordine generale, in quanto afferma il principio per cui la confisca delle cose costituenti il prezzo del reato, prevista obbligatoriamente dall'art. 240, comma 2°, n. 2, cod. pen., non può essere disposta nel caso di estinzione del reato⁶.

2.- Il rilevato attivismo della Cassazione penale non si ferma però a questo punto, poiché, con sentenza pronunciata nell'ottobre 2008 e depositata il successivo 17 no-

materia di confisca "urbanistica" renderebbe non più praticabile il percorso argomentativo seguito ancora dalla Cassazione penale nelle sentenze depositate nell'ottobre 2008, alle quali si fa qui di seguito riferimento; sentenze tutte decise dopo che la Corte d'appello di Bari ha sollevato la questione di incostituzionalità in esame, rimettendo gli atti alla Corte costituzionale. Analogo rilievo può farsi per la successiva Cass. pen., III, 29 aprile 2009, n. 17865, Q. e Altri, inedita, infra, 133.

³ In tal senso v. Cass. pen., S.U., 3 febbraio 1990, n. 2720, C., in *Giur. it.*, 1991, II, 229, con nota di ANNUNZIATA.

⁴ Si tratta di Cass. pen., III, 11 giugno 2008, n. 37274, ricorrente V., depositata in data 1° ottobre 2008, in CED 2008, e di Cass. pen. III, 26 giugno 2008, n. 37472, B. e altri, depositata in data 2 ottobre 2008, *ivi*.

⁵ Si tratta di Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Causa Sud Fondi e Altre c. Italia*, Sentenza Strasburgo 20 gennaio 2009. Il testo tradotto è in *Occupazione usurpativa e confische tra Roma e Strasburgo*, Atti del Congresso di Bari del 13 dicembre 2008, Bari, 2009, 101 ss.

⁶ Il riferimento è a Cass. pen., S.U., 10 luglio 2008, n. 38834, D.M. F., depositata in data 15 ottobre 2008, *ivi*.

vembre 2008, la Cassazione penale, questa volta la terza sezione, si discosta dall'indirizzo interpretativo sino ad ora perseguito, prendendo atto di alcune delle novità emerse nella materia in esame, che appena un mese prima erano state considerate irrilevanti⁷. La stessa Cassazione penale, ancora terza sezione, interviene ancora nell'aprile 2009, ridimensionando la portata della sua precedente pronuncia con una motivazione, che, come si vedrà, crea pericolose incertezze nella circolazione dei beni⁸.

Non potendo fare in questa sede un esame specifico della complessa sentenza da ultimo citata né delle altre che l'hanno immediatamente preceduta e di quella successiva dell'aprile 2009, si deve considerare che con essa la Corte di cassazione si discosta espressamente dall'indirizzo interpretativo, secondo il quale la confisca obbligatoria *ex art. 44, comma 2°, D.P.R. 380/2001*, possa essere eseguita anche nei confronti di soggetti estranei alla commissione del reato e venuti in possesso dell'immobile in buona fede.

La norma, sempre secondo il Supremo Collegio, "... per la sua formulazione generica, disancorata da qualsiasi riferimento al tipo di procedimento penale, attraverso il quale viene accertata la lottizzazione abusiva ed alla individuazione dei soggetti passivi della misura ablatoria patrimoniale, presenta rilevanti problemi interpretativi e suscita dubbi di legittimità costituzionale quale conseguenza di una sua applicazione indiscriminata"⁹.

Continuando ancora nella precisazione delle premesse poste a fondamento della sua decisione, il Supremo Collegio, contrariamente a ciò che aveva sostenuto appena un mese prima, ritiene rilevante sul punto la decisione di ricevibilità della Corte europea dei diritti dell'Uomo, in data 30 agosto, presa giustamente in considerazione dalla Corte d'appello di Bari, nella parte in cui la Corte di Strasburgo afferma che la confisca in esame ha natura di pena ai sensi dell'art. 7 della Convenzione dei diritti dell'Uomo.

Pur prendendo atto di tali rilevanti novità e della rivoluzione delle fonti del diritto, realizzata dalla Corte costituzionale a partire dalla sentenza del 24 ottobre 2007, n. 348, la Corte di cassazione conferma il consolidato indirizzo interpretativo, secondo il quale la confisca prevista dall'art. 44, comma 2°, del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, costituisce una sanzione amministrativa e non una misura di sicurezza penale di natura patrimoniale; misura emessa dal Giudice penale in via di sup-

⁷ Si tratta di Cass. pen., III, 24 ottobre 2008, n. 42741, S. Soc.S., H. e altri, depositata in data 17 novembre 2008, *ivi*, in *Giurisprudenza italiana*, 2009, con commento di ROMANELLI, "Confisca urbanistica e terzi acquirenti in buona fede: verso un definitivo *revirement* giurisprudenziale?"

⁸ V. ancora la già citata Cass. pen., III, 29 aprile 2009, n. 17865, Q. e Altri, dove espressamente si ridimensiona (p. 7) la precedente Cass. pen., III, 24 ottobre 2008, n. 42741, S. Soc.S., H. e altri, depositata in data 17 novembre 2008, *cit.*

⁹ Cfr. Cass. pen., III, 24 ottobre 2008, n. 42741, *cit.*

plenza, sia pure autonomamente, rispetto all'analogia misura emessa dall'Autorità amministrativa.

Il richiamo alla tradizionale qualificazione della confisca non impedisce però al nostro Supremo Collegio di decretare in pratica la fine della confisca "urbanistica", nei termini in cui un quindicennio di giurisprudenza costante l'aveva configurata. Infatti, la natura amministrativa di tale confisca non può evidentemente escludere il carattere sanzionatorio della stessa, con conseguente richiamo a quei principi contenuti nella l. 24 novembre 1981, n. 689, in tema di modifiche al sistema penale, che richiedono, quale requisito essenziale di legalità, "... l'esistenza di una condotta che risponda ai necessari requisiti soggettivi della coscienza e volontà dell'agente e sia caratterizzata quanto meno dall'elemento psicologico della colpa (artt. 2 e 3 della legge citata)". In definitiva quindi, per dirla ancora con le parole dello stesso Supremo Collegio, "... anche la sanzione amministrativa ..., non può essere applicata nei confronti di soggetti in buona fede, che non abbiano commesso alcuna violazione"¹⁰. Il mito di Saturno, che divora i propri figli, si ripete ancora una volta sulle rive del Tevere, anche se gli effetti dell'antico rito vengono successivamente ridimensionati nell'aprile 2009!

3.- Tra l'autunno del 2008 e l'aprile del 2009, per la precisione il 16 dicembre 2008, dopo aver deliberato in camera di consiglio il 16 dicembre 2008, veniva pronunciata la sentenza della seconda Sezione della Corte europea dei Diritti dell'uomo *Sud Fondi e Altre 2 c. Italia*, resa nota alle parti il 20 gennaio 2009¹¹.

Con la sopra citata sentenza, la Corte di Strasburgo condanna lo Stato italiano al pagamento a titolo di danni non patrimoniali, a favore di ciascuna delle ricorrenti, di somme che vengono quantificate in 10.000 €, a titolo di danni non patrimoniali, e in 30.000 €, a titolo di costi e spese, mentre si riserva la quantificazione del danno patrimoniale, invitando "...il Governo e le ricorrenti a informarla, nei prossimi sei mesi, di ogni accordo al quale essi potranno giungere".

Per giustificare la condanna dello Stato italiano ai danni non patrimoniali a favore delle società ricorrenti, persone giuridiche e non fisiche, oltre che dei loro soci e amministratori, la Corte rileva che, nella controversia in esame, la mancanza di un quadro giuridico prevedibile per la confisca e il persistere di tale situazione hanno determinato, in capo ai sopra richiamati soggetti, persone fisiche e persone giuridiche, dei disagi considerevoli se non altro negli affari correnti della società¹².

¹⁰ V. ancora Cass. pen., III, 24 ottobre 2008, n. 42741, S. S., H. e altri, depositata in data 17 novembre 2008, cit.

¹¹ V. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Causa Sud Fondi e Altre 2 c. Italia (Ricorso n. 75909/01. Sentenza Strasburgo 20 gennaio 2009*, in "Occupazione usurpativa e confische tra Roma e Strasburgo", cit.

¹² V. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Causa Sud Fondi e Altre 2 c. Italia*, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Causa Sud Fondi e Altre 2 c. Italia*, cit., par. 153.

Certamente tale condanna, di natura afflittiva e, sotto molti aspetti punitiva, trattandosi di risarcimento di danni non patrimoniali, per di più non usuale nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo in caso di procedimenti riguardanti la tutela del diritto di proprietà, rappresenta una conseguenza della campagna mediatica, inscenata da alcuni organi di stampa e da una parte delle forze politiche locali, contro le società ricorrenti, i loro amministratori e i loro soci, grazie alla quale per lungo tempo essi sono stati dipinti come costruttori di ecomostri abusivi, venendo paragonati alla criminalità organizzata, che molto spesso deturpa le coste del bel Paese con costruzioni veramente abusive persino sul demanio marittimo, le quali circolano sul mercato illegale senza impunità alcuna.

Leggendo la sentenza in esame, si rileva facilmente che il tonfo è stato rovinoso e che la valutazione che la Corte di Strasburgo compie dell'istituto giuridico della confisca "urbanistica", creato dalla nostra giurisprudenza, è impietosa, anche se la successiva sentenza della Corte di cassazione, depositata nell'aprile 2009, non sembra prenderne coscienza.

Richiamata la sua natura di Organo giurisdizionale internazionale, la Corte non può non prendere atto del fatto che la Suprema Corte Nazionale ha riconosciuto che gli imputati hanno commesso un errore inevitabile e scusabile nell'interpretazione delle norme violate; che la legge regionale applicabile insieme alla legge nazionale era "oscura e scritta male"; che la sua interferenza con la legge nazionale in materia aveva comportato una giurisprudenza contraddittoria¹³.

Fatta questa premessa, la Corte però rileva che la confisca a danno degli imputati non può mai essere il risultato di un'assoluzione *né, tanto meno, può giustificarsi a danno di terzi estranei al reato e assenti nel relativo processo*, poiché l'art. 7 della Convenzione, così come gli stessi principi del diritto penale interno italiano, esigono che, per punire, è necessario sempre individuare un elemento di responsabilità nell'autore materiale del reato e che, infine, "... il comune di Bari – responsabile di aver concesso i permessi di costruire illegali – è l'ente che è divenuto proprietario dei beni confiscati; il che è paradossale"¹⁴.

I sopra enunciati principi risultano del tutto elusi dal successivo intervento della nostra Cassazione penale, che, malgrado un formale richiamo al sistema delle fonti ormai elaborato dalle sentenze della nostra Corte costituzionale del 2007 e la conseguente presa d'atto dell'impossibilità di comminare la confisca a terzi in buona fede ed estranei al reato, giunge ad estendere la confisca "urbanistica" anche a soggetti

¹³ V. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Causa Sud Fondi e Altre 2 c. Italia*, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Causa Sud Fondi e Altre 2 c. Italia*, cit., par. 112 e 113.

¹⁴ V. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Causa Sud Fondi e Altre 2 c. Italia*, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Causa Sud Fondi e Altre 2 c. Italia*, cit., par. 116, par.141.

estranei al reato e non partecipi al relativo processo; il tutto attraverso motivazioni, che suscitano, a dire poco, moltissime perplessità proprio per il coinvolgimento *a priori* nella fattispecie di reato di lottizzazione abusiva del terzo acquirente, che ha regolarmente acquistato i beni sul mercato¹⁵.

Secondo la sentenza della Cassazione penale dell'aprile 2009, la condotta dell'acquirente non configurerebbe un evento impreveduto ed imprevedibile per il venditore, perché, anzi, inserirebbe un determinante contributo causale alla concreta attuazione del disegno criminoso del primo¹⁶.

Per la cooperazione dell'acquirente nel reato di lottizzazione abusiva, aggiunge poi la recente Cassazione penale, non sono necessari un previo concerto o un'azione concordata con il venditore, "... essendo sufficiente, al contrario, una semplice adesione al disegno criminoso da quegli concepito, posta in essere anche attraverso la violazione (deliberatamente o per trascuratezza) di specifici doveri di informazione e conoscenza che costituiscono diretta esplicazione dei doveri di solidarietà sociale di cui all'art. 2 della Costituzione"¹⁷.

L'acquirente, aggiunge la Corte di cassazione, non può sicuramente considerarsi, solo per tale sua qualità, "terzo estraneo" al reato di lottizzazione abusiva, poiché egli, benché compartecipe al medesimo accadimento materiale, può ben dimostrare di avere agito in buona fede, senza cioè rendersi conto, pur avendo usato la necessaria diligenza nell'adempimento dei sopra richiamati doveri di informazione e conoscenza, di partecipare ad un'operazione di illecita lottizzazione.

In definitiva, secondo la Cassazione penale, quando l'acquirente sia consapevole dell'abusività dell'intervento – *o avrebbe potuto esserlo spiegando la normale diligenza* – la sua condotta si verrebbe a legare con intimo nesso causale a quella del venditore e in tal modo le rispettive azioni, apparentemente distinte, si collegherebbero tra loro e determinerebbero la formazione di una fattispecie unitaria ed indivisibile, diretta in modo convergente al conseguimento del risultato lottizzatorio.

Si può ben dire che la motivazione si commenta da sola. Infatti, risulta a dire poco incomprensibile come possa configurarsi una cooperazione al reato di lottizzazione abusiva in capo all'acquirente, che magari acquista il bene dopo anni che lo

¹⁵ Secondo la motivazione della già citata Cass. pen., III, 29 aprile 2009, n. 17865, Q. e Altri, par. 5.2, non è più ammissibile, in quanto collide con i principi enunciati dalla sentenza Sud Fondi del gennaio 2009, l'orientamento giurisprudenziale, più volte ribadito dalla Cassazione penale, secondo cui la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite sugli stessi deve essere disposta anche nei confronti dei beni dei terzi acquirenti in buona fede ed estranei al reato, i quali potrebbero eventualmente fare valere i propri diritti in sede civile.

¹⁶ A sostegno di tale posizione viene citata Cass., S.U., 27 marzo 1992, n. 4708, Fogliani, in *Il Fisco*, 1992, fascicolo n. 24, p. 6150 e in *Rivista delle Cancellerie*, 1992, fascicolo n. 5, p.424.

¹⁷ Si cita a riguardo Corte cost. 24 marzo 1988, n. 364, in *Giur. cost.*, 1988, I, 1504 e in *Riv. pen.*, 1988, 1156, *infra*, 143.

stesso è circolato regolarmente nel libero mercato fino al momento in cui il Giudice penale ha deciso di qualificarlo come abusivo in un processo in cui egli, almeno in ipotesi, non ha nemmeno partecipato, perché appunto estraneo al reato.

Per arrivare ad ipotizzare tale cooperazione, la Cassazione penale è costretta ad utilizzare strumentalmente la famosa sentenza della Corte costituzionale del 1988 sull'art. 5 cod. pen., nella parte in cui essa afferma che è legittimo il principio della responsabilità penale della persona che ignora la norma penale, se non è stato adempiuto il dovere strumentale di informazione e conoscenza; dovere che è diretta esplicazione dei doveri di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost. Il fatto di avere adempiuto tale dovere, senza avere superato lo stato di ignoranza della norma penale, importa l'esclusione della responsabilità penale¹⁸.

Tale giusto richiamo all'art. 2 della nostra Costituzione, che nell'ottica della Corte costituzionale del 1988 mira ad esaltare il carattere personale della responsabilità penale, sancito in termini solenni dall'art. 27, comma 1°, Cost., viene utilizzato dalla nostra Corte di cassazione per imporre al malcapitato acquirente una serie imprecisata di doveri di informazione e di conoscenza, di cui egli deve provare l'osservanza al fine di dimostrare di avere agito in buona fede¹⁹. Infatti, come espressamente si afferma nella motivazione della sentenza in esame, quando l'acquirente avrebbe anche potuto essere consapevole del carattere abusivo del bene acquistato, spiegando quella particolare diligenza che gli verrebbe imposta dai doveri di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. – che lo stesso ha l'onere di dimostrare di avere osservato – “... la sua condotta si lega con intimo nesso causale a quella del venditore ed in tal modo le rispettive azioni, apparentemente distinte, si collegano tra loro e determinano la formazione di una fattispecie unitaria ed indivisibile, diretta in modo convergente al conseguimento del risultato lottizzatorio”.

In definitiva, con la sentenza da ultimo citata, la nostra Cassazione penale ritorna, con toni ancora più esasperati, al suo orientamento espresso già nella sentenza del giugno 2008, depositata all'inizio di ottobre dello stesso anno, con cui, come ha rilevato correttamente un commentatore della stessa, si chiede al cittadino di farsi parte diligente e di diffidare della legittimità degli atti provenienti dalla Pubblica Amministrazione, invece di presumere la loro legittimità; e ciò in quanto toccherebbe a lui, per arcane capacità divinatorie, evitare l'acquisto di beni “oggettivamente illeciti”, dichiarati tali *a posteriori* dal Giudice penale; lo stesso cittadino viene tra-

¹⁸ V. ancora Corte cost. 24 marzo 1988, n. 364, in *Giur. cost.*, 1988, cit., 1506.

¹⁹ È appena che la sentenza 364/1988 della nostra Corte costituzionale, di cui fu Relatore Renato Dell'Andro, è stata immediatamente considerata come una sentenza storica che restaurava il principio di colpevolezza e di presunzione di innocenza di cui all'art. 27 Cost. In tal senso v. PULITANO, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1988, 686 ss. e, con riferimento all'art. 27 Cost., v. D'AMICO, *Art. 27, in Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, 563 ss.

volto da un processo penale privo di senso al punto tale che il Giudice penale può emettere in quella sede una sanzione a suo carico – ancora qualificata come amministrativa – privandolo della proprietà, a quanto pare, senza contraddittorio e senza condanna, trasferendo la stessa proprietà proprio a quella Pubblica Amministrazione, che ha posto in essere gli atti sui quali egli ha confidato²⁰.

A più di quattro mesi dal deposito della sentenza Sud Fondi della Corte di Strasburgo, l'osservatore del diritto giurisprudenziale italiano può solo richiamare la Relazione sull'Amministrazione della Giustizia nell'anno 2008 del primo Presidente della Corte di cassazione, nella parte in cui si rileva giustamente che Le Corti ed i Giudici, e fra essi per l'Italia la Corte di cassazione, sono chiamati a svolgere un ruolo decisivo di incontro e di dialogo tra loro, poiché proprio tale dialogo consente la creazione di un comune diritto sovranazionale idoneo a governare l'attuale esperienza giuridica²¹.

4.- Proprio di fronte alle complesse e diverse sentenze della Corte di cassazione sopra richiamate e, prima ancora, in presenza della sentenza definitiva della Corte di Strasburgo relativo al caso Sud Fondi, emerge in maniera chiara l'importanza dell'ordinanza di rimessione della Corte d'appello di Bari e l'esigenza che la Corte costituzionale, a prescindere da auspicabili iniziative legislative, intervenga con una decisione ben precisa sull'intera vicenda della confisca urbanistica.

Tale esigenza risulta evidente per molteplici ragioni, particolarmente nello stato attuale del nostro diritto giurisprudenziale.

Innanzitutto, proprio di fronte al perdurante e non lineare superattivismo della Cassazione penale, sussistono ragioni di chiarezza della disciplina da adottare con riferimento ai problemi da risolvere. Infatti, la c.d. confisca "urbanistica", come pura creazione di diritto giurisprudenziale, allo stesso modo, almeno all'origine, della c.d. occupazione "usurpativa", pone, come accade ormai in maniera sempre più frequente nell'esperienza giuridica a noi contemporanea, problemi, che si collocano al confine tra diritto privato, diritto penale e diritto amministrativo. Nell'ambito degli illeciti urbanistici ed edilizi, infatti, proprio come rende evidente la mole delle questioni sollevate dal diritto giurisprudenziale che si esamina in questa sede, gli interessi lesi hanno di solito natura privata e pubblica insieme, con l'ulteriore precisazione che, nell'ambito degli interessi pubblici, questi ultimi possono avere natura

²⁰ Tale sequenza è esattamente ricostruita da CASARANO, *Le confische urbanistiche e le più recenti sentenze della Cassazione*, in *Occupazione usurpativa e confische tra Roma e Strasburgo*, Atti del Convegno di Bari del 13 dicembre 2008, cit., 100, con riferimento a Cass. pen., 26 giugno/2 ottobre 2008, n. 37472.

²¹ In tal senso v. CARBONE, *Relazione sull'Amministrazione della Giustizia nell'Anno 2008*, pronunciata all'inaugurazione dell'Anno Giudiziario, 30 gennaio 2009. Il brano è commentato in TUCCI, *Presentazione*, in Atti del Convegno di Bari del 13 dicembre 2008, cit., 12.

urbanistica, paesaggistica oppure, ancora, possono riguardare il patrimonio storico, artistico, oppure, ancora, l'ambiente²².

Tali problemi si sono ancora più accentuati e diffusi nel nostro ordinamento giuridico, poiché, per una serie di ragioni, alle quali in questa sede si può solo accennare, si è assistito ad una dilatazione senza dubbio eccessiva della fattispecie del reato di lottizzazione abusiva, come di altri reati; e ciò fino a fare rientrare in essa quasi ogni illecito o inadempimento amministrativo, "panpenalizzando" sostanzialmente il diritto amministrativo ed alterando, come si è visto, alcuni principi fondamentali del nostro stesso diritto privato²³.

In secondo luogo, sia l'ordinanza della Corte d'appello di Bari sia le ultime decisioni della Corte di cassazione pongono rilevanti e generali problemi di gerarchia delle fonti del diritto. Tali problemi interessano trasversalmente l'intero nostro ordinamento, come dimostrano, da un lato, le sentenze della Corte costituzionale del 2007, alle quali fa riferimento la stessa ordinanza della Corte d'appello di Bari, ma ormai anche – dopo una battaglia di retroguardia, combattuta, come si è già chiarito e si preciserà in seguito, ancora nei primi giorni di ottobre 2008 e ripresa nell'aprile 2009 – la Cassazione penale; dall'altro, l'ordinanza della Corte di cassazione, che, pronunciandosi in materia del tutto diversa da quella qui in esame, come appunto il diritto di famiglia, ha rimesso gli atti del procedimento al Primo Presidente per l'eventuale remissione degli stessi alle Sezioni Unite a norma dell'art. 376 cod. proc.

²² Si fa riferimento ai rilievi di HESSELINK, *The new european legal Culture*, Deventer, 2001, 63 ss., trad. it., *La nuova cultura europea*, a cura di G. RESTA, traduzione di ZACCARIA, Napoli-Roma, 2005, 99 ss. Tale intreccio è acutamente colto, proprio con riferimento alla repressione degli illeciti urbanistici ed edilizi, già da GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già diretto da CICU e MESSINEO, continuato da MENGONI, VIII, 2, Milano, 1995, 353 ss.

²³ Espressione di tale tendenza è proprio Cass. pen., III, 11 giugno 2008, n. 37274, cit, specie nella parte in cui ripercorre la storia della successiva dilatazione del reato sia con riferimento all'elemento oggettivo che a quello soggettivo della relativa fattispecie. Nella stessa prospettiva, da ultimo, Cass. pen., III, 26 giugno 2008, B. e altri, n. 37472, depositata in data 2 ottobre 2008, ivi; nonché Cass. pen., S.U., 10 luglio 2008, n. 38834, D.M., depositata in data 15 ottobre 2008, n. 38834, cit., ivi. La recente sentenza della Cassazione penale 17865/2009 si muove nella stessa prospettiva, esasperandola proprio con riferimento alla posizione del terzo acquirente Per la configurazione del reato di lottizzazione abusiva, con riferimento alle due diverse figure di lottizzazione abusiva di tipo "materiale" e di lottizzazione abusiva di tipo "negoziale" o "cartolare", v. Cons. Stato, IV, 8 maggio 2003, n. 2445, in *Riv. giur. ed.*, 2004, I, 304. Nel senso di una riconsiderazione del ruolo della lottizzazione abusiva, v. Corte d'Appello di Bari, sez. pen., 11 luglio 2008, n. 1303, M. e M., depositata in data 12 novembre 2008, inedita.

Eguale dilatazione eccessiva conosce il reato di frode nelle pubbliche forniture, di cui all'art. 356 cod. pen., nell'interpretazione del quale la giurisprudenza adotta il generico concetto di mala fede contrattuale, che diventa così indipendente dall'uso di mezzi ingannevoli o di artifici e raggiri; elemento richiesto dalla norma penale, che prevede l'ipotesi di reato. A riguardo v. Cass. pen., sez VI, 16 novembre 2004, n. 48053, D'A., in *Giur. it.*, 2005, 1692, con nota di MANTOVANI, *Esecuzione dei contratti di pubbliche forniture e buona fede*. L'interpretazione della frode in termini di inadempimento contrattuale determina anche un problema di sovrapposizione con l'art. 355 cod. pen.

civ., affrontando il problema dell'adeguamento del nostro diritto interno al diritto sovranazionale, in particolare al diritto comunitario, in tema di attribuzione del cognome della madre al figlio legittimo²⁴.

Tali complesse questioni, che evidenziano in concreto, a cinquanta anni dalla Dichiarazione dei diritti dell'Uomo delle Nazioni Unite, l'operatività del nuovo diritto costituzionale sovranazionale anche nella nostra esperienza giuridica, sono oggi sul tappeto con riferimento ad un istituto giuridico del tutto particolare quale la confisca, che rivela nella sua disciplina positiva i segni della sua storia plurisecolare; storia che emerge spesso anche nel dibattito in esame²⁵.

5.- Come si è già accennato e come si vedrà in seguito, la motivazione di fondo attraverso la quale la giurisprudenza, di legittimità e di merito, è pervenuta a ritenere ammissibile, nel nostro ordinamento, la confisca "urbanistica", operante anche nei confronti di terzi in buona fede estranei al reato, risiede nel fatto che essa sarebbe una sanzione non penale, ma amministrativa, distinta dalla prima per la sua stessa causa, comminata però dal Giudice penale, all'interno del processo penale, ma senza le garanzie proprie di questo ultimo; e ciò in quanto essa viene a colpire anche terzi che non partecipano a tale vicenda processuale, perché non sarebbero a ciò legittimati²⁶.

²⁴ Per ciò che riguarda le sentenze della Corte costituzionale del 2007, si tratta di Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 348, e di Corte cost. 24 ottobre 2007, n. 349, in *Corr. giur.*, 2008, 153 ss.; e in *Foro it.*, 2008, I, 39 ss., con commento di ROMBOLI; e con nota di CAPPUCCIO, *La Corte costituzionale interviene sui rapporti tra convenzione europea dei diritti dell'uomo e Costituzione*, *ivi*, 47 ss.; F. GHERA, *Una svolta storica nei rapporti del diritto interno con il diritto internazionale pattizio (ma non in quelli con il diritto comunitario)*, *ivi*, 50 ss.; e in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 52 ss., con nota di MIRATE, *Indennità di esproprio e risarcimento da occupazione acquisitiva: la Corte costituzionale inaugura il giudizio di "convenzionalità" ex art. 117 Cost.*, *ivi*, 65 ss.; e in *Giust. civ.*, 2008, 51, con nota di G. DUNI, *Indennizzi e risarcimenti da espropriazione. Problemi risolti e questioni in sospeso*, *ivi*, 53 ss.; e nota di P. STELLA RICHTER, *Postilla a Duni, Indennizzi e risarcimenti da espropriazione. Problemi risolti e questioni in sospeso*, *ivi*, 63 ss. Si veda in particolare, P. PERLINGIERI, *Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti europee. Per un unitario sistema ordinamentale*, Napoli, 2008, 59 ss, nonché COMPORTI, *La giusta indennità espropriativa tra giurisprudenza europea e giurisprudenza italiana*, in *Riv. giur. ed.*, 2007, 2, 37 ss.; B. CONFORTI, *La Corte costituzionale e gli obblighi internazionali dello Stato in tema di espropriazione*, in *Giur. it.*, 2008, 569 ss.; CALVANO, *La Corte costituzionale e la CEDU nella sentenza 348/2007: Orgoglio e pregiudizio?*, *ivi*, 573 ss.; e ancora, REPETTO, *Diritti fondamentali e sovranità nello stato costituzionale chiuso. Prime osservazioni critiche sulla sentenza 349 del 2007 della Corte costituzionale*, *ivi*, 309 ss.; SELVAGO, *La dimensione temporale nelle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 della Corte costituzionale e nella successiva giurisprudenza di legittimità*, in *Giust. civ.*, 2008, 1376 ss.; SALVAGO, *Espropriazioni illegittime e risarcimento del danno dopo la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 5-bis, comma 7-bis, l. n. 359 del 1992*, *ivi*, 587 ss. Per ciò che riguarda l'ordinanza della Corte di cassazione, si fa riferimento a Cass., ord., 22 settembre 2008, n. 23934, su www.cortedicassazione.it, e in www.personaedanno.it, con commento di MOTTOLA, *Il diritto al nome*.

²⁵ Significativo a riguardo è GULLO, *La confisca*, in *Giust. pen.*, 1981, II, 38.

²⁶ Sulla causa giuridica della confisca penale v. Cass. pen., S.U., 28 aprile 1999, n. 10, cit. ove si specifica che tale causa non è costituita dall'acquisizione del bene al patrimonio dello Stato, con il sacrificio dei diritti dei terzi, ma è identificabile, invece, nell'esigenza, tipicamente preventiva, di interrompere la relazione del bene

Tale ipotesi di confisca, pertanto, si differenzia, nella ricostruzione giurisprudenziale che se ne è fatta, dalle ipotesi di c.d. confisca amministrativa, come quella disciplinata dall'art. 7 della l. 28 febbraio 1985, n. 47, ora art. 31 del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia), che configura l'acquisizione di diritto e gratuita al patrimonio del Comune delle opere realizzate in assenza di concessione edilizia o in totale difformità dalla medesima ovvero con variazioni essenziali, disposta, unitamente a quella dell'area in cui le opere insistono ed a quella delle cc.dd. aree pertinenziali allorché il responsabile dell'abuso non ottemperò tempestivamente all'ordine sindacale di demolizione e di ripristino dello stato dei luoghi²⁷.

Nel caso in esame, attraverso la coattiva e definitiva sottrazione della cosa costituente l'oggetto dell'illecito, come l'area di insistenza delle costruzioni illegittime, oppure il prodotto o il profitto del medesimo, come le opere realizzate senza concessione, l'ordinamento ottiene l'immediata e drastica sanzione dell'illecito attraverso la punizione del trasgressore e senza alcun problema di tutela dei terzi acquirenti o aventi causa dei beni, oggetto del provvedimento, poiché gli stessi risultano al di fuori di ogni legittima circolazione sul mercato.

In un'interessante sentenza dei primi anni novanta, che occorre considerare con attenzione nell'affrontare la problematica in esame, la Corte costituzionale, con riferimento agli artt. 3 e 32 Cost., ha ritenuto non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 7, comma 3°, della l. 28 febbraio 1985, n. 47, ora art. 31, comma 3°, del citato Testo unico in materia edilizia, in tema di controllo dell'attività urbanistico-edilizia, sanzioni, recupero e sanatoria delle opere edilizie, dovendo la disposizione essere interpretata nel senso che l'acquisizione gratuita dell'area al patrimonio comunale costituisce una particolare sanzione per l'inottemperanza all'ordine di demolizione e, pertanto, non può mai colpire il proprietario che sia estraneo all'esecuzione dell'opera abusiva e che non abbia la disponibilità del bene, fermo restando in tal caso il potere-dovere del Comune di eseguire comunque d'ufficio la demolizione dell'opera²⁸.

stesso con l'autore del reato e sottrarlo alla sfera di disponibilità di questo ultimo, con la conseguenza che la confisca penale, proprio in ragione della sua causa, non implica l'estinzione del diritto di garanzia sulle cose confiscate. Per lo stesso problema, con riferimento alla confisca "urbanistica", v. Trib. Bari, 13 luglio 2004, in *Giurisprudenza locale*, Banca Dati Giuffrè, ove si precisa che, nella dinamica della confisca "urbanistica", essendo le aree lottizzate acquisite di diritto al patrimonio disponibile del Comune, il cui sindaco deve provvedere alla demolizione delle opere, la garanzia ipotecaria, iscritta non sul terreno, ma sulle opere, non può permanere in presenza della stessa.

²⁷ Su tale ipotesi v. GOTTI, voce *Confisca nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, III, Torino, 1989, 360.

²⁸ La decisione è Corte cost., 15 luglio 1991, n. 345, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 200, e in *Foro it.*, 1992, I, 3; e in *Resp. civ. e prev.*, 1991, 701 ss., con nota di TASSONE, *Abusi edilizi e sanzioni amministrative: rilancio di una problematica*, *ivi*, 704 ss.

Nella motivazione della sentenza si mette giustamente in rilievo che l'acquisizione gratuita al patrimonio del Comune, prevista dal comma 3° della norma più volte citata, si riferisce *esclusivamente* al responsabile dell'abuso, «... non potendo di certo operare (come avviene talvolta per la confisca, quando questa costituisce misura accessoria di altra sanzione o misura strumentale diretta ad impedire l'ulteriore produzione dell'illecito o l'utilizzazione dei proventi di questo) nella sfera di altri soggetti e, in particolare, nei confronti del proprietario dell'area, quando risulti, in modo inequivocabile, la sua completa estraneità al compimento dell'opera abusiva o che, essendone egli venuto a conoscenza, si sia adoperato per impedirlo con gli strumenti offertigli dall'ordinamento»²⁹.

L'art. 20, comma 3°, 4° e 5°, della l. 24 novembre 1981, n. 689, e successive modifiche, nel depenalizzare tutti i reati puniti solamente con la multa o con l'ammenda, disciplina la confisca ad opera dell'amministrazione, definendola come sanzione amministrativa accessoria, rispetto alle sanzioni amministrative pecuniarie sostitutive delle suddette pene, mentre il successivo art. 21 contempla specifiche ipotesi di confisca.

Ispirandosi chiaramente alla formula adottata dal codice penale, la norma prevede che, unitamente alla pena pecuniaria principale, le Autorità competenti possano disporre la confisca amministrativa delle cose che servirono o furono destinate a commettere la violazione e debbano disporre la confisca delle cose che ne sono il prodotto, sempre che le cose suddette appartengano ad una delle persone tenute al pagamento della somma di denaro costituente la sanzione pecuniaria e, quindi, all'autore della violazione oppure al responsabile in luogo dell'incapace oppure, eccezionalmente, all'obbligato in solido³⁰.

In definitiva, pertanto, anche nel caso della confisca amministrativa, *l'appartenenza del bene a persona estranea alla violazione amministrativa costituisce sempre il limite operativo della confisca*, sicché anche sotto tale profilo, risulta la particolarità, peraltro ampiamente riconosciuta dallo stesso diritto giurisprudenziale formatosi a riguardo, della confisca urbanistica, che, come anche si vedrà più ampiamente in seguito, viene configurata come confisca amministrativa proprio per sfuggire ai limiti inevitabili di operatività della confisca penale.

Nella più volte citata sentenza del novembre 2008, tale profilo della confisca amministrativa è finalmente riconosciuto, poiché si afferma, proprio richiamando i principi dettati dalla l. 24 novembre 1981, n. 689, che "... è indubbio che, anche

²⁹ V. ancora Corte cost., 15 luglio 1991, n. 345, cit., 201 ss. Per la necessaria congrua motivazione che deve essere posta a fondamento dell'ingiunzione demolitoria v. Cons. Stato, V, 29 maggio 2006, n. 3270, in *Riv. giur. ed.*, 2007, 589, con nota di OTRANTO, *Decorso del tempo e tutela dalla sanzione urbanistica: il Consiglio di Stato arricchisce la casistica*, *ivi*, 592 ss.

³⁰ A riguardo v. PALIERO, TRAVI, voce *Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989, 348.

con riferimento alle sanzioni amministrative esulano dalla materia criteri di responsabilità oggettiva, essendo richiesta, quale requisito essenziale di legalità per la loro applicazione, l'esistenza di una condotta che risponda ai necessari requisiti soggettivi della coscienza e volontà dell'agente e sia caratterizzata quanto meno dall'elemento psicologico della colpa (art. 2 e 3 della citata legge)³¹.

Nella recente sentenza 17865/2009 della stessa Cassazione penale il precedente sopra citato viene ridimensionato, in quanto esso si sarebbe conformato "... alle peculiarità del caso, ma non ha inteso affatto affermare un'assiomatica e generalizzata posizione di buona fede dei terzi acquirenti degli immobili in ogni vicenda di lottizzazione abusiva"³². In realtà, anche tale considerazione risulta estremamente fuorviante, poiché si tratta, nell'ipotesi di specie, non già di creare un assoluto privilegio di impunità per il terzo acquirente – che ben può essere punito, qualora si dimostri, nell'ambito delle garanzie del processo penale, un suo specifico coinvolgimento causale alla concreta attuazione del disegno criminoso – ma di costruire in maniera apodittica, come avviene nella motivazione della sentenza in esame, tale coinvolgimento causale, ipotizzando pesantissimi ed inesistenti doveri di informazione e di conoscenza rispetto a fatti posti in essere anche in tempi remoti e risultati per lungo tempo assolutamente legittimi prima dell'intervento *a posteriori* del Giudice penale.

Di fronte ad una motivazione come quella sopra riportata, torna allora in primo piano, in maniera ancora più marcata dopo la sentenza definitiva del caso Sud Fondi, la qualificazione della confisca urbanistica in termini di sanzione penale, da cui ha preso le mosse l'ordinanza di rimessione della Corte d'appello di Bari, poiché, come risulta ormai sempre più chiaro, la Cassazione penale intende rifiutare tale qualificazione proprio per estendere, in termini inammissibili per il nostro ordinamento, gli effetti della confisca "urbanistica" anche a terzi sostanzialmente estranei alla lottizzazione abusiva.

6.- I limiti soggettivi ed oggettivi della disciplina penale della confisca risultano evidenti già da una prima lettura dell'art. 240 cod. pen.

Secondo il comma 1° della norma in esame, nel caso di condanna e solo in tale caso – a differenza di ciò che accade, secondo la giurisprudenza della Cassazione penale, anche più recente, per la confisca "urbanistica" – *può essere ordinata*, da parte del giudice penale, secondo criteri di discrezionalità da esercitarsi in vista di considerazioni di prevenzione speciale, la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato, e delle cose che ne sono il prodotto o il profit-

³¹ V. Cass. pen., III, 24 ottobre 2008, n. 42741, S. S., H. e altri, cit.

³² V. ancora Cass. pen., III, 29 aprile 2009, n. 17865, Q. e Altri, cit., *Infra*, 133.

to³³. Tale norma, però, secondo il comma 3° dello stesso art. 240 cod. pen., non trova applicazione, se la cosa appartiene a persona estranea al reato³⁴.

Il 2° comma dell'art. 240 cod. pen. precisa, poi, che è *sempre ordinata* la confisca, e quindi il giudice non può decidere di non applicarla in base al suo potere discrezionale: 1) delle cose che costituiscono il prezzo del reato; 2) delle cose, la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione o l'alienazione delle quali costituisce reato, *anche se non è stata pronunciata condanna*. L'avverbio "sempre", pertanto, come precisa la recente sentenza delle Sezioni Unite più volte richiamata, vuole indicare che, nel caso del comma 2° dell'art. 240 cod. pen., la confisca non è facoltativa, rimanendo però fermo che la confisca delle cose costituenti il prezzo del reato, prevista obbligatoriamente dall'art. 240, comma 2°, n. 1, cod. pen., presuppone sempre la sentenza di condanna e non può essere disposta nel caso di estinzione del reato³⁵.

Il comma 3° del 240 cod. pen., però, esclude l'applicazione del numero 1) del capoverso in esame nel caso in cui la cosa appartenga a persona estranea al reato, mentre il comma 4° dello stesso art. 240 cod. pen. precisa che la disposizione del numero 2) del capoverso non si applica se la cosa appartiene a persona estranea al reato e la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione o l'alienazione possono essere consentiti mediante l'autorizzazione amministrativa³⁶.

Secondo una giurisprudenza consolidata della Corte di legittimità, per persona estranea al reato deve intendersi esclusivamente chi risulti non solo non avervi concorso, ma non avere avuto neanche, per difetto di vigilanza o altro, alcun tipo di colpevole collegamento, diretto o indiretto, ancorché non punibile, con la *consumazione* di esso³⁷.

³³ Si tratta della confisca facoltativa, che presuppone sempre un provvedimento di condanna. Sul punto v. ALESSANDRI, voce *Confisca nel diritto penale*, cit., 41. In giurisprudenza v. Cass. pen., 23 settembre 1985, in *Cass. pen.*, 1986, 1073. Si veda di recente la pronuncia delle Sezioni Unite: Cassazione Penale, sez. Unite, 02-07-2008 (27-03-2008), n. 26654, in tema di profitto del reato nel sequestro preventivo funzionale alla confisca disposto nei confronti di una società indagata per un illecito amministrativo dipendente da reato relativo alla l. 231 del 2001, in *Foro it.*, 2008, nella sezione *Anticipazioni e novità* luglio-agosto, 5 ss.

³⁴ Per la necessità di coordinare la delimitazione del concetto di persona estranea al reato con il principio della personalità della responsabilità penale v. MASSA, voce *Confisca (dir. e proc. pen.)*, cit., 983. In giurisprudenza, con riferimento alla confisca del mezzo di trasporto utilizzato per il reato di immigrazione clandestina, v. Cass. pen., 21 aprile 2004, n. 18384 in *Riv. pen.*, 2004, 1220. Per la differenza tra la confisca penale facoltativa e la confisca "urbanistica", che, invece, secondo la consolidata giurisprudenza di merito e di legittimità, non presuppone la sentenza di condanna, Cass. pen., 4 ottobre 2004, n. 38728 in *Riv. giur. ed.*, 2005, I, 344.

³⁵ Cass. pen., S.U., 10 luglio 2008, n. 38834, D.M., depositata in data 15 ottobre 2008, cit., p. 19.

³⁶ Si tratta, in tale caso, di confisca obbligatoria. V. ancora MASSA, voce *Confisca (dir. e proc. pen.)*, cit., 985. Sul punto MANFREDONIA, *La confisca quale sanzione c.d. amministrativa e la tutela del terzo estraneo al reato: profili di illegittimità costituzionale?*, in *Danno Resp.*, 2008, 1037. Su tale problematica, v. la già citata Cass. pen., S.U., 15 ottobre 2008, n. 38834.

³⁷ In tal senso v. Cass. pen., 14 gennaio 2008, n. 16405, in *Guida dir.*, 2008, 21, 69 (s.m.); per esteso è consultabile su *Banche Dati Giuffrè* ed *ivi* riferimenti a Cass. pen., 2 novembre 2000, n. 3792, in *Cass. pen.*, 2000, 1706.

Nella più volte citata sentenza del novembre 2008, la Corte di legittimità richiama tale prospettiva, ribadendo che l'interpretazione "... costituzionalmente compatibile dell'art.44, comma secondo, DPR n. 380/2001 induce, pertanto, necessariamente ad escludere dall'ambito di operatività della norma la possibilità di confiscare beni appartenenti a soggetti estranei alla commissione del reato e dei quali sia stata accertata la *buona fede*³⁸; con ciò lasciando nel vago il ruolo della buona fede, una volta che si accerti la mancanza di responsabilità e di ogni collegamento nella *commissione* del reato, ma lasciando intendere che, comunque, la valutazione in termini di buona fede della condotta del terzo estraneo al reato attiene sempre al momento della consumazione di questo ultimo e non a momenti successivi.

In definitiva, pertanto, se si applicasse, al caso della confisca "urbanistica" la disciplina generale della confisca penale, l'operatività della medesima non potrebbe mai estendersi ai terzi estranei al reato, come invece avviene da parte della nostra giurisprudenza consolidata, smentita solo dalla singola sentenza della Cassazione penale più volte citata del novembre 2008, peraltro ridimensionata con la successiva sentenza dell'aprile 2009.

Del resto, proprio la giurisprudenza che ha costruito la figura di confisca in esame, ha più volte precisato che la confisca "urbanistica", di cui all'art. 44 D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia, a differenza di quella di cui all'art. 240 cod. pen., non è una misura di sicurezza patrimoniale, ma configura una sanzione amministrativa, applicata dal Giudice penale in via suppletiva rispetto al meccanismo amministrativo di acquisizione dei terreni lottizzati al patrimonio del Comune, con la conseguenza che essa è obbligatoria e prescinde dalla condanna, essendo il suo unico presupposto l'accertamento giurisdizionale della lottizzazione abusiva³⁹. La sentenza della Cassazione penale del novembre 2008, invece, sembra ormai respingere tale teorema.

La differenza della confisca "urbanistica", rispetto a quella penale, di cui all'art. 240 cod. pen. viene ulteriormente ribadita nella nostra tradizionale giurisprudenza, facendo riferimento sempre alla natura reale della misura di sicurezza in esame; natura reale che, nel caso della confisca "urbanistica" e grazie alla sua presunta natura di confisca amministrativa anomala, costituirebbe la ragione per la quale essa debba essere disposta anche in danno di terzi estranei al reato, i quali, se in buona fede, non possono mai ottenere la restituzione dell'immobile, ma possono soltanto fare valere i loro diritti in sede civile, esercitando l'azione risarcitoria nei confronti dei loro danti causa⁴⁰. Tale orientamento

³⁸ V. ancora Cass. pen., III, 24 ottobre 2008, n. 42741, cit.

³⁹ Ampiamente in tal senso Cass. pen., 7 luglio 2004, n. 38728, in *Foro it.*, 2005, II, 290.

⁴⁰ V. ancora Cass. pen., 7 luglio 2004, n. 38728, cit., 294, nonché le più volte citate Cass. pen., III, 11 giugno 2008, n. 37274, e Cass. pen. III, 26 giugno 2008, n. 37472., In dottrina v. LECCESE, *Sulla natura giuridica della confisca disposta in caso di lottizzazione abusiva*, in *Dir. form.*, 2004, 220 ss.

è solo formalmente smentito dalla recente sentenza della Cassazione penale 17865/2009, poiché, a tale smentita, fa seguito, come si è visto, la dilatazione macroscopica della presunta responsabilità penale del terzo acquirente e del terzo subacquirente⁴¹.

7.- Recentissimi interventi legislativi e altrettanto recentissime decisioni della Corte costituzionale precisano i limiti soggettivi di operatività della confisca penale, tutelando in ogni caso i terzi estranei al reato anche in ipotesi di uso estremamente, e a volte, eccessivamente ampio dello strumento penale⁴².

In base all'art. 5-*bis* del D.l. 23 maggio 2008, n. 92, convertito, con modificazioni, nella l. 24 luglio 2008, n. 125, "salvo che il fatto non costituisca più grave reato, chiunque, a titolo oneroso, al fine di trarre ingiusto profitto, dà alloggio ad uno *straniero*, privo di titolo di soggiorno, in un immobile di cui abbia la disponibilità, ovvero lo cede allo stesso, anche in locazione, è punito con la reclusione da sei mesi a sei anni. La condanna con provvedimento irrevocabile, ovvero anche l'applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'art. 444 cod. proc. pen., anche se è stata concessa la sospensione condizionale della pena, comporta la confisca dell'immobile, *salvo che essa appartenga a persona estranea al reato (...)*".

La norma sopra richiamata rappresenta un evidente esempio di degrado della nostra esperienza giuridica ed i lavori preparatori danno ampia prova del livello attuale delle nostre Assemblee legislative⁴³. Basti rilevare che, nel caso in esame, come è stato giustamente osservato, la confisca obbligatoria è collegata esclusivamente alla nazionalità del soggetto destinatario dell'immobile e che le pene previste appaiono assurdamente sproporzionate al reato commesso, con conseguenze disastrose nella disciplina del diritto di abitazione dello "straniero", anche se munito di titolo di soggiorno. La durata del permesso, infatti, può anche non coincidere con la durata

⁴¹ Cass. pen., III, 29 aprile 2009, n. 17865, Q. e Altri, cit., *Infra*, 133, contesta formalmente il principio giurisprudenziale, più volte ribadito (v. Cass. pen., III, 4 ottobre 2004, n. 38728; Cass. pen., III, 21 marzo 2005, n. 10916), secondo il quale la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite sugli stessi deve essere disposta anche nei confronti dei terzi acquirenti in buona fede ed estranei al reato, i quali potrebbero fare valere i propri diritti in sede civile. Infatti, in base alla citata sentenza, dopo la sentenza definitiva del caso Sud Fondi, tale orientamento viene a collidere con i principi enunciati nella sentenza del gennaio 2009, pronunciata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Subito dopo però (v. Cass. pen., III, 29 aprile 2009, n. 17865, Q. e Altri, cit., *Infra*, 133, nella stessa motivazione, ciò che viene cacciato dalla porta rientra dalla finestra grazie all'ipertrofica costruzione di una sorta di responsabilità penale presunta del terzo acquirente e del terzo subacquirente.

⁴² Sulla varietà di forme della confisca, al di fuori della disciplina prevista nel codice penale, v. FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, Bonomia University Press, 2007, *passim*.

⁴³ La paternità della disposizione in esame è orgogliosamente rivendicata dall'on. Nicola Molteni e dai suoi seguaci. V. *Resoconto stenografico. Seduta n. 33 di venerdì 11 luglio 2008. Discussione del disegno di legge: S. 692-Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 23 maggio 2008, n. 92, recante misure urgenti in materia di sicurezza pubblica. Approvato dal Senato (A.C. 1366)*, p. 54.

della locazione, dando così luogo al verificarsi della fattispecie di reato sopra considerata, con la conseguenza che il rapporto può diventare illegale anche successivamente alla conclusione del contratto⁴⁴.

Non è pertanto difficile prevedere che, come sempre accade quando si viola il principio costituzionale della proporzionalità tra delitti e pene, si finisca con l'incrinare il fenomeno che si vuole reprimere, favorendo il potere delle organizzazioni criminali che sfruttano l'immigrazione⁴⁵.

Vi è da precisare, però, che, malgrado il ricorso senza dubbio squilibrato allo strumento della repressione penale, il legislatore finisce col ribadire il limite fisiologico della confisca, escludendo che quest'ultima possa colpire beni di persona estranea al reato.

Il sopra rilevato limite si trova ribadito anche in una disposizione contenuta nella l. 25 febbraio 2008, n. 34, Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee. Infatti, l'art. 31 di tale disposizione legislativa, riguardante i principi e criteri direttivi di attuazione della decisione quadro 2005/212/GAI del Consiglio, del 24 febbraio 2005, relativa alla confisca di beni strumenti e proventi di reato, prevede che il Governo adotti un decreto legislativo recante le norme occorrenti per dare attuazione alla decisione quadro sopra indicata sulla base di precisi principi e criteri direttivi, tra cui, con riferimento alla disciplina della confisca del provento del reato, di cui alla lett. g), la previsione che, in ogni caso, *la confisca non pregiudichi i diritti di terzi in buona fede sulle cose che ne sono oggetto*⁴⁶.

Nella Relazione della XIV Commissione permanente (politiche dell'Unione europea), presentata alla Presidenza del Senato il 21 novembre 2007, si ribadisce la previsione che, in ogni caso, la confisca non possa pregiudicare i diritti di terzi in buona fede sulle cose che ne sono oggetto⁴⁷. Tale enunciato viene erroneamente contestato dalla recente sentenza della Cassazione penale 17865/2009⁴⁸.

⁴⁴ In tal senso v. l'intervento dell'on. Marilena Samperi, in *Resoconto stenografico. Seduta n. 33 di venerdì 11 luglio 2008*, cit., p. 20.

⁴⁵ Al principio di proporzionalità tra i delitti e le pene è dedicato il capitolo XXIII dell'opera del Beccaria. V. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., 79, dove si ricorda che «chiunque vedrà stabilita la medesima pena di morte, per esempio, a chi uccide un fagiano, ed a chi assassina un uomo, o falsifica uno scritto importante, non farà alcuna differenza tra questi delitti; distruggendosi in questa maniera i sentimenti morali, opera di molti secoli e di molto sangue, lentissimi e difficili a prodursi nell'animo umano, per far nascere i quali fu creduto necessario l'aiuto dei più sublimi motivi, e un tanto apparato di gravi formalità».

⁴⁶ V. Legge 25 febbraio 2008, n. 34. Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee (Legge comunitaria 2007), in *Gazz. Uff.*, 6 marzo 2008, Supplemento ordinario n. 56.

⁴⁷ V. Camera dei Deputati n. 3062-A. Relazione della XIV Commissione permanente (politiche dell'Unione europea), presentata alla Presidenza del Senato il 21 novembre 2007 (Relatore: Bimbi), sul Disegno di legge approvato dal Senato della Repubblica il 25 settembre 2007, in *Atti Parlamentari*, XV Legislatura-Disegni di legge e Relazioni-Documenti.

⁴⁸ V. Cass. pen., III, 29 aprile 2009, n. 17865, Q. e Altri, cit., *Infra*, 133, attraverso un richiamo all'art. 31, lett.b), n.2 della stessa legge.

In definitiva, sia l'intervento del legislatore sia recenti decisioni della Corte costituzionale, intervenuta a pronunciarsi su specifiche ipotesi di confisca, dimostrano la singolarità e, sotto molti aspetti, l'anomalia della confisca "urbanistica", specie nella sua operatività nei confronti dei terzi in buona fede estranei al reato e, per tale loro posizione, esclusi dal processo in cui la confisca viene loro comminata⁴⁹; anomalia che può essere compresa solo se si considera la particolare origine di diritto giurisprudenziale della stessa, tenendo sempre presente che tale giurisprudenza risulta ormai consolidata da più di un quindicennio, salvo il più volte richiamato intervento della Cassazione penale del novembre 2008 e l'ambigua correzione che ne viene fatta con la successiva sentenza dell'aprile 2009.

8.- L'ordinanza della Corte d'appello di Bari, più volte menzionata, prende giustamente atto di tale stato evolutivo del nostro diritto giurisprudenziale, dando per acquisito che la lettera dell'art. 44 del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, già art. 19, comma 2°, della legge 47/185, autorizzerebbe «... con carattere univoco l'interpretazione secondo cui la confisca dei terreni e degli immobili abusivamente realizzati debba essere pronunciata dal giudice penale quante volte questi abbia accertato il ricorrere di una lottizzazione abusiva e che ciò debba fare anche in ipotesi di proscioglimento degli imputati con formula diversa da quella il fatto non sussiste e persino per beni appartenenti a persone estranee all'accertamento penale»⁵⁰.

La finalità che la Corte d'appello si propone di raggiungere, considerando come l'unica interpretazione sistematica corretta quella sopra ricordata, appare, come si vedrà, assolutamente condivisibile e tale rimane anche dopo il recente ripensamento della nostra Corte di legittimità, realizzatosi con l'isolata decisione del novembre 2008, peraltro ridimensionata dal successivo intervento dell'aprile 2009.

Ritenendo non percorribile ogni altra diversa interpretazione della norma in esame ed assumendo come "diritto vivente", cioè come diritto giurisprudenziale applicato in maniera costante da parte della Suprema Corte, quella adottata dalla stessa giurisprudenza nell'ultimo quindicennio, la Corte d'appello si propone di sottoporre al vaglio della Corte costituzionale l'intera norma nel suo significato asserito univoco, in maniera tale che l'accoglimento eventuale dell'eccezione di incostituzionalità ne renda impossibile l'eventuale futura applicazione da parte dei Giudici di merito e di legittimità⁵¹.

A riguardo occorre, in primo luogo, ricordare che ancora nella sentenza del 26 giugno 2008, depositata il 2 ottobre dello stesso anno, la Cassazione penale, richia-

⁴⁹ Per l'atteggiamento del nostro Giudice delle leggi v. Corte cost. 27 febbraio 2008, n. 40, in *Giur. cost.*, 2008, 416 ss.

⁵⁰ La Corte d'appello si richiama a Cass. pen., 7 luglio 2004, cit., che è certamente tra le più emblematiche, Tra le più recenti v. Cass. pen., 21 settembre 2007 (11 aprile 2007), n. 35219, A. e altri, in *CED* 2007.

⁵¹ Sul significato del "diritto vivente" v. nota n. 2.

mando un suo costante insegnamento, ribadiva che non poteva ravvisarsi alcun contrasto della norma denunciata con l'art. 42, comma 2°, Cost., tenuto comparativamente conto della riconosciuta funzione sociale della proprietà e dell'esigenza primaria di tutela e salvaguardia del territorio, e quindi tra diritti della collettività e del privato tutti costituzionalmente garantiti, è razionale che debbano prevalere i primi⁵².

Come è facilmente intuibile, la lettura del testo costituzionale era molto lontana dal suo significato e dalla sua funzione, sicché la stessa Corte di cassazione, sempre nella sentenza del novembre 2008, si è ravveduta anche su questo punto, per ricordare a se stessa che, proprio nello spirito dell'art. 42 Cost. e nel rispetto del ruolo che i Padri Costituenti intesero dare alla norma in esame "... la compressione del diritto di proprietà per ragioni di interesse generale è necessariamente connessa alla corresponsione di misure indennitarie in favore di chi subisce detta compressione ai sensi dell'art. 42, comma terzo, della Costituzione"⁵³. Tale profilo non sembra sia stato affrontato nella successiva sentenza dell'aprile 2009.

In secondo luogo, si deve tenere presente che, in un diverso contesto di fonti del diritto, la Corte costituzionale, si è pronunciata sulla confisca urbanistica negli anni novanta, ritenendo la stessa costituzionalmente legittima, sicché il problema oggi è quello di verificare la costituzionalità dell'istituto di diritto giurisprudenziale di fronte al nuovo regime delle fonti del diritto, che caratterizza l'attuale stato del nostro ordinamento, ed alle decisioni della Corte dei diritti dell'Uomo, la cui rilevanza sembra ormai essere riconosciuta dalla stessa Cassazione penale⁵⁴. Si deve appena ricordare che, nella successiva sentenza dell'aprile 2009, la prospettata questione dell'incostituzionalità dell'art. 44, comma 2°, del D.P.R. 380/2001, così come interpretato dalla giurisprudenza, è stata ritenuta irrilevante solo per alcune particolarità del caso concreto⁵⁵.

⁵² In questo senso v. Cass. pen. III, 26 giugno 2008, n. 37472, cit., che richiama espressamente Cass. pen., III, 15 febbraio 2007, n. 6396, C., in Cass. Pen., 2008, 270, e Cass. pen., 15 marzo 2005, n. 10037, V. e. a., in Riv. Pen., 2006, 3, 349.

⁵³ In questo senso v. Cfr. Cass. pen., III, 24 ottobre 2008, n. 42741, S. Soc.S., H. e altri, cit., p. 19 del testo. In dottrina v. LUCARELLI, *Art. 42. Titolo terzo. Rapporti economici*, in BIFULCO, CELOTTO, OLIVETTI, (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, 871; GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già diretto da CICU e MESSINEO, continuato da MENGONI, cit., 52 ss. Fondamentale, specie con riferimento al ruolo della funzione sociale e delle scelte di politica del diritto compiute dai Costituenti, rimane il classico commento di RODOTÀ, *Art. 42. Rapporti economici*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di BRANCA, Bologna-Roma, 1982, 69 ss., spec. 96 per il dibattito tra gli onn. Assennato, Dominedò e Fanfani sul nesso tra tutela degli interessi individuali e funzione sociale.

⁵⁴ Si fa riferimento a Corte cost. (ord.), 26 maggio 1998, n. 187, in Giur. Cost., 1998, 1538. In Cass. pen., III, 24 ottobre 2008, n. 42741, cit., si sollevano espressamente, come si è detto, dubbi sulla legittimità costituzionale del testo, superati poi dall'interpretazione conforme a Costituzione che essa stessa adotta.

⁵⁵ V. Cass. pen., III, 29 aprile 2009, n. 17865, Q. e Altri, cit., *Infra*, 133, dove la prospettata questione di incostituzionalità della norma viene ritenuta del tutto irrilevante, poiché, nel caso di specie, non sussisterebbe alcuna pronuncia di estraneità al reato dei ricorrenti, "... dei quali non è stata altresì ravvisata la buona fede".

Di fronte ad un'interpretazione ormai consolidatasi in termini, allo stato, di "diritto vivente", sussistendo oggi soltanto l'isolata pronuncia della nostra Corte di legittimità del novembre 2008 e la successiva correzione dell'aprile 2009, e di fronte all'esigenza di fare chiarezza sulla legittimità costituzionale di tale orientamento giurisprudenziale, solo sul piano della ricostruzione storica occorre ricordare che, come insegnano i Maestri della filologia, se un testo è spiegato in modo diverso da interpreti diversi o in modo diverso dallo stesso soggetto nel corso del tempo (nel nostro caso dallo stesso Giudice di legittimità), ciò dimostra che esso contiene, a dire poco, verità diverse, anche se in contrasto tra loro; la più volte richiamata sentenza della Cassazione penale e le successive oscillazioni interpretative della stessa confermano ulteriormente tale dato⁵⁶.

9.- Allo stato attuale risulta certamente più chiaro che quell'univoca interpretazione del testo in esame, adottata dalla giurisprudenza di legittimità e da molti Corti di merito e considerata necessariamente nell'ordinanza di rimessione come la sola correttamente praticabile, si è rivelata sempre molto debole anche sul piano ermeneutico-sistematico.

Quell'interpretazione, in definitiva, si basa unicamente sul fatto che, avendo il legislatore previsto nell'*antecedente* art. 7 della legge 47/1985 (ora art. 31 del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia), l'ammissibilità della sanzione della demolizione soltanto in caso di **condanna**, l'elisione della condizione di "colpevolezza dichiarata", contenuta nel successivo art. 19 – conseguenza, come riferisce la stessa ordinanza qui in commento, di particolari episodi verificatisi nel corso dei lavori parlamentari – sarebbe da ritenere frutto di "consapevole volontà" di consentire l'applicazione della **sanzione amministrativa della confisca** in tutti i casi in cui non fosse intervenuta un'assoluzione con la formula «perché il fatto non sussiste»; e ciò con l'effetto di vanificare i più rilevanti principi costituzionali e, come si vedrà, internazionali, equiparando il soggetto che acquista un bene costruito in totale assenza di ogni permesso oppure in totale difformità o con variazioni essenziali, con il soggetto che acquista il bene davanti al Notaio, dopo che sono stati accertati tutti i regolari premissi urbanistici, o addirittura, come è pure accaduto, con un Ente pubblico, che ha acquistato un bene nientemeno preso in locazione da un Comune per destinarlo a Tribunale penale, confiscando con furia iconoclastica l'edificio destinato già da tempo a quella funzione; il tutto a favore del Comune che aveva sottoscritto il contratto di locazione proprio per adibire quello stesso edificio ad edilizia giudiziaria⁵⁷. Il richiamo operato

⁵⁶ Il riferimento è all'affascinante opera di CANFORA, *Filologia e libertà*, Milano, 2008, 11.

⁵⁷ Sul punto, Trib. pen. Bari, 1 gennaio/11 aprile, 2006, successivamente riformata da Appello Bari, 11 luglio 2008. In dottrina, pertinenti rilievi si trovano in GAITO, FURFARO, "Disponibilità" del bene e confisca "per equivalente", in *Giust. pen.*, 2007, II, 602.

oggi dalla Suprema Corte con la sua ultima decisione costituisce a riguardo un tardivo pentimento operoso.

Per dirla con un nostro Antenato “*Incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere*”⁵⁸.

Rilevante è invece ricordare che, in tema di interpretazione sistematica, secondo l’art. 12 delle Disposizioni sulla legge in generale, al quale correttamente la stessa ordinanza della Corte d’appello si richiama, per determinare il significato di una disposizione normativa, è indispensabile inquadrare la stessa nell’intero ordinamento in cui si inserisce. Ciò significa che l’operazione dell’interprete deve essere sviluppata non solo con riferimento alla formula della legge, all’esame dei lavori preparatori ed all’intervento di coordinamento operato dal legislatore delegato alla produzione del Testo unico, come la Corte d’appello giustamente rileva, ma anche con riferimento ai principi costituzionali e, non da ultimo – dovendosi ormai considerare il nostro un ordinamento “aperto”, grazie alle grandi scelte operate dai nostri Padri Costituenti (artt. 10 e 11 Cost.) – con i principi quotidianamente emergenti nell’ordinamento internazionale e negli ordinamenti sopranazionali, come quello comunitario e, nel nostro caso di specie, quello della Corte europea dei diritti dell’uomo⁵⁹. Ed è appunto ciò che tenta di fare, almeno sul piano dell’interpretazione della norma conforme a Costituzione, la recente sentenza della Corte di cassazione penale del novembre 2008⁶⁰.

Come si è già accennato e come si vedrà meglio in seguito, la rivoluzione delle fonti ormai consolidatasi nel nostro ordinamento “aperto”, per giustificate e comprensibili ragioni di chiarezza operativa, viene utilizzata dall’ordinanza in esame non come ragione interna di un’interpretazione della norma da adeguare alla Convenzione dei diritti dell’uomo ed all’interpretazione che ne dà la Corte di Strasburgo, salvo a proporre, ove tale interpretazione non risulti possibile, la questione di illegittimità costituzionale, ma come ragione ulteriore della probabile illegittimità costituzionale della norma medesima, così come interpretata in termini di “diritto vivente”.

10.- In piena coerenza al suo presupposto di partenza, secondo cui occorre confrontarsi, sul piano della legittimità costituzionale, con il costante “diritto vivente”

⁵⁸ Il testo, assai noto, è Celso (D.1,3,24). Per il ruolo specifico dell’attività interpretativa del giurista romano v. BETTI, *Forma e sostanza della “interpretatio prudentium”*, in *Diritto Metodo Ermeneutica. Scritti scelti*, a cura di CRIFÒ, Milano, 1991, 367 ss., mentre, per la dimensione moderna del sistema giuridico, v. CAPPELLINI, *Systema iuris*, I, Milano, 1984, spec. 108 ss.

⁵⁹ Basti a riguardo ricordare GORLA, *I precedenti storici dell’art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942*, in *Foro it.*, 1969, V, 112 ss. e in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, III, Padova, 1973, 1873 ss. Proprio in questa prospettiva si muove la motivazione di Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 349, in *Corr. giur.*, 2008, 153 ss.

⁶⁰ V. Cass. pen., III, 24 ottobre 2008, n. 42741, cit.

giurisprudenziale in tema di interpretazione dell'art. 44 del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, (già art. 19, comma 2°, della legge 47/185), sembra significativo alla Corte d'appello di Bari, al di là della formula della legge e dell'esame dei lavori preparatori, la circostanza che il Governo «... delegato ad adottare, mediante coordinamento ed armonizzazione delle norme, il testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia, ha – come si riserva di meglio chiarire – raggruppato le previsioni sanzionatorie *sub* art. 44 del citato D.P.R. n. 380 del 2001 ed ha assegnato a tale articolo la significativa (pur se non formalmente vincolante) rubrica di “*Sanzioni penali*”».

La sopra richiamata indicazione induce la Corte d'appello a porsi il problema della natura giuridica della confisca urbanistica al fine di verificare la compatibilità della stessa con i principi generali del nostro ordinamento⁶¹.

La novità precipua dell'ordinanza in esame, rispetto all'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale, consiste nella particolare soluzione che essa accoglie del sopra individuato problema, in quanto, a parere della Corte d'appello, si tratta giustamente non già di una sanzione amministrativa affidata al Giudice penale in funzione di supplenza, come invece ritiene la più volte richiamata giurisprudenza, anche di legittimità, ma di una vera e propria sanzione penale/misura di sicurezza. Sul profilo della qualificazione della specifica confisca Corte d'appello e Corte di cassazione, anche ultima versione, divergono radicalmente, in quanto la seconda tenta di mantenersi nell'alveo della sua tradizionale interpretazione, lasciando però in piedi molti equivoci⁶².

L'ordine di ragioni in base al quale la Corte d'appello opta per la qualificazione in termini di sanzione penale, è duplice.

Infatti, la confisca in esame non può essere collocata, al pari della demolizione e della riduzione in pristino, tra le misure ripristinatorie dell'interesse leso, preordinate a restaurare direttamente un bene o un interesse leso e ad eliminare le conseguenze materiali di una lesione⁶³. La confisca “urbanistica” in esame, come giustamente rileva la Corte d'appello, a differenza delle altre due misure, non implica l'esecuzio-

⁶¹ Sulla natura giuridica della confisca sussiste ormai un vasto numero di decisioni giurisprudenziali e di contributi della dottrina. Per il caso di violazione dell'art. 193 del codice della strada e di conseguente confisca, v. Cass. pen., 2 settembre 2008, n. 22035, in *Il Civilista online*. Per la vendita di videocassette contraffatte e relativa confisca v. Cass. pen., 9 luglio 2008, n. 28904, in *Ced* 2008. Per la distinzione tra confisca ordinaria, prevista dall'art. 240 cod. pen., e confisca per equivalente, per la quale non vige il principio di irretroattività, v. Trib. Arezzo, 13 giugno 2008, in *Redazione Giuffrè*, 2008. Per le forme moderne di “confische estese”, collegate alle strategie di contrasto della dimensione economica della moderna criminalità, v. BALSAMO, *Il rapporto tra forme “moderne” di confisca e presunzione di innocenza: le nuove indicazioni della Corte europea dei diritti dell'Uomo*, in *Cass. pen.*, 2007, 3931 ss.

⁶² L'orientamento della nostra Corte di cassazione a riguardo è ulteriormente ribadito dalle citate Cass. pen., 2 ottobre 2008, n. 37472 e Cass. pen., 1° ottobre 2008, n. 37274.

⁶³ Per il contenuto e i presupposti dell'ordine di demolizione v. T.A.R. Napoli Campania, VII, 4 aprile 2008, n. 1876, in *Foro amm. TAR*, 2008, 1097. La distinzione tra le diverse misure sanzionatorie è espressa chiaramente da GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, cit., 366.

ne di attività materiali sullo stato dei luoghi, ma produce l'ablazione del diritto di proprietà dei trasgressori, addirittura, dei non trasgressori, non presupponendo, almeno nella prospettiva del diritto giurisprudenziale "vivente", la necessità di una sentenza di condanna, «... *che è invece sempre richiesta dal legislatore ogni qual volta chiami il giudice penale ad applicare una sanzione amministrativa di carattere penale*».

Con riferimento, poi, alla funzione suppletiva, svolta dal Giudice penale in favore della Pubblica Amministrazione, quest'ultima, secondo la Corte d'appello, ha necessariamente carattere eccezionale e presuppone sempre un'espressa disposizione di legge. Non a caso, essa viene prevista dall'art. 31, commi 8° e 9° del citato D.P.R. n. 380 del 2001, già art. 7 della l. 28 febbraio 1985, n. 47, solo per specifiche situazioni di inerzia della P.A. e non può mai essere estesa arbitrariamente ad ipotesi di contravvenzioni edilizie diverse da quelle per le quali risulta prevista espressamente⁶⁴. Tale profilo è completamente lasciato in ombra dalla sentenza della nostra Casazione penale del novembre 2008, che non si sofferma sul punto.

Merito senza dubbio notevole dell'ordinanza di rimessione della Corte d'appello di Bari è quello di avere distinto nettamente la fattispecie di cui all'art. 31 da quella di cui all'art. 44 del citato D.P.R. n. 380 del 2001.

Nella prima fattispecie il Giudice penale può disporre la demolizione del bene, ma non la confisca; misura che è invece prevista non come conseguenza di un illecito urbanistico, ma a tutela dell'ottemperanza all'ingiunzione a demolire, sicché può essere evitata sempre con la spontanea ottemperanza⁶⁵.

Nel caso della confisca "urbanistica", invece, almeno secondo il diritto "vivente" giurisprudenziale più volte richiamato, il Giudice penale non è vincolato da alcuna scelta della Pubblica Amministrazione, ma esercita un potere del tutto autonomo⁶⁶; dispone la confisca senza nulla prevedere in ordine alla demolizione delle opere abusive; ordina la confisca anche in caso di assoluzione, a meno che ciò avvenga con la formula «*perché il fatto non sussiste*»; deve pronunciarla anche nei confronti di terzi

⁶⁴ A riguardo v. STELLA RICHTER, *Brevi note sul sistema sanzionatorio dell'abusivismo edilizio*, in *Riv. not.*, 1997, I, 1027.

⁶⁵ V. Trib. Lucera, 10 luglio 2008, in *Redazione Giuffrè*, 2008; T.A.R. Lecce Puglia, III, 6 giugno 2008, n. 1658, in *Foro amm. TAR*, 2008, 6.

⁶⁶ In tale senso v. Cass. pen., S.U., 28 novembre 2001, n. 5115, in *Giur. it.*, 2003, 1908 ss., con nota di E. FIORINO, *Sulla lottizzazione abusiva come reato a consumazione alternativa*, secondo la quale, quando il Giudice ravvisa l'esistenza (ovvero il *fumus*) di un'ipotesi di lottizzazione abusiva – pure in presenza di un'autorizzazione rilasciata *ex art. 28* della legge n. 1150 del 1942, che però risulti in contrasto con previsioni di legge o di piano – non opera alcuna disapplicazione del provvedimento amministrativo, ma si limita ad accertare la conformità del fatto concreto alla fattispecie astratta descrittiva del reato, poiché, una volta che constati il contrasto fra la lottizzazione considerata e la normativa urbanistica, giunge all'accertamento dell'abusività della lottizzazione, prescindendo da qualunque giudizio sull'autorizzazione. Sulla medesima pronuncia si vedano, altresì, i commenti contenuti in *Cass. pen.*, 2002, 2017, in *Riv. giur. edil.*, 2002, I, 844, nonché in *Foro it.*, 2002, II, 449.

estranei al reato e deve disporla in presenza di una lottizzazione abusiva, anche se il responsabile provvede a demolire le opere abusive⁶⁷.

Per le ragioni sopra svolte, la completa autonomia dell'ipotesi di confisca di cui all'art. 44 del D.P.R. n. 380 del 2001 appare incompatibile, secondo la Corte d'appello, con l'asserito carattere amministrativo della sanzione, poiché finisce con l'attribuire al Giudice penale, senza alcuna ragionevole spiegazione ed in assenza di ogni previsione di inerzia della P.A., una sanzione che non gli risulta propria, legittimando in tal modo una funzione suppletiva del Giudice penale assolutamente politica e di carattere metagiuridico, che contrasta chiaramente con il principio di legalità in materia penale⁶⁸. Sono questi i profili che la Corte di cassazione assolutamente non considera e continua a non considerare anche nelle sua più recenti decisioni.

In definitiva, le ragioni per le quali la Corte d'appello rimette gli atti del procedimento alla Corte costituzionale sono di coerenza interna del nostro ordinamento e si riferiscono all'interpretazione sistematica delle norme di leggi in esso vigenti, risultando in tal modo di grandissimo rilievo.

11.- Come «...ultimo tassello interpretativo...» la motivazione dell'ordinanza della Corte d'appello di Bari fa riferimento alla vera e propria rivoluzione copernicana che si è verificata, come si è detto, nel nostro ordinamento, attraverso due sentenze della Corte costituzionale del 2007, alle quali si sono aggiunte ad ora altre due decisioni dell'anno 2008⁶⁹; con ciò creando, come ha subito rilevato un nostro autore-

⁶⁷ L'ardua difficoltà di rispettare il principio di legalità in tale materia è messa in rilievo già da GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, cit., 374.

⁶⁸ La Corte d'appello richiama criticamente, a riguardo, Cass. pen., 12 aprile 2007, n. 21125, in *Ced Cassazione penale* 2008, che, sempre rimanendo nella prospettiva tradizionale, si richiama all'effetto della deterrenza, che verrebbe realizzato per la previsione della perdita della proprietà sui beni oggetto di lottizzazione; effetto che difficilmente si concilia con l'applicazione della confisca anche a terzi estranei al reato. Con riferimento al principio di legalità v. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, Milano, 2007, II, 1247 ss.; PALAZZO, *Legalità penale. Considerazioni su trasformazione e complessità di un principio "fondamentale"*, ivi, 1279 ss. Tale profilo non è assolutamente considerato dalla più volte citata sentenza della nostra Corte di cassazione penale, anche a sezioni Unite. V. *supra* nota 3.

⁶⁹ Si fa riferimento a Corte cost. 24 ottobre, 2007, n. 348, ed a Corte cost. 24 ottobre 2007, n. 349, con riferimento alle decisioni della Corte di Strasburgo in materia di c.d. occupazione "usurpativa", cit., 153 ss., su cui v. LUCIANI, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti fra diritto italiano e diritto internazionale*, ivi, 201 ss., nonché CONTI, *La Corte costituzionale viaggia verso i diritti CEDU: Prima fermata verso Strasburgo*, ivi, 205 ss. A tali decisioni è da aggiungere anche Corte cost., 28 febbraio 2008, n. 39, in *Foro it.*, 2008, 1037 s., con nota di M. FABIANI; e in *Dir. e giust. online*, con nota di E. RISPOLI, *Bocciate dalla Consulta le sanzioni ante-riforma sui falliti*; e in *Giust. civ.*, 2008, 843 ss., con nota redazionale, nella quale la Corte costituzionale, richiamando espressamente le sue due decisioni sopra citate, ha qualificato alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, costituzionalmente illegittimi, ex art. 117 Cost., gli artt. 50 e 142 l. fall., nel loro testo anteriore alle modifiche introdotte dal D.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, in tema di incapacità personali derivanti al fallito dalla dichiarazione di fallimento. Per completare il quadro ad oggi, deve richiamarsi anche Corte cost., 30 aprile 2008, n. 129, in *Banche Dati Giuffrè*, nella

vole giurista, tra Roma e Strasburgo, tra Corte costituzionale italiana – ma ora, anche, a quanto sembra, Corte di cassazione – e Corte europea dei diritti dell'uomo, un asse privilegiato dei diritti, destinato ad operare non solo con riferimento al diritto di proprietà, ma anche rispetto ai diritti fondamentali della persona⁷⁰.

Come è ampiamente noto, l'art. 1 della Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali, firmata a Roma, il 4 novembre 1950, riconosce ad ogni "Persona", soggetta alle Giurisdizioni dei singoli Stati firmatari, tra cui l'Italia, il diritto di adire l'apposita Corte europea dei Diritti dell'Uomo, operante a Strasburgo, per fare valere i diritti sanciti nella Convenzione medesima; diritti che, del resto, sono ampiamente riconosciuti dalla nostra Costituzione e coincidono in buona parte con gli stessi⁷¹.

Tale apparato di Giustizia sopranazionale serve a proteggere i soggetti sottoposti alle giurisdizioni dei singoli Stati – non, però, gli Enti pubblici – non solo da disposizioni di leggi, ma anche da possibili dominanti orientamenti giurisprudenziali delle Corti di legittimità e di merito dei singoli Stati membri; orientamenti giurisprudenziali dominanti, che non sono passati al vaglio delle singole Corti costituzionali, perché proprio quella stessa giurisprudenza "dominante" non ha ritenuto fondate, sul piano del *fumus boni juris*, le eccezioni di incostituzionalità più volte presentate, nei diversi procedimenti in cui le stesse venivano sollevate⁷².

quale la nostra Corte costituzionale dichiarando non fondata la sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 630 cod. proc. pen., in riferimento anche agli orientamenti della Corte di Strasburgo, ha rivolto al legislatore un pressante invito ad adottare i provvedimenti ritenuti più idonei, per consentire all'ordinamento italiano di adeguarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, che abbiano riscontrato, nei procedimenti penali, violazioni ai principi sanciti dall'art. 6 della Convenzione dei diritti dell'uomo. Con riferimento alle prime due sentenze della Corte costituzionale del 2007, v. ZANGHÌ, *La Corte Costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell'Uomo ed interpreta l'art. 117 della Costituzione: le Sentenze del 24 ottobre 2007*, in *www.giurcost.org*. Si vedano le riflessioni svolte da BIGNAMI, *L'interpretazione del giudice comune nella «morsa» delle corti costituzionali*, in *Giur. cost.*, 2008, 595 ss.

⁷⁰ Il riferimento è al commento di ONIDA, *Sui diritti asse Roma-Strasburgo*, in *Il Sole 24 Ore*, 20 novembre 2007. Ma v., a riguardo, oltre a CASTELLANETA, *Diritti umani, la parola alla Corte costituzionale*, in *Il Sole 24 Ore*, 11 settembre 2002, 2 ss., le opportune considerazioni di VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, p. 55: «Ma è tempo ormai – per tutti coloro che in vario modo partecipano alla costruzione del diritto penale italiano: legislatore, Giudici (ordinari e costituzionali), dottrina – di allargare gli orizzonti oltre i confini nazionali, nella consapevolezza che la tutela dei diritti fondamentali dell'Uomo anche nella materia penale non è, e non deve essere un problema solo nazionale, da affrontare con categorie meramente interne. I diritti fondamentali hanno da tempo un respiro sovranazionale, e per loro natura tendono ad una dimensione di universalità; della quale il penalista italiano non può non tenere conto». Nello stesso senso v. ZAGREBELSKY, *La virtù del dubbio*, Bari, 2007, pp. 148-149.

⁷¹ V. ONIDA, *La tutela dei diritti davanti alla Corte costituzionale e il rapporto con le corti sovranazionali*, in BILANCIA, DE MARCO (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione*, Milano, 2004, 105 e ss.

⁷² A riguardo v. GAJA, *Obbligo di rispettare i diritti dell'uomo*, in BARTOLE, CONFORTI, RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 26 ss.

Ciò è accaduto, come ricorda la motivazione dell'ordinanza di rimessione più volte richiamata, proprio per la confisca "urbanistica", rispetto alla quale in svariate occasioni la giurisprudenza della Corte di legittimità – da ultimo, proprio con le due sentenze dei primi di ottobre 2008 e, in parte, con l'ultima sentenza dell'aprile 2009 – ha ribadito che è manifestamente infondata la questione di incostituzionalità dell'art. 44, comma 2°, D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, già art. 19, comma 2° della legge 47/1985, che prevede la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere costruite anche nei confronti dei terzi acquirenti in buona fede, sia per violazione dell'art. 27 Cost., atteso che trattasi di principio che si riferisce alla responsabilità penale, mentre la confisca "urbanistica" prescinde da una sentenza di condanna ed ha natura amministrativa; e ciò per violazione dell'art. 42 Cost., in quanto, stante la funzione sociale della proprietà, nel contrasto tra l'interesse collettivo alla corretta pianificazione territoriale e quello del privato proprietario, è ragionevole la prevalenza del primo⁷³.

Rispetto a tale atteggiamento di completa legittimazione della confisca "urbanistica" da parte della nostra Corte di legittimità – particolarmente, se non esclusivamente la III Sezione penale – e dei Giudici di merito – in specie in Puglia ed a Bari, dove l'uso della confisca "urbanistica" è diventato un vero problema sociale – la Corte d'appello di Bari, nell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale, ha preso atto di due rilevanti novità, verificatesi nel corso del 2007.

La prima è, come precisa la stessa Corte d'appello nella motivazione in esame, la decisione di ricevibilità 30 agosto 2007 della Corte europea dei Diritti dell'Uomo, avente ad oggetto l'ammissibilità del ricorso n. 75909/01, presentato da Sudfondi S.r.l. e altri contro lo Stato italiano. Decisione resa in materia di confisca disposta dal Giudice penale italiano in una fattispecie di contestata lottizzazione abusiva, che aveva visto assolti i costruttori imputati con la formula «*perché il fatto non costituisce reato*»; decisione, altresì, pubblicata sul sito ufficiale della Corte dei Diritti dell'Uomo⁷⁴. Come si è più volte precisato, il 20 gennaio 2009 è stata comunicata alle

⁷³ Per il principio riportato nel testo, v. Cass. pen., 27 gennaio 2005, n. 10037, cit. Nello stesso senso v. Cass. pen., 7 novembre 2006, n. 6396, cit., in cui la stessa questione di illegittimità costituzionale è respinta, oltre che con riferimento agli artt. 41 e 42 Cost., anche con riferimento all'art. 3 Cost., atteso che chi ha commesso il reato di lottizzazione abusiva è soggetto non solo alla confisca, ma altresì all'irrogazione della sanzione penale, anche con riferimento agli artt. 24, 101 e 102 Cost., in quanto la confisca costituisce un provvedimento posto a chiusura di un complesso sistema sanzionatorio, ove non sono possibili sovrapposizioni di provvedimenti ablatori sia perché, per effetto della confisca, si determina l'acquisizione gratuita dei beni al patrimonio comunale, sia perché il provvedimento del Giudice ordinario trova un limite nei provvedimenti del Giudice amministrativo passati in giudicato. Tale orientamento è stato ribadito, da ultimo, da Cass., 2 ottobre 2008, n. 37472, cit., ma è stato abbandonato dalla recente sentenza della Cassazione penale del novembre 2008. V. Cass. pen., III, 24 ottobre 2008, n. 42741, cit.

⁷⁴ Il provvedimento in esame è leggibile al seguente indirizzo Internet: <http://www.echr.coe.int>. Per la sentenza definitiva della Cassazione penale sul caso di specie, v. Cass. pen., 29 gennaio 2001, n. 11716, in *Giur. it.*, 2001, 1919, con nota di BARBIERA, *Norme paesaggistiche e norme urbanistiche: una difficile convivenza*.

parti la sentenza definitiva che ha confermato in tutto la decisione di ricevibilità sopra richiamata⁷⁵.

Nella sentenza della Cassazione penale, depositata nel novembre 2008, la citata decisione della Corte di Strasburgo viene ritenuta, pure nel suo asserito carattere “interlocutorio”, “rilevante” sul piano dell’interpretazione conforme a Costituzione.

Nella decisione della Corte di Strasburgo viene decisamente confutata la configurabilità della confisca “urbanistica” come c.d. “sanzione amministrativa” e viene conseguentemente affermato il contrasto, con la Convenzione dei Diritti dell’Uomo, della confisca in esame, disposta anche in caso di non condanna degli imputati, nonché in caso di appartenenza del bene confiscato a soggetto giuridico diverso dall’imputato; naturalmente, in questa seconda ipotesi, anche in caso di condanna eventuale dell’imputato⁷⁶.

La nostra Corte di cassazione, nell’attuare il suo pentimento operoso, in ordine a tale posizione della Corte dei diritti dell’Uomo, osserva che “... l’ambito di applicazione dell’art. 7 della Convenzione non coincide necessariamente, secondo l’interpretazione della Corte europea, con gli illeciti e le sanzioni qualificate come penali in base al diritto interno dei singoli Stati, poiché finisce col ricomprendere tutte le norme e le misure considerate “intrinsecamente penali”⁷⁷.

La diversità di posizioni non è di poco conto, poiché, sul piano degli effetti pratici, la nostra Corte di cassazione, sempre nella sentenza depositata nel novembre 2008, mantenendo la qualificazione della misura in esame in termini di sanzione amministrativa, sembra ancora ritenere possibile – ma in termini alquanto criptici – la confisca nei confronti degli autori della violazione nei casi in cui essi non siano stati condannati per intervenuta prescrizione; e ciò in quanto l’estinzione del reato

⁷⁵ v. la più volte citata Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, *Causa Sud Fondi e Altre 2 c. Italia (Ricorso n. 75909/01. Sentenza Strasburgo 20 gennaio 2009*, in “Occupazione usurpativa e confische tra Roma e Strasburgo”, cit.

⁷⁶ Il provvedimento sopra citato costituisce, pertanto, non un’ordinanza, magari revocabile, ma, come precisa la stessa Corte d’appello, una “decisione” sull’ammissibilità del ricorso, presentato, a norma dell’art. 54 del Regolamento di procedura, che disciplina l’attività della Corte europea. Essa, pertanto, non è, ancora, una decisione di condanna del Governo italiano a favore dei ricorrenti, ma costituisce una “Decisione” della Corte in senso proprio, come tale pubblicata e consultabile negli appositi siti Internet della Corte, contenente principi di diritto ed orientamenti ermeneutici già precedentemente acquisiti, come ricorda del resto la stessa Corte d’appello nell’ordinanza qui in commento. Sul punto v. RAIMONDI, *Art. 29*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 520 ss. Con riferimento ai precedenti della stessa Corte europea dei diritti dell’Uomo relativi all’affermazione dello stesso principio, in particolare al caso Welch c. Regno Unito, v. B. MANFREDONIA, *La confisca quale sanzione c.d. amministrativa e la tutela del terzo estraneo al reato: profili di illegittimità costituzionale?*, cit., 1035 ss., nonché VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, cit., 42 ss. Su tale decisione v. BALSAMO, *La corte di Strasburgo e le misure patrimoniali: la interazione tra armonizzazione indiretta e reciproco riconoscimento dei provvedimenti di confisca*, in *Cass. pen.*, 2008, 3505 ss.

⁷⁷ Cass. pen., III, 24 ottobre 2008, n. 42741, cit.

non sarebbe ostativa alla applicazione della confisca quale sanzione amministrativa, "... regolata da disposizioni diverse da quelle proprie del diritto penale". Nella sentenza depositata nell'aprile 2009, si afferma espressamente che la confisca urbanistica non richiede necessariamente una condanna, in quanto ben potrebbe essere soltanto accertata la sussistenza del reato di lottizzazione abusiva in tutti i suoi elementi (soggettivo ed oggettivo), anche se per una causa diversa, come, ad esempio, l'intervenuto decorso della prescrizione, non si pervenga ad una condanna del suo autore ed alla inflizione della pena⁷⁸.

La seconda novità, rilevata come tale anche nelle premesse della decisione della nostra Corte di cassazione ai fini dell'interpretazione conforme a Costituzione dell'art. 44 D.P.R. 380/2001, è costituita dal fatto che il valore particolarmente vincolante dei principi sanciti dalla Convenzione dei diritti dell'uomo, secondo l'interpretazione che ne fornisce la Corte di Strasburgo, è sancito con grande rigore dalla giurisprudenza della nostra Corte costituzionale sopra citata⁷⁹.

Osserva la Consulta, nella motivazione della sentenza 24 ottobre 2007, n. 349, in coerenza, del resto, sia con la sua precedente n. 348 dello stesso giorno sia con le successive, che, alla luce del quadro complessivo delle norme costituzionali e degli orientamenti ormai consolidati della medesima Corte delle leggi, il nuovo testo dell'art. 117, primo comma, Cost., ha colmato una lacuna e che, in armonia con le Costituzioni di altri Paesi europei, si collega, a prescindere dalla sua collocazione sistematica nella Carta costituzionale, al quadro dei principi che espressamente già garantivano a livello primario l'osservanza di determinati obblighi internazionali assunti dallo Stato.

Ciò non significa, beninteso, che con l'art. 117, primo comma, Cost., si possa attribuire rango costituzionale alle norme contenute in accordi internazionali, oggetto di una legge ordinaria di adattamento, com'è il caso delle norme della CEDU. Il parametro costituzionale in esame comporta, infatti, l'obbligo del legislatore ordina-

⁷⁸ V. ancora Cass. pen., III, 29 aprile 2009, n. 17865, Q. e Altri, cit., *Infra*, 133, dove peraltro si citano precedenti della stessa Cassazione penale, che muovono dal presupposto della natura amministrativa della confisca urbanistica e della possibilità che la stessa possa essere comminata anche a terzi di buona fede estranei al reato. In tal senso è infatti Cass., III, 2 ottobre 2008, n. 37472, Belloi e Altri, citata in motivazione.

⁷⁹ Si tratta, come si è detto, di Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 349, in G.U. 31 ottobre 2007, Relatore Tesaurò – oltre che dalla precedente Corte cost. 24 ottobre 2007, n. 348, in G.U. 31 ottobre 2007, Relatore Silvestri –, sulle quali si veda *ex multis*, MIRATE, in *Urb. App.*, 2008, 153, ed *ivi*, 2007, 12, 1500; *Giur. it.*, 2008, 4, 831; *Giorn. Dir. Ammin.* 2008, 1, 25. Si leggano inoltre, DICKMANN, *Corte costituzionale e diritto internazionale nel sindacato delle leggi per contrasto con l'art. 117, primo comma della Costituzione (nota a Corte cost. 24 ottobre 2007, n. 348 e 24 ottobre 2007, n. 349)*, in sito *federalismi.it*, nonché ZANGHÌ, *La Corte costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell'uomo ed interpreta l'art. 117 della Costituzione: le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007*, in *Consulta on line*. Al riguardo, si segnala altresì, P. PERLINGIERI, *Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti europee. Per un unitario sistema ordinamentale*, cit., 61 ss.

rio di rispettare dette norme, con la conseguenza che la norma nazionale incompatibile con la norma della CEDU e dunque con gli “obblighi internazionali” di cui all’art. 117, primo comma, viola per ciò stesso tale parametro costituzionale. Con l’art. 117, primo comma, si è realizzato, in definitiva, un rinvio mobile alla norma convenzionale di volta in volta conferente, la quale dà vita e contenuto a quegli obblighi internazionali genericamente evocati e, con essi, al parametro, tanto da essere comunemente qualificata “norma interposta”; e che è soggetta a sua volta, come si dirà in seguito, ad una verifica di compatibilità con le norme della Costituzione⁸⁰.

Ne consegue che al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme. Qualora ciò non sia possibile, ovvero dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale ‘interposta’, egli deve investire la Corte costituzionale della relativa questione di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell’art. 117, primo comma, come correttamente è stato fatto dai rimettenti in questa occasione⁸¹.

In relazione alla CEDU, inoltre, sempre secondo la nostra Corte costituzionale, occorre tenere conto della sua peculiarità rispetto alla generalità degli accordi internazionali; peculiarità che consiste nel superamento del quadro di una semplice somma di diritti ed obblighi reciproci degli Stati contraenti.

Questi ultimi hanno istituito un sistema di tutela uniforme dei diritti fondamentali. L’applicazione e l’interpretazione del sistema di norme è attribuito beninteso in prima battuta ai giudici degli Stati membri, cui compete il ruolo di giudici comuni della Convenzione⁸². La definitiva uniformità di applicazione è invece garantita dall’interpretazione centralizzata della CEDU attribuita alla Corte europea dei diritti dell’uomo di Strasburgo, cui spetta la parola ultima e la cui competenza «si estende, in base all’art. 32, comma 1°, della Convenzione medesima, a tutte le questioni concernenti l’interpretazione e l’applicazione della Convenzione e dei suoi protocolli che siano sottoposte ad essa nelle condizioni previste» dalla medesima⁸³. Gli stessi Stati membri, peraltro, hanno significativamente mantenuto la possibilità di esercitare il diritto di riserva relativamente a questa o quella disposizione in occasione

⁸⁰ V. PETRI, *Il valore e la posizione delle norme Cedu nell’ordinamento interno*, in *Cass. pen.*, 2008, 2297 ss.

⁸¹ V. ancora ID., cit., in part. 2304 ss.

⁸² Sul punto v. R. CONTI, *La Corte costituzionale viaggia verso i diritti CEDU: Prima fermata verso Strasburgo*, cit., 207, nonché ID., *La Corte dei diritti dell’uomo e la Convenzione europea prevalgono sul giudicato e – sul diritto – nazionale*, in *Corr. giur.*, 2007, 689 ss.

⁸³ V. STARACE, *Competenza della Corte*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, cit., 537 ss., nonché RUGGERI, *Carte internazionali dei diritti, Costituzione europea, Costituzione nazionale: prospettive di ricomposizione delle fonti in sistema*, Relazione all’incontro di studio su *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura, Roma 28 febbraio – 2 marzo 2007, www.forumcostituzionale.it.

della ratifica, così come il diritto di denuncia successiva, sì che, in difetto dell'una e dell'altra, risulta palese la totale e consapevole accettazione del sistema e delle sue implicazioni.

In considerazione di questi caratteri della Convenzione, la rilevanza di quest'ultima, così come interpretata dal "suo" Giudice, rispetto al diritto interno è certamente diversa rispetto a quella della generalità degli accordi internazionali, la cui interpretazione rimane in capo alle Parti contraenti, salvo, in caso di controversia, la composizione del contrasto mediante negoziato o arbitrato o comunque un meccanismo di conciliazione di tipo negoziale.

La Corte costituzionale e la Corte di Strasburgo hanno in definitiva ruoli diversi, sia pure tesi al medesimo obiettivo di tutelare al meglio possibile i diritti fondamentali dell'uomo, garantendo in tal modo l'applicazione del livello uniforme di tutela all'interno dell'insieme dei Paesi membri.

Alla Corte costituzionale, qualora sia sollevata una questione di legittimità costituzionale di una norma nazionale rispetto all'art. 117, primo comma, Cost. per contrasto – insanabile in via interpretativa – con una o più norme della CEDU, spetta invece accertare il contrasto e, in caso affermativo, verificare se le stesse norme CEDU, nell'interpretazione data dalla Corte di Strasburgo, garantiscono una tutela dei diritti fondamentali almeno equivalente al livello garantito dalla Costituzione italiana. Non si tratta, invero, di sindacare l'interpretazione della norma CEDU operata dalla Corte di Strasburgo, ma di verificare la compatibilità della norma CEDU, nell'interpretazione del giudice cui tale compito è stato espressamente attribuito dagli Stati membri, con le pertinenti norme della Costituzione. In tal modo, risulta realizzato un corretto bilanciamento tra l'esigenza di garantire il rispetto degli obblighi internazionali voluto dalla Costituzione e quella di evitare che ciò possa comportare per altro verso un *vulnus* alla Costituzione stessa.

In definitiva, pertanto, secondo i principi che regolano il dialogo tra le due Corti, il Giudice interno è tenuto a dare un'interpretazione delle proprie norme interne conforme a ciò che prescrive la Corte di Strasburgo e, ove ciò non sia possibile, a sollevare eccezione di incostituzionalità rispetto al parametro stabilito dall'art. 117, comma 1°, Cost.

Allo stato, pertanto, in seguito all'ordinanza di rimessione della Corte d'appello di Bari, la Corte costituzionale è chiamata a precisare che, una volta ammesso come diritto vivente giurisprudenziale il principio secondo il quale una confisca possa essere disposta secondo la lettera dell'art. 44 del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, tale confisca non può più classificarsi come sanzione amministrativa, ma come sanzione penale; con la conseguenza che trovano per essa applicazione i principi stabiliti dall'art. 7 della Convenzione, prima di tutto quello per cui nessuno può essere condannato per un'azione o omissione, che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva

reato secondo il diritto interno o internazionale, sicché non vi può essere confisca in caso di assoluzione dell'imputato né in caso di dichiarazione di estinzione del reato per sopravvenuta prescrizione ex art. 531 cod. proc. civ., né, tanto meno, vi può essere confisca a danno di un terzo totalmente estraneo al reato contestato.

Pertanto, l'interpretazione giurisprudenziale dell'art. 44 del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, che ha sostituito l'omologa disposizione contenuta nell'art. 19 della legge 47/1985, risulta anche in tale prospettiva fortemente sospetta di incostituzionalità, particolarmente dopo la sentenza della stessa Cassazione penale dell'aprile 2009.

12.- Per completare il quadro della situazione, si tratta di verificare quali iniziative possa prendere a sua difesa il soggetto che ha subito la confisca nella logica del diritto giurisprudenziale "vivente", preso in considerazione dalla Corte d'appello di Bari e, oggi, dalla recente decisione della Corte di cassazione del novembre 2008.

Al di fuori del caso di confisca di bene appartenente al soggetto riconosciuto colpevole del reato di lottizzazione abusiva, per cui non si pone alcun problema, ed al di fuori del caso di assoluzione dell'imputato con la formula «*perché il fatto non sussiste*», per cui, ovviamente, non si può ipotizzare alcuna sanzione, una volta qualificata la confisca "urbanistica" come pena e non più come sanzione amministrativa, risulta evidente l'incostituzionalità della stessa nel caso in cui essa venga disposta a carico dell'imputato assolto con la formula «*perché il fatto non costituisce reato*» o nel caso di confisca intervenuta a carico dell'imputato a conclusione di un procedimento conclusosi con l'accertata prescrizione del reato.

Secondo l'interpretazione adottata dalla Corte di cassazione nel novembre 2008, ribadito e precisato nel novembre 2009, la confisca non dovrebbe disporsi a carico dell'imputato assolto con la formula «*perché il fatto non costituisce reato*», mentre potrebbe disporsi nel caso di confisca intervenuta a carico dell'imputato a conclusione di un procedimento conclusosi con l'accertata prescrizione del reato.

Nella prospettiva del diritto giurisprudenziale "vivente" in tema di confisca "urbanistica", in tutti i casi sopra considerati la confisca viene giustificata sulla base della natura amministrativa della stessa, ma è evidente che la stessa misura risulta del tutto illegittima sul piano costituzionale, una volta che si qualifichi la stessa in termini di pena, come ha fatto la Corte di Strasburgo nel caso Sud Fondi, con riferimento ad una fattispecie inquadrabile nella prima delle ipotesi sopra formulate.

A maggior ragione, una volta qualificata la confisca "urbanistica" in termini di pena e non più di sanzione amministrativa, risulta illegittima la confisca comminata nei confronti di terzi estranei al reato; e ciò sia in caso di condanna dell'imputato, sia in caso di assoluzione dello stesso con la formula «*perché il fatto non costituisce reato*», sia in caso di mancata condanna per accertamento dell'intervenuta prescrizione del reato. In tutte tali ipotesi – prese peraltro in considerazione in termini di

sospetta incostituzionalità in un'ordinanza interinale della stessa Corte d'appello di Bari, relativa ad un procedimento poi conclusosi con l'assoluzione dell'imputato dal reato di lottizzazione abusiva con formula piena e con la conseguente revoca della confisca disposta in primo grado – il terzo risulta estraneo al processo, sicché l'unico rimedio per impedire la confisca, almeno fino a quando la stessa non diventi definitiva con la sentenza penale passata in giudicato, con conseguente acquisizione del bene al Comune in cui il bene è situato, è quello di chiedere il dissequestro preventivo del bene a norma dell'art. 321, comma 3°, cod. proc. pen., quale soggetto "interessato", data la sua natura di legittimo proprietario del bene e quindi di soggetto avente titolo a chiedere e conseguire la revoca del provvedimento cautelare ancora operante fino a quando la confisca disposta non diventi definitiva con l'acquisizione del bene al Comune.

L'iniziativa di chiedere la revoca del sequestro a norma dell'art. 321, comma 3°, cod. proc. pen., rappresenta un vero e proprio onere per il terzo, in quanto gli consente di esperire azione di risarcimento dei danni nei confronti dei soggetti, pubblici o privati, che possano risultare eventualmente responsabili nei suoi confronti a titolo di responsabilità civile contrattuale o extracontrattuale. Infatti, come ricorda l'art. 1227, comma 2°, cod. civ., richiamato dall'art. 2056 cod. civ., in tema di responsabilità extracontrattuale, il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza e l'inerzia del proprietario interessato nel non chiedere la revoca del sequestro può ben qualificarsi come negligenza rispetto al soggetto chiamato a risarcire il danno.

Una volta che si è dato luogo alla confisca, la tutela risarcitoria rappresenta l'unica protezione riconosciuta al privato, sia esso il soggetto costruttore o il terzo estraneo al reato, che acquista il bene in assoluta buona fede, facendo affidamento sulla sicurezza della circolazione dei beni all'interno del mercato; e ciò in quanto, una volta avvenuta la confisca "urbanistica", al terzo, sempre secondo la costante giurisprudenza della nostra Corte di legittimità, è preclusa ogni possibilità di fare valere la sua estraneità al reato persino in sede di incidente di esecuzione.

La tutela risarcitoria si manifesta però impervia, sia per il costruttore assolto dal reato di lottizzazione abusiva, ma assoggettato egualmente alla confisca, sia per il terzo estraneo al reato; e ciò proprio per le particolarità con le quali il nostro diritto giurisprudenziale "vivente" ha elaborato la confisca "urbanistica".

13.- Con riferimento al rimedio della tutela risarcitoria, occorre ricordare che, come ha precisato la Corte d'appello nell'ordinanza di rimessione, in base alla sopra indicata giurisprudenza, prima, in parte, rivisitata e poi ribadita con estrema rigidità, il solo Giudice penale verrebbe a completare *a posteriori* un precetto penale in bianco, che non solo, nel caso del costruttore, si applicherebbe ad un imputato il

quale non lo ha potuto preventivamente conoscere, ma che giustificerebbe la confisca anche nei confronti del terzo acquirente del bene, il quale non ne è nemmeno il destinatario.

Si tenga conto, a riguardo, che, secondo il “diritto vivente” della nostra Corte di cassazione, l’identificazione del reato di lottizzazione abusiva, malgrado la presenza di una autorizzazione amministrativa, come pure ha messo in rilievo l’ordinanza in esame, non postula formalmente alcuna disapplicazione del provvedimento amministrativo (anche se di fatto ciò avviene), ma presuppone unicamente l’accertamento del fatto concreto, da parte del Giudice penale, prescindendo da qualunque giudizio sull’autorizzazione⁸⁴. Pertanto, chiunque inizi opere che comportino una qualsiasi trasformazione urbanistica o edilizia, pur in presenza di tutte le legittime autorizzazioni, può essere punito, se il Giudice penale ritenga in seguito che si sia violata una qualsivoglia prescrizione degli strumenti urbanistici; con la conseguenza che, se un terzo ha legittimamente acquistato i beni frutto di quell’attività – autorizzata dalle competenti autorità amministrative, ma successivamente qualificata illecita dal Giudice penale – dovrebbe venire confiscato, senza alcun indugio, a favore del Comune che quelle autorizzazioni ha concesso; e ciò vale soprattutto dopo che non si è consolidato l’orientamento prospettato dalla sentenza del novembre 2008.

Si tratta, come si vede, della completa negazione del principio dell’affidamento, da parte del privato, sulla legittimità dell’atto amministrativo, che ormai emerge con tanta forza nella nostra esperienza giuridica, dal momento che la clausola di buona fede risulta permeare l’intero ordinamento, a prescindere dai singoli settori dello stesso⁸⁵.

Di fronte alla confisca “urbanistica”, come tipico istituto del nostro diritto “vivente” giurisprudenziale, il costruttore imputato, una volta assolto con le modalità sopra precisate, può solo contare sulla responsabilità dell’Ente pubblico, che ha posto in essere gli atti amministrativi di carattere autorizzatorio, su cui egli ha fatto affidamento nella sua attività d’impresa; atti rimasti legittimi, ma qualificati, come si è visto, illeciti dal Giudice penale, che però dispone la confisca proprio a favore dell’Ente pubblico che ha posto in essere quegli atti.

La responsabilità che da tale vicenda deriva è, naturalmente, di tipo contrattuale, se si ipotizza che essa nasca all’interno di quel “contatto sociale”, che, per giurispru-

⁸⁴ A titolo esemplificativo v. Cass. pen., 8 febbraio 2002, n. 5115, in *Foro amm. CDS*, 2002, 631.

⁸⁵ V. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell’affidamento*, Torino, 1999, 26, e, di recente, con vigore affermato da MANFREDONIA, *La confisca quale sanzione c.d. amministrativa e la tutela del terzo estraneo al reato: profili di illegittimità costituzionale*, cit., 1041 s.; PENNASILICO, *Il ruolo della buona fede nell’interpretazione e nell’esecuzione dei contratti della pubblica amministrazione*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, 1062 s.; nonché OTRANTO, *Decorso del tempo e tutela dalla sanzione urbanistica: il Consiglio di Stato arricchisce la casistica*, cit., 599 ed *ivi* bibliografia, specie con particolare riferimento a MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni trenta all’alternanza*, Milano, 2001, 120 ss.

denza affermatasi per un certo tempo, ma poi negata, dovrebbe caratterizzare il procedimento amministrativo⁸⁶.

Più complessa risulta invece l'identificazione del titolo che può legittimare la tutela risarcitoria del terzo estraneo al reato, che ha subito la confisca "urbanistica" in termini ormai irrevocabili.

Egli, nei confronti del terzo costruttore, potrà vantare, una responsabilità per inadempimento, sempre richiamata dalla giurisprudenza in tema di confisca "urbanistica" per sostenere che, comunque, il terzo privato del bene attraverso la confisca, pure se estraneo al reato, ha sempre una tutela risarcitoria nei confronti del costruttore.

Tale responsabilità appare però problematica, prima di tutto nella sua concreta operatività, solo che si consideri che il costruttore è spesso, proprio per una logica elementare di delimitazione del rischio contrattuale, una società costituita per la specifica operazione urbanistica con capitale certamente non elevato. Inoltre, una volta assolto il costruttore con la formula «*perché il fatto non costituisce reato*», come per lo più avviene nella giurisprudenza in materia di confisca "urbanistica", bisogna dimostrare un inadempimento civile pure in presenza di una sentenza che esclude la colpa penale.

14.- Secondo una giurisprudenza costante, le norme che regolano l'evizione totale sarebbero applicabili nel caso di confisca in sede penale della cosa compravenduta, a norma dell'art. 240 cod. pen., a tutela del terzo acquirente del bene, in quanto la richiamata misura comporta l'acquisto della proprietà della cosa stessa da parte dello Stato e lo spossessamento del compratore. Di conseguenza: *a*) il venditore costruttore è tenuto al risarcimento del danno nei limiti, di regola, dell'interesse contrattuale negativo, consistente nel rimborso del prezzo versato e delle spese sostenute dal compratore, tenendo conto, ai fini della diminuzione del danno, dell'usura frattanto subita dalla cosa; *b*) i rimborsi e le restituzioni, di cui agli artt. 1479 e 1483 cod. civ., spettanti al compratore, rappresentano debiti di valore, come tali produttivi di rivalutazione e di interessi; *c*) qualora, con riferimento alla causa che ha determinato l'evizione, sussista anche il dolo o la colpa del venditore, quest'ultimo è anche tenuto all'integrale risarcimento del danno⁸⁷.

È dubbio però che l'evizione, applicabile nel caso di confisca penale in senso proprio *ex art.* 240 cod. pen., possa applicarsi ai meccanismi, sotto molti aspetti perversi, della confisca urbanistica, concepita come sanzione amministrativa; e ciò in quanto, per ipotizzare l'evizione, è necessario che l'evento che l'ha determinata,

⁸⁶ V. Cons. Stato, 2 settembre 2005, n. 4461, in *Giust. civ.*, 2006, 705 ss., con nota di VIGNOLI, *Il tormentato percorso d'individuazione della colpa organizzativa della pubblica amministrazione: un confronto tra sistema punitivo e modello risarcitorio*, *ivi*, 724 ss.

⁸⁷ Per tale giurisprudenza v. Cass., 7 giugno 2001, n. 7678, in *Giur. it.*, 2002, 483 ss., con nota di L. SESTA, *Brevi note in tema di evizione*; Cass., 27 gennaio 1998, n. 792, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 168.

cioè la presenza di un diritto certo del terzo incompatibile con il diritto trasmesso al compratore, debba attribuirsi ad una causa preesistente alla conclusione del contratto⁸⁸. Nel caso della confisca “urbanistica”, la circolazione del bene, al momento in cui il contratto si è concluso, era assolutamente legittima, in quanto da tutta una serie di atti amministrativi mai impugnati, risultava l’assenza di ogni situazione tale da impedire la trasmissione della proprietà all’acquirente e la mancanza di qualsivoglia situazione incompatibile con tale acquisto, essendosi accertato solo in seguito un illecito penale, peraltro e di solito, nemmeno imputabile al venditore.

Una problematica analoga a quella dell’evizione si pone per le cause di prelazione acquistate in precedenza dai terzi sul bene oggetto della confisca.

Secondo una giurisprudenza consolidata, la confisca non comporta la perdita dei diritti del proprietario e degli eventuali terzi sulla cosa; in particolare, non fa perdere i diritti derivanti dall’iscrizione del privilegio sulla cosa confiscata, sicché il titolare di tale causa di prelazione partecipa alla distribuzione della somma ricavata dalla vendita secondo le norme che disciplinano il concorso dei crediti privilegiati⁸⁹. E lo stesso potrebbe dirsi per le altre cause di prelazione, come l’ipoteca, e, in genere, per i diritti reali di cui i terzi risultano titolari⁹⁰.

Del resto, nel particolare settore delle misure di prevenzione e disposizioni contro la mafia, si è affermato che l’applicazione della confisca, determinando la successione dello Stato a titolo particolare nella titolarità del bene, non comporta l’estinzione dei diritti reali di garanzia costituiti sui beni confiscati a favore di terzi, i quali possono sempre fare valere in sede esecutiva i loro diritti, a condizione che si tratti di terzi in buona fede, che abbiano trascritto il proprio titolo anteriormente al sequestro a fini di prevenzione⁹¹.

In sede di confisca “urbanistica”, invece, con un elaborato provvedimento che individua anche la causa di tale misura, si precisa che, nella dinamica della stessa, essendo le aree lottizzate abusivamente acquisite nel patrimonio disponibile del Comune, il cui Sindaco dovrebbe provvedere alla demolizione delle relative opere, la garanzia ipotecaria, iscritta non sul terreno, ma sulle opere, non può permanere una volta che tale misura sanzionatoria sia stata eseguita⁹².

In definitiva, anche sotto i sopra indicati profili, la confisca “urbanistica” manifesta le sue anomalie, sicché è da sperare che l’importante ordinanza della Corte d’appello di Bari, nel rimettere gli atti alla Corte costituzionale, dia luogo ad una pro-

⁸⁸ In questo senso v. Cass., 26 gennaio 1995, n. 945, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, 188.

⁸⁹ In tale senso v. Cass. pen., 7 marzo 1985, Costa, in *Cass. pen.*, 1986, 886.

⁹⁰ A riguardo v. Trib. Lecce, 4 aprile 1997, in *Foro it.*, 1998, II, 290.

⁹¹ Il riferimento è a Cass. pen., 9 marzo 2005, n. 13413, in *Cass. pen.*, 2006, 634, con nota di MOLINARI, *Un passo avanti nella tutela dei terzi di buona fede titolari di un diritto reale di garanzia sui beni oggetto di confisca antimafia*.

⁹² Si tratta della già citata Trib. Bari, 13 luglio 2004, in *Giurisprudenza locale-Bari*, 2004.

nuncia chiara del nostro Giudice delle leggi, che possa decidere, come spesso è accaduto, su una norma di legge interpretata ormai in termini di diritto “vivente” dalle nostre Corti.

15.- I profili di incostituzionalità, sollevati dalla Corte d'appello, non riguardano l'eccessiva ed indeterminata durata del sequestro finalizzato alla confisca, ma è evidente che anche tale problema dovrà essere considerato in futuro, poiché esso assume un ruolo centrale nella nostra esperienza giuridica.

Come è noto, nel nostro ordinamento, mentre le misure limitative della libertà personale, di cui agli artt. 303 e 304 cod. proc. pen., risultano disciplinate nella loro durata, non altrettanto avviene per quelle reali. Malgrado tale carenza, il problema è stato sollevato innanzi alla Corte dei diritti dell'Uomo in ragione della particolare disciplina operante a riguardo in materia di tutela dei diritti fondamentali.

Innanzitutto alla Corte di Strasburgo, infatti, oggetto immediato della doglianza non è la norma interna che si assume contrastante con la CEDU, come accade nel nostro giudizio di illegittimità costituzionale, né l'assenza di una norma che assicuri efficace protezione al diritto fondamentale, bensì la violazione del diritto fondamentale che il ricorrente assuma essersi verificata nel caso concreto sotto forma di lesione diretta da parte degli organi dello Stato membro ovvero sotto forma di mancata tutela. Tale violazione può anche discendere dalla particolare conformazione della legislazione vigente nello Stato membro⁹³.

In questa ultima ipotesi, la Corte esprime un giudizio di inadeguatezza della legislazione vigente rispetto agli *standards* di tutela imposti dalla Convenzione, esercitando così, nei fatti, un sindacato sulla legislazione medesima; con ciò esplicitando l'obbligo a carico dello Stato anche di modificare la legislazione vigente⁹⁴.

Nella prospettiva sopra indicata, le problematiche del sequestro funzionale alla confisca, oltre che della confisca stessa, sono state a più riprese oggetto di interventi della Corte di Strasburgo⁹⁵. Secondo la Corte, comportando il sequestro di per se stesso, come del resto risulta anche dalla disciplina positiva dello stesso nel nostro ordinamento, un'ingerenza nel diritto al godimento dei beni in proprietà, è necessario esaminare tali misure alla luce dell'art. 1, comma 2° del Protocollo n. 1 della Convenzione, il quale lascia agli Stati membri il diritto di adottare le leggi giudicate necessarie per regolamentare l'uso dei beni conformemente all'interesse generale⁹⁶.

⁹³ Sul punto v. GAJA, *Obbligo di rispettare i diritti dell'uomo*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., 27 ss.

⁹⁴ Sul punto v. VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., 55.

⁹⁵ V. Raimondo c. Italia del 22 febbraio 1994, reperibile su www.echr.coe.int.

⁹⁶ A riguardo v. Agosti c. Regno Unito del 24 ottobre 1986, su www.echr.coe.int. Quanto alla disciplina di diritto interno, operante nel nostro ordinamento, si tenga presente che, con il sequestro preventivo, così

La stessa Corte ha osservato a più riprese che una tale ingerenza, per essere ritenuta conforme alla Convenzione, deve rispettare le seguenti condizioni: 1) essere prevista dalla legge; 2) perseguire uno scopo legittimo; 3) essere necessaria in una società democratica, nel senso di realizzare un giusto equilibrio ed una corretta proporzione tra l'interesse della collettività ed i diritti individuali.

Tale giusto equilibrio e tale corretta proporzione tra interessi della collettività e diritti individuali senza dubbio non si realizzano nel caso di sequestro finalizzato alla confisca che grava a tempo indeterminato sui beni di un terzo assolutamente estraneo al reato, sicché senza dubbio si pone una questione di costituzionalità della nostra normativa interna con riferimento all'art. 117 Cost., in relazione all'art. 7 della CEDU ed all'art. 1 del Protocollo Addizionale alla CEDU n. 1, nonché con riferimento agli artt. 3 e 42 Cost.

come disciplinato dagli artt. 321 cod. proc. pen. e 104 disp. att. dello stesso codice, con il sequestro si intende impedire la disponibilità materiale della cosa pertinente al reato al fine di evitarne l'aggravamento o la reiterazione. Nel progetto preliminare delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, la norma prevedeva anche la trascrizione del sequestro preventivo sui beni immobili, ma nell'art. 103 del testo definitivo è stato eliminato ogni riferimento al sequestro preventivo, poiché, come si rileva in sede di lavori preparatori, la natura della misura, squisitamente penale, rende improprio il ricorso al regime di pubblicità dichiarativa tipico della trascrizione, oltre a generare effetti pregiudizievoli in capo al titolare del bene. A riguardo v. DE SANTIS, voce *Sequestro preventivo*, in *Dig. disc. pen.*, XIII, Torino, 1997, 264 ss.

Sulla transazione del debitore in solido*

di Enrico del Prato

SOMMARIO: 1. Il problema. – 2. Impostazione: portata dell'art. 1304 c.c. – 3. Per la "derogabilità" dell'art. 1304 c.c. – 4. Inettitudine della clausola di riserva del credito verso i condebitori solidali a menomare il diritto potestativo loro accordato dall'art. 1304 c.c. – 5. Ipotesi in cui l'art. 1304, 1° comma, c.c. non opera. – 5.1. Preventivo scioglimento del vincolo solidale. – 5.2. Transazione sull'intero debito solidale e transazione "sulla quota": ambito della lite e relazione col titolo dei singoli rapporti obbligatori. – 5.3. Ambito dispositivo e supporto causale della transazione. – 5.4. Transazione e novazione.

1. Il problema

Il debitore in solido può profittare della transazione stipulata dal creditore con altro condebitore. Lo prevede l'art. 1304, 1° comma, c.c., che gli consente di "appropriarsi" del contratto stipulato tra altri: tale regime si fonda sul legame consistente nella solidarietà debitoria.

Spesso le transazioni contengono una clausola di riserva del credito verso gli altri debitori in solido, nel senso che le parti limitano l'oggetto del contratto alla posizione del condebitore transigente fermi restando i diritti e i crediti nei confronti degli altri obbligati in solido; talvolta si prevede la trasformazione dell'obbligazione solidale in obbligazione parziaria.

Da qui l'interrogativo se tali clausole possano menomare la facoltà prevista dall'art. 1304, 1° comma, c.c. rendendo inutile la correlativa dichiarazione: se cioè rilevi l'intento dei transigenti di impedire al condebitore solidale di approfittare del componimento transattivo ai sensi dell'art. 1304 c.c.

La questione, che ha notevole importanza pratica, si caratterizza per la disomogeneità delle prospettive da cui è stata affrontata anche nelle decisioni di legittimità e per la disarmonicità, quanto meno apparente, di alcune conclusioni.

L'autonomia dei transigenti li autorizza, prima dell'eventuale adesione del terzo condebitore in solido, a sciogliere o a modificare la transazione, ma è dubbio che possa spingersi sino a sopprimere il diritto potestativo accordato dall'art. 1304, 1° comma, c.c. Questo, perciò, è il problema da affrontare.

* Relazione tenuta al IV Congresso nazionale di aggiornamento professionale organizzato dal Consiglio Nazionale Forense – Scuola Superiore dell'Avvocatura a Roma il 20 marzo 2009.

2. Impostazione: portata dell'art. 1304 c.c.

Un primo approccio al problema passa per l'interrogativo dell'inderogabilità dell'art. 1304 c.c. e perviene, negandola, alla soluzione secondo cui la prerogativa accordata al condebitore solidale dall'art. 1304 c.c. può essere eliminata dai transigenti, e, sostanzialmente, dal creditore. Conclusione, questa, quanto meno discutibile anzitutto per come il problema è impostato.

Esso, infatti, non è da affrontare esclusivamente nella semplicistica prospettiva della derogabilità della norma, quanto, piuttosto, nell'ottica di individuarne l'ambito applicativo in relazione al tipo di efficacia della transazione ed al titolo delle obbligazioni dei diversi condebitori in solido.

Ciò consentirà, da un lato, di comprendere che impostare il problema sul piano della derogabilità è fuorviante perché qui non è questione di derogare una norma di legge *inter partes* (cfr. gli artt. 1321, 1322 e 1372 c.c.), quanto, piuttosto, di incidere negativamente sulla sfera giuridica degli altri condebitori in solido (cioè di terzi rispetto alla transazione), con un intendimento che si infrange contro l'impedimento dato dall'art. 1372 c.c., secondo cui il contratto, mentre ha forza di legge tra le parti (1° comma), "non produce effetto rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge" (2° comma). Nel caso dell'art. 1304 c.c., come meglio vedremo più innanzi, il solo effetto che la transazione può avere nei confronti del condebitore solidale è la facoltà di profittarne, accordatagli dalla legge.

Da altro lato, consentirà di comprendere la portata di quella giurisprudenza secondo cui l'art. 1304 c.c. non opera per tutte le transazioni, la quale non è riconducibile al problema della derogabilità dell'art. 1304 c.c.

Con questa premessa possiamo affrontare la questione cercando di riproporre le conclusioni della giurisprudenza e della dottrina.

3. Per la "derogabilità" dell'art. 1304 c.c.

Nella prospettiva della derogabilità dell'art. 1304 c.c. si pone Cass. 19 aprile 1991 n. 4257.

Questa decisione, che si può considerare l'espressione dell'orientamento più liberale, riprendendo testualmente un passo della motivazione, è così massimata: "Il principio che deriva dalla disposizione di cui all'art. 1304, primo comma, cod. civ., secondo il quale la transazione, fatta dal creditore con uno dei debitori in solido, giova agli altri che dichiarano di volerne profittare, opera solo in mancanza di diversa e contraria manifestazione di volontà del creditore, contenuta nella transazione stessa, ovvero in una clausola aggiunta ad essa, atteso che, come i condebitori possono, omettendo la dichiarazione suddetta, escludere l'efficacia della transazione per se

stessi, così che il creditore può, in virtù del principio della autonomia negoziale, impedire che l'efficacia stessa sia a loro estesa. Pertanto nella transazione tra il creditore ed uno o più dei condebitori sociali è perfettamente legittimo che sia inserita una clausola che escluda la possibilità per gli altri condebitori, che non hanno partecipato alla transazione, di profittare della stessa"¹.

Già la massima – che, in effetti, rispecchia la *ratio decidendi* – di Cass. 4257/91 suscita perplessità. La ragione della “derogabilità” della disposizione in esame è ricavata da due assiomi di dubbio fondamento.

Il primo è la simmetria tra facoltà del condebitore in solido di profittare della transazione e facoltà dei transigenti di precludere questa facoltà. Tuttavia, di tale anomalo bilanciamento non è traccia nella norma né nel sistema, dal quale, piuttosto, si ricavano segni in senso contrario: se, infatti, come è pacifico, quello accordato dall'art. 1304 c.c. al condebitore in solido è un diritto potestativo di fonte legale (così, testualmente, Cass. 29 gennaio 1998 n. 884; Cass. 23 febbraio 2005 n. 3747), l'esigenza di costruire una facoltà simmetrica del creditore-transigente non solo non è avvertita, ma, soprattutto, appare errata, perché si risolverebbe nell'inibire la nascita del diritto stesso ad onta del principio che i diritti potestativi non possono essere menomati da chi è destinato a soggiacervi.

Questo assioma poggia su un altro, più generale, assioma: che l'accennata simmetria esprima il “principio della autonomia negoziale” (art. 1322 c.c.), da cui la menzionata sentenza n. 4257/91 ricava la regola che “è consentito alle parti di stabilire liberamente il contenuto del negozio, anche eventualmente alterandone gli effetti tipici”.

¹ Questo principio è richiamato, di recente, da Cass. 24 aprile 2007 n. 9901: ma, nella specie, si è trattato di un *obiter dictum*, in quanto – trattandosi di una transazione su un'azione sociale di responsabilità – l'inesistibilità della transazione al condebitore solidale derivava dal difetto dell'approvazione assembleare ai sensi dell'art. 2393, ult. comma, c.c.; un lontano precedente in linea con Cass. 4257/1991 pare rintracciabile nella massima di Cass. 19 dicembre 1958 n. 3919.

Sulla stessa linea di Cass. 4257/91 è App. Roma 4.2.2008 n. 431, secondo cui “il principio che deriva dalla disposizione di cui all'art. 1304 c.c. comma I, secondo il quale la transazione fatta dal creditore con uno dei condebitori in solido giova agli altri solo se questi dichiarano di volerne profittare, deve ritenersi valido solo in mancanza di diversa e contraria volontà del creditore, contenuta nella transazione stessa ovvero in una clausola aggiunta ad essa. Così come i condebitori possono, omettendo la dichiarazione di cui all'art. 1304 c.c., escludere l'efficacia della transazione per se stessi, così il creditore può, con una sua dichiarazione, impedire che l'efficacia stessa sia a loro estesa. Invero, per il principio dell'autonomia negoziale è consentito alle parti di stabilire liberamente il contenuto del negozio, anche eventualmente alterandone gli effetti tipici. Pertanto, nella transazione tra il creditore ed uno o più condebitori solidali è perfettamente legittimo che sia inserita una clausola che escluda la possibilità per gli altri condebitori che non hanno partecipato alla transazione di profittare della stessa. Nell'affermare tali condivisi principi, la Corte regolatrice non ha posto alcuna delle limitazioni che ha ritenuto di ravvisare l'appellante”.

Tuttavia una riflessione sulla portata del principio non avrebbe potuto che confermare l'inettitudine della clausola con cui si intende impedire la nascita del diritto potestativo del terzo condebitore in solido non transigente a produrre qualche effetto nei confronti dello stesso. L'autonomia privata, infatti, consente alle parti di dettare le regole per sé, senza alcuna diretta incidenza sulla sfera giuridica di terzi (art. 1372 c.c.), salvi i casi previsti dalla legge, i quali si riducono ai soli fenomeni attributivi (cfr. l'art. 1411 c.c.).

In altri termini, se autonomia significa potere di autoregolare i propri rapporti, è evidente che è ad essa estranea la facoltà di regolare, e tanto più di menomare, i diritti altrui. Ciò a maggior ragione quando si tratti di diritti aventi una fonte legale, qual è quello di cui si dibatte. Del resto, Cass. 23 giugno 1982 n. 3827 – richiamata da Cass. 4257/91 a proposito dell'autonomia contrattuale – non ha nulla a che vedere con la presunta facoltà dei contraenti di menomare diritti di terzi estranei al contratto, ma si limita ad affermare che, *inter partes*, “l'autonomia contrattuale può esprimersi non soltanto con ipotesi innominate di contratti ma anche orientando in contenuti atipici gli effetti di negozi tipici, singolarmente presi ovvero combinandoli”.

Del resto, in dottrina non si riscontrano voci volte ad affermare il potere dei transigenti (ed, in definitiva, del creditore) di precludere agli altri coobbligati in solido l'esercizio del diritto potestativo loro accordato dall'art. 1304 c.c.

La dottrina quasi totalitaria è nel senso della nullità e comunque della inefficacia della clausola con cui i transigenti intendono escludere la facoltà del condebitore in solido di profittarne. Tuttavia, siccome si registra una voce autorevole che, sia pure in una breve nota a sentenza, pare propendere per qualche apertura², è doveroso darne conto, pur sottolineando che l'opinione dottrinale che ci accingiamo a considerare, ha veicolato la facoltà dei transigenti – ed, in definitiva, del creditore – di precludere agli altri coobbligati in solido l'esercizio del diritto potestativo loro accordato dall'art. 1304 c.c. (che nessuno, del resto, in dottrina, pare aver ritenuto), facendo leva sul “fatto che il creditore rinunci, ovvero non rinunci (e le rinunce non si presumono) ad ogni maggiore pretesa nei confronti degli altri condebitori”³. Torneremo su questo punto perché la conclusione dell'autore citato tende a contrastare la tesi, giurisprudenziale e dottrinale, secondo cui l'applicabilità dell'art. 1304 c.c. dipende dall'oggetto della transazione, in ragione del quale sarebbe dato distinguere la transazione “sull'intero debito” a cui l'art. 1304 c.c. è riferito, da quella “sulla quota”, che, invece, vi è sottratta.

La difficoltà di affermare che i transigenti possono obliterare un diritto di fonte legale di un soggetto estraneo al patto, porta a ricercare qualche caso a cui l'art. 1304

² Cfr. P. SCHLESINGER, *Effetti della transazione operata da uno dei condebitori in solido*, in *Corr. giur.*, 1992, 426 s.

³ Così P. SCHLESINGER, *op. cit.*, 427.

c.c. non si applica. In questa direzione si afferma l'esigenza di demarcare l'ipotesi in cui "il creditore, pure accordandosi con uno solo dei condebitori, dichiararsi di accontentarsi complessivamente, a fronte del suo intero credito, di ciò che la controparte gli promette" da quella in cui "il creditore, accordandosi con uno solo dei condebitori, chiarisca di accettare quanto gli viene accordato (...) a fronte della rinuncia a pretendere altro da quella singola controparte, ma escludendo qualsiasi rinuncia ad agire la differenza contro gli altri condebitori"⁴.

Questo assunto, che si risolve nell'accordare al creditore la facoltà di inibire l'operatività dell'art. 1304 c.c., non appare condivisibile⁵. E tuttavia può essere agevolmente spiegato, mediante una analisi senza preconcetti, nel contesto ad esso adeguato, che non incide affatto sulla portata dell'art. 1304 c.c., ma muove, appunto, dalla considerazione che il creditore rinuncia ad agire contro il condebitore con cui transige.

Ciò impone una demarcazione sottile ma netta. Se è vero, infatti, che la transazione è uno strumento negoziale per comporre una lite, nulla impedisce al creditore la cui pretesa sia contestata di accontentarsi di una liquidazione parziale a fronte del superamento della lite. Questa ipotesi (che è comunemente praticata sotto la denominazione di "pagamento a saldo e stralcio") certamente non si risolve in una transazione, perché la lite rimane sullo sfondo – non costituisce, cioè, la causa del contratto – e viene superata dalla rinuncia ad una parte della pretesa creditoria.

Si tratta, perciò, di una remissione, parziale, del debito (art. 1236 c.c.), a cui corrisponde, nel regime dell'obbligazione solidale, l'art. 1301 c.c., il quale, diversamente dall'art. 1304 c.c., accorda al creditore la facoltà di riservarsi il credito verso gli altri condebitori in solido ("la remissione a favore di uno dei debitori in solido libera anche gli altri debitori, salvo che il creditore abbia riservato il suo diritto verso gli altri").

Questo inquadramento mette in campo un altro, significativo, argomento contro la tesi che ritiene menomabile la prerogativa attribuita ai condebitori in solido dall'art. 1304 c.c.: quando la legge ha voluto concedere al creditore la facoltà di preservare le sue pretese nei confronti degli altri condebitori in solido, lo ha detto espressamente (cfr. gli artt. 1300 e 1301 c.c.); perciò nel silenzio – cioè nel caso della transazione – questa facoltà deve ritenersi preclusa.

⁴ P. SCHLESINGER, *op. cit.*, 426.

⁵ Difatti, di recente, A. D'ADDA, *Loggetto della transazione: il caso della transazione con il debitore solidale*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 307 ss., ha osservato che gli esiti derivanti "dall'accoglimento dell'opinione richiamata sarebbero tout court abroganti della stessa previsione dell'art. 1304 c.c."; e cfr. anche la pag. 319, nota 28.

4. Inettitudine della clausola di riserva del credito verso i condebitori solidali a menomare il diritto potestativo loro accordato dall'art. 1304 c.c.

Chiarito che il problema dibattuto non si risolve nell'antitesi derogabilità/inderogabilità dell'art. 1304 c.c. né nella facoltà delle parti di incidere sul diritto potestativo previsto a favore di terzi – la cui stessa ipotizzabilità collide con i limiti dell'autonomia privata – possiamo ad esaminare le altre posizioni.

Nella giurisprudenza, l'affermazione secondo cui è preclusa al creditore la facoltà di impedire l'esercizio del diritto potestativo ex art. 1304 c.c. è testualmente affermata nella massima tratta da Cass. 8 gennaio 1968 n. 24 – che, peraltro, ne rispecchia la *ratio decidendi* – e da Cass. 29 gennaio 1998 n. 884, secondo cui “*il potere di profittare della transazione costituisce vero e proprio diritto potestativo, insuscettibile di venire limitato*” (il punto non è massimato, ma è nella *ratio* della decisione⁶).

La dottrina, con l'eccezione dianzi riferita, è univocamente nel senso dell'inefficacia del patto con cui i transigenti intendono impedire agli altri condebitori solidali di profittare della transazione ai sensi dell'art. 1304 c.c.⁷. Riteniamo, dunque, che sia necessario concludere nel senso che i transigenti non possono, *sic et simpliciter*, impedire ai condebitori in solido di profittare della transazione.

5. Ipotesi in cui l'art. 1304, 1° comma, c.c. non opera

A questo punto occorre considerare il nostro problema da un'altra prospettiva, che si può sintetizzare nella distinzione, diffusa in dottrina ed in giurisprudenza, tra transazione *sull'intero debito solidale* e transazione *sulla quota*, e si risolve nell'affermazione che la prerogativa prevista dall'art. 1304 c.c. opera solo nella prima ipotesi, non invece nella transazione sulla quota⁸, perché, in quest'ultimo caso, la transazio-

⁶ In termini Cass. 16 aprile 1992 n. 4660; Cass. 23 febbraio 2005 n. 3747. Anche Cass. 15 maggio 2003 n. 7548 depone nel senso ora richiamato là dove esclude che il creditore possa precludere al condebitore in solido la possibilità di profittare della transazione: e tuttavia il tenore complessivo di tale decisione induce ad annoverarla tra quelle di cui si tratterà più innanzi.

⁷ Cfr., implicitamente, F. SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, 2^a ed., rist., 1986, 302 s., il quale ravvisa la *ratio* dell'art. 1304 c.c. “nell'esigenza di riservare all'interessato l'apprezzamento di convenienza, e da esso far dipendere l'effetto per lui della transazione”; F. CARRESI, *La transazione*, 2^a ed., in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da F. Vassalli, Torino, 1956, 185, nota 3; esplicitamente D. RUBINO, *Delle obbligazioni*, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, sub art. 1304, Bologna-Roma, 1961, 275; G. AMORTH, *Le obbligazioni solidali*, Milano, 1958, 201; M. COSTANZA, *Obbligazioni solidali e transazione*, Milano, 1978, 44; A. PALAZZO, *La transazione*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, XIII, 5, Torino, 1985, 327 s.; G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione e solidarietà*, Padova, 2002, 261; A. D'ADDA, *op. cit.*, 314 ss.; E. DEL PRATO, *La transazione*, Milano, 1992, 51.

⁸ Così Cass. 5 luglio 1991 n. 577; Cass. 19 dicembre 1991 n. 13701; Cass. 27 marzo 1999 n. 2931; Cass. 5 luglio 2001 n. 9071; Cass. 3 luglio 2001 n. 8991; Cass. 19 luglio 2002 n. 10564; Cass. 15 maggio 2003 n. 7548; Cass.

ne ha ad oggetto esclusivamente il rapporto tra il creditore ed un condebitore in solido, che non riguarda gli altri condebitori.

È evidente, dunque, l'importanza di questa distinzione, la quale supera il problema affrontato nei precedenti paragrafi individuando un limite operativo dell'art. 1304 c.c. Occorre, perciò, esaminarla attentamente per comprenderne la portata.

Ma cos'è la transazione sulla "quota" di un'obbligazione solidale?

Si legge frequentemente che essa "è limitata al *rapporto interno* col debitore che la stipula"⁹: tuttavia l'analisi dei fatti dibattuti nelle sentenze della S.C. richiamate non consente, per la concisione con cui sono normalmente riferiti, di evincere con certezza a quali fattispecie alluda la "formula" dianzi riferita.

Ciò solleva l'interrogativo se sia giuridicamente possibile imprimere qualche rilevanza esterna alla quota del singolo condebitore in solido prima che cessi la solidarietà; in altri termini, se sia possibile far cessare la solidarietà mediante l'atto transattivo trasformando l'obbligazione da solidale a (approssimativamente) parziaria, e configurando, nei confronti degli altri condebitori in solido, una riduzione quantitativa della preesistente obbligazione per effetto della detrazione della quota del debitore transigente (o di quanto corrisposto al creditore in sede transattiva: che è un altro problema).

Il punto va chiarito perché costituisce una premessa su cui impostare la soluzione. Una cosa, infatti, è la transazione che intervenga con un debitore allorquando la solidarietà è cessata (cfr. l'art. 1311 c.c.), perché, in questo caso, la transazione non incide su un'obbligazione solidale; tutt'altra la transazione il cui scopo sia, al contempo, la composizione della lite con un condebitore in solido, da cui discende la cessazione della solidarietà rispetto a quest'ultimo (fermi restando i rapporti interni tra i condebitori), ed il permanere della solidarietà rispetto agli altri condebitori.

In quest'ultima ipotesi, peraltro, è dato configurare una variante: va infatti distinto il caso – a cui si è accennato prima – in cui il credito verso gli altri condebitori è destinato a rimanere solidale, sia pure decurtato della quota del singolo condebitore che ha transatto o del *quantum* corrisposto in sede transattiva, dal caso in cui la prestazione originariamente dedotta in obbligazione venga frazionata tra i singoli condebitori residui, ciascuno per la quota di sua competenza, la quale, per effetto della transazione, diviene una porzione specifica del debito originario. Solo in quest'ultimo caso, infatti, l'obbligazione è destinata a divenire parziaria.

L'interrogativo impone di chiarire, da un lato, la struttura dell'obbligazione solidale, dall'altro il sostegno causale della transazione.

16 settembre 2004 n. 18652; Cass. 18 aprile 2006 n. 8946; Cass. 21 aprile 2006 n. 9369; Cass. 27 marzo 2007 n. 7485; Cass. 17 gennaio 2008 n. 868; in dottrina v., particolarmente, F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa. Profili sistematici*, Milano, 1974, 266 ss.; M. FRANZONI, *La transazione*, Padova, 2001, 300 ss.

⁹ Così, da ultimo, Cass. 27 marzo 2007 n. 7485.

Con riguardo alla struttura dell'obbligazione solidale il primo punto da accertare è se, ed entro quali limiti, sia dato configurare qualche autonomia dei rapporti tra i singoli condebitori ed il creditore. La risposta è positiva solo allorquando i condebitori siano obbligati a diverso titolo (ad es. debitore principale e fideiussore): qui sono i titoli dei singoli rapporti obbligatori a consentire di scorporare le posizioni dei rispettivi condebitori.

Occorre, ora, valutare se sia possibile sciogliere la solidarietà solo rispetto ad un debitore. La risposta positiva è nell'art. 1311, 1° comma, c.c., ma presuppone che il creditore abbia rilasciato quietanza od abbia agito nei riguardi di un condebitore in solido “*per la parte di lui*” (cfr. i nn. 1 e 2): presuppone, cioè, che la pretesa del creditore non abbia avuto ad oggetto l'intero credito, ma solo la porzione dello stesso dovuta dal condebitore (cfr. Cass. 17 maggio 2002 n. 7212).

5.1. *Preventivo scioglimento del vincolo solidale*

Queste considerazioni conducono ad una prima conclusione: una transazione può ritenersi “sulla quota” quando è preceduta dallo scioglimento del vincolo solidale rispetto al condebitore col quale essa viene stipulata¹⁰. Infatti, si è constatato che una “disposizione pro quota” rappresenta una “modificazione” che “deve avere come punto di incidenza un quid oggettivamente valutabile (epperò modificabile), quale può essere la prestazione nella sua globalità; non può, dunque, riguardare la quota che, nella sua accezione più corretta, costituisce – com'è noto – un termine di relazione non suscettibile di valutazione oggettiva (e quindi di autonoma modificazione). In altri termini, essendo la quota una parte ideale del tutto, una sua ‘modificazione’ è concepibile solo quale riflesso automatico di una previa modificazione del tutto (che, poi, è l'unica direttamente rilevante)”¹¹.

In definitiva, il riferimento alla “quota” si pone in contrasto logico con la nozione di obbligazione solidale: la solidarietà, infatti, esclude la frazionabilità esterna dell'obbligazione, consentendo, soltanto, ove sia possibile, una diversa ripartizione interna del debito. L'esistenza di “quote” verso il creditore, si risolve nel frazionamento della prestazione in altrettante “porzioni”, ed esprime la struttura dell'obbligazione parziaria, la cui consistenza è data dalla scissione della prestazione che forma oggetto del debito in una pluralità di porzioni, ciascuna delle quali è dovuta dal corrispondente debitore.

Dunque, affermare che una transazione riguarda una quota di un debito solidale senza che sia preventivamente cessata la solidarietà costituisce un autentico ossimo-

¹⁰ Cfr. F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, cit., 264; M. COSTANZA, *Obbligazione solidale e transazione*, cit., 55 ss.; M. FRANZONI, *La transazione*, cit., 301 s.

¹¹ Così F.D. BUSNELLI, *op. cit.*, 264.

ro giuridico. O l'obbligazione è solidale, e perciò della transazione che la riguardi potrà giovare ciascun condebitore in solido ai sensi dell'art. 1304 c.c.; o, al contrario, l'obbligazione è parziaria – costituendo una modalità dell'obbligazione divisibile (art. 1314 c.c.)-, ed allora al rapporto obbligatorio non corrisponderà un'unica prestazione dovuta per l'intero da più soggetti, ma una pluralità di prestazioni che esprimono frazioni di una prestazione già divisa tra più debitori ancorché scaturente da un titolo unitario. Nell'obbligazione parziaria, infatti, i debitori sono accomunati solo perché ciascuno è tenuto ad una parte della prestazione, a differenza dell'obbligazione solidale, dove ciascuno è tenuto per l'intero.

Possiamo, quindi, fissare un punto: una transazione non può inerire ad una quota di un debito solidale se la quota stessa non è già realizzata per la preventiva cessazione della solidarietà. Lo conferma il confronto dell'art. 1304 con gli artt. 1301 e 1311 c.c.: solo l'art. 1301, in tema di remissione, prevede la possibilità che il creditore si riservi il credito verso gli altri, producendo quell'effetto che l'art. 1311 collega alla rinuncia alla solidarietà. La possibile obiezione circa la portata dell'art. 1300 c.c., in tema di novazione del debito solidale, sarà esaminata più innanzi perché tocca il rapporto tra transazione e novazione.

5.2. Transazione sull'intero debito solidale e transazione "sulla quota": ambito della lite e relazione col titolo dei singoli rapporti obbligatori

Vi è, tuttavia, un secondo ambito entro il quale è prospettabile che la transazione implichi lo scioglimento del vincolo solidale solo rispetto al debitore transigente. In questo caso, tuttavia, il richiamo alla "quota" è, come vedremo, ambiguo e probabilmente fuorviante, in quanto non tocca il contenuto quantitativo della prestazione del condebitore solidale, bensì il titolo della sua obbligazione.

L'obbligazione solidale passiva, infatti, esprime un'unica prestazione proiettata su tanti rapporti obbligatori quanti sono i coobbligati: dunque unicità di prestazione e pluralità di rapporti, ciascuno dei quali può avere un diverso titolo (l'esempio del debitore principale e del fideiussore). In questo caso – e solo in questo caso – la controversia definita in via transattiva può avere un oggetto il cui ambito è inestensibile agli altri condebitori in solido, in quanto tocca il titolo esclusivo dell'obbligazione di uno di loro.

5.3. Ambito dispositivo e supporto causale della transazione

In proposito, dopo aver vagliato la struttura dell'obbligazione solidale, viene in rilievo l'altro profilo dell'indagine sulla portata dell'art. 1304 c.c., costituito dal supporto causale della transazione e dal suo conseguente ambito dispositivo.

La transazione è il contratto funzionale a dirimere una controversia: vi è, quindi, un inscindibile legame tra lite e transazione, nel senso che, senza la prima non è dato

configurare la seconda. Lo conferma l'art. 1971 c.c. – che sancisce l'annullabilità della transazione su pretesa temeraria, allorché, cioè, un transigente sia consapevole di non aver alcun diritto-, il quale rende solo annullabile la transazione per la mala fede di un contraente, lasciando all'altro l'apprezzamento in merito all'esercizio della relativa azione.

La lite occulta la consistenza reale del rapporto su cui essa incide, in quanto dello stesso sono date le opposte versioni in cui si risolvono la pretesa e la contestazione. Per questo si dice, diffusamente, che la transazione presuppone una *res dubia*, non alludendosi, con ciò, all'incertezza dei transigenti in ordine alla fondatezza delle rispettive posizioni, bensì esprimendo l'incertezza oggettiva derivante dal fatto stesso della lite.

L'inscindibile legame tra lite e transazione spiega il fondamento dell'art. 1304 c.c., la sua ragion d'essere ed il suo specifico ambito applicativo. L'obbligazione solidale su cui sia intervenuta una transazione non può essere considerata un normale rapporto obbligatorio perché quest'ultimo è caratterizzato dalla certezza del debito e del credito. L'esistenza di contestazioni permea di incertezza oggettiva la situazione coperta dalla lite, di modo che la transazione può incidere solo su un presunto rapporto obbligatorio o su un rapporto obbligatorio di cui sia certo il titolo ma controversi alcuni aspetti.

Nel primo caso – lite sull'esistenza del titolo dell'obbligazione – la transazione sarà necessariamente novativa (o, meglio, appieno innovativa); nel secondo – lite su profili dell'obbligazione, restando incontestato il titolo – la transazione sarà meramente modificativa.

5.4. *Transazione e novazione*

Questa considerazione ci porta ad esaminare il rapporto tra transazione e novazione, che è doveroso delineare con precisione perché alla novazione dell'obbligazione solidale è dedicata una norma (l'art. 1300 c.c.), che consente al creditore di limitare l'effetto novativo esclusivamente ad un debitore in solido, preservando l'originario titolo verso gli altri condebitori.

Se, infatti, la c.d. transazione novativa fosse davvero un'espressione della novazione (art. 1230 e segg. c.c.) si potrebbe ipotizzare che alla stessa non si applichi solo l'art. 1304 c.c., ma anche l'art. 1300 c.c., con la conseguente esigenza di risolvere l'apparente contrasto tra le due previsioni: la prima, che consente al creditore di circoscrivere l'effetto novativo ad un solo debitore; la seconda che prevede l'appropriabilità della transazione da parte di tutti i condebitori.

La soluzione del problema deve muovere dalla constatazione, suffragata da univoci dati normativi di cui è avvertita la dottrina più attenta¹², che la c.d. transazione

¹² V., per tutti, F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, cit., 84 ss.

novativa non realizza un fenomeno ascrivibile alla novazione (ed infatti una più recente dottrina la definisce “appieno innovativa”), ma produce un effetto ancora più intenso, in quanto, a differenza della novazione, che è nulla se manca il titolo del rapporto novato (art. 1230 c.c.), la transazione è efficace anche in mancanza del titolo del rapporto controverso, sebbene possa essere annullata per ignoranza della nullità di quel titolo (art. 1972, 2° comma, c.c.), o per la consapevolezza di ciò da parte di uno dei transigenti (art. 1971 c.c.): il fatto che si tratti di annullabilità e non di nullità – come prescrive l’art. 1230 c.c. per la novazione – vuol significare, appunto, che l’efficacia della transazione prescinde dal titolo su cui verte la lite.

Questa diversità di regime si spiega col fatto che, mentre nella novazione il preesistente rapporto è incontestato, la transazione compone una lite. Dunque le concessioni transattive a favore dell’asserito creditore non costituiscono adempimento dell’obbligazione solidale, bensì componimento della lite sull’esistenza o la consistenza di un’obbligazione solidale contestata. In altri termini, la nuova situazione giuridica generata dalla transazione fissa le modalità di estinzione dell’obbligazione contestata in quanto l’adempimento delle concessioni transattive previste in favore del presunto creditore possiede attitudine estintiva del rapporto.

Questo naturale effetto della transazione non può che riverberarsi su tutto il rapporto in contestazione, e quindi anche nei confronti degli altri presunti obbligati in solido, a cui, perciò, è accordato il diritto potestativo previsto dall’art. 1304 c.c., dal cui esercizio consegue il componimento della lite anche nei loro confronti e, nel rapporto interno col coobbligato che abbia adempiuto le concessioni transattive accordate al presunto creditore, la nascita degli oneri corrispondenti alla propria posizione.

Tale regime non può essere liberamente menomato dai transigenti (ed in definitiva dal creditore); e tuttavia è limitato al caso in cui il titolo del rapporto litigioso riguardi indistintamente tutti i debitori in solido.

Con queste considerazioni possiamo attribuire un significato puntuale alla c.d. transazione *sulla quota*. Si tratta del caso in cui la controversia verte esclusivamente sul titolo dell’obbligazione di uno o più condebitori in solido, ma non li riguarda tutti. Pensiamo al fideiussore il quale contesti la validità della fideiussione: qui la lite, e la conseguente transazione, non ha ad oggetto il contenuto dell’obbligazione del debitore principale, ma solo il vincolo del fideiussore.

La c.d. transazione sulla quota, pertanto, si costruisce sul rapporto tra l’oggetto della controversia e l’obbligazione solidale: essa emerge là dove il primo sia esclusivo al debitore che transige. Tenendo presente che la solidarietà non è esclusa dal fatto che i coobbligati sono tenuti all’adempimento in virtù di titoli distinti, quando è in contestazione il titolo del vincolo di un singolo coobbligato, ed in ciò si esaurisce l’oggetto della controversia, quest’ultimo è strutturalmente circoscritto al singolo

presunto condebitore, di modo che la transazione potrà produrre effetti solo limitatamente alla relazione tra lo stesso condebitore e l'asserito creditore, ed avrà necessariamente una portata appieno innovativa, in quanto, componendo una lite sul titolo del rapporto, non potrà che sostituirsi ad esso creando un nuovo ed autonomo titolo¹³.

In questo caso – e solo in questo caso – non è questione di applicare l'art. 1304 o l'art. 1300 c.c. Nessuna di queste disposizioni potrà venire in considerazione perché il legame tra controversia e transazione produce un effetto che ne esclude l'applicazione: l'effetto della transazione non potrà che essere circoscritto alle parti. Qui l'oggetto della lite – il titolo esclusivo dell'obbligazione del condebitore transigente – esclude l'attitudine estensiva del componimento transattivo.

Chiarito che il diritto potestativo accordato dall'art. 1304 c.c. ai debitori in solido non può essere liberamente menomato dai transigenti perché ciò esula dalla loro autonomia, abbiamo rilevato che vi sono casi nei quali la norma citata non opera: o perché il vincolo solidale viene sciolto prima della transazione (art. 1311 c.c.), o perché il titolo del rapporto controverso è esclusivo al condebitore transigente, e quindi la lite ha un oggetto non comunicabile agli altri condebitori. La soluzione, dunque, è data dall'ambito applicativo dell'art. 1304 c.c.

¹³ Utile, in proposito, Cass. 16 settembre 2004 n. 18562: "l'estensibilità degli effetti della transazione ai condebitori solidali ex art. 1304 c.c., infatti, presuppone l'unicità del titolo in forza del quale più soggetti siano tenuti alla medesima prestazione nei confronti del medesimo creditore"; cfr. anche Cass. 5 luglio 2001 n. 9071.

L'azione collettiva risarcitoria: profili di diritto comparato*

di Francesco Macario** e Claudia Stazi***

SOMMARIO: 1. Introduzione. Le ragioni di un approccio di tipo comparativo. – 2. Il modello di azione “di classe” statunitense. – 3. Il modello di azione collettiva di matrice europea. – 4. Natura delle situazioni giuridiche tutelate nell’esperienza statunitense e in quella europea. – Conclusioni.

1. Introduzione. Le ragioni di un approccio di tipo comparativo

È oramai a tutti noto che il tema della tutela collettiva di tipo risarcitorio lambisce trasversalmente diversi ambiti del diritto, dalla disciplina processuale a quella sostanziale, implicando inevitabilmente considerazioni di diritto comparato¹.

Del resto, è proprio in virtù della comparazione con modelli esistenti in altri ordinamenti giuridici che si è fatta strada l’idea di introdurre nell’ordinamento italiano tale forma di tutela giudiziale. Gli episodi dannosi di massa che si sono verificati negli ultimi anni nel nostro Paese e l’ampio numero di soggetti coinvolti hanno richiamato, con forza progressivamente crescente, l’attenzione della collettività, ancor prima che quella del legislatore e degli interpreti del diritto².

Si è sviluppato, in questo modo, un inatteso e crescente interesse verso sistemi di tutela propri di altri ordinamenti, volgendosi in particolare lo sguardo al di là dell’Atlantico, dove il sistema di tutela collettiva risarcitoria può vantare decenni di consolidata applicazione nella prassi. Più voci si sono levate, sia nell’opinione pubblica sia nella dottrina, per sottolineare gli aspetti positivi dell’istituto della *class action* di ma-

* Relazione al Convegno “Verso la class action?” *Scenari giuridico-economici dell’azione collettiva risarcitoria*, Università Europea di Roma, 4 dicembre 2008. Sebbene il commento sia frutto di una riflessione comune degli autori, la redazione del paragrafo introduttivo è di Francesco Macario, quella dei successivi è di Claudia Stazi.

** Prof. ord. dell’Università Roma Tre.

*** Dottoranda di ricerca Università Roma Tre.

¹ CAPONI, *Modelli europei di tutela collettiva nel processo civile: esperienza tedesca e italiana a confronto*, in *Riv. trim. dir. e proc. Civ.*, 2007, 1230 ss.

² A mero titolo di esempio possono ricordarsi, in particolare, i danni collegati all’esercizio di attività bancaria, quelli cagionati da crack finanziari (come quelli che hanno riguardato le aziende Cirio, Giacomelli e Parmalat o il caso dei bond argentini e così via), i danni da interruzione del servizio elettrico e quelli da fumo o, più in generale, da sostanze tossiche.

trice statunitense, anche se non sono mancate le critiche all'uso distorto che di questo strumento processuale si è fatto e si continua a fare nella sua concreta applicazione³.

Nello studio delle forme di tutela collettiva di tipo risarcitorio appare dunque necessario esaminare in primo luogo il modello di tutela collettiva vigente nell'ordinamento statunitense, in cui il sistema di tutela collettiva risarcitoria ha trovato la sua più completa espressione. Di particolare interesse appare, poi, lo studio dei modelli di tutela collettiva presenti negli ordinamenti europei, risultando tali esperienze, per il contesto normativo e le premesse giuridiche che le connotano, ben più vicine a quella italiana.

Negli Stati Uniti l'attività governativa e amministrativa di regolazione e di controllo svolge un ruolo marginale, così che il cosiddetto "*private enforcement*", e in particolare il sistema di contenzioso civile collettivo, può avere un rilievo tutt'altro che trascurabile nella tutela dei soggetti danneggiati. Viceversa, il più intenso grado di regolamentazione e di controllo pubblici, cosiddetto "*public enforcement*", presente nella maggior parte degli ordinamenti europei non ha incentivato la predisposizione di un solido apparato di tutela *ex post*, tanto che nella maggior parte dei Paesi europei – ed in Italia in particolare – il *public enforcement* risulta maggiormente sviluppato rispetto ai rimedi privatistici, che invero si rivelano il più delle volte insufficienti⁴. D'altro canto, sembra fuori discussione l'opportunità di predisporre in ogni caso un sistema di tutela *ex post*, volto a far fronte alle ipotesi in cui il sistema di regolazione *ex ante* e il cosiddetto *public enforcement* non risultino sufficienti a scongiurare il verificarsi di situazioni patologiche.

2. Il modello di azione "di classe" statunitense

Una volta assunta la prospettiva dell'introduzione nell'ordinamento italiano di forme di azioni collettive, occorre orientarsi sul modello da introdurre o almeno da

³ La possibilità di stipulare un *contingency fee agreement* (ossia un accordo fra l'avvocato e il suo assistito, in base alla quale l'avvocato si obbliga a sostenere le spese per l'inizio e la prosecuzione del giudizio, ed il cliente a riconoscere all'avvocato, a titolo di onorario, una percentuale prestabilita dell'importo eventualmente corrisposto dal convenuto a titolo di risarcimento) fa sì che gli avvocati della classe si comportino come veri e propri imprenditori sopportando il rischio economico dell'insuccesso della causa con l'obiettivo di trarne ingenti profitti; da ciò deriva che gli avvocati assumano molto spesso il ruolo di promotori di azioni giudiziarie collettive con l'effetto di aumentare il grado di litigiosità. Cfr. MILLER, *Of Frankenstein Monster and Shining Knights: Myth, Reality and the Class Action Problem*, 92 *Harv.L.Rev.*, 1979, 664 ss., ove l'A., al fine di evidenziare la varietà dei possibili effetti derivanti dall'utilizzo della *class action*, si riferisce all'istituto in esame talvolta assimilandolo ad uno splendente cavaliere a difesa dei consumatori, altre al mostro di Frankenstein.

⁴ Cfr. FERRARINI-GIUDICI, *Financial Scandals and the Role of Private Enforcement: The Parmalat Case*, consultabile sul sito [web http://ssrn.com](http://ssrn.com), ove si evidenzia come in Italia con l'accettazione di "*enforcement*" si intenda comunemente il "*public enforcement*", dal momento che i rimedi civilistici (*private enforcement*), volti a garantire l'effettiva tutela degli interessi dei singoli, risultano spesso insufficienti.

seguire per ottenere una disciplina di diritto interno che non provochi fenomeni di ‘rigetto’ per l’esito infausto dell’operazione che gli studiosi di comparazione giuridica definiscono in termini di “*legal transplant*”. In particolare, dall’esperienza maturata in tema di apparati rimediali collettivi è possibile individuare essenzialmente due modelli di tutela: il modello di *class action* statunitense e il modello dell’azione collettiva⁵.

Il modello di azione di classe è caratterizzato dalla legittimazione individuale di tutti i membri della classe ad agire singolarmente anche nell’interesse degli altri soggetti (membri della classe) che si trovano in una situazione giuridica analoga a quella del rappresentante⁶. L’azione di classe tipica è quella di matrice statunitense ove l’azione “di classe” può essere avviata, in presenza di determinati requisiti, da uno o più soggetti danneggiati per sé, ed al contempo in rappresentanza o per conto di tutti coloro che si trovano nella medesima situazione. L’azione di classe è sottoposta ad un vaglio preventivo di ammissibilità: il giudice deve stabilire – con la cosiddetta *certification* – se l’azione di classe presenti determinati elementi che ne giustifichino l’esperimento in forma collettiva⁷. La scelta di attribuire al giudice una funzione di “filtro” rispetto alle richieste dei singoli che si reputino danneggiati da un fatto dannoso appare opportuna, dal momento che il risultato finale di un’azione di classe, si

⁵ Sul tema, si vedano: CHINE’-MICCOLIS, *Class action e tutela collettiva dei consumatori*, Roma, 2008, 137 ss.; CHIARLONI, *Per la chiarezza di idee in tema di tutele collettive dei consumatori alla luce della legislazione vigente e dei progetti all’esame del Parlamento*, in *Riv. trim. cons. naz. for.*, 2006, 2; DALFINO, *Appunti in tema di tutela in forma specifica e tutela per equivalente degli interessi collettivi* (in materia di consumo e di danno ambientale), in *Le azioni collettive in Italia*, a cura di C. Belli, Padova, 2007, 149 ss.

⁶ Nell’ordinamento statunitense occorre distinguere tra *injunctive class actions* e *damages class actions*: le prime sono dirette ad ottenere un provvedimento meramente inibitorio, mentre le seconde sono dirette ad ottenere un provvedimento di condanna al risarcimento del danno. La tutela può coinvolgere soggetti individuati o individuabili, come nel caso in cui l’illecito abbia una fonte di tipo contrattuale, ovvero soggetti non individuabili, come nel caso di danni alla salute per lo svolgimento di attività inquinanti. Cfr. altresì, sul punto, GATSON, *Standing on its Head: The Problem of Future Claimants in Mass Torts Class Actions*, in *Texas Law Review*, 1998, 215 ss.; GIUSSANI, *La transazione collettiva per i danni futuri: economia processuale, conflitti d’interesse e deterrenza delle condotte illecite nella disciplina delle class actions*, in *Foro it.*, 1998, IV, 175 ss.

⁷ L’azione collettiva per essere dichiarata ammissibile deve possedere una serie di requisiti indicati nella *Rule 23* delle *Federal Rules of Civil Procedure*: (a) “One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all only if (1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable, (2) there are questions of law or fact common to the class, (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class, and (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class” (il numero di soggetti coinvolti deve essere così elevato da rendere impossibile un processo con pluralità di parti (*numerosity*); gli appartenenti alla classe devono essere titolari di situazioni giuridiche controverse la cui soluzione dipenda dalle medesime questioni di fatto o di diritto (*commonality*); le domande e le eccezioni proposte dal rappresentante della classe devono essere “tipiche” di quest’ultima, ovvero le pretese dei componenti della stessa omogenee (*tipicality*); il gruppo deve essere correttamente e adeguatamente rappresentato dai soggetti che agiscono in giudizio e dai loro difensori (*adequacy of representation*)).

tratti di un provvedimento di accoglimento o di rigetto, ovvero di una conciliazione, vincola a certe condizioni⁸ tutti gli appartenenti alla classe⁹.

Come dimostra l'esperienza statunitense, l'adozione del modello dell'azione di classe inoltre porta con sé ulteriori effetti, come ad esempio l'assunzione da parte degli studi legali del ruolo di promotori di azioni giudiziarie collettive, in specie quando venga stipulato un *contingency fee agreement*; in base a questo accordo sono gli stessi avvocati a finanziare i costi per il procedimento giudiziale, mentre i clienti si obbligano a riconoscere all'avvocato, in caso di esito a loro favorevole della controversia, una percentuale prestabilita dell'importo corrisposto dal convenuto a titolo di risarcimento del danno (tra il trenta e il trentacinque per cento in caso di conciliazione stragiudiziale, sino al cinquanta per cento in caso di una decisione positiva in grado di appello)¹⁰. A ciò, si aggiunge che molto spesso l'ammontare del risarcimento riconosciuto è piuttosto elevato, data la possibilità prevista nell'ordinamento statunitense di comminare i "danni punitivi"¹¹. È agevole comprendere, dunque, come in un simile sistema la professione legale abbia assunto i connotati di una attività con carattere imprenditoriale¹².

3. Il modello di azione collettiva di matrice europea

Profili differenti presenta il modello dell'azione collettiva di matrice europea. Questa tipologia di azione si caratterizza per il fatto che la legittimazione ad agire non

⁸ È possibile per coloro che siano stati individuati come membri della classe esercitare il diritto di *opt-out*, ossia il diritto di "auto-escludersi" dal giudizio, con il risultato di non essere vincolati dagli effetti della sentenza, siano essi positivi o negativi per la classe. Per i termini entro i quali il relativo diritto può essere esercitato, v. *Manual for Complex Litigation Fourth*, a cura del *Federal Judicial Center*, New York., 2004, 298: "The *opt-out* procedure should be simple and should afford class members a reasonable time in which to exercise their option. Courts usually establish a period of thirty to sixty days (or longer if appropriate) following mailing or publication of the notice for class members to opt out. If the case involves a complex settlement or significant individual claims, a class member might need more time to consult with attorneys or financial advisors before making an informed *opt-out* decision. A form for members of the proposed class who wish to opt out might be included with the notice; it should clearly and concisely explain the available alternatives and their consequences".

⁹ Nell'ordinamento statunitense il giudice gode di poteri piuttosto ampi (*discretion*) che riguardano: la verifica dell'esistenza delle condizioni per l'ammissibilità dell'azione, la sua conduzione, il controllo delle transazioni fra le parti, il calcolo e la distribuzione delle somme dovute ai membri della classe e ai difensori, ed infine l'utilizzazione delle eventuali somme residue.

¹⁰ Così LUCANTONI, *Class action: un ruolo trainante per gli studi legali?* in *Analisi giuridica dell'economia*, 2008, 97.

¹¹ A titolo di esempio si ricorda il caso *State Farm Auto. Ins. v. Campbell*, 538 U.S. 408, 425 (2003); la compagnia assicuratrice convenuta – ritenuta colpevole di aver tenuto un comportamento volutamente dilatorio nella liquidazione del risarcimento derivante da un sinistro stradale, provocando in tal modo dei danni morali all'attore (da *emotional distress*) – era stata condannata al pagamento di un milione di dollari a titolo di *compensatory damages* e al pagamento di centoquarantacinque milioni di dollari a titolo di *punitive damages*.

¹² In argomento, COFFEE, *The regulation of entrepreneurial litigation: balancing fairness and efficiency in the large class action*, in *University of Chicago Law Review*, 1989, 877.

appartiene ai singoli soggetti che hanno subito il pregiudizio, quanto piuttosto ad associazioni che vengono qualificate come portatrici di interessi collettivi o sovraindividuali da tutelare. Esse costituiscono “centri di imputazione” di interessi che fanno capo ad una collettività di individui sovente più ampia rispetto agli associati, e non legati tra loro da alcun vincolo giuridico¹³. In questi casi, pertanto, l’ente esponenziale promotore non è titolare di una posizione giuridica individuale omogenea a quella dei singoli danneggiati, ma di una diversa, di tipo collettivo, ed è per la tutela di tale posizione giuridica soggettiva che esso agisce in giudizio¹⁴. Con l’azione collettiva si mira ad ottenere un provvedimento che inibisca la condotta lesiva dei diritti dei singoli ed eventualmente condanni il convenuto al risarcimento del danno.

Nell’ordinamento italiano, si è optato fin dall’inizio per l’adozione del modello di azione collettiva, con l’attribuzione esclusiva della legittimazione ad agire alle associazioni dei consumatori rappresentative a livello nazionale¹⁵. Del resto, questa è la tendenza che si riscontra anche negli altri Paesi europei. In Francia, ad esempio, l’azione collettiva risarcitoria è esperibile soltanto dalle associazioni riconosciute, alle quali, però, è fatto divieto di svolgere qualsiasi attività di promozione dell’azione. La procedura francese non ha avuto una diffusa utilizzazione, ragione per cui negli ultimi anni si è iniziato a riflettere circa l’opportunità di introdurre un’azione di gruppo più flessibile¹⁶.

Anche in Spagna, ove la *Ley de Enjuiciamiento Civil* del 2001 riconosce la legittimazione ad agire non soltanto alle associazioni, ma altresì ad un gruppo di soggetti danneggiati, si riscontra una certa propensione verso un modello di tutela collettiva affidato prevalentemente alle associazioni. L’art. 11¹⁷ della legge richiamata

¹³ Così CHINE’-MICCOLIS, *Class action e tutela collettiva dei consumatori*, cit., 141.

¹⁴ Per la differenza fra le azioni di classe statunitensi e le azioni di gruppo di tradizione europea, GIORGETTI-VALLEFUOCO, *Il contenzioso di massa in Italia, in Europa e nel Mondo*, Milano, 2008, 133, ove si chiarisce che l’azione di “classe” si caratterizza per il fatto che vi è un attore rappresentativo della classe e l’esito del giudizio è obbligatorio per tutti i componenti la classe, indipendentemente dal fatto che essi abbiano partecipato all’azione; mentre la *group action* ha una portata obbligatoria limitata alle sole parti che abbiano promosso o aderito all’azione ed è finalizzata a riunire in un unico processo la trattazione di più azioni promosse simultaneamente e aventi questioni di fatto o di diritto comuni.

¹⁵ Si veda la l. 24 dicembre 2007, n. 244 (legge finanziaria 2008, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 300 del 28 dicembre 2007). La l. 244/2007 prevedeva che le disposizioni sull’azione collettiva risarcitoria avrebbero trovato applicazione decorsi 180 giorni dall’entrata in vigore della legge medesima. Tale termine è stato, in seguito, più volte prorogato. In proposito, cfr. tra gli altri CHIARLONI, *Per la chiarezza di idee in tema di tutele collettive dei consumatori*, cit., 567; BOVE, *Azione collettiva: una soluzione all’italiana lontana dalle esperienze straniere più mature*, in *Guida al Diritto 2008*, n. 4, p. 11; ALPA, *Class action: note sull’art. 140 bis, comma 1, del Codice del consumo*, consultabile sul sito [web http://www.altalex.com](http://www.altalex.com); CAPIELLO, *Una svolta per le cause risarcitorie ma occorrono ancora “aggiustamenti”*, in *Guida al Diritto, Responsabilità e Risarcimento n. 1/2008*, p. 18; GIUGGIOLI, *Class action e azione di gruppo*, in *Quaderni Riv. dir. civ.*, Padova, 2006, 18.

¹⁶ Un progetto di legge è stato presentato il 24 ottobre 2007 all’*Assemblée Nationale*.

¹⁷ Disposizione rubricata: “*Legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios*”.

disciplina tre diverse forme di azioni di tipo collettivo distinguibili in relazione alla legittimazione ad agire¹⁸: nel caso in cui i soggetti che necessitano di tutela siano membri di un'organizzazione di consumatori o utenti, e quindi ben identificati, l'associazione stessa può farsi promotrice dell'azione collettiva in rappresentanza degli interessi degli stessi¹⁹; diversamente, nell'ipotesi in cui i soggetti danneggiati non siano membri dell'associazione, ma in ogni caso siano agevolmente identificabili, l'iniziativa dell'azione collettiva è attribuita, oltre che alle associazioni, ad un gruppo costituito dagli stessi soggetti danneggiati²⁰; nell'ipotesi, invece, in cui non sia possibile individuare i singoli membri potenzialmente interessati, legittimate ad agire sono unicamente le associazioni dei consumatori individuate dalla legge²¹.

In Olanda, la normativa in materia concede la possibilità alle organizzazioni che rappresentano gli interessi delle vittime di danni "seriali" di negoziare un accordo con i soggetti che hanno provocato il danno, al fine di poterlo poi estendere, tramite gli organi giurisdizionali, alla totalità dei soggetti danneggiati²².

Anche in Germania si è optato, soprattutto in materia di consumo, di concorrenza e tutela ambientale, per questa seconda tipologia di azione. Fin da 1896 la legge sulla concorrenza prevedeva un'azione collettiva in caso di lesioni causate da atti di concorrenza sleale attivabile dalle associazioni di categoria; con la riforma del 1965 la legittimazione è passata alle associazioni dei consumatori²³. Norme analoghe con-

¹⁸ Parte della dottrina ai fini della individuazione dei soggetti legittimati pone l'accento su un altro elemento: la natura dell'interesse. Nel caso di interessi "collettivi" la legittimazione spetta alle associazioni di consumatori o ad un gruppo di consumatori, sempre che il gruppo sia sufficientemente numeroso; la legittimazione ad agire per la tutela degli interessi "diffusi" è invece riservata a determinate associazioni, considerate maggiormente rappresentative (così GIORGETTI-VALLEFUOCO, *Il contenzioso di massa in Italia, in Europa e nel Mondo*, cit., 228).

¹⁹ Cfr. l'art. 11.1, *Ley de Enjuiciamiento Civil*: "Sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios".

²⁰ Cfr. l'art. 11.2, *Ley de Enjuiciamiento Civil*: "Cuando los perjudicados por un hecho danoso sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, la legitimación para pretender la tutela de esos intereses colectivos corresponde a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos, así como a los propios grupos de afectados".

²¹ Cfr. l'art. 11.3, *Ley de Enjuiciamiento Civil*: "Cuando los perjudicados por un hecho danoso sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la Ley, sean representativas".

²² Cfr. *Collectieve Afwikkeling Massaschade, Burgerlijk Wetboek 3:305-305 b (BW3), Burgerlijk rechtsvordering 907-910, 1013*.

²³ Cfr. GIORGETTI-VALLEFUOCO, *Il contenzioso di massa in Italia, in Europa e nel Mondo*, cit., 169; CAPONI, *Modelli europei di tutela collettiva nel processo civile: esperienza tedesca e italiana a confronto*, cit., 1229 ss.

traddistinguono i settori della tutela ambientale e della tutela dei consumatori in relazione ad eventuali pratiche commerciali lesive.

Di recente, nell'ordinamento tedesco è stato introdotto un modello peculiare di tutela collettiva, l'istituto della *Kapitalanleger-Musterverfahren-KapMug* (Legge sull'azione modello in cause relative ai mercati finanziari), in vigore dal 1° novembre 2005, che consente la gestione collettiva delle controversie che coinvolgano gli investitori mediante un procedimento "modello". Secondo tale disciplina, è possibile esperire un'azione che consente, in presenza di determinate condizioni – come la litispendenza di più cause individuali (almeno dieci) e la presenza di questioni di diritto o di fatto comuni – il dischiudersi di una fase incidentale dinanzi al giudice di secondo grado, il quale dovrà pronunciarsi sulle questioni individuate come "comuni" a tutti i procedimenti pendenti²⁴. Pertanto, ciascun soggetto danneggiato – che abbia però già promosso l'azione *uti singulus* – potrà proporre l'istanza di procedimento-modello chiedendo la rimessione della decisione sulle questioni comuni alla Corte d'appello, dando così avvio, nel caso in cui l'istanza venga accolta, al procedimento collettivo. La fase incidentale dinanzi alla Corte d'Appello si conclude con una pronuncia resa nei confronti di uno degli attori che ha agito individualmente – individuato quale "attore-modello" nel procedimento incidentale²⁵ – e nei confronti del danneggiante convenuto. La decisione, suscettibile di impugnazione²⁶, è vincolante per il giudice dei singoli procedimenti individuali, che riprenderanno a decorrere normalmente nei confronti dei singoli investitori danneggiati²⁷; nei singoli procedimenti individuali vengono definite le specifiche pretese risarcitorie.

Più vicini all'esperienza statunitense sono i modelli di tutela collettiva presenti nei Paesi Nordici. In Danimarca, in Norvegia ed in Svezia la possibilità di rappresentare la classe è attribuita sia al singolo danneggiato in rappresentanza di un gruppo, sia ad un'organizzazione che rappresenti gli interessi di un certo gruppo di cittadini, ed infine ad un'Autorità pubblica (al *Consumer Ombudsman* in Norvegia²⁸ ed al Comitato dei Consumatori in Svezia). In Finlandia è stata invece introdotta

²⁴ Si veda VISENTINI, *La class action in Italia*, Luiss Guido Carli – Ceradi, consultabile sul sito *web* <http://www.archivioceradi.luiss.it>, febbraio 2007, p. 8, ove l'A. delinea i tratti caratteristici dell'azione di gruppo introdotta nell'ordinamento tedesco.

²⁵ Nell'individuazione dell'attore-modello il giudice dovrà tenere in considerazione l'importanza dei danni lamentati dai singoli attori e gli eventuali accordi intercorsi fra gli attori su chi debba essere il loro rappresentante. Cfr. GIORGETTI-VALLEFUOCO, *Il contenzioso di massa in Italia, in Europa e nel Mondo*, cit., 179.

²⁶ È prevista, inoltre, la possibilità di poter appellare l'ordinanza *de qua* innanzi la Corte Suprema Federale, soltanto però per violazioni di mero diritto.

²⁷ La disciplina appena menzionata prevede l'instaurazione presso la competente Corte d'Appello di una causa "pilota", in relazione alla quale la Corte stabilirà un principio che sarà di riferimento per le altre cause. Cfr., altresì CONSOLO-RIZZANO, *Due modi di mettere le azioni collettive alla prova: Inghilterra e Germania*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2006, 899.

²⁸ Si veda, ad esempio, il *Norwegian Act on Civil Procedure*, chap. 35, art. 3.

un'azione esclusivamente di tipo pubblico, riservando la legittimazione ad agire al *Finnish Consumer Ombudsman*; le associazioni di consumatori o i singoli consumatori non hanno alcuna legittimazione ad agire, neanche in via surrogatoria. La scelta di dotare il *Finnish Consumer Ombudsman* di una legittimazione speciale ed esclusiva è stata dettata dalla volontà di garantire l'indipendenza del soggetto che promuove l'azione e a cui è demandata la valutazione sulla sua fondatezza; a tale conclusione si è giunti anche al fine di prevenire il prodursi di fenomeni distorsivi propri dell'esperienza americana²⁹; lo scopo della riserva a favore del *Consumer Ombudsman* della legittimazione ad agire è, in sostanza, quello di evitare che vengano esperite azioni meramente pretestuose.

4. Natura delle situazioni giuridiche tutelate nell'esperienza statunitense ed in quella europea

Un ulteriore punto di importanza centrale nello studio delle forme di tutela collettiva esistenti riguarda la natura dei soggetti e delle situazioni giuridiche tutelabili. La *Rule 23* delle *Federal Rules of Civil Procedure*, disciplinante l'istituto della *class action* statunitense³⁰, non prevede forme di limitazione soggettiva né tanto meno oggettiva, risultando invero applicabile la disciplina ivi contenuta ad una varietà di situazioni caratterizzate dalla presenza di questioni di diritto o di fatto comuni e dalla elevata quantità dei soggetti bisognosi di tutela, a prescindere dalla natura dei soggetti o delle situazioni giuridiche da tutelare³¹. Diversamente, nei Paesi europei si riscontra la tendenza, se pur con alcune eccezioni³², a restringere il campo di applicazione delle forme di tutela collettiva alla sola protezione dei consumatori. In Spagna, la nuova legge sulla procedura civile (*Ley de Enjuiciamiento Civil*) prevede un ambito di applicazione circoscritto alla sola protezione dei consumatori, come emerge dall'art. 11 della legge richiamata, intitolato appunto: "Legittimazione per la difesa dei diritti e degli interessi dei consumatori" ("*Legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios*")³³.

²⁹ Sul punto, GIORGETTI-VALLEFUOCO, *Il contenzioso di massa in Italia, in Europa e nel Mondo*, cit., 158.

³⁰ Nell'ordinamento statunitense lo strumento processuale della *class action* è previsto sia a livello federale sia nei singoli Stati. La disciplina di questa forma di tutela giudiziale è contenuta nella *Rule 23* delle *Federal Rules of Civil Procedure*, così come da ultimo novellata nel 1998 e nel 2003, oltre che dal più recente *Class Action Fairness Act* del 18 febbraio 2005.

³¹ Si parla di *mass torts*, ossia di danni diffusi che si caratterizzano per la produzione di lesioni ad un numero elevato e spesso indeterminato di soggetti, come nel caso di danni ambientali.

³² Il riferimento è alla Svezia e all'Olanda ove i rimedi collettivi sono esperibili in tutti i tipi di controversie che coinvolgano una pluralità di soggetti – indipendentemente dalla loro qualità di consumatori – sempre che siano presenti i requisiti previsti per l'esercizio dell'azione, come la presenza di questioni di fatto o di diritto comuni.

³³ Cfr. MARENGO, *Garanzie processuali e tutela dei consumatori*, Torino, 2007, 115 ss.

Analoga operatività presenta la forma di tutela collettiva vigente nell'ordinamento francese. La Francia, che vanta un ordinamento a giusto titolo considerato di livello avanzato per quanto riguarda la tutela collettiva degli interessi diffusi, presenta invece una scarsa disciplina sul fronte della tutela collettiva dei diritti individuali, circoscritta alla tutela dei consumatori. L'azione collettiva risarcitoria francese ("*Action en représentation conjointe*") introdotta dalla *Loi* n. 88 del 14 gennaio 1988 e poi confluita nell'art. 422-1 del *Code de la Consommation*, presenta margini operativi limitati alla ipotesi di richiesta di risarcimento dei danni subiti da due o più consumatori, in conseguenza dell'uso del medesimo prodotto difettoso³⁴.

Come accennato in precedenza, in Germania è stata introdotta nel 2005 un'azione modello per cause relative ai mercati finanziari (*Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz: Kap-Mug*)³⁵, ossia una normativa a tutela degli investitori applicabile alle controversie relative agli illeciti in campo finanziario, in particolare in caso di: *i*) risarcimento del danno causato dalla presentazione di informazioni false, ingannevoli e/o dalla omissione di informazioni sul mercato finanziario; *ii*) risarcimento del danno conseguente alle responsabilità degli amministratori o dei vertici sociali apicali, per negligenze o atti volontari compiuti nel corso di pubbliche offerte regolamentate dalla normativa tedesca in tema di acquisizione di titoli e obbligazioni ed in tema di acquisizioni societarie, là dove siano presenti questione contenziose comuni, di diritto o di fatto³⁶. La *Kap-Mug* si applica, dunque, unicamente alle controversie relative agli illeciti in campo finanziario, non potendo trovare applicazione estensiva o analogica in altri campi del diritto³⁷.

Conclusioni

In conclusione, si rileva come numerosi Paesi europei si siano dotati o si stiano dotando, ciascuno con le proprie peculiarità, di strumenti che consentono di gestire collettivamente le controversie, altresì sotto il profilo risarcitorio; strumenti questi che si vanno ad aggiungere a quelli già esistenti da tempo nelle esperienze giuridiche richiamate, che consentono la gestione "multi-parti" del processo (si

³⁴ GIORGETTI-VALLEFUOCO, *Il contenzioso di massa in Italia, in Europa e nel Mondo*, cit., 161 ss.; ROSATO-AROSSA, *Sull'assetto della disciplina procedurale – Ordinamenti a caccia di soluzioni*, in *Guida al Diritto*, 2008, n. 1, p. 36 ss.

³⁵ Tale procedura è stata adottata in via sperimentale, e dovrà essere oggetto di osservazione per i cinque anni successivi alla sua entrata in vigore (1° novembre 2005-1° novembre 2010).

³⁶ CAPONI, *Modelli europei di tutela collettiva nel processo civile: esperienza tedesca e italiana a confronto*, 2007, cit., 1227.

³⁷ GIORGETTI-VALLEFUOCO, *Il contenzioso di massa in Italia, in Europa e nel Mondo*, cit., 177.

pensi, a titolo di esempio, all'istituto del litisconsorzio presente nell'ordinamento italiano)³⁸.

Da ultimo, una maggiore attenzione al tema delle *collective redress* si è riscontrata anche a livello sovranazionale. La Commissione Europea ha annunciato, nel documento del 2007 “*EU Consumer Policy Strategy for 2007-2013*”, l'intenzione di considerare un possibile intervento a tutela dei consumatori basato sull'introduzione di un sistema di “*collective redress*” per la gestione delle controversie nascenti da transazioni transfrontaliere³⁹. L'obiettivo è quello di predisporre una tutela più efficace per i consumatori nelle controversie transfrontaliere, offrendo loro l'accesso a meccanismi di ricorso collettivo attivabili a livello europeo, ed in particolare facilitando l'accesso alla giustizia per i cosiddetti *small claims*, rispetto ai quali la ricorrente sproporzione tra l'ammontare dei danni risarcibili ed i costi dei singoli giudizi individuali spesso dissuade i consumatori dall'agire in giudizio per richiedere il ristoro dei danni subiti⁴⁰.

³⁸ Il riferimento è, evidentemente, all'art. 102 c.p.c.

³⁹ Documento consultabile sul sito *web* http://ec.europa.eu/consumers/strategy/index_en.htm.

⁴⁰ Cfr. LEHTINEN, *Relazione sulla strategia per la politica dei consumatori dell'UE 2007-2013*, consultabile sul sito *web* <http://www.europarl.europa.eu>, ove si rileva che la questione del risarcimento collettivo dei consumatori nelle cause transfrontaliere dovrebbe essere oggetto di ricerche approfondite e che si dovrebbero tenere in debita considerazione gli eccessi e gli inconvenienti propri del modello statunitense. È ad uno stadio più avanzato del processo legislativo il progetto di introdurre rimedi collettivi in caso di illeciti antitrust. Al Libro verde pubblicato dalla Commissione europea il 19 dicembre 2005, è seguito il Libro bianco del 2 aprile 2008.

La qualificazione del contratto di *franchising**

di Antonio Fici**

SOMMARIO: 1. La nozione. – 2. I requisiti soggettivi della fattispecie: la natura giuridica delle parti. – 3. (Segue): l'indipendenza economica e giuridica dei contraenti. – 3.1. Sul franchising nell'ambito di un gruppo di società. – 3.2. Sulla qualificazione del franchising come contratto tra imprese e come contratto del consumatore. – 4. I requisiti oggettivi della fattispecie: le obbligazioni delle parti. – 4.1. Le obbligazioni del franchisor: la concessione della disponibilità della formula commerciale. – 4.1.1. La preventiva sperimentazione della formula commerciale. – 4.2. L'inserimento del franchisee nella rete di franchising. – 4.3. Le obbligazioni del franchisee: il pagamento del corrispettivo. – 4.4. (Segue): la commercializzazione di beni o servizi (e l'acquisto di beni nel franchising di distribuzione). – 4.5. (Segue): l'uso della formula commerciale del franchisor. – 5. La causa: il franchising come contratto di aggregazione di rete. – 6. (Segue): il franchising come contratto di distribuzione. – 7. Franchising e concessione di vendita.

1. La nozione

Secondo l'art. 1, 1° co., della legge 6 maggio 2004, n. 129, «l'affiliazione commerciale (*franchising*) è il contratto, comunque denominato, fra due soggetti giuridici, economicamente e giuridicamente indipendenti, in base al quale una parte concede la disponibilità all'altra, verso corrispettivo, di un insieme di diritti di proprietà industriale o intellettuale relativi a marchi, denominazioni commerciali, insegne, modelli di utilità, disegni, diritti di autore, *know-how*, brevetti, assistenza o consulenza tecnica e commerciale, inserendo l'affiliato in un sistema costituito da una pluralità di affiliati distribuiti sul territorio, allo scopo di commercializzare determinati beni o servizi»¹.

* Questo scritto è destinato agli *Studi in onore del prof. Giovanni Giacobbe*.

** Professore associato di Diritto privato nell'Università degli Studi del Molise.

¹ L'unica precedente definizione normativa di *franchising* si trovava nel regolamento comunitario n. 4087/88 del 30 novembre 1988, oggi non più in vigore, secondo cui «per accordo di *franchising* si intende un accordo col quale un'impresa, l'affiliante, concede ad un'altra, l'affiliato, dietro corrispettivo finanziario, diretto o indiretto, il diritto di sfruttare un *franchising* allo scopo di commercializzare determinati tipi di beni e/o servizi; esso comprende almeno gli obblighi connessi: – all'uso di una denominazione o di un'insegna commerciale comune e di una presentazione uniforme della sede e/o dei mezzi di trasporto oggetto del contratto, – alla comunicazione da parte dell'affiliante all'affiliato di un *know-how*, – alla prestazione permanente, da parte dell'affiliante all'affiliato, di un'assistenza in campo commerciale o tecnico per la durata dell'accordo» (art. 1, 3° co., lett. b). Altra definizione si trova nel codice deontologico elaborato dalla Associazione Europea del *Franchising* (disponibile in http://www.assofranchising.it/cod_deontologicoeff.htm), che riunisce le diverse

Così definendo il contratto di *franchising*, il legislatore ne ha individuato la struttura tipica sulla base di diversi requisiti, soggettivi e oggettivi, la cui contestuale presenza è necessaria ai fini della qualificazione di una data fattispecie concreta come *franchising* e dell'applicazione della relativa disciplina.

Si tratta di una fattispecie legale "a maglie larghe" e sicuramente più ampia rispetto al modello sociale di *franchising* affermatosi precedentemente all'intervento legislativo di tipizzazione²; un tipo legale in grado perciò di assorbire fattispecie (sinora ritenute) atipiche come la concessione di vendita.

2. I requisiti soggettivi della fattispecie: la natura giuridica delle parti

In primo luogo, il *franchising* è un contratto tra due parti, il *franchisor* (o affiliante) e il *franchisee* (o affiliato), e dunque sotto questo profilo è un contratto bilaterale.

Curiosamente, l'art. 1, 1° co., l. 129/2004, si riferisce ai contraenti come "soggetti giuridici" piuttosto che come "parti".

Quella di soggetto giuridico (o di soggetto di diritto) non è però un'espressione diffusa nel lessico legislativo: in sporadici casi essa viene impiegata per contrapporre gli enti privi di personalità giuridica a quelli personificati³, o per designare indistintamente i destinatari di una determinata norma giuridica⁴.

associazioni e federazioni nazionali: «il *franchising* (in seguito l'Affiliazione) è un sistema di commercializzazione di prodotti e/o servizi e/o tecnologie basato su una stretta e continuativa collaborazione tra imprese legalmente e finanziariamente separate e indipendenti, il *franchisor* (in seguito l'Affiliante) ed i suoi *franchisees* (in seguito Affiliati), secondo il quale l'Affiliante concede ai suoi Affiliati il diritto, ed impone loro l'obbligo, di intraprendere un'attività economica in base al sistema elaborato dall'Affiliante. Il diritto legittima e obbliga l'Affiliato, in cambio di un corrispettivo finanziario diretto o indiretto, ad usare il nome commerciale e/o i marchi commerciali e/o i marchi relativi a prestazioni di servizi, il *know-how*, i metodi commerciali e tecnici, le procedure e altri diritti di proprietà industriale e/o intellettuale dell'Affiliante, collegati ad una prestazione continuativa di assistenza commerciale e tecnica nel quadro e secondo le condizioni di un contratto di Affiliazione scritto, concluso tra le parti a questo fine» (art. 1, 1° e 2° co.). La *Model Franchise Disclosure Law* elaborata dall'Unidroit nel 2002 definisce gli accordi di *franchising* come gli accordi «*under which a franchise is granted*»; e il *franchise* come «*the rights granted by a party (the franchisor) authorising and requiring another party (the franchisee), in exchange for direct or indirect financial compensation, to engage in the business of selling goods or services on its own behalf under a system designated by the franchisor which includes know-how and assistance, prescribes in substantial part the manner in which the franchised business is to be operated, includes significant and continuing operational control by the franchisor, and is substantially associated with a trademark, service mark, trade name or logotype designated by the franchisor*» (art. 2).

² Cfr. FINESSI, *La tipizzazione del contratto di franchising e i profili problematici della l. 6 maggio 2004, n. 129 (prima parte)*, in *Studium iuris*, 2004, 1480 s., la quale riconduce la voluta genericità della fattispecie al fine di non privare il *franchising* di quella duttilità che ne ha permesso lo sviluppo e di evitare un'eccessiva compressione dell'autonomia contrattuale.

³ Cfr. ad esempio art. 4, 1° co., lett. a), d.lg. 21-4-1993, n. 124, in materia di fondi pensione.

⁴ Cfr. ad esempio art. 171sexies, 3° co., l. 22-4-1941, n. 633, come modificata dall'art. 17, 1° co., l. 18-8-2000, n. 248, in materia di protezione del diritto d'autore.

Ancorché la nozione sia stata molto dibattuta nella storia del pensiero giuridico⁵, può dirsi che quest'ultima è la sua accezione comune nell'odierna dogmatica: soggetti giuridici sono tutti coloro (persone fisiche e enti) che l'ordinamento considera destinatari delle norme giuridiche e dei loro effetti⁶.

Non si dovrebbe pertanto temere che il riferimento ai "soggetti giuridici" nell'art. 1, 1° co., possa condurre a ritenere escluse le persone fisiche dall'ambito di applicazione della legge⁷, perché la categoria dogmatica del soggetto giuridico, come detto, comprende sia enti che individui, e perché questa eventuale interpretazione, dando luogo ad un irragionevole trattamento differenziato degli individui rispetto agli enti, sarebbe illegittima per contrasto con l'art. 3, Cost.

In materia (negoziale e) contrattuale, gli autori dell'accordo sono piuttosto le "parti" e non i soggetti giuridici in quanto tali (cfr., tra gli altri, artt. 1321, 1322, 1325, 1472, 1473)⁸. Parte vuole essere, in questo contesto, equivalente a centro d'interessi. Ecco perché la parte contrattuale può essere plurisoggettiva, cioè formata da più soggetti giuridici portatori di un identico interesse al contratto⁹.

Potrebbe allora sostenersi che l'art. 1, 1° co., l. 129/2004, abbia voluto negare la possibilità di una parte plurisoggettiva in un contratto di *franchising*? La risposta negativa appare invero l'unica sensata, perché non vi sarebbe alcuna ragione per escludere che più interessi sottostanti ad un contratto di *franchising* possano organizzarsi in capo ad un'unica parte contrattuale.

Del resto, lo stesso art. 1, 1° co., fa successivamente riferimento alla «parte che concede la disponibilità», orientando così senza alcun dubbio l'interprete verso la conclusione che, nella definizione del contratto di *franchising*, l'espressione "soggetti giuridici" sostituisca (impropriamente) quella tecnicamente più corretta di "parti".

⁵ Cfr., per una sintetica ricostruzione e per riferimenti, PELLIZZI, *Soggettività giuridica*, in *Enc. giur.*, XXIX, Roma, 1993.

⁶ Cfr. BIGLIAZZI GERI-BRECCIA-BUSNELLI-NATOLI, *Diritto civile. 1.1. Norme, soggetti e rapporto giuridico*, Torino, 1986, 76, 84; PIZZORUSSO, *Premessa sul soggetto di diritto*, in PIZZORUSSO-ROMBOLI-BRECCIA-DE VITA, *Delle persone fisiche*, in *Comm. Scialoja e Branca*, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 1988, 2 s.; C.M. BIANCA, *Diritto civile. 1. La norma giuridica. I soggetti*², Milano, 2002, 135. Nella manualistica, espressamente GRISI, *Gli istituti del diritto privato*³, I, Napoli, 2007, 109.

⁷ Solleva il dubbio DE NOVA, *La nuova legge sul franchising*, in *Contratti*, 761 s.: «"Soggetti giuridici": come dire, pare, non persone fisiche (ma l'imprenditore individuale può certamente essere un *franchisee*)»; FRIGNANI, *Franchising. La nuova legge*, Torino, 2004, 47, spiega che l'espressione "soggetti giuridici" intendeva non già escludere la persone fisiche, bensì non escludere le persone giuridiche, con la conseguenza che non ci sono dunque limitazioni sotto il profilo soggettivo.

⁸ Diverso il caso in cui il legislatore voglia tipizzare o raggruppare fattispecie contrattuali sulla base delle qualità soggettive, ad esempio di imprenditore, di una o più parti. In questo caso, non può che sostituire al generico termine di "parte" quello di "imprenditore" o (come oggi anche si usa) di "impresa": cfr. art. 1, l. 192/98, in materia di subfornitura, ed anche art. 2, lett. a), d.lg. 231/2002.

⁹ Cfr. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, ristampa corretta della II edizione, Napoli, 2002, 80, 83; CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*², Torino, 2000, 15.

3. (Segue): l'indipendenza economica e giuridica dei contraenti

In secondo luogo, il *franchising* è un contratto tra parti economicamente e giuridicamente indipendenti¹⁰.

L'espressione "indipendenza economica" non risulta essere mai stata impiegata prima d'ora dal legislatore dei contratti, se non in un contesto, quello della disciplina della subfornitura, dove si definisce in positivo la "dipendenza economica" (di cui è vietato l'abuso) come quella «situazione in cui una impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi» (art. 9, 1° co., l. 192/98). Qui la dipendenza economica individua una situazione in cui un imprenditore è in concreto indispensabile ad un altro, a causa della impossibilità (economica) per quest'ultimo di fare a meno del primo, per ragioni legate agli investimenti specifici già effettuati¹¹.

Non è questo, però, il significato che il requisito dell'indipendenza economica assume nella definizione del *franchising*¹², da un lato perché la dipendenza economica di cui all'art. 9 cit. è un effetto economico e non già una circostanza astrattamente idonea a qualificare un tipo negoziale, dall'altro perché sarebbe comunque illogico far dipendere da ciò la qualificazione del contratto di *franchising* (e, più ampiamente, di qualsiasi altro tipo contrattuale), potendo anzi il *franchising* dar luogo ad un rapporto caratterizzato dalla dipendenza economica di un contraente dall'altro, con conseguente possibilità di applicazione dell'art. 9, l. 192/98.

Se si guarda allora ai lavori preparatori della legge 129/2004, si scopre che l'inciso «economicamente e giuridicamente indipendenti» è stato introdotto *in limine* per «differenziare nettamente il contratto di *franchising* da qualsiasi forma di contratto

¹⁰ Questa formula non si ritrova nella definizione del *franchising* di cui all'abrogato reg. CEE n. 4087/88, mentre compare, in versione però parzialmente diversa, nel codice deontologico dell'Associazione Europea del *Franchising* (cfr. art. 1, 1° co., dove si parla di «imprese legalmente e finanziariamente separate e indipendenti»). Cfr. anche l'art. 1, 1° co., del codice deontologico della Federazione Italiana del *Franchising* (disponibile in <http://www.fif-franchising.it/codice.asp>), secondo cui il *franchising* è una «forma di collaborazione tra parti giuridicamente ed economicamente indipendenti, di pari dignità».

¹¹ In ambito non contrattuale, cfr. nel medesimo senso, ancorché sulla base di ragioni ovviamente diverse dalla presenza di investimenti specifici, l'art. 155 *quinquies*, c.c. La dottrina esprime il medesimo concetto affermando che un'impresa è economicamente dipendente da un'altra se non può rinvenire alternative soddisfacenti sul mercato: cfr., ad esempio, BERTOLOTTI, *Il contratto di subfornitura*, Torino, 2000, 182. Per la rilevanza degli investimenti specifici nell'interpretazione dell'art. 9, l. 192/98, cfr. R. NATOLI, *Abuso di dipendenza economica*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, agg. II, Torino, 2003, 10 ss. (nonché ID., *L'abuso di dipendenza economica. Il contratto e il mercato*, Napoli, 2004, 33 ss.).

¹² Il punto è pacifico in dottrina. Cfr., tra gli altri, BORTOLOTTI, *Il contratto di franchising. La nuova legge sull'affiliazione commerciale. Le norme antitrust europee*, Padova, 2004, 17 s.; DE NOVA, *La nuova legge*, cit., 762; FRIGNANI, *Franchising*, cit., 48.

di lavoro subordinato od anche parasubordinato»¹³. Preoccupazione, quest'ultima, evidentemente indotta dal fatto che il contratto di *franchising* attribuisce di norma all'affiliante ampi poteri direttivi e di controllo sull'attività economica dell'affiliato, tali da poter sollevare il dubbio che il *franchisee* sia in realtà un lavoratore subordinato, o quanto meno ad esso equiparabile, con le ovvie ricadute disciplinari¹⁴.

La dottrina, pertanto, è generalmente concorde nel sostenere che, in virtù del requisito dell'indipendenza, il *franchising* non costituisce un vincolo di subordinazione tra affiliante ed affiliato¹⁵.

Occorre però prestare attenzione ad enucleare quest'ultimo argomento senza confondere l'effetto con la causa. L'assenza di vincolo di subordinazione non è infatti il risultato necessario ed automatico della conclusione di un contratto di *franchising*. Piuttosto, essendo l'indipendenza economica un requisito della fattispecie, sussiste un *franchising* solo se (al di là del *nomen iuris* attribuito dalle parti al contratto, come noto non vincolante per il giudice in sede di qualificazione della fattispecie concreta¹⁶) il contenuto concreto del contratto e le modalità di svolgimento del rapporto soddisfino questo requisito¹⁷.

¹³ Così FRIGNANI, *Franchising*, cit., 48, nt. 51, il quale ricorda proprio come decisiva in questa direzione una sua audizione in commissione parlamentare. Lo stesso A. si attribuisce la paternità della formula, avendola utilizzata per la prima volta in ID., *Il «franchising» di fronte all'ordinamento italiano: spunti per un'indagine comparatistica*, in *Riv. dir. ind.*, 1972, I, 244.

¹⁴ Cfr. infatti, nella giurisprudenza ante legge 129/2004, Pret. Palestrina, 14 febbraio 1987, in *Resp. civ.*, 1988, 239, n. VACCÀ; *Foro pad.*, 1988, I, 544, n. FINELLO, che però conclude nel senso che «l'impresa affiliata in forza di un contratto di "franchising" mantiene la propria autonomia, che non viene meno malgrado i vincoli, anche incisivi, posti dall'affiliante; l'operatore commerciale affiliato, conseguentemente, non può essere considerato alla stregua di un lavoratore dipendente dall'impresa concedente». Nella dottrina lavoristica, cfr., per un'ampia ed attenta analisi, anche in chiave di politica del diritto, SCIARRA, *Franchising e contratto di lavoro subordinato. Note su una (ancora) impossibile assimilazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, 491 ss.

¹⁵ Cfr., tra gli altri, BERTOLOTTI, *La nozione*, in CAGNASSO (a cura di), *Norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale*, Torino, 2005, 65; BORTOLOTTI, *Il contratto di franchising*, cit., 17; M. CIAN, *La nuova legge sull'affiliazione commerciale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2004, 1157; DE NOVA, *La nuova legge*, cit., 762; NERVI, *La nozione di franchising*, in CUFFARO (a cura di), *L'affiliazione commerciale*, Torino, 2005, 31. Ante legge 129/2004, cfr. ZUDDAS, *Somministrazione. Concessione di vendita. Franchising*, in *Tratt. dir. comm.*, diretto da Buonocore, II, t. 3 II, Torino, 2003, 332, secondo cui «la totale autonomia dei due soggetti fa sì che debba essere escluso ogni rapporto di subordinazione».

¹⁶ Cfr., tra le altre, di recente, Cass., 22 giugno 2005, n. 13399, in *Rep. Foro it.*, 2005, «Contratto in genere», n. 481.

¹⁷ Cfr., per una decisione in materia di contratto d'opera, Cass., sez. lav., 6 febbraio 2001, n. 1666, in *Rep. Foro it.*, 2001, «Lavoro (rapporto)», n. 581: «Nella qualificazione del rapporto di lavoro come autonomo o subordinato, anche a fronte di una manifestazione di volontà delle parti nel senso del carattere autonomo dello stesso (mediante stipulazione di contratto d'opera), deve tenersi conto prevalentemente delle concrete modalità di svolgimento, le quali possono anche evidenziare – secondo un accertamento di fatto che è riservato al giudice di merito, ed è incensurabile in sede di legittimità se adeguatamente e correttamente motivato – che il rapporto si è realizzato, invece, nelle forme proprie della subordinazione (fattispecie in tema di

Il legislatore, peraltro, non si è premurato di definire o declinare il requisito dell'indipendenza economica in particolari contenuti contrattuali vietati, lasciando così ampi spazi di discrezionalità all'interprete nella valutazione del caso concreto.

Se l'assoluta mancanza di autonomia organizzativa del *franchisee* esclude la sussistenza di un *franchising* per difetto del requisito di indipendenza economica, qual è il livello di compressione della libertà compatibile con questo requisito? C'è, ad esempio, autonomia organizzativa quando il *franchisee* è contrattualmente obbligato ad effettuare un numero minimo di acquisti dal *franchisor*, ad applicare il prezzo di vendita stabilito dal *franchisor*, a conformarsi alle direttive del *franchisor* riguardo a luoghi, modi e tempi di commercializzazione al pubblico? E *quid iuris* qualora egli fosse altresì obbligato ad assumere un numero minimo di dipendenti eventualmente graditi all'affiliante nonché ad avvalersi soltanto dei fornitori indicati dal *franchisor*?

L'indipendenza economica, comunque, non si esaurisce nel profilo dell'autonomia organizzativa ma comprende anche e soprattutto il connesso profilo dell'autonomia imprenditoriale, che implica l'assunzione del rischio d'impresa. Un contratto non sarebbe dunque qualificabile come *franchising* qualora l'affiliato (pur essendo autonomo dal punto di vista organizzativo) non sopporti almeno in parte il rischio dell'insuccesso economico dell'attività condotta in *franchising*¹⁸.

Così interpretata, la formula dell'indipendenza economica di cui all'art. 1, 1° co., l. 129/2004, coincide sostanzialmente con quelle che, seppur con termini diversi, individuano altri tipi contrattuali del codice civile.

Si allude, cioè, alla "organizzazione dei mezzi necessari e gestione a proprio rischio" che, ai sensi dell'art. 1655, c.c., connota il tipo dell'appalto, e alla "assenza di vincolo di subordinazione" nello svolgimento della prestazione lavorativa che, ai sensi dell'art. 2222, c.c., connota il tipo del contratto d'opera. Entrambe le formule, infatti, elevano l'autonomia organizzativa e imprenditoriale dell'appaltatore e del prestatore d'opera rispetto ai committenti – ovvero, per dirla con la legge 129/2004, l'"indipendenza economica" delle parti – a requisito di identificazione della fattispecie¹⁹.

soci lavoratori di cooperativa)». Cfr. anche FRIGNANI, *Franchising*, cit., 51; ZUDDAS, *Somministrazione. Concessione di vendita. Franchising*, cit., 361 s.

¹⁸ Cfr. FRIGNANI, *Franchising*, cit., 49: «l'indipendenza sotto il profilo economico può riassumersi nel "rischio d'impresa": l'affiliato si prende il rischio dell'insuccesso commerciale del suo negozio. La garanzia del risultato offerta dall'affiliante all'affiliato, la riduzione delle *royalties* a zero nel caso di perdite, il ripianamento delle perdite stesse sarebbero tutti indici che non siamo in presenza di un *franchising* (nel senso proprio del termine)»; BERTOLOTTI, *La nozione*, cit., 66. In questo senso dovrebbe intendersi il riferimento nella *Model Franchise Disclosure Law* dell'Unidroit alla circostanza che il *franchisee* agisce «*on its own behalf*». Nella giurisprudenza ante l. 129/2004, cfr. Trib. Milano, 28 febbraio 2002, cit.; App. Milano, 9 ottobre 2002, in *Giur. milanese*, 2003, 321.

¹⁹ Cfr. Cass., 17 luglio 1999, n. 7606, in *Rep. Foro it.*, 1999, «Appalto», n. 16, là dove individua i tratti comuni del contratto d'appalto e del contratto d'opera nell'assenza di vincolo di subordinazione e nell'assunzione del rischio di esecuzione della prestazione dovuto. Ma sul punto, cfr. anche, tra le più recenti, Cass., 11

Se si condivide l'accostamento proposto, allora al problema della verifica della concreta sussistenza dell'indipendenza economica del *franchisee*, e di un'eventuale diversa qualificazione (anche come contratto di lavoro subordinato) della fattispecie contrattuale concreta, potrà giovare il dibattito dottrinario e l'ampia casistica giurisprudenziale che hanno riguardato i contratti d'appalto e d'opera sotto il profilo dei loro rapporti con quello di lavoro subordinato²⁰.

Non è invece agevole attribuire un significato al requisito dell'indipendenza giuridica delle parti, formula che peraltro non risulta essere mai stata impiegata prima nella legislazione civilistica, tanto meno per individuare un tipo contrattuale.

L'indipendenza giuridica non potrebbe semplicemente riferirsi alla dualità dei soggetti dell'accordo, perché *franchisor* e *franchisee* non possono che essere soggetti giuridici diversi, già in quanto parti contrapposte di un contratto²¹. A meno di non ritenere che così si voglia impedire che il medesimo soggetto giuridico possa assumere allo stesso tempo la parte (formale) di *franchisor* e quella di *franchisee* nelle ipotesi in cui ciò sia realizzabile alla stregua delle norme generali, come nel caso dell'art. 1395, c.c. Senonché questa interpretazione darebbe luogo a conclusioni talmente irragionevoli ed assurde, da imporre di scartarla radicalmente.

Il requisito dell'indipendenza giuridica potrebbe piuttosto essere diretto a condizionare la qualificazione del *franchising* all'inesistenza di un rapporto di controllo tra

febbraio 2005, n. 2752, *ivi*, 2005, «Appalto», n. 42; con riguardo alla violazione del divieto di intermediazione ed interposizione nelle prestazioni di lavoro realizzata in virtù di un appalto che escluda l'autonomia dell'appaltatore, Cass., sez. lav., 27 gennaio 2005, n. 1676, *ivi*, 2005, «Lavoro (rapporto)», n. 765; con riguardo alla responsabilità del committente nei confronti dei terzi ove l'appaltatore sia un *nudus minister*, Cass., 2 marzo 2005, n. 4361, *ivi*, 2005, «Appalto», n. 46; con riguardo alla distinzione tra contratto d'opera e contratto di lavoro subordinato, Cass., sez. lav., 14 luglio 1993, n. 7796, *ivi*, 1993, «Lavoro», n. 429; nonché Cass., sez. lav., 9 gennaio 1992, n. 136, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, 70, n. VERDOLIVA. In dottrina, anche per ulteriori riferimenti, cfr. RUBINO-IUDICA, *Dell'appalto*, 4a ed., in *Comm. Scialoja e Branca*, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 2007, 14 ss.; G. GIACOBBE-D. GIACOBBE, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da Schlesinger, Milano, 1995, 15 s., dove si precisa che il prestatore di lavoro agisce in regime di autonomia nel senso che non è soggetto, se non entro certi limiti, al potere di controllo ed alle direttive del committente, e che l'assunzione del rischio d'impresa entra a far parte della struttura del contratto.

²⁰ Al riguardo meriterebbe attenzione anche il dibattito in tema di contratto di agenzia, specie nei suoi rapporti con la fattispecie del lavoro subordinato: sul punto, cfr., di recente, Cass., sez. lav., 12 maggio 2004, n. 9060, in *Rep. Foro it.*, 2004, «Agenzia», n. 21; e in dottrina, anche per ulteriori riferimenti, SARACINI-TOFFOLETTO, *Il contratto d'agenzia*³, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano, 2002, 119 ss.

²¹ Cfr. di recente Cass., 15 gennaio 2007, n. 647, dove si esclude che l'organizzazione creata dal sistema di *franchising* porti alla completa identificazione del *franchisor* con il *franchisee*, «i quali, sebbene legati contrattualmente, restan[on]o indipendenti ed autonomi sia dal punto di vista giuridico che dal punto di vista economico», con la conseguenza che l'affiliante non può richiedere direttamente il pagamento di un credito del *franchisee*, attraverso una lettera indirizzata al debitore di quest'ultimo, né una lettera in nome e per conto del *franchisor* può avere alcuna efficacia interruttiva della prescrizione riguardo ad un credito del *franchisee*.

franchisor e *franchisee*, con l'effetto di lasciar fuori dall'ambito del *franchising* i rapporti infra-gruppo (o meglio, tra società capogruppo e società che vi appartiene)²².

Tuttavia, in termini strettamente giuridici, l'appartenenza ad un gruppo non esclude l'autonomia soggettività e la formale indipendenza giuridica di ciascuna società del gruppo²³.

Pertanto, o si dimostra che il legislatore abbia utilizzato una formula atecnica, tratta da altre discipline, con l'intento specifico di rendere l'assenza di rapporti di controllo requisito di qualificazione della fattispecie; oppure si conclude nel senso che il riferimento all'indipendenza giuridica sia ridondante, costituendo un inutile ed enfatico completamento del requisito dell'indipendenza economica, poiché è sufficiente quest'ultimo a denotare l'autonomia organizzativa ed imprenditoriale del *franchisee* rispetto al *franchisor* e a sollevare il conseguente problema se sia ipotizzabile un *franchising* infra-gruppo²⁴.

3.1. Sul franchising nell'ambito di un gruppo di società

La dottrina maggioritaria sostiene infatti che il requisito dell'indipendenza economica delle parti impedisca di includere nel tipo del *franchising* i rapporti di tal contenuto e funzione intrattenuti tra società facenti parte di uno stesso gruppo, sul presupposto che la comune appartenenza al gruppo impedisca di considerare le parti economicamente indipendenti tra loro ai sensi dell'art. 1, 1° co., c.c., l. 129/2004²⁵.

²² Cfr., in tal senso, FRIGNANI, *Franchising*, cit., 49, secondo cui il requisito dell'indipendenza giuridica «difetterebbe all'interno di un gruppo».

²³ È infatti pacifico che il gruppo è costituito da enti giuridicamente indipendenti tra loro, ancorché si discuta se esista un'impresa unitaria di gruppo imputabile giuridicamente (e non solo economicamente) alla società capogruppo: cfr. G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*, 5a ed., a cura di M. Campobasso, Torino, 2006, 298: «resta fermo nel nostro ordinamento il principio cardine della *distinta soggettività* e della *formale indipendenza giuridica* delle società del gruppo. Il gruppo di società non è configurabile come un nuovo soggetto di diritto od un nuovo centro di imputazione di rapporti giuridici che si sovrappone alle singole società che lo compongono»; e in giurisprudenza, tra le altre, Cass., sez. lav., 29 novembre 1996, n. 10688, in *Rep. Foro it.*, 1996, «Lavoro», n. 1145; Cass., sez. lav., 27 ottobre 1992, n. 11645, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 950; la teoria dell'impresa giuridicamente unitaria di gruppo (senza che ciò naturalmente comporti per l'A., né espressamente né implicitamente, la riconduzione ad un unico soggetto giuridico delle diverse società che compongono il gruppo) si deve soprattutto a GALGANO, *Direzione e coordinamento di società*, in *Comm. Scialoja e Branca*, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 2005, 19 ss.

²⁴ L'espressione imprese «giuridicamente ed economicamente indipendenti» è infatti solitamente utilizzata dalla letteratura aziendalistica in tema di reti di imprese per distinguere le reti propriamente intese dai gruppi gerarchici, ma l'endiadi appare priva di senso se riprodotta in un testo legislativo. Qualcuno in dottrina attribuisce invece al requisito dell'indipendenza giuridica il ruolo di spartiacque tra *franchising* e lavoro subordinato, che non sarebbe assolto (ma non si chiarisce però il perché) dal requisito dell'indipendenza economica (cfr. BERTOLOTTI, *La nozione*, cit., 65 s.).

²⁵ Cfr., in tal senso, BERTOLOTTI, *La nozione*, cit., 66 s.; BORTOLOTTI, *Il contratto di franchising*, cit., 17; NERVÌ, *La nozione*, cit., 41; *contra* M. CIAN, *La nuova legge*, cit., 1157 s., il quale ritiene ingiustificabile escludere dall'area di applicazione della disciplina rapporti stipulati tra soggetti legati da relazioni che comprimono

Questa tesi non sembra però condivisibile, perché l'eventuale dipendenza economica cui fa riferimento l'art. 1, 1° co., l. 129/2004, non può farsi coincidere *tout court* con la situazione di dipendenza in cui si trova una società appartenente ad un gruppo, né di quest'ultima la prima costituisce un *minus*, perché le due nozioni implicano valutazioni qualitativamente diverse e si pongono comunque su piani distinti²⁶.

Ai fini della qualificazione del *franchising*, occorre infatti verificare se in concreto il regolamento contrattuale escluda l'autonomia organizzativa o imprenditoriale del *franchisee* nella conduzione della specifica attività economica oggetto del *franchising*. Se non c'è autonomia, non solo è preclusa la qualificazione del contratto come *franchising*, ma è anzi aperta la strada verso la sua qualificazione come contratto costitutivo di (una situazione di controllo e di un) gruppo ai sensi dell'art. 2359, 1° co., n. 3, o dell'art. 2497^{septies}, c.c.²⁷.

Per la sussistenza di un gruppo societario, è necessario invece accertare (anche attraverso il ricorso alle presunzioni di cui all'art. 2497^{sexies}, c.c.) se una o più società si trovino sotto l'influenza dominante di un'altra, la quale – in via più generale, stabile ed istituzionale – le diriga e coordini al fine del perseguimento di uno scopo economico unitario, cioè del c.d. interesse di gruppo (cfr. art. 2497, 1° co., c.c.)²⁸.

Se dunque il regolamento contrattuale non attribuisce al *franchisor* poteri tali da sopprimere l'autonomia economica del *franchisee*, allora il contratto potrà essere qualificato come *franchising* a prescindere dal fatto se il *franchisee* sia, sotto il profilo organizzativo-societario, soggetto alla direzione e coordinamento del *franchisor*²⁹.

la reciproca autonomia, in senso economico o giuridico; in quest'ultimo senso, seppure in epoca antecedente alla legge, anche RAGUSA MAGGIORE, *Il contratto di «franchising» e le procedure concorsuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, 16.

²⁶ In dottrina qualcuno ritiene che la posizione di controllo implichi *a fortiori* lo stato di dipendenza economica ex art. 9, l. 192/98: cfr. in tal senso MUSSO, *La subfornitura*, in *Comm. Scialoja e Branca*, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 2003, 546. Ma, come si è messo in evidenza precedentemente nel testo (par. 4), l'indipendenza/dipendenza economica cui fa riferimento l'art. 1, 1° co., l. 129/2004, non è la medesima dipendenza economica cui fa riferimento l'art. 9, l. 192/98. Pertanto, anche volendo accogliere questa posizione dottrinarina, essa non sarebbe influente ai fini del discorso che si sta svolgendo nel testo.

²⁷ Non è questa la sede per approfondire il complesso tema del controllo esterno contrattuale ex art. 2359, 1° co., n. 3, e della più recente fattispecie contrattuale cui fa riferimento l'art. 2497^{septies}, c.c., in relazione al c.d. contratto di dominazione, nonché quello del rapporto tra le due fattispecie. Sul punto, per primi riferimenti, G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 2., cit., 290, e *ivi* nt. 85, 293; GALGANO, *Direzione e coordinamento di società*, cit., 180, 185 ss.; BADINI CONFALONIERI, *Direzione e coordinamento*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, agg. III, Torino, 2007, 282 s.; CASADEI, *Gruppi di società nel codice civile, ibidem*, agg. IV, Torino, 2008, 320 s.

²⁸ Sulla nozione di interesse di gruppo cfr. adesso, anche per riferimenti, CASADEI, *Gruppi di società*, cit., 338 s.

²⁹ Naturalmente, qualora si ritenesse invece che la dipendenza economica di cui all'art. 9, l. 192/98, sia sufficiente ad integrare il controllo contrattuale di cui all'art. 2359, 1° co., n. 3, c.c., allora il *franchising* infragruppo sarebbe difficilmente configurabile, perché il *franchisee* è di solito economicamente dipendente (nel senso dell'art. 9, l. 192/98) dal *franchisor*. Per la distinzione tra la situazione di dipendenza economica ex art. 9 e il controllo contrattuale, cfr., su posizione contrarie e per riferimenti al dibattito, GALGANO, *Direzione e coordinamento di società*, cit., 180; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 2., cit., 290; esclude che la situa-

In definitiva, se ci si limita all'analisi della fattispecie tipica, non sembra corretto sostenere che un *franchising* infragruppo non sia astrattamente configurabile per mancanza di un requisito essenziale della fattispecie (altro discorso è, come si dirà tra breve, se esso possa essere utile in concreto), ciò dipendendo, così come per ogni altro *franchising*, dal concreto assetto contrattuale, segnatamente dal fatto se esso sia tale da escludere o no l'indipendenza economica delle parti.

D'altronde, sarebbe irragionevole negare alla società *franchisee* in un *franchising* infragruppo le tutele che la disciplina prevede in favore degli affiliati³⁰, dal momento che il suo interesse (e quello dei propri soci e creditori sociali) è un interesse autonomo (ancorché potenzialmente sacrificabile) rispetto a quello del gruppo, interesse giuridicamente rilevante e generalmente protetto, come dimostra la disciplina di cui agli artt. 2497 ss., c.c.³¹.

In ogni caso, la questione sin qui esaminata potrebbe avere rilevanza prevalentemente, se non soltanto, teorica. Si può discutere, infatti, se, al di là della pretesa incompatibilità giuridica, sussista prima ancora incompatibilità logica tra gruppo di imprese e *franchising*, e dunque se la scelta di concludere un *franchising* infragruppo sia economicamente razionale.

Il *franchising* è infatti, da un punto di vista economico-aziendale, una forma di coordinamento tra imprese alternativa a quella del gruppo (gerarchico), che si giustifica soprattutto per la volontà di chi la istituisce di trasferire sui nodi della rete (cioè sui singoli *franchisee*) il rischio d'impresa, mantenendo al contempo (attraverso l'esercizio dei poteri contrattuali) un certo controllo dei mercati finali.

Posta l'astratta ammissibilità giuridica di un *franchising* infragruppo, occorrerebbe allora sforzarsi di individuare la peculiare funzione economica che un eventuale contratto di *franchising* tra la *holding* e una società dipendente sarebbe chiamato a svolgere, tenendo presente che la prima sopporta comunque, ancorché indirettamente, a livello di consolidato, il rischio economico dell'attività di commercializzazione svolta in *franchising* dalla seconda³², ed è comunque in grado, grazie al proprio ruolo diret-

zione di dipendenza economica ex art. 9 costituisca di per sé una condizione di controllo contrattuale, MUSSO, *La subfornitura*, cit., 545 ss.

³⁰ Né è corretto affermare (come fa BORTOLOTTI, *Il contratto di franchising*, cit., 17) che nel caso di contratti tra società dello stesso gruppo non esiste l'esigenza di *disclosure* necessaria invece nei rapporti tra soggetti economicamente distinti, perché questa opinione non tiene conto della alterità soggettiva e di interesse tra società capogruppo e società controllata e tra società dello stesso gruppo. Quanto detto nel testo vale anche con riguardo alla disciplina più generale sulla contrattazione tra imprese: dunque anche l'art. 9, l. 192/98, sarebbe applicabile al *franchising* infragruppo.

³¹ Cfr. G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*. 2., cit., 298.

³² Quest'affermazione va subito chiarita: anche il gruppo costituisce infatti uno strumento di amministrazione del rischio, però esso consente di limitare il rischio separandolo (cfr. GALGANO, *Direzione e coordinamento di società*, cit., 4: «il primo obiettivo cui la formazione di un gruppo mira è la cosiddetta diversificazione dei rischi, ossia la separazione dei rischi connessi a ciascun settore o a ciascun mercato: ogni società del gruppo

tivo o di coordinamento, di controllare indirettamente tale attività, anche in maniera più penetrante di quanto potrebbe consentirle il semplice titolo contrattuale³³. Non individuandosi questa particolare funzione, si aprirebbe infatti la strada ad un giudizio di nullità del contratto di *franchising* infragruppo per difetto di causa negoziale.

3.2. Sulla qualificazione del franchising come contratto tra imprese e come contratto del consumatore

Si discute in dottrina se il *franchising* sia un contratto tra imprese³⁴.

L'art. 1, 1° co., l. 129/2004, in verità, fa riferimento a "soggetti giuridici" quali parti del contratto, e non già ad imprenditori³⁵, ma ciò di per sé non potrebbe essere sufficiente a negare la sua natura di contratto (necessariamente) tra imprese³⁶.

Se la natura giuridica di imprenditore del *franchisor*, per diverse ragioni (che si comprenderanno facilmente osservando le obbligazioni che ricadono su di lui), non è discutibile, più complesso è stabilire se sia già imprenditore la persona fisica che si impegna quale *franchisee*, perché ciò dipende, *ex art.* 2082, c.c., dal momento in cui si ritiene abbia inizio l'attività d'impresa individuale, se già con il compimento di atti di organizzazione o solo con l'esercizio dell'attività tipica d'impresa, ed ancor prima da quale nozione di atto di organizzazione si accolga³⁷.

è, di fronte ai terzi, un soggetto di diritto distinto da ogni altra società del medesimo gruppo, ciascuna responsabile dei debiti da essa assunti, non responsabile dei debiti assunti dalle altre società, che per esse sono, giuridicamente, debiti altrui), ma non già di trasferirlo all'esterno. Quanto affermato da ultimo nel testo non appare contraddittorio con quanto sostenuto in precedenza, ovverosia che l'autonomia economica del *franchisee* si estrinseca nell'autonomia imprenditoriale, cioè nell'assunzione del rischio d'impresa. L'autonomia imprenditoriale si riferisce infatti alla particolare attività oggetto del *franchising* e al particolare rapporto contrattuale, prescindendo dall'esistenza di una situazione più generale per cui, alla fine, chi sopporta il costo dell'attività è altri e segnatamente il *franchisor*. Quest'ultimo elemento può essere determinante al fine di escludere la razionalità economica del *franchising* tra capogruppo e società dipendente, ma non, almeno così pare, ai fini della qualificazione del *franchising*.

³³ Occorre in definitiva interrogarsi sul significato che può assumere dal punto di vista organizzativo la costituzione di una rete, peraltro asimmetrica, all'interno di un gruppo.

³⁴ Cfr., per la posizione del problema, e una risposta alquanto dubitativa, FINESSI, *La tipizzazione ... (prima parte)*, cit., 1481; FRIGNANI, *Franchising*, cit., 47 s., ritiene che le parti, come emerge dalla definizione del contratto, debbano necessariamente essere imprenditori: chi commercializza beni o servizi non può non avere lo *status* di imprenditore, come pure chi dà una pluralità di licenze di beni di proprietà intellettuale. Sul punto cfr. anche SCIARRINO, *Riflessioni sui profili soggettivi dei rapporti di franchising*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, 364 ss. In generale, sul rapporto tra contratto e impresa nella legislazione contrattuale, cfr. adesso DI MARZIO, *Contratti d'impresa*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, agg. III, t. I, Torino, 2007, 314 ss.

³⁵ Come invece fanno, nel definire il contratto, l'abrogato reg. CEE n. 4987/1988 e il codice deontologico dell'Associazione Europea del Franchising.

³⁶ Così invece BERTOLOTI, *La nozione*, cit., 60. Il successivo art. 2, invece, nell'individuare le parti di un contratto di affiliazione commerciale principale (altrimenti detto *master franchising*) parla espressamente di "imprese".

³⁷ Cfr. Cass., 21 dicembre 1999, n. 14350, in *Riv. dir. trib.*, 2000, II, 194, n. RAVACCIA; *Giur. it.*, 2000, 1311, che ha ritenuto gli atti preparatori parte integrante dell'attività imprenditoriale. Distingue Cass., 13 agosto

La superiore questione è tuttavia priva di rilievo tanto ai fini dell'applicazione della disciplina sul *franchising*, perché, come detto, la legge non include tra i requisiti soggettivi di qualificazione della fattispecie la natura imprenditoriale dei contraenti, limitandosi non a caso, in sede di definizione della fattispecie, a parlare di "soggetti giuridici", cioè di parti³⁸; quanto ai fini dell'eventuale applicazione della disciplina generale in materia di rapporti tra imprese, perché il presupposto per la sua applicazione non è la preventiva ed astratta qualificazione di un contratto come "contratto tra imprese" (anzi, talvolta, non è neanche l'esistenza di un contratto³⁹), bensì l'accertamento della natura giuridica dei soggetti del rapporto, se cioè essi siano imprenditori ai sensi dell'art. 2082, c.c., o di speciali norme definitorie⁴⁰. In definitiva, la qualificazione di un contratto come "contratto tra imprese" (ammesso che tale qualificazione rivesta attualmente una qualche utilità, oltre che quella descrittiva) costituisce un *posterius* rispetto alla qualificazione dei contraenti come imprenditori secondo la normativa vigente in materia (l'art. 2082, c.c., o altre norme speciali).

Ciò rilevato, si può ritenere il *franchisee* senz'altro un imprenditore nel momento in cui, dando esecuzione al *franchising*, produce e/o commercializza beni o servizi, perché questa attività non può che essere stabile, organizzata ed economica. Laddo-

2004, n. 15769, in *Rep. Foro it.*, 2004, «Impresa», n. 26: «Ai fini della determinazione del momento in cui inizia l'effettivo esercizio dell'attività di impresa – e dunque, in base all'art. 2082 c.c., l'autore acquista la qualità di imprenditore commerciale – fondamentale è il ruolo svolto dal dato dell'organizzazione, poiché in presenza di un'esteriore apparato aziendale la qualità di imprenditore commerciale si acquista anche con il compimento di un singolo atto riconducibile a quella organizzazione («atto dell'organizzazione»); quando, invece, manca un siffatto apparato esteriore, perché l'attività viene svolta con mezzi anche rudimentali, sufficienti comunque ad integrare il requisito dell'organizzazione, soltanto la reiterazione di atti, oggettivamente suscettibili di essere qualificati come atti d'impresa – i quali possono aversi anche prima che si siano instaurati rapporti con i terzi destinatari del prodotto dell'impresa stessa, allorché siano stati posti in essere atti economici preparatori che permettano di individuare l'oggetto dell'attività ed il suo carattere commerciale – rende manifesto che non si tratta di operazioni isolate, ma di attività professionalmente esercitata (nella fattispecie, la suprema corte ha confermato la sentenza di appello, la quale aveva riconosciuto la qualità di imprenditore commerciale ad un mercante d'arte in presenza di una rudimentale organizzazione aziendale e dell'acquisto, per la rivendita di numerose opere d'arte, nonché dello svolgimento di attività promozionali)». Sul punto cfr., anche per riferimenti, G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale 1. Diritto dell'impresa*, 5a ed., a cura di M. Campobasso, Torino, 2006, 101 ss. Il problema non si pone invece per le società perché riguardo a queste ultime la giurisprudenza – nonostante le critiche di parte della dottrina (cfr., ad esempio, G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 1.*, cit., 100 s.) – ritiene che l'attività di impresa abbia inizio con la loro costituzione (cfr., di recente, Cass., 26 giugno 2001, n. 8694, in *Fallimento*, 2002, 602, n. ANFUSO; Cass., 28 aprile 2005, n. 8849, in *Fallimento*, 2005, 1373, n. VACCHIANO).

³⁸ Cfr. in questo senso P. PERLINGIERI, *La contrattazione tra imprese*, in *Riv. dir. impr.*, 2006, 332. V. invece l'art. 1, 1° co., l. 192/98, dove espresso è il riferimento alla natura imprenditoriale dei soggetti nella definizione del contratto di subfornitura.

³⁹ Cfr. art. 9, 1° co., l. 192/98, dove si fa riferimento ai «rapporti commerciali» tra imprese, e il 2° co. dello stesso articolo dove si parla di «relazioni commerciali».

⁴⁰ Cfr. art. 2, lett. a) e c), d.lg. 231/2002.

ve si può discutere se la mera conclusione del contratto, non accompagnata dal compimento di altri atti strumentali al successivo svolgimento dell'attività in *franchising* (ad esempio, l'acquisto o l'affitto dei locali commerciali), sia già attività d'impresa e gli attribuisca dunque di per sé la qualifica di imprenditore⁴¹.

Se si condivide la tesi per cui la mera conclusione di un contratto di *franchising* non sia di per sé circostanza sufficiente ad attribuire al *franchisee* la qualifica di imprenditore (benché il rapporto nel suo svolgimento sia senz'altro un rapporto tra imprenditori), si apre la possibilità di verificare se quest'ultimo possa essere considerato "consumatore" ai sensi e per gli effetti della normativa in materia, secondo cui è consumatore la «persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta» (art. 3, lett. a), d.lg. 6-9-2005, n. 206, *Codice del consumo*)⁴².

Tale nozione è relazionale, perché dipende da come la persona fisica si ponga rispetto al contratto con il professionista⁴³.

L'orientamento della Suprema Corte è nel senso che, per affermare che una persona fisica è consumatore rispetto ad un certo contratto, occorre dimostrare che essa agisca per uno scopo non imprenditoriale⁴⁴. Se dunque, come nel caso del *franchisee*, il contratto è senz'altro finalizzato allo svolgimento di attività d'impresa (o addirittura ne segna l'inizio), allora colui che lo conclude non potrà essere considerato "consumatore"⁴⁵.

Alla medesima conclusione si giungerebbe anche qualora si adottasse, accogliendo i suggerimenti di una parte della dottrina e di alcuni giudici di merito, una nozione più ampia di consumatore, fondata sulla distinzione tra "atti della professione" (cioè quelli che costituiscono l'oggetto tipico dell'attività professionale e il cui compimento non può che escludere la natura di consumatore dell'agente) ed "atti relativi alla professione" (ovverosia quelli posti in essere a causa ed in occasione dello svolgimento di attività professionale, ma che non realizzano l'attività tipica di quest'ultima e non escludono dunque la qualifica di consumatore in capo a chi li compie)⁴⁶.

⁴¹ Cfr. infatti Cass., 13 agosto 2004, n. 15769, cit.

⁴² Sarebbe invece errato sostenere aprioristicamente che all'affiliato non si applichi la normativa sul consumatore perché è la stessa legge sul *franchising* che si preoccupa di tutelarlo sotto il profilo della trasparenza (così invece BERTOLOTTI, *La nozione*, cit., 64).

⁴³ Cfr., in tal senso, E. GABRIELLI, *Sulla nozione di consumatore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 1154.

⁴⁴ Cfr. Cass., 25 luglio 2001, n. 10127, in *Contratti*, 2002, 338, n. CASERTA; *Giur. it.*, 2002, 543, n. FIORIO; *Giust. civ.*, 2002, I, 685, n. DI MARZIO. Orientamento ribadito più di recente da Cass., 22 maggio 2006, n. 11933; Cass., 13 giugno 2006, n. 13643; Cass., 23 febbraio 2007, n. 4208, in *Contratti*, 2007, 1071, n. ROCCO DI TORREPADULA.

⁴⁵ Così FINESSI, *La tipizzazione ... (prima parte)*, cit., 1481; FRIGNANI, *Franchising*, cit., 31.

⁴⁶ Cfr. E. GABRIELLI, *Sulla nozione di consumatore*, cit., 1166 ss.

Il contratto di *franchising*, infatti, non potrebbe mai essere considerato un semplice atto relativo alla professione, perché esso non è meramente strumentale o connesso all'esercizio dell'attività economica del *franchisee*, ma di questa costituisce il presupposto primo e indispensabile. Il rapporto di strumentalità tra contratto di *franchising* e attività di *franchising*, peraltro, non sarebbe occasionale bensì necessario⁴⁷.

4. I requisiti oggettivi della fattispecie: le obbligazioni delle parti

Le obbligazioni delle parti che individuano il tipo legale sono, per quanto riguarda il *franchisor*, la concessione della disponibilità di una formula commerciale (o affiliazione commerciale) e l'inserimento del *franchisee* in una rete (o sistema) di *franchising*; per quanto riguarda il *franchisee*, il pagamento di un corrispettivo, la commercializzazione di beni o servizi e l'uso della formula commerciale del *franchisor*.

Il *franchising* è dunque sotto questo profilo un contratto a prestazioni corrispettive e a titolo oneroso.

4.1. Le obbligazioni del franchisor: la concessione della disponibilità della formula commerciale

Secondo l'art. 1, 1° co., l. 129/2004, il *franchisor* «concede la disponibilità» al *franchisee* «di un insieme di diritti di proprietà industriale o intellettuale relativi a marchi, denominazioni commerciali, insegne, modelli di utilità, disegni, diritti di autore, *know-how*, brevetti, assistenza o consulenza tecnica e commerciale».

Per comprendere quale sia esattamente il contenuto dell'obbligazione del *franchisor* (ovverosia i comportamenti in cui si concretizza la "concessione della disponibilità"⁴⁸) è necessario muovere dall'analisi dell'oggetto di tale obbligazione, ovverosia quell'"insieme" la cui disponibilità è concessa al *franchisee*; un insieme che il legislatore denomina anche "affiliazione commerciale" (cfr. art. 2) e "formula commerciale" (cfr. art. 3, 2° co.)⁴⁹.

⁴⁷ Cfr. per questo criterio di interpretazione della nozione di "atto relativo alla professione" ai fini della ricostruzione della nozione di consumatore, FICI, «Consumatore», «professionista» e criteri di vessatorietà nei contratti del consumatore, in *Corr. giur.*, 2002, 1627. In giurisprudenza, cfr. Pret. Foggia-Orta Nova, 17 dicembre 1998, in *Giur. it.*, 2000, 312, n. TORRESI; Giud. Pace Civitanova Marche, 4 dicembre 2001, in *Giur. merito*, 2002, 654.

⁴⁸ Che parte della dottrina ha in passato sinteticamente evocato mediante il termine "franchigia" o "privilegio": cfr. ZANELLI, *Il franchising*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, vol. 11, t. III², Torino, 2000, 147; LUMINOSO, *I contratti tipici ed atipici*, I, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Iudica e Zatti, Milano, 1995, 274. Termine ora riproposto, anche in sede di commento alla nuova disciplina, da NERVI, *La nozione di franchising*, cit., 29.

⁴⁹ La dottrina impiega anche il termine "package" (cfr., ad esempio, DE NOVA, *La nuova legge*, cit., cit., 762; ZUDDAS, *Somministrazione. Concessione di vendita. Franchising*, cit., 314 s.; FINESSI, *La tipizzazione ... (prima parte)*, cit., 1482), mentre l'abrogato reg. CEE n. 4087/88 (art. 3, lett. a) utilizza il termine "franchi-

Il termine “insieme”, nonché le altre espressioni con cui ad esso si fa riferimento, inducono innanzitutto a ritenere che la formula commerciale rappresenti una pluralità di beni giuridicamente unificati ai fini della definizione e della disciplina del contratto di *franchising*. Per l'esistenza del *franchising*, infatti, non è sufficiente attribuire il diritto di godimento di un singolo bene o fornire un servizio di assistenza, bensì è necessario “concedere la disponibilità di un insieme”.

Si può discutere se questo “insieme” che connota il *franchising* sia soltanto un complesso di beni funzionale al particolare obiettivo della definizione e disciplina del *franchising* o piuttosto se esso costituisca un nuovo bene, e segnatamente una *universitas* ai sensi dell'art. 816, c.c. (con la possibilità, in quest'ultimo caso, di applicare la relativa disciplina in tema di circolazione e tutela)⁵⁰.

In ogni caso, nonostante la formulazione poco accurata della norma, tale pluralità può essere composta sia da diritti (di proprietà industriale o intellettuale), sia da beni immateriali (quali il *know-how*), sia da obblighi (di assistenza o consulenza tecnica e commerciale) del *franchisor* o, se si preferisce, dai relativi diritti del *franchisee*.

In mancanza di disposizioni specifiche sugli elementi costitutivi dell'insieme, esso può ritenersi sussistente anche solo in presenza di almeno due tra i beni e/o diritti e/o doveri indicati nell'elenco di cui all'art. 1, 1° co., purché essi siano di per sé idonei e sufficienti allo svolgimento di un'impresa in forma di *franchising*.

La cessione della disponibilità di un “insieme” può essere elemento tipologico di per sé sufficiente a distinguere il *franchising* da altri contratti⁵¹, quali ad esempio le licenze di beni immateriali (insegna, brevetto, marchio o *know-how*), o l'appalto di servizi di assistenza o di consulenza⁵².

sing”. Nella giurisprudenza ante legge 129/2004 si parlava della trasmissione «di un fascio di proprie situazioni attive» (App. Milano, 9 ottobre 2002, cit.).

⁵⁰ Ciò naturalmente sempre che si ammetta che nell'*universitas rerum* possano farsi rientrare anche beni immateriali e diritti (sul punto, cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile. 6. La proprietà*, Milano, 1999, 81 s.), perché questo è il nucleo centrale, se non esclusivo, dell'insieme di cui alla l. 129/2004. La questione della natura di complesso di beni solo a determinati fini o di nuovo bene unitario del tipo *universitas* del complesso di beni denominato dalla l. 129/2004 “formula commerciale” si pone più o meno negli stessi termini che per l'azienda (sul punto cfr. riassuntivamente e per riferimenti G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 1.*, cit., 142 ss.). In giurisprudenza, sulla distinzione tra *franchising* e contratti di cessione e di affitto di azienda, e dunque tra i rispettivi prestazioni ed oggetti, cfr. Cass., 23 agosto 1990, n. 8618, in *Arch. locazioni*, 1990, 684; *Rassegna equo canone*, 1991, 41; *Rep. Foro it.*, 1991, «Locazione», n. 453: «Il contratto di *franchising* prevede il trasferimento di alcune facoltà imprenditoriali specificamente determinate e non del complesso unitario dei beni mobili ed immobili, materiali ed immateriali, concessi in godimento in quanto organizzati per la produzione di beni e servizi, per cui non può ritenersi che l'ipotesi contrattuale in questione realizzi una cessione (o affitto) dell'azienda ex art. 36, l. n. 392/78».

⁵¹ Ma anche gli altri requisiti della fattispecie sono in tal senso determinanti: si pensi all'inserimento dell'affiliato nella rete dell'affiliante e all'obbligazione dell'affiliato di commercializzare beni o servizi.

⁵² Con riguardo al rapporto tra *franchising* e licenze di beni immateriali, cfr. ZUDDAS, *Somministrazione. Concessione di vendita. Franchising*, cit., 357 s.; FRIGNANI, *Franchising*, cit., 54 ss.

Non sembra che alcuni elementi costitutivi della formula commerciale (sebbene più frequenti nella prassi) possano ritenersi essenziali rispetto ad altri, e in particolare ciò vale per il *know-how* e per i servizi di assistenza, che invece secondo la dottrina maggioritaria rappresentano elementi dell'insieme che non potrebbero mai mancare⁵³.

Quanto al *know-how* – cioè a quel «patrimonio di conoscenze pratiche non brevettate derivanti da esperienze e da prove eseguite dall'affiliante, patrimonio che è segreto, sostanziale ed individuato» (art. 1, 3° co., lett. a)⁵⁴ –, la dottrina giunge a questa conclusione sulla base di una non condivisibile interpretazione dell'art 3, 4° co., l. 129/2004, là dove tra gli elementi che il contratto di *franchising* «deve inoltre espressamente indicare» questa norma inserisce «la specifica del *know-how* fornito dall'affiliante all'affiliato» (cfr. lett. d), senza fare alcun riferimento espresso alla possibilità che l'elemento non sia stato oggetto di accordo tra le parti, come invece è avvenuto per altri elementi (ad esempio, «le eventuali spese di ingresso» di cui alla lett. a)⁵⁵.

Senonché, l'art. 3, 4° co., è una disposizione sul contenuto necessariamente determinato del contratto (contenuto, cioè, che non può essere meramente determinabile) e non già sul contenuto necessario a fini della sua qualificazione o validità⁵⁶.

Alla medesima conclusione deve pervenirsi con riguardo ai servizi di assistenza, o meglio «di assistenza tecnica e commerciale, progettazione ed allestimento, formazione» (art. 3, 4° co., lett. f). È vero che anche in questo caso, così come per il *know-how*, è richiesta la loro indicazione espressa e tale indicazione non è eventuale, ma ciò non comporta che l'elemento sia essenziale⁵⁷, ma solo che esso debba risultare in

⁵³ Molto frequente è altresì la concessione d'uso dell'insegna, perché essa è il primo elemento mediante il quale si rappresenta all'esterno l'identità della rete, ma anche tale elemento non è necessario (si pensi ad un insegna personalizzata per rendere manifesta la posizione di mero affiliato del *franchisee*).

⁵⁴ Sulla nozione di *know-how*, cfr. in particolare FRIGNANI, *Franchising*, cit., 60 ss.; TORRESI, *La nozione di know-how*, in CUFFARO (a cura di), *L'affiliazione commerciale*, cit., 43 ss.; e più in generale FERNANDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ, *Cessione di know-how. Contributo allo studio sull'oggetto del contratto*, Milano, 2004, 10 ss.

⁵⁵ Cfr. BORTOLOTTI, *Il contratto di franchising*, cit., 34; DE NOVA, *La nuova legge*, cit., 761 s.; FRIGNANI, *Franchising*, cit., 60; BERTOLOTTI, *La nozione*, cit., 74; TORRESI, *La nozione di know-how*, cit., 54 (ma v. poi EAD., *op. cit.*, 55, là dove correttamente, ma contraddittoriamente rispetto alla precedente conclusione in termini di essenzialità, valuta la disposizione in termini di esclusione della determinabilità dell'oggetto). *Contra*, correttamente, M. CIAN, *La nuova legge*, cit., 1159, il quale dal confronto con la normativa comunitaria deduce che l'elemento del *know-how*, così come quello dell'assistenza, sono privi del carattere dell'indifettibilità che in precedenza possedevano, essendo stati inseriti, senza alcuna indicazione di priorità, nell'elenco dei diritti che possono costituire oggetto del contratto; né al *know-how* sarebbe idonea ad attribuire una posizione di centralità la definizione di cui al 3° co. dell'art. 1. La teoria qui criticata sarebbe stata invece convincente sulla base della definizione di *franchising* presente nell'abrogato reg. CEE n. 4087/88.

⁵⁶ Per l'approfondimento di questo punto non posso qui che rinviare a FICI, *Il franchising*, di prossima pubblicazione nel volume sui contratti di collaborazione curato da P. Sirena per il *Trattato di diritto dei contratti*, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli.

⁵⁷ Come invece ritengono BORTOLOTTI, *Il contratto di franchising*, cit., 37; FRIGNANI, *Franchising*, cit., 44; BERTOLOTTI, *La nozione*, cit., 79; *contra*, correttamente, M. CIAN, *La nuova legge*, cit., 1159.

modo espresso già dal testo del contratto, non potendo essere *ex ante* meramente determinabile e dunque tale da doversi determinare successivamente.

Né trasmissione del *know-how* e servizi di assistenza potrebbero considerarsi elementi essenziali per il fatto che, in loro assenza, la causa socio-economica del contratto di *franchising* non potrebbe essere soddisfatta⁵⁸. Non esiste infatti un collegamento necessario tra la funzione assoluta da queste particolari prestazioni e la realizzazione della causa del contratto di *franchising*, così come emergente dalla nuova disciplina⁵⁹. Anzi, proprio l'ampiezza di questa causa giustifica l'ampia nozione di formula commerciale adottata dal legislatore.

Se questo è l'oggetto della concessione della disponibilità della formula commerciale da parte del *franchisor*, allora tale prestazione potrà consistere in più prestazioni aventi ad oggetto una consegna e/o un *pati* e/o un *facere*, a seconda della concreta composizione della formula commerciale, che può variare in ragione della tipologia di *franchising* (di distribuzione al dettaglio o all'ingrosso, di servizi, di produzione) e del bene o servizio oggetto di commercializzazione⁶⁰.

Se la (concessione della disponibilità della) formula commerciale è non solo uno tra gli altri elementi essenziali, ma senz'altro l'elemento che più caratterizza il tipo legale del *franchising* (e, più in generale le reti di *franchising*), non sembra però che esso imponga necessariamente di realizzare quella identificazione esteriore tra affiliante ed affiliato e tra gli affiliati che da sempre, negli studi sul *franchising*, si considera il dato caratterizzante la fattispecie e come tale idoneo a distinguerla da altre affini quale la concessione di vendita, in cui questa identificazione o manca del tutto o è comunque meno incisiva⁶¹.

Ciò che infatti il legislatore unicamente richiede è la concessione della disponibilità (e l'uso) di una formula commerciale, e non già che la formula commerciale sia tale da dar luogo ad un'immagine comune della rete⁶². Quest'ultima potrà costituire

⁵⁸ Cfr., in questi termini, TORRESI, *La nozione di know-how*, cit., 54; cfr. anche FINESI, *La tipizzazione ... (prima parte)*, cit., 1482. Cfr. FRIGNANI, *Il «franchising» di fronte all'ordinamento italiano: spunti per un'indagine comparatistica*, cit., 256, il quale esclude che la concessione del *know-how* sia necessaria ai fini dello svolgimento di un'attività in *franchising*.

⁵⁹ Su cui v. *infra* nel testo.

⁶⁰ Cfr. FRIGNANI, *Il «franchising» di fronte all'ordinamento italiano: spunti per un'indagine comparatistica*, cit., 264 s.

⁶¹ Cfr. tra gli altri, espressamente, ZUDDAS, *Somministrazione. Concessione di vendita. Franchising*, cit., 315: «è indispensabile l'effettivo trasferimento di un fascio di diritti necessari perché l'impresa del *franchisee* venga identificata come un'aggregazione del *franchisor*, dovendo ipotizzarsi, in difetto, addirittura la nullità del contratto per mancanza di causa ... L'immagine è dunque un elemento fondamentale ...».

⁶² Diversamente sulla base dell'abrogato regolamento comunitario n. 4087/88, che tra gli elementi essenziali del contratto di *franchising*, inseriva espressamente «[l']uso di una denominazione o di un'insegna commerciale comune di una presentazione uniforme della sede e/o dei mezzi di trasporto oggetto del contratto» (art. 1, 3° co., lett. b). Cfr. infatti in giurisprudenza Trib. Crema, 23 novembre 1994, in *Contratti*, 1006, 52, n.

una mera conseguenza di fatto dell'uso della formula commerciale, così come essere di grado maggiore o minore a seconda del contenuto concreto della formula (nonché del regolamento pattizio)⁶³.

4.1.1. LA PREVENTIVA SPERIMENTAZIONE DELLA FORMULA COMMERCIALE

Ai sensi dell'art. 3, 2° co., l. 129/2004, «per la costituzione di una rete di affiliazione commerciale l'affiliante deve aver sperimentato sul mercato la propria formula commerciale»⁶⁴.

La dottrina si è sforzata di interpretare questa disposizione interrogandosi soprattutto sul contenuto dell'obbligo e sulle conseguenze della sua violazione sul contratto di *franchising*.

Quanto al contenuto, premesso che la norma non individua le modalità della sperimentazione⁶⁵, si è sostenuto che queste debbano risultare adeguate in concre-

BERTI; in *Resp. comunicazione impr.*, 104; in *Rep. Foro it.*, 1996, «Contratto in genere», n. 225: «In virtù di una corretta qualificazione dei rapporti tra le parti, al di là del nomen iuris «concessione di vendita» (nella specie, settore automobilistico) figurante nel testo contrattuale, è ravvisabile un rapporto contrattuale riconducibile alla figura del franchising quando l'integrazione tra rivenditore e società di distribuzione raggiunge un tale grado di intensità da potersi attingere al rapporto la definizione che di tale contratto fornisce l'art. 1 n. 3 lett. b) reg. Cee 4087/88; a fronte dell'indiscutibile autonomia del concedente rispetto al concessionario, deve farsi riguardo alla immagine che, nella fattispecie concreta (settore automobilistico), la società concedente ed i singoli concessionari danno di sé sul mercato, creando nei consumatori l'affidamento che trattasi di un unico soggetto che opera sul territorio attraverso vari rivenditori; quando tale affidamento risulta incolpevole, la sua ingiustificata lesione potrà ricevere tutela aquiliana; pertanto, ben può l'acquirente agire direttamente nei confronti del concedente, anche ex art. 2058 c.c.».

⁶³ Cfr. invece NERVI, *La nozione di franchising*, cit., 30, il quale collega la concessione della franchigia all'identificazione immediata dell'affiliato come parte della rete distributiva dell'affiliante ed esteriormente con lo stesso affiliante, dal momento che «il consumatore è reso edotto che presso l'affiliato può acquistare il bene/servizio dell'affiliante, come se quest'ultimo venisse commercializzato dall'affiliante in prima persona. Questo è il dato fattuale che caratterizza il fenomeno del *franchising*: l'affiliato non è un mero intermediario fra l'affiliante/produttore ed il consumatore, ma è un operatore che si presenta esteriormente come diretta emanazione dell'affiliante medesimo».

⁶⁴ Si tratta di un profilo già considerato nei tentativi di autoregolamentazione del settore. Nel codice deontologico europeo del *franchising*, tra le obbligazioni dell'affiliante figura la seguente: «prima di porre in essere la propria rete di affiliazione commerciale l'affiliante dovrà aver già sviluppato con successo i propri piani di attività per un tempo ragionevole e con almeno un'unità pilota» (art. 2, 2° co., lett. a); in ciò seguito dal codice deontologico dell'Assofranchising (disponibile in http://www.assofranchising.it/cod_deontologico-aif.htm) che più specificamente prevede che «prima di costituire la propria rete di *franchising*, l'affiliante dovrà aver sperimentato sul mercato, con successo, la propria formula, per un periodo minimo di 1 anno, con almeno un'unità pilota, qualora applicabile» (art. 2).

⁶⁵ Nel corso dell'*iter* di approvazione della legge sono scomparsi i riferimenti, originariamente presenti, al termine minimo di durata della sperimentazione e al numero di unità pilota mediante le quali dovesse effettuarsi: cfr. FRIGNANI, *Franchising*, cit., 74 ss., il quale, nel valutare favorevolmente la soluzione finale, dà conto delle ragioni che avrebbero resa non opportuna una specificazione legislativa del contenuto dell'obbligo. Diversamente, il codice deontologico dell'Assofranchising è più preciso nel richiedere la sperimentazione per almeno un anno (cfr. art. 2).

to⁶⁶. Altri hanno ritenuto che la sperimentazione vada effettuata con almeno due unità pilota, poiché non sarebbe altrimenti possibile inserire l'affiliato in un sistema costituito da una pluralità di affiliati, così come richiede l'art. 1, 1° co., della legge⁶⁷.

Di certo, la sperimentazione non potrebbe essere meramente ipotetica, perché è stabilito espressamente che essa debba avere luogo "sul mercato"⁶⁸ (che, poi, non essendovi specificazioni ulteriori, potrebbe essere sia quello al dettaglio sia quello all'ingrosso⁶⁹).

È consentito che la sperimentazione sia effettuata direttamente dal *franchisor* o da quest'ultimo tramite terzi soggetti, rispetto ai quali si pone il problema di stabilire se siano affiliati ai sensi e per gli effetti della l. 129/2004⁷⁰.

Quanto alle conseguenze della violazione della norma, alcuni autori ritengono che in tal caso il contratto eventualmente stipulato sarebbe nullo perché il *franchisor*, essendo la formula commerciale "vuota", non potrebbe fornire quel *know-how* che costituisce elemento essenziale del contratto⁷¹. Altri autori, invece, elevano la sperimentazione preventiva a requisito della fattispecie (o meglio a condizione per la sussistenza del requisito dell'inserimento dell'affiliato in una rete di affiliati *ex art. 1, 1° co.*), concludendo nel senso che il contratto stipulato in assenza di sperimentazione non potrebbe qualificarsi come *franchising*⁷². Altri autori ancora, preoccupati che le precedenti soluzioni non rendano giustizia all'affiliato nella misura in cui impediscono di applicare le norme legislative a lui favorevoli, sostengono che la mancata sperimentazione sia tutt'al più fonte di risarcimento del danno e possibile causa di annullamento del contratto per dolo⁷³.

⁶⁶ Cfr. in questi termini M. CIAN, *La nuova legge*, cit., 1164 (il quale poi aggiunge un imprecisato riferimento ad un adempimento da intendersi correlato alle aspettative dell'affiliato, così come maturate sulla base delle informazioni ricevute dall'affiliante); cfr. anche FINESSI, *La tipizzazione ... (prima parte)*, cit., 1488, secondo cui la durata minima dovrà essere valutata caso per caso in relazione alla specifica attività imprenditoriale intrapresa; sulla ragionevolezza della durata della sperimentazione, cfr. LEO, *Forma e contenuto del contratto*, in DE NOVA-LEO-VENEZIA, *Il franchising*, Milano, 2004, 19 ss. Ad un tempo ragionevole di sperimentazione fa riferimento l'art. 2, 2° co., lett. a) del codice deontologico europeo del *franchising*.

⁶⁷ In tal senso FINESSI, *La tipizzazione ... (prima parte)*, cit., 1487 s.

⁶⁸ Cfr. M. CIAN, *La nuova legge*, cit., 1164, il quale giudica quindi insufficiente sia un'analisi speculativa delle prospettive di sviluppo e reddituali della formula, sia una semplice indagine di mercato, per quanto capillare.

⁶⁹ In tal senso cfr. anche BERLOTTI, *La nozione*, cit., 86.

⁷⁰ Cfr. LEO, *Forma e contenuto del contratto*, cit., 18.

⁷¹ In questi termini DE NOVA, *La nuova legge*, cit., 761.

⁷² Cfr. FINESSI, *La tipizzazione ... (prima parte)*, cit., 1488; così, pare, anche NERVI, *La nozione*, cit., 37, e LEO, *Forma e contenuto del contratto*, cit., 16 (anche se successivamente l'A. riconduce alla violazione della norma, in quanto imperativa, la nullità: cfr. EAD, *op. cit.*, 25).

⁷³ Cfr. M. CIAN, *La nuova legge*, cit., 1158, il quale però successivamente ritiene che se la formula non è esistente il contratto è nullo per inesistenza dell'oggetto (o per mancanza di causa). FRIGNANI, *Franchising*, cit., 81, ritiene che l'azione risarcitoria, se ed in quanto la mancata sperimentazione abbia causato danni all'affiliato, sia «il rimedio più plausibile»

La tesi corretta appare quella della nullità, pur dovendosene meglio illustrare i motivi.

Invero, l'art. 3, 2° co., è da interpretarsi come una norma che pone una condizione di possibilità giuridica dell'oggetto della prestazione del franchisor: finché l'onere di sperimentazione non è assolto, la formula commerciale non è un oggetto suscettibile dell'atto di disposizione di cui all'art. 1, 1° co., l. 129/2004 (più ampiamente, qualora si ritenesse che l'insieme di cui all'art. 1, 1° co., sia un bene giuridico in sé, si potrebbe parlare della sperimentazione come condizione di esistenza di questo bene e, per questa via, pur sempre di possibilità dell'oggetto del *franchising*⁷⁴).

Il legislatore, infatti, ipotizza una situazione normale in cui il *franchisor* è un imprenditore che, dopo aver commercializzato determinati beni o servizi, decide di sfruttare (anche o soltanto) indirettamente la propria formula commerciale concedendone onerosamente l'uso ad una pluralità di affiliati; e per questa via esclude dall'area del *franchising*, ritenendola occasione di possibili condotte fraudolente, quella situazione in cui il *franchisor* sia un mero inventore di un'idea da mettere a disposizione di terzi per lo svolgimento di attività economica⁷⁵.

Il modo mediante il quale il legislatore conforma la fattispecie legale al modello di *franchising* sottinteso è proprio quello di subordinare la possibilità della disposizione della formula commerciale alla sua preventiva sperimentazione sul mercato.

La concessione della disponibilità della formula commerciale non preventivamente sperimentata è dunque prestazione giuridicamente impossibile ex art. 3, 2° co., l. 129/2004. Quel contratto di *franchising* in cui il *franchisor* ceda la disponibilità di una formula non ancora sperimentata sarebbe dunque nullo per impossibilità giuridica dell'oggetto (della prestazione e di conseguenza dell'oggetto) del contratto.

Là dove la sperimentazione non si sia ancora conclusa, le parti, per "bloccare" l'affare mediante un accordo valido, dovrebbero allora o concludere un *franchising* sottoposto a termine iniziale o alla condizione sospensiva dell'avvenuta sperimentazione, perché la sopravvenuta possibilità dell'oggetto prima della scadenza del termine o dell'avveramento della condizione rende valido il contratto (art. 1347, c.c.); oppure stipulare un contratto preliminare di *franchising*, dovendo l'impossibilità dell'oggetto che rende nullo il contratto valutarsi al momento della conclu-

⁷⁴ Essendo l'esistenza del bene rilevante sotto il profilo della possibilità dell'oggetto del contratto: cfr. E. GABRIELLI, *Il contenuto e l'oggetto*, in ID. (a cura di), *I contratti in generale*², I, in *Tratt. dei contratti*, diretto da Rescigno ed E. Gabrielli, Torino, 2006, 762 ss.

⁷⁵ Che la *ratio* della norma sia di evitare fenomeni fraudolenti, come le cc.dd. "catene di S. Antonio" o "vendite piramidali" appare pacifico: cfr., ad esempio, NERVI, *La nozione*, cit., 38; FRIGNANI, *Franchising*, cit., 57. Sul tema, oggetto adesso di uno specifico provvedimento legislativo, la l. 17 agosto 2005, n. 173, che ha qualificato la promozione e realizzazione di vendite piramidali come una fattispecie penalmente rilevante, cfr., anche per riferimenti, BATELLI, *Vendite piramidali*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., agg. III, t. II, Torino, 2007, 1286 ss.

sione (non già del preliminare, ma) del contratto definitivo (o della sentenza *ex art. 2932, c.c.*)⁷⁶.

L'invalidità del contratto di *franchising* impedisce praticamente di costituire una rete di *franchising*, spiegandosi così perché la legge parli di sperimentazione necessaria «per la costituzione di una rete di affiliazione commerciale».

Non convince peraltro la tesi della preventiva sperimentazione come elemento (indirettamente) tipologico del *franchising*, perché, come si dirà, requisito della fattispecie non è l'esistenza di una rete, bensì l'obbligazione di inserire il *franchisee* in una rete di *franchising*.

Il *franchisor*, come detto, potrebbe anche affidare la sperimentazione a terzi. Se il contratto ha questo particolare oggetto e svolge questa particolare funzione, esso sarà un contratto atipico (talvolta denominato in dottrina contratto di *pilotage* o di *pre-franchising*⁷⁷) di cui dovrebbero valutarsi, secondo le regole generali, la meritevolezza degli interessi perseguiti e la disciplina applicabile, fermo restando che questa non può essere quella del *franchising* perché la prestazione tipica che individua il contratto di *franchising* è la concessione della disponibilità di una formula commerciale, e non già l'assunzione dell'obbligazione di sperimentare una formula commerciale. Il contratto di sperimentazione di una formula commerciale non è dunque riconducibile al *franchising*⁷⁸ e i terzi che si assumono l'obbligazione di sperimentare una formula commerciale non sono "affiliati" e non potranno pertanto godere delle norme di protezione che la legge 129/2004 riserva a questi ultimi⁷⁹.

Non sarebbe corretto affermare che la soluzione in termini di invalidità del contratto di *franchising* per impossibilità dell'oggetto sia non opportuna (e dunque inefficiente) per ragioni di tutela dell'affiliato. L'affiliato infatti ha interesse ad uscire da un rapporto contrattuale di *franchising* se la formula commerciale è rischiosa perché

⁷⁶ Cfr. di recente in questo senso Cass., 19 maggio 2005, n. 10600, in *Rep. Foro it.*, 205, «Contratto in genere», n. 532. Sul punto cfr. ampiamente in dottrina GAZZONI, *Il contratto preliminare*², in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Bessone, vol. XIII, t. II, Torino, 2002, 104 ss.

⁷⁷ Cfr. M. CIAN, *La nuova legge*, cit., 1164.

⁷⁸ Cfr. in questo senso LEO, *Forma e contenuto del contratto*, cit., 18, secondo cui tali contratti sarebbero appunto atipici; secondo NERVI, *La nozione*, cit., 37, «la sussistenza del *franchising* dovrà essere esclusa in tutti i casi in cui la formula commerciale sia ancora in fase sperimentale»; l'A. non sembra però distinguere tra l'ipotesi in cui la sperimentazione della formula commerciale sia oggetto e causa del contratto, che, come detto nel testo, non è qualificabile come *franchising*, e quella in cui si conceda la disponibilità di una formula commerciale in realtà ancora non sperimentata, che, come detto nel testo, dà luogo ad un contratto di *franchising* nullo per impossibilità giuridica dell'oggetto.

⁷⁹ Cfr. però NERVI, *La nozione*, cit., 40, il quale da un lato ritiene la disciplina della legge 129/2004 applicabile in via analogica ai rapporti di natura sperimentale, sulla base dell'identica *ratio* di tutela degli affiliati, dall'altro propone di considerare la disposizione di cui all'art. 3, 2° co., come non operativa a detrimento dell'affiliato, bensì di intenderla come diretta a porre vincoli soltanto all'affiliante in correlazione con gli obblighi informativi che la legge pone a suo carico.

non preventivamente sperimentata dal *franchisor*. Egli, per di più, se ha subito danni (come è plausibile, dovendo di norma effettuare investimenti specifici per lo svolgimento dell'attività in *franchising*) potrà chiederne il risarcimento al *franchisor* ex art. 1338, c.c. La concreta applicabilità di questa norma alla fattispecie in oggetto dovrebbe infatti essere fuori discussione, se si considera da un lato che il *franchisor* non solo non avrà dato notizia della causa d'invalidità, ma avrà addirittura fornito al *franchisee* false informazioni sull'avvenuta sperimentazione, dall'altro che il *franchisor* non soltanto ha conoscenza della causa d'invalidità del contratto, ma l'ha addirittura provocata con il proprio comportamento omissivo⁸⁰.

4.2. L'inserimento del franchisee nella rete di franchising

Il *franchisor* è tenuto ad inserire l'affiliato in un sistema costituito da una pluralità di affiliati distribuiti sul territorio. L'inserimento dell'affiliato in una rete di *franchising* è dunque oggetto di una obbligazione tipica del *franchisor*.

In tal senso deve infatti interpretarsi il riferimento letterale all'«inserendo l'affiliato» di cui alla definizione legislativa del *franchising*, non apparendo convincente, per ragioni logiche prima ancora che giuridiche, la teoria secondo cui il sistema di *franchising* debba preesistere alla stipula del contratto affinché quest'ultimo possa qualificarsi come *franchising*⁸¹.

⁸⁰ Non osta a questa conclusione l'orientamento giurisprudenziale secondo cui non v'è responsabilità per mancata comunicazione qualora causa di invalidità sia la violazione di norma imperativa o proibitiva di legge, tale da dover essere nota per presunzione assoluta a tutti i cittadini o comunque tale da poter essere conosciuta attraverso un comportamento di normale diligenza (cfr., per questo orientamento, di recente, Cass., 2 marzo 2006, n. 4635, in *Rep. Foro it.*, 2006, «Contratti della p.a.», n. 8). Nel caso di specie, infatti, la mancata conoscenza non attiene alla norma di legge violata (cioè l'art. 3, 2° co., l. 129/2004), bensì al fatto da cui deriva l'invalidità del contratto (cioè la mancata sperimentazione preventiva sul mercato della formula commerciale): cfr. in questi termini CARRESI, *Il contratto*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, continuato da Mengoni, XXI, t. 2, Milano, 1987, 717, il quale fa l'esempio dell'invalidità che dipenda dal fatto che una parte sia cittadino straniero o imprenditore fallito o professionista non iscritto all'albo, oppure dall'impossibilità della prestazione causata dall'inesistenza o dal perimento della cosa o da altre cause. Peraltro, sempre nel caso *de quo*, la nullità non deriva direttamente dalla violazione dell'art. 3, 2° co., l. 129/2004, bensì dal vizio di un requisito essenziale del contratto di *franchising* prodotto dalla violazione di questa disposizione: quindi la nullità non si verifica ex art. 1418, 1° co., c.c., per contrasto con norma imperativa, ma ex art. 1418, 2° co., c.c., per mancanza dei requisiti dell'oggetto.

⁸¹ L'interpretazione criticata nel testo è stata proposta da LEO, *Forma e contenuto del contratto*, cit., 21; FINESI, *La tipizzazione ... (prima parte)*, cit., 1488. Così, pare, anche NERVI, *La nozione*, cit., 37. La tesi si fa originariamente risalire a DE NOVA (cfr. FRIGNANI, *Franchising*, cit., 49, nt. 59), ma in realtà non sembra questo il pensiero dell'Autore, il quale, in un suo brano molto citato (riproposto in DE NOVA, *La nuova legge*, cit., 762), aveva affermato: «il contratto di *franchising* non può essere compreso se si considera isolatamente un singolo contratto. Il contratto di *franchising* è lo strumento per creare una rete, un sistema di *franchising*. Un solo contratto di *franchising* non ha senso (a meno che sia il primo di quel *franchisor*)», facendo dunque intendere che anche il primo contratto di *franchising* «ha senso» e che se la pluralità di contratti è la norma, non per questo il primo contratto di *franchising*, con cui si comincia a creare la rete, non è un contratto di *franchising*.

Non sempre infatti è possibile che il sistema di *franchising* preesista al contratto di *franchising*, perché deve pur esservi un momento in cui il sistema ha inizio, in cui cioè si conclude il primo contratto mediante il quale si comincia a dare luogo al sistema. Si deve allora escludere la natura di *franchising* di questo primo contratto? E se questo primo contratto non è di *franchising* e se dunque chi lo stipula non è tecnicamente un affiliato, come potrebbe mai realizzarsi quella “pluralità di affiliati” che è presupposto *ex art. 1, 1° co.*, per la qualificazione del contratto di *franchising*?

Se si vuole condividere la tesi qui criticata, interrompendo il corto-circuito logico che essa innesta, si dovrebbero allora percorrere due vie.

La prima potrebbe essere quella di ritenere il *franchisor* vincolato a stipulare inizialmente e contestualmente almeno tre contratti di *franchising* (o a condizionare sospensivamente l'efficacia di ciascun contratto alla conclusione e all'efficacia degli altri due), cosicché ciascun *franchisee* possa rinvenire immediatamente la pluralità di affiliati in cui essere inserito. Ma questa opzione interpretativa non sarebbe convincente, perché – al di là della difficoltà pratica (e della possibile inefficienza) di una partenza con almeno tre affiliati – sia la prassi del *franchising* sia più in generale la teoria delle reti d'impresa richiedono per l'esistenza di un “sistema” la presenza di almeno due imprese affiliate e non già di tre, non comprendendosi dunque perché il legislatore del *franchising* avrebbe dovuto applicare *in subiecta materia* una soluzione più rigida e restrittiva dell'iniziativa economica.

La seconda potrebbe essere quella di negare che i primi contratti siano di *franchising* e che i primi affiliati (non meno di due, visto il riferimento alla «pluralità») siano tecnicamente *franchisee*, e ritenere che – nonostante l'impiego del termine “affiliati” – il legislatore abbia inteso fare riferimento o ai punti vendita direttamente gestiti dal *franchisor* oppure a quelli gestiti dagli sperimentatori della formula commerciale (che non sono *franchisee*, come già spiegato). Ma entrambe le opzioni interpretative da un lato si scontrerebbero con il riferimento letterale agli “affiliati” nell'art. 1, 1° co.⁸², dall'altro renderebbero l'obbligo di preventiva sperimentazione di cui all'art. 3, 2° co., un'inutile duplicato dell'obbligo di inserimento in un sistema già esistente *ex art. 1, 1° co.*⁸³.

Ciò considerato, la conclusione corretta sembra quella di qualificare come *franchising* anche il primo contratto della serie, reputando dunque elemento essenziale del tipo legale non già l'inserimento dell'affiliato in un sistema esistente di *franchising*, bensì l'obbligazione del *franchisor* di inserire il *franchisee* in un sistema di *fran-*

⁸² Cfr. infatti FRIGNANI, *Franchising*, cit., 49, secondo cui anche il primo e secondo affiliato lo sono nel verso senso del termine.

⁸³ Il legislatore ha invece reso la fase di sperimentazione estranea al circuito del *franchising* strettamente inteso: solo terminata questa fase, infatti, si può costituire una rete, come afferma espressamente l'art. 3, 2° co., l. 129/2004, ovvero sia stipulare il primo contratto di affiliazione.

chising già esistente o ancora da costituirsi, e in quest'ultimo caso di dar vita al sistema, concludendo in seguito almeno un altro contratto di *franchising*⁸⁴.

L'oggetto di questa obbligazione va comunque meglio specificato.

Se il sistema di *franchising* non è ancora esistente, il *franchisor* è tenuto a concludere almeno un altro contratto di *franchising*. "Pluralità" nell'art. 1, 1° co., vuol dire infatti che il sistema è composto da almeno due affiliati, e dunque è necessario che al primo se ne aggiunga un secondo affinché il sistema possa dirsi formato e l'obbligazione del *franchisor* (assunta nel primo contratto di *franchising*) adempiuta.

È peraltro possibile che il contratto di *franchising* vincoli il *franchisor* ad affiliare (o a mantenere) un determinato numero (superiore a due) di *franchisee*, ma in mancanza di questa pattuizione non sembra che la previsione legislativa possa interpretarsi nel senso di esigere un numero ragionevole, adeguato, ecc., di affiliati.

In secondo luogo, il sistema si costituisce ed è esistente solo quando oggetto dei due rapporti di *franchising* sia la medesima formula commerciale di cui si concede la disponibilità, poiché, come già rilevato, è la formula commerciale l'elemento che identifica una rete di *franchising*. L'obbligazione di inserire l'affiliato in un sistema di affiliati sarebbe pertanto inadempita qualora l'altro contratto (o gli altri contratti) di *franchising* si basasse (o si basassero) su una formula commerciale diversa⁸⁵.

Ciò detto, v'è da chiedersi se dal rilievo causale che l'inserimento dell'affiliato in un sistema assume possa farsi derivare qualche ulteriore e più generale conseguenza in termini di struttura dell'operazione di *franchising*. Segnatamente, se la previsione legislativa realizzi un collegamento necessario (cioè tipico) tra i due (tanto è, come detto, il minimo necessario) o più contratti di *franchising*, rendendo ad essi applicabile la relativa disciplina.

In effetti, se è vero che, come sostiene autorevole dottrina, «il contratto di *franchising* non può essere compreso se si considera isolatamente un singolo contratto», poiché esso «è lo strumento per creare una rete, un sistema di *franchising*», talché «un solo

⁸⁴ In questi termini, giustamente, anche BERTOLOTTI, *La nozione*, cit., 82 ss.; cfr. anche FRIGNANI, *Franchising*, cit., 49 s., il quale, pur non parlando di obbligazione del *franchisor*, sostiene che la costituzione del sistema sia «la finalità e la strategia commerciale che vuol perseguire l'affiliante; è dunque un traguardo che si raggiunge gradualmente»; secondo M. CIAN, *La nuova legge*, cit., 1158, la preesistenza di un sistema non può essere condizione per la riconducibilità del contratto all'affiliazione perché non vi sarebbe ragione di privare i primi due affiliati delle garanzie assicurate dalla nuova disciplina: pertanto, ai fini della qualificazione è sufficiente la finalizzazione all'incardinamento del nuovo affiliato in un progetto di sistema in via di formazione. Non appare corretto pervenire (come fa FINESSI, *La tipizzazione ... (prima parte)*, cit., 1488) alla soluzione opposta sulla base di quanto disposto dall'art. 4, 1° co., lett. d), l. 129/2004, perché i contenuti degli allegati che il *franchisor* è obbligato a consegnare all'aspirante affiliato possono essere meramente eventuali, nella misura in cui non vi fosse una realtà corrispondente a quella da descriversi, come nel caso in cui mancassero affilianti operanti nel sistema e punti vendita diretti dell'affiliante.

⁸⁵ Irrilevante pare invece l'elemento del corrispettivo, che potrebbe essere diverso per ciascun affiliato.

contratto di *franchising* non ha senso»⁸⁶, e se è vero che la stessa disciplina legislativa inquadra necessariamente il singolo contratto di *franchising* (e il singolo *franchisee*) nel contesto più ampio di un “sistema”⁸⁷, allora i due o più contratti di *franchising* posti in essere dal *franchisor*, pur strutturalmente e casualmente autonomi, devono considerarsi come destinati a realizzare un’operazione economica unitaria, quella della costituzione, del mantenimento e dello sviluppo di una rete di *franchising*⁸⁸.

Da qui la possibilità di applicare ai contratti di *franchising* i principi della disciplina sul collegamento contrattuale⁸⁹.

4.3. Le obbligazioni del franchisee: il pagamento del corrispettivo

Il *franchising* è un contratto essenzialmente oneroso⁹⁰. Infatti, l’art. 1, 1° co., l. 129/2004, nel definire il contratto, correla la concessione della disponibilità della formula commerciale da parte dell’affiliante al versamento di un “corrispettivo” da parte dell’affiliato⁹¹.

Questo elemento è preso in considerazione in altri luoghi della normativa.

L’art. 1, 3° co., definisce il “diritto di ingresso” (o *entry fee*) come «una cifra fissa rapportata anche al valore economico e alla capacità di sviluppo della rete, che l’affiliato versa al momento della stipula del contratto di affiliazione commerciale» (lett. b), e le “*royalties*” come «una percentuale che l’affiliante richiede all’affiliato commi-

⁸⁶ Così DE NOVA, *La nuova legge*, cit., 762.

⁸⁷ Sotto questo profilo ancora più nette sono le disposizioni del codice deontologico europeo del *franchising*, che all’art. 2, 1° co., descrive l’affiliante come «il promotore di una rete di affiliazione, composta dallo stesso e dai propri affiliati, di cui l’affiliante è lo stabile tutore», e all’art. 5, 2° co., stabilisce che «il contratto dovrà riflettere gli interessi dei membri della rete di affiliazione con la protezione dei diritti di proprietà industriale o intellettuale dell’affiliante e con il mantenimento della comune identità e reputazione della rete».

⁸⁸ Il presupposto di questa conclusione è che i diversi contratti di *franchising* abbiano ad oggetto la medesima formula commerciale, perché è quest’ultima che identifica il «sistema». Se il *franchisor* e la formula commerciale sono sempre gli stessi, diversi sono invece i *franchisee*, ma ciò non osta alla ricostruzione in termini di collegamento negoziale perché è pacifico che l’identità soggettiva delle parti dei diversi contratti collegati non è requisito essenziale della fattispecie del collegamento (come dimostra la costante giurisprudenza in tema di collegamento tra contratto di *leasing* e contratto di fornitura: cfr. di recente Cass., 5 luglio 2004, n. 12279, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, I, 765, n. SOLINAS).

⁸⁹ Sui limiti di questa disciplina nel risolvere le questioni che un contratto di rete come il *franchising* presenta, cfr. però CAFAGGI, *Reti contrattuali e contratti di rete: ripensando il futuro*, in CAFAGGI e IAMICELI (a cura di), *Reti di imprese tra crescita e innovazione organizzativa*, Bologna, 2007, 433 ss.; sul punto, cfr. adesso anche M. FLICK, *Il contratto nelle «reti di imprese»: problemi e prospettive*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, 339 ss.

⁹⁰ Il dato testuale è insuperabile, come già correttamente rilevato da M. CIAN, *La nuova legge*, cit., 1160. cfr. in questo senso anche FINESSI, *La tipizzazione ... (prima parte)*, cit., 1483. In un contratto di durata come il *franchising*, però, la necessaria onerosità sembra compatibile con fasi del rapporto, in particolare quella iniziale, in cui si preveda l’assenza di corrispettivo.

⁹¹ Il regolamento comunitario n. 4087/88 prevedeva invece a carico del *franchisee* un «corrispettivo finanziario, diretto o indiretto» (art. 1, 3° co., lett. b). Così anche il codice deontologico europeo (art. 1, 1° e 2° co.)

surata al giro d'affari del medesimo o in quota fissa, da versarsi anche in quote fisse periodiche» (lett. *c*).

L'art. 3, 4° co., invece, include tra gli elementi che il contratto deve espressamente indicare le «eventuali spese d'ingresso» (lett. *a*) e «le modalità di calcolo e di pagamento delle *royalties*» (lett. *b*).

Infine, l'art. 2, nel definire il contratto di affiliazione commerciale principale, prevede a carico dell'affiliato un «corrispettivo, diretto o indiretto».

Ci si chiede se il corrispettivo debba necessariamente essere pecuniario o possa anche avere natura diversa, e nel primo caso se esso possa consistere indifferentemente nell'*entry fee* o nelle *royalties*, oppure se debba comprendere necessariamente le seconde.

Muovendo dal secondo quesito, parte della dottrina è giunta alla conclusione che il pagamento di *royalties* sia un elemento essenziale della fattispecie legale, dal momento che l'art. 3, 4° co., lo include tra quelli che il contratto deve espressamente indicare. Diversamente per l'*entry fee*, posto che nel citato art. 3, 4° co., essa è considerata come «eventuale»⁹².

Come però già osservato con riguardo alla pretesa essenzialità della fornitura di *know-how*, si deve nuovamente ribadire che, così argomentando anche con riguardo all'essenzialità delle *royalties*, la dottrina confonde il profilo della necessaria determinatezza di taluni elementi del contratto, di cui si occupa l'art. 3, 4° co., con quello della necessaria ricorrenza di questi elementi ai fini della qualificazione del contratto. Dalla previsione di cui all'art. 3, 4° co., non sarebbe dunque possibile inferire che il pagamento di *royalties* costituisca un elemento essenziale del tipo legale⁹³.

Ove poi questa fosse la conclusione, si otterrebbe un'ingiustificabile ed irragionevole compressione dell'autonomia privata, fonte di inefficienze nella misura in cui impedisca alle parti di fissare il corrispettivo nella forma per esse più soddisfacente⁹⁴.

⁹² Cfr. in tal senso DE NOVA, *La nuova legge*, cit., 762, il quale afferma «certo è che perché vi sia *franchising* è necessario che vi sia un corrispettivo per l'utilizzo del "package": non basterebbe il pagamento dei beni o servizi al *franchisor*», lasciando così forse trapelare qualche perplessità rispetto alla precedente affermazione per cui «ritengo ... necessario il pagamento di *royalties*»; BORTOLOTTI, *Il contratto di franchising*, cit., 27, 35; FRIGNANI, *Franchising*, cit., 84, lamenta che in tal modo «il legislatore italiano non ha voluto dare ascolto a quanti avevano osservato che nel *franchising* di distribuzione di beni il corrispettivo in *royalties* può mancare, trovando l'affiliante il proprio profitto nel prezzo di cessione della merce. Questo avrebbe dovuto comportare che l'elemento in esame doveva essere collocato nella categoria degli oggetti eventuali».

⁹³ Giunge alla stessa conclusione, ma senza motivare, M. CIAN, *La nuova legge*, cit., 1160. FRIGNANI, *Franchising*, cit., 45, ritiene invece che nel *franchising* di distribuzione sia possibile una forma di corrispettivo diversa dalle *royalties*, e cioè il corrispettivo essere compreso nel prezzo di cessione dei beni dall'affiliante all'affiliato; in questa direzione, l'A. ritiene trasponibile al *franchising* la previsione del corrispettivo anche "indiretto" inserita dal legislatore nella definizione del *master franchising*: non sarebbe infatti logico «dichiarare che il corrispettivo per l'affiliante nel *master* può essere anche "indiretto", mentre tale non potrebbe essere nel caso dell'affiliato».

⁹⁴ Su quest'ultimo punto, cfr. *infra* par. 13.

Nella definizione del *franchising*, invece, si parla solo di «corrispettivo». Questo corrispettivo può consistere, e di norma effettivamente consiste (tanto è vero che il legislatore si preoccupa di definire queste ricorrenti espressioni all'art. 1, 3° co.), in *entry fee* e/o *royalties*. Ma non è escluso, e la legge non lo impedisce, che le parti si accordino per un corrispettivo diverso, anche di natura non pecuniaria.

Verso questa conclusione orienta il fatto che quando il legislatore, nel definire singoli contratti, ha fatto generico riferimento ad un "corrispettivo" (cfr., ad esempio, art. 1571, c.c.), ha inteso riferirsi ad una prestazione di varia natura⁹⁵, a differenza di quando ha impiegato l'espressione "corrispettivo di un prezzo" (cfr., ad esempio, art. 1470, c.c.) o "corrispettivo in danaro" (cfr., ad esempio, art. 1655, c.c.), volendo invece in questi ultimi casi sottolineare senz'altro la natura pecuniaria della prestazione⁹⁶.

Da qui la possibilità che nel *franchising* il corrispettivo non consista nel pagamento di una somma di denaro (sia a titolo di *entry fee*, sia di *royalties*), ma in una prestazione con diverso oggetto, purché sia economicamente utile al *franchisor* e comporti un sacrificio economico per il *franchisee*, quale può essere (come normalmente accade o, quanto meno, è accaduto⁹⁷) nel *franchising* di distribuzione l'acquisto di una quantità minima di beni dal *franchisor*⁹⁸.

Laddove il mero pagamento – nel *franchising* di distribuzione – dei beni acquistati dal *franchisor* ai fini della successiva rivendita non integra il requisito della onerosità⁹⁹, a meno che il prezzo non comprenda una quota da imputarsi a corrispettivo per le prestazioni principali del *franchisor* (cioè, concessione all'affiliato della disponibilità della formula commerciale e suo inserimento in un sistema di affiliati)¹⁰⁰.

4.4. (Segue): la commercializzazione di beni o servizi (e l'acquisto di beni nel franchising di distribuzione)

Secondo l'art. 1, 1° co., l. 129/2004, il contratto di *franchising* si conclude «allo scopo di commercializzare determinati beni o servizi».

⁹⁵ Cfr., in questo senso, con riguardo al corrispettivo della locazione, Cass., sez. lav., 29 dicembre 1998, n. 12871, in *Giust. civ.*, 1999, I, 3051, n. D'ARCANGELO; e in dottrina LUMINOSO, *I contratti tipici ed atipici*, I, cit., 474; ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Iudica e Zatti, Milano, 2001, 426.

⁹⁶ Per la necessità del pagamento di una somma di denaro ai fini della configurazione della vendita, cfr. LUMINOSO, *I contratti tipici ed atipici*, I, cit., 61; e dell'appalto, cfr. CAGNASSO, *Appalto nel diritto privato*, *Dig. disc. priv.*, sez. comm., I, Torino, 1987, 166.

⁹⁷ Cfr. ZUDDAS, *Somministrazione. Concessione di vendita. Franchising*, cit., 323, il quale rileva la maggior frequenza, nel *franchising* di distribuzione, dell'obbligo di acquistare un quantitativo minimo di merci rispetto al pagamento di *royalties*.

⁹⁸ Cfr. FINESI, *La tipizzazione ... (prima parte)*, cit., 1483.

⁹⁹ Cfr. BORTOLOTTI, *Il contratto di franchising*, cit., 24.

¹⁰⁰ Cfr. FRIGNANI, *Franchising*, cit., 45; e in senso contrario BORTOLOTTI, *Il contratto di franchising*, cit., 24 s.

Con questa formula non s'intende enunciare la causa del contratto, di cui la commercializzazione di beni o servizi è in realtà soltanto uno degli elementi costitutivi, bensì delimitare l'ambito della fattispecie legale attraverso l'indicazione dell'attività tipica dell'affiliato alla quale è preordinato l'impiego della formula commerciale del *franchisor*.

Si ha dunque sicuramente *franchising* nell'ipotesi in cui il *franchisee* commercializzi determinati beni o servizi grazie alla (e secondo la) formula commerciale del *franchisor* e all'inserimento nel sistema di *franchising* da quest'ultimo costituito e mantenuto.

Secondo parte della dottrina, il riferimento allo scopo di commercializzazione esclude dall'ambito di applicazione della legge il *franchising* di produzione¹⁰¹.

Tradizionalmente infatti, seguendo le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza e dalla legislazione comunitarie, si è soliti individuare tre diverse tipologie di *franchising*: il *franchising* di produzione di beni (o industriale), il *franchising* di distribuzione (o di prodotto) e il *franchising* di servizi¹⁰².

Il *franchising* di produzione è quello in cui il *franchisee* produce un bene secondo la formula commerciale messa a sua disposizione dal *franchisor*.

Ebbene, secondo questa dottrina, tale tipologia di *franchising* non potrebbe qualificarsi come *franchising* ai sensi dell'art. 1, 1° co., l. 129/2004, stante il riferimento in quest'ultima disposizione alla "commercializzazione"¹⁰³.

In verità, questa conclusione si basa sul presupposto che la commercializzazione cui fa riferimento l'art. 1, 1° co., sia solo quella che si realizza applicando la formula commerciale del *franchisor* nell'ambito di un sistema di *franchising*. Se però si guarda alla lettera della legge, il suddetto profilo non è specificato. Pertanto, la commercializzazione potrebbe anche riguardare beni prodotti sì dall'affiliato secondo la formula commerciale dell'affiliante, ma commercializzati "liberamente", cioè non attenendosi ad alcuna formula commerciale del *franchisor*, come sembra inoltre testimoniare

¹⁰¹ Peraltro già escluso dall'ambito dell'abrogato reg. CEE n. 4087/88: cfr. *considerando* n. 4.

¹⁰² La distinzione tra le tre tipologie di *franchising*, che ha particolarmente interessato la successiva letteratura giuridica, è delineata nel citato reg. CEE n. 4087/88. La distinzione era presente già prima in C. Giust. CE, 20 gennaio 1986, causa 161/84, in *Foro it.*, 1987, IV, 400, n. ROBERTI; *Dir. comunitario scambi internaz.*, 1986, 673, n. CORABI; *Giur. comm.*, 1987, II, 36, n. FRIGNANI; *Discipl. comm.*, 1986, 1, 189, n. MORERA; *Foro pad.*, 1986, I, 129, n. RINOLDI; *Riv. dir. ind.*, 1987, II, 277; *Giust. civ.*, 1988, I, 12, relativa ad un caso di *franchising* in materia di distribuzione.

¹⁰³ Cfr. FRIGNANI, *Franchising*, cit., 41 (ma con giudizio negativo sulla soluzione legislativa perché se si considerano le finalità della *disclosure* l'esigenza di tutela del *franchisee* sussisterebbe anche nel *franchising* di produzione: cfr. ID., *op. cit.*, 42); BORTOLOTTI, *Il contratto di franchising*, cit., 28 (con giudizio positivo, perché il *franchising* di produzione costituisce una fattispecie sostanzialmente diversa dalle forme tipiche di *franchising* al dettaglio, per la quale non sussistono, se non in minima parte, le ragioni che hanno portato all'emanazione della legge); M. CIAN, *La nuova legge*, cit., 1156; *contra* FINESSI, *La tipizzazione ... (prima parte)*, cit., 1484.

l'art. 1, 3° co., lett. *d*, là dove per “beni dell'affiliante” intende anche i beni prodotti “secondo le istruzioni” dell'affiliante e “contrassegnati dal suo nome” e non solo i beni “prodotti dall'affiliante”¹⁰⁴.

Né contrasta con questa interpretazione la definizione di sostanzialità del *know-how* fornita dall'art. 1, 3° co., lett. *a*), là dove essa non fa riferimento a conoscenze indispensabili per la produzione, ma solo «per l'uso, per la vendita o la rivendita, la gestione o l'organizzazione dei beni o servizi contrattuali», perché questo sembra un elenco meramente esemplificativo delle possibili destinazioni del *know-how*, e perché, come già rilevato, il *know-how* non è un elemento essenziale della fattispecie¹⁰⁵.

Qualora dunque l'affiliato produca in *franchising* e poi commercializzi (al dettaglio o all'ingrosso) sembrano sussistere i presupposti per la riconduzione della fattispecie al tipo legale.

Diversamente nell'ipotesi in cui l'attività sia di mera produzione, ovvero sia allorché il (presunto) *franchisee* non produca per il mercato (ma sia un “produttore per conto altrui”, ovvero un “sub-produttore”). In questo caso, in effetti, manca la successiva commercializzazione che è elemento essenziale della fattispecie legislativa¹⁰⁶.

Se il *franchising* di produzione per la successiva commercializzazione non fosse ricondotto al tipo legale, si assisterebbe peraltro ad un'ingiustificata disparità di trattamento del *franchising* di produzione rispetto al *franchising* di servizi, che sono invece fattispecie sostanzialmente identiche sotto il profilo della concreta operazione economica che realizzano.

Infatti, con riferimento ai servizi, il momento della produzione coincide con quello della commercializzazione, anzi il primo assorbe il secondo, come dimostra l'art. 2195, c.c., che, nell'individuare gli imprenditori soggetti a registrazione mediante riferimento alle attività svolte, parla di intermediazione nella circolazione (e dunque di attività propriamente commerciale, cioè di scambio) soltanto con riguardo ai beni (1° co., n. 2) e pone i servizi esclusivamente quale oggetto dell'attività industriale produttiva (1° co., n. 1).

Tra l'affiliazione di servizi e quella di produzione l'unica differenza risiede dunque nell'*output* generato, rispettivamente servizi e beni, talché non si giustifica l'esclusione della seconda dall'ambito della disciplina (sempre che, come detto, la produzione in *franchising* sia seguita dalla commercializzazione).

¹⁰⁴ Per questo argomento, cfr. FINESSI, *La tipizzazione ... (prima parte)*, cit., 1484.

¹⁰⁵ Cfr. M. CIAN, *La nuova legge*, cit., 1156, nt. 11, che da ciò trae ulteriore argomento per escludere il *franchising* di produzione dall'ambito della legge.

¹⁰⁶ Questo “*franchising*”, in realtà, dando luogo esclusivamente ad un'ipotesi di decentramento produttivo (o esternalizzazione della produzione), non avrebbe nulla del *franchising* e potrebbe tutt'al più ricondursi alla subfornitura di cui alla l. 192/98.

Una dottrina ritiene invece che il *franchising* di produzione rientri senz'altro nel tipo legale, in virtù del fatto che l'art. 1, 2° co., l. 129/2004, precisa che il contratto «può essere utilizzato in ogni settore di attività economica»¹⁰⁷.

La produzione non può però considerarsi un “settore di attività economica”, tale essendo piuttosto quello contraddistinto dall'oggetto della produzione e commercializzazione, cioè beni o servizi, o più specificamente categorie di beni (abbigliamento, informatica, ecc.) o di servizi (alberghieri, di ristorazione, ecc.)¹⁰⁸.

Se la commercializzazione è elemento essenziale del *franchising*, allora per il *franchisee* essa non può essere facoltativa, ma oggetto di un'obbligazione. Soltanto qualificando come doverosa l'attività di commercializzazione, il *franchising* può realizzare la sua funzione concreta, perché in caso contrario rimarrebbero prive di giustificazione le restanti obbligazioni delle parti e gli interessi delle parti (soprattutto dell'affiliante) non sarebbero soddisfatti. Pertanto, il contratto che attribuisse all'affiliato la facoltà di commercializzare i beni o servizi prodotti o acquistati dall'affiliante, o ne escludesse l'obbligatorietà, non sarebbe un *franchising* ai sensi della l. 129/2004.

La sussistenza di un obbligo di commercializzare presuppone, nel *franchising* di distribuzione, l'obbligo di acquistare i beni del *franchisor*. Nel contratto la quantità può naturalmente determinarsi in diversi modi, e ciò ne influenza la struttura¹⁰⁹, ma l'obbligo di acquisto deve comunque considerarsi elemento essenziale, perché altrimenti l'obbligo di commercializzazione rimarrebbe privo del suo substrato logico¹¹⁰.

Dal riferimento legislativo alla “commercializzazione”, qualcuno in dottrina ha tratto la conclusione che il *franchising* all'ingrosso, quello cioè in cui il *franchisee* non sia un dettagliante ma un grossista, non sia collocabile nella fattispecie legale¹¹¹.

Questa interpretazione non può essere condivisa, perché in realtà la legge non distingue tra commercio al dettaglio e commercio all'ingrosso, e la “commercializzazione” in sé non è solo quella al dettaglio¹¹². Non vi sarebbe peraltro ragione di negare tutela all'affiliato all'ingrosso, perché la finalità della legge non è la tutela dei consumatori finali, bensì la tutela dei *franchisee*¹¹³. Ciò anche considerato che la

¹⁰⁷ Così FINESSI, *La tipizzazione ... (prima parte)*, cit., 1484.

¹⁰⁸ In tal senso, cfr. FRIGNANI, *Franchising*, cit., 60. Sulla distribuzione del modello del *franchising* tra i diversi settori di attività economica, cfr. ASSOFRANCHISING ITALIANA, *Rapporto sul Franchising in Italia 2006*, 28 maggio 2007, in www.assofranchising.it, tabella n. 1.

¹⁰⁹ Sul punto cfr. *infra* par. 7.

¹¹⁰ Così anche PARDOLESI, *Contratti di distribuzione*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988, 7, in sede di ricostruzione teorica dei contratti di distribuzione di prodotti: «l'adempimento dell'obbligo promozionale, ..., postula la stipulazione di singoli contratti per l'acquisto, a condizioni predeterminate, dei prodotti da rivendere».

¹¹¹ Cfr. FRIGNANI, *Franchising*, cit., 41, 60.

¹¹² Lo riconosce anche FRIGNANI, *Franchising*, cit., 42, che non si capisce perché allora tragga dalla lettera della legge la conclusione opposta. Nel senso indicato nel testo cfr. BERLOTTI, *La nozione*, cit., 85 s., il quale fornisce ulteriori argomenti a suffragio di questa conclusione.

¹¹³ Come ammette lo stesso FRIGNANI, *Franchising*, cit., 42.

legge protegge espressamente il *master franchisee* il quale non ha rapporti con i consumatori finali¹¹⁴.

4.5. (Segue): l'uso della formula commerciale del franchisor

Così come per la commercializzazione, il legislatore non ha neanche espressamente affermato la natura obbligatoria dell'uso della formula commerciale da parte dell'affiliato nello svolgimento dell'attività economica.

La legge non dice infatti che l'affiliato deve utilizzare la formula commerciale dell'affiliante, ma soltanto che quest'ultimo ne concede la disponibilità al primo, potendo dunque tale uso reputarsi facoltativo per l'affiliato.

Ma anche qui, come già rilevato per l'obbligo di svolgimento di attività commerciale, se il *franchisee* decidesse in concreto di non impiegare la formula commerciale, l'interesse del *franchisor* e degli altri *franchisee*, che dall'attività di ciascun *franchisee* ricevono benefici indiretti quanto meno in termini di reputazione commerciale, sarebbero compromessi.

Ancora più a monte, il mancato effettivo svolgimento dell'attività in *franchising* da parte dell'affiliato impedirebbe di ritenere raggiunto il numero minimo di due affiliati che, come detto, è necessario *ex art. 3, 2° co., l. 129/2004*, per l'esistenza di un "sistema".

La sostanza dell'operazione economica, individuale e di rete, che si realizza tramite il *franchising* impone dunque di considerare obbligatorio l'uso della formula commerciale da parte del *franchisee*.

Non a caso, l'obbligo fa parte del contenuto socialmente tipico del *franchising*¹¹⁵ ed è stato espressamente contemplato in altri testi antecedenti alla legge italiana.

Il codice deontologico europeo del *franchising*, nel definire il contratto, afferma che «l'affiliante concede ai suoi affiliati il diritto, ed impone loro l'obbligo, di intraprendere un'attività economica in base al sistema elaborato dall'affiliante» (art. 1, 1° co.).

Allo stesso modo, la *Model Franchise Disclosure Law* elaborata dall'Unidroit nel 2002 definisce il *franchise* come «*the rights granted by a party (the franchisor) authorizing and requiring another party (the franchisee) ... to engage in the business of selling goods or services on its own behalf under a system designated by the franchisor*» (art. 2).

Il regolamento comunitario n. 4087/1988, invece, includeva tra gli elementi essenziali del contratto di *franchising* alcuni obblighi, tra cui quello del *franchisee* «all'uso di una denominazione o di un'insegna commerciale comune e di una pre-

¹¹⁴ Sulla disciplina del *master franchising* nell'ambito della legge, rinvio alle considerazioni svolte in FICI, *Il franchising*, cit.

¹¹⁵ Cfr. già FRIGNANI, *Il «franchising» di fronte all'ordinamento italiano: spunti per un'indagine comparatistica*, cit., 254, che tra le clausole più frequenti inserisce l'obbligo del *franchisee* di rispettare determinati *standard* di qualità nella presentazione e nella vendita del prodotto o del servizio.

sentazione uniforme della sede e/o dei mezzi di trasporto oggetto del contratto» (art. 1, 3° co., lett. b).

Non potendosi dunque comprendere il *franchising*, come singolo contratto e come sistema di imprese, senza l'obbligazione del *franchisee* di impiegare la formula commerciale del *franchisor*, quest'ultima obbligazione deve ritenersi un elemento essenziale del contratto di *franchising*, anche in assenza di una espressa indicazione del legislatore in tal senso. Pertanto, un contratto che attribuisse all'affiliato la facoltà di utilizzare la formula commerciale dell'affiliante, o ne escludesse l'obbligatorietà, non sarebbe un *franchising* ai sensi della l. 129/2004.

5. La causa: il *franchising* come contratto di aggregazione di rete

Alla luce dei requisiti soggettivi ed oggettivi della fattispecie legislativa, la funzione economica (ovverosia, la causa) del contratto di *franchising* è quella di dar luogo ad una particolare forma di aggregazione imprenditoriale di tipo reticolare¹¹⁶, i cui benefici e costi rispetto a modelli alternativi di relazioni economiche andrebbero con attenzione valutati¹¹⁷.

Si ha aggregazione nella misura in cui un'attività economica unitaria (di produzione e/o di scambio di determinati beni o servizi) è scissa in diverse fasi, ciascuna svolta da un distinto imprenditore¹¹⁸. Nel *franchising* di distribuzione, il *franchisor* produce (o commercializza) e il *franchisee* commercializza secondo la formula commerciale del *franchisor* i beni che quest'ultimo gli fornisce. Nel *franchising* di produzione e in quello di servizi, il *franchisee* produce e commercializza beni o servizi, avvalendosi degli *input* compresi nella formula commerciale del *franchisor* di cui ottiene la disponibilità.

¹¹⁶ Cfr. FRIGNANI, *Il franchising*, Torino, 1990, 3 ss.; ZUDDAS, *Somministrazione. Concessione di vendita. Franchising*, cit., 277. In generale, per la ricostruzione della nozione di rete di imprese e delle sue caratteristiche distintive rispetto a fenomeni affini, cfr. CAFAGGI, *Reti di imprese: lungo il sentiero di una ricerca*, in CAFAGGI e IAMICELI (a cura di), *Reti di imprese tra crescita e innovazione organizzativa*, cit., 31 ss.

¹¹⁷ Per un'analisi di questo tipo, rinvio a FICI, *Il franchising*, cit.

¹¹⁸ Per l'ampia nozione di "aggregati interaziendali", quali «insiemi di attività economiche svolte da più aziende giuridicamente distinte, legate da rapporti che non sono solo di pura concorrenza o scambio, ma che discendono dall'esistenza di una esplicita od implicita volontà cooperativa», cfr. DEPPERU, *Economia dei consorzi tra imprese*, Milano, 1996, 9 s. Nel senso del testo, cfr. DELLI PRISCOLI, *Franchising e tutela dell'affiliato*, Milano, 2000, 10, secondo cui il *franchising* è da «inquadarsi entro la categoria dei contratti di collaborazione tra imprenditori nei quali un imprenditore è incaricato di assolvere alla fase distributiva o produttiva del ciclo economico dell'altro»; cfr. anche ID., *Franchising, contratti di integrazione e obblighi precontrattuali di informazione*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, I, 1166 s.; sul punto cfr. però SANTINI, *Il commercio e i servizi*, Bologna, 1988, 194, nt. 203, il quale sottolinea che è necessario «non equivocare sul senso di quella collaborazione, la quale non è per nulla paritetica, ma economicamente subordinata in maniera affine a quella del lavoratore subordinato».

Affermando che l'aggregazione è di rete, si vuole innanzitutto evocare la circostanza che tale aggregazione non riguarda soltanto l'affiliante e l'affiliato, ma coinvolge almeno un altro affiliato¹¹⁹, e che tutti gli affiliati sono tenuti ad operare sulla base di una medesima formula commerciale identificativa della rete; in secondo luogo, segnalare la presenza di alcune caratteristiche particolari che la distinguono da altre forme di aggregazione, segnatamente quella di gruppo¹²⁰.

Volendo impiegare le categorie della scienza economico-aziendalistica, che appaiono qui molto utili anche a fini descrittivi, le reti di *franchising* presentano le seguenti caratteristiche:

- a) sono formali, perché si fondano su espliciti accordi, per di più scritti, tra il *franchisor* e i *franchisee* (cfr. art. 3, 1° co., l. 129/2004)¹²¹;
- b) sono asimmetriche, perché (non solo costituite su iniziativa di, ma anche) coordinate e dirette da un'impresa *leader*, ovverosia dal *franchisor*, cui il contratto di *franchising* normalmente riconosce (oltre al potere di imporre l'uso della formula commerciale, anche altri) particolari poteri nei confronti dei *franchisee*. Tali poteri possono essere più o meno ampi, ma, come già rilevato, mai tali, per incidenza ed estensione, da annullare l'autonomia economica dei soggetti della rete, trasformando così l'aggregazione di rete (ancorché asimmetrica) in un'aggregazione di gruppo (gerarchico)¹²².

¹¹⁹ Cfr. CAFAGGI, *Reti contrattuali e contratti di rete*, cit., 424, nt. 13.

¹²⁰ A testimonianza dell'importanza sempre maggiore assunta da questa materia, cfr. l'art. 24 del d.d.l. n. 1644, *Misure per il cittadino consumatore e per agevolare le attività produttive e commerciali, nonché interventi in settori di rilevanza nazionale*, presentato nel corso della XV legislatura. L'art. 24, rubricato "Delega al Governo in materia di configurazione giuridica delle reti di impresa" prevedeva la delega al Governo ad adottare uno o più decreti legislativi volti, tra l'altro, a: «a) definire le forme di coordinamento stabile di natura contrattuale tra imprese aventi distinti centri di imputazione soggettiva, idonee a costituire in forma di gruppo paritetico o gerarchico una rete di imprese; b) definire i requisiti di stabilità, di coordinamento e di direzione necessari al fine di riconoscere le reti di imprese; c) definire le condizioni, le modalità, i limiti e le tutele che assistono l'adozione dei vincoli contrattuali di cui alla lettera a); ... e) definire, anche con riguardo alle conseguenze di natura contabile e impositiva e in materia di mercato del lavoro, il regime giuridico della rete di imprese, eventualmente coordinamento o modificando le norme vigenti in materia di gruppi e consorzi di imprese ...».

¹²¹ Informali o sociali sono invece denominate le forme di aggregazione imprenditoriale non costituite sulla base di accordi espliciti (cfr. SODA, *Reti tra imprese. Modelli e prospettive per una teoria del coordinamento*, Roma, 1998, 151 ss.), a prescindere poi dal fatto se dal punto di vista più strettamente giuridico un accordo implicito possa costituire un vero e proprio contratto, applicando ad esempio la nota teoria dei rapporti contrattuali di fatto (cfr. CAFAGGI, *Il governo della rete: modelli organizzativi del coordinamento inter-imprenditoriale*, in Id. (a cura di), *Reti di imprese tra regolazione e norme sociali*, Bologna, 2004, 70), o sia un accordo non contrattuale o un atto altrimenti giuridicamente rilevante. In definitiva, l'informalità del rapporto in questa accezione non implica necessariamente la sua a-giuridicità ovverosia la sua irrilevanza giuridica.

¹²² La dottrina aziendalistica, infatti, distingue, a seconda dell'autonomia, due forme di aggregazione imprenditoriale, le reti e i gruppi. Alla rete ci si riferisce allorché le imprese coinvolte, dette anche "nodi" della rete, siano giuridicamente ed economicamente indipendenti (cfr. SODA, *Reti tra imprese*, cit., 27 s., 35); al gruppo quando invece sussista la sola indipendenza giuridica, perché quella economica è compromessa dalla presenza in capo

- Occorre peraltro sottolineare che il soggetto al quale spetta una posizione di supremazia all'interno della rete, è colui che è titolare della risorsa necessaria alla costituzione e al funzionamento della rete, cioè della "formula commerciale";
- c) sono contrattuali, perché organizzate e gestite mediante (una serie di) contratti (collegati)¹²³ e non già mediante la costituzione di un ente a ciò appositamente deputato¹²⁴. La rete, conseguentemente, non gode di soggettività autonoma nei rapporti con i terzi¹²⁵;
- d) presentano una struttura "a raggiera", perché dal *franchisor* si snodano i rapporti contrattuali con i diversi *franchisee* che costituiscono la rete, laddove i *franchisee*, pur appartenendo tutti alla medesima rete ed essendo coinvolti in un'operazione economica unitaria, non intrattengono relazioni formali tra loro¹²⁶.
- e) A seconda dei casi, svolgono o soltanto una funzione organizzativa o di coordinamento delle attività economiche delle imprese partecipanti, oppure anche un'autonoma funzione imprenditoriale¹²⁷. Mentre infatti i *franchising* di produ-

all'impresa capogruppo di poteri direttivi e di coordinamento così penetranti da dar luogo nella sostanza ad un unico soggetto economico (cfr. ZATTONI, *Economia e governo dei gruppi aziendali*, Milano, 2000, 18 ss.; AIROLDI-BRUNETTI-CODA, *Economia aziendale*, Bologna, 1994, 386 ss.). Per una rivisitazione critica della distinzione tra gruppi e reti di imprese alla luce del criterio gerarchico di organizzazione e del concetto di autonomia economica, cfr. CAFAGGI, *Il governo della rete*, cit., *passim*, spec. 63 ss., 70 ss. Cfr. anche CAFAGGI, *Reti contrattuali e contratti di rete*, cit., 419, per la necessità *de iure condendo* di definire la differenza tra gruppi e reti di imprese.

¹²³ Sul rapporto tra reti contrattuali costituite attraverso più contratti collegati e reti contrattuali costituite mediante un unico contratto plurilaterale (ad esempio il consorzio), cfr. CAFAGGI, *Reti contrattuali e contratti di rete*, cit., 427 ss., 435.

¹²⁴ Ciò distingue le reti di *franchising* ad esempio da quelle consortili *ex art. 2615-ter, c.c.* Su integrazione via contratto e integrazione via organizzazione, cfr. le attente analisi di SANTINI, *Il commercio e i servizi*, cit., 266 ss.; CAFAGGI, *Il governo della rete*, cit., 85 ss.; IAMICELI, *Le reti di imprese: modelli contrattuali di coordinamento*, in CAFAGGI (a cura di), *Reti di imprese tra regolazione e norme sociali*, cit., 125 ss.

¹²⁵ Il che per un verso non implica anche che l'esistenza di una rete di *franchising* sia priva di rilievo con riguardo alla posizione dei consumatori del *franchisee*, come dimostrano i casi giurisprudenziali in cui, sul presupposto dell'affidamento incolpevole del consumatore sull'identità tra *franchisor* e *franchisee* e/o sull'esistenza dei medesimi standard qualitativi e di correttezza commerciale, si è imputata al *franchisor* una responsabilità aquiliana per fatto del *franchisee*: cfr. Pret. Milano, 21 luglio 1992, in *Contratti*, 1003, 173, n. DE NOVA; *Giur. comm.*, 1993, II, 701; Trib. Crema, 23 novembre 1994, cit.; App. Napoli, 3 marzo 2005, in *Contratti*, 2005, 1133, n. VENEZIA. Decisioni di questo genere incentivano l'adozione da parte del *franchisor* di misure atte a scongiurare questo rischio, quali ad esempio l'obbligo per il *franchisee* di inserire nella propria insegna l'indicazione della propria qualità di affiliato, anche a scapito di una minore immedesimazione nei confronti dei consumatori. Per altro verso non esclude che la rete contrattuale possa impiegare un modello di relazione con i terzi diverso da quello che si realizza tramite soggettività e dunque di tipo contrattuale, come il mandato collettivo (cfr. CAFAGGI, *Reti contrattuali e contratti di rete*, cit., 428 s.).

¹²⁶ Cfr. in questo senso, con riguardo al *franchising*, IAMICELI, *Le reti di imprese*, cit., 132. Quanto detto nel testo non comporta che l'appartenenza dei *franchisee* alla medesima rete non sia priva di ripercussioni sul versante giuridico, anche in considerazione del collegamento funzionale esistente tra i diversi contratti di *franchising* stipulati dal *franchisor* per dare vita alla rete.

¹²⁷ Sulle diverse funzioni del coordinamento di rete: industriale e finanziaria, regolativa e di governo, cfr. CAFAGGI, *Il governo della rete*, cit., 59.

zione e di servizi sono esclusivamente destinati a consentire al *franchisee* l'impiego di una specifica formula commerciale per la produzione in proprio e la successiva commercializzazione di beni o servizi, il *franchising* di distribuzione realizza anche una particolare forma di intermediazione nella circolazione dei beni, perché i beni del *franchisor* vengono ceduti al *franchisee*¹²⁸ affinché quest'ultimo li commercializzi osservando le modalità stabilite nel contratto di *franchising*¹²⁹.

6. (Segue): il *franchising* come contratto di distribuzione

Se la categoria dei contratti di distribuzione (in senso stretto) si individua (oltre che per l'aspetto della cooperazione tra imprese) sulla base della sussistenza in capo ad una parte dell'obbligo di promuovere la rivendita di quei beni che l'altra parte le venda o le somministri¹³⁰, allora il *franchising* non può in generale ascrivere a questa categoria, operazione che sarebbe corretta con riguardo al solo *franchising* di distribuzione.

I *franchising* di produzione e di servizi, ferma restando la loro funzione di aggregazione di rete, sono invece operazioni di *franchising* nell'ambito delle quali (anche se, come già detto, l'affiliato è obbligato a produrre e a commercializzare impiegando la formula commerciale del *franchisor*) non ha luogo una vicenda circolatoria di un bene dal *franchisor* al *franchisee* e quindi ai consumatori finali (o ai dettaglianti nel *franchising* all'ingrosso)¹³¹, talché queste tipologie di *franchising* non potrebbero essere inquadrate nella categoria dogmatica dei contratti di distribuzione¹³².

Ciò naturalmente a meno di non adottare una nozione più ampia di contratto di distribuzione, che prescindendo dal trasferimento di beni tra le parti, e ritenere che il *franchisor* partecipi comunque al momento distributivo, se non già cedendo beni al *franchisee*, bensì consentendo ed imponendo la produzione di beni o servizi e la loro

¹²⁸ Ai fini della classificazione è irrilevante se i beni siano prodotti o meno dal *franchisor*.

¹²⁹ Il *franchising* di distribuzione presenta perciò una propria causa particolare: cfr. *infra* par. 7.

¹³⁰ Cfr. PARDOLESI, *Distribuzione (contratti di)*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, V, Torino, 1990, 66 s., secondo cui i contratti di distribuzione si caratterizzano per l'assunzione dell'obbligo di promuovere la rivendita dei prodotti forniti dalla controparte e dunque dell'obbligo di acquistare i prodotti da rivendere, e secondo cui la distribuzione presuppone il nucleo sempre uguale della fornitura di beni a fini di rivendita (*Id.*, *op. ult. cit.*, 68); ZUDDAS, *Somministrazione. Concessione di vendita. Franchising*, cit., 173 s.

¹³¹ Lo rileva DI CIOMMO, *Il franchising e gli altri contratti di distribuzione*, in CUFFARO (a cura di), *L'affiliazione commerciale*, cit., 196, il quale però sembra condividere una nozione più ampia di distribuzione, che prescinde dalla cessione di beni, e dunque per questa via fa rientrare senz'altro il *franchising* nella categoria dei contratti di distribuzione (cfr. infatti *Id.*, *op. cit.*, 165).

¹³² Cfr. CARTELLA, *Concessione di vendita – Franchising*, in *Enc. dir.*, agg. I, Milano, 1997, 350, il quale afferma che il *franchising* non può essere riportato agevolmente negli schemi della concessione di vendita, perché esso, a differenza della concessione di vendita che è un contratto che si inserisce soltanto nella distribuzione dei prodotti, è uno schema contrattuale utilizzato anche per regolare i rapporti tra *franchisor* e *franchisee* nei settori dei servizi e della produzione di beni da distribuire.

successiva commercializzazione secondo predeterminate modalità¹³³. Solo che così si amplia eccessivamente, e senza alcuna utilità, la nozione di distribuzione commerciale e quella correlata di contratti di distribuzione, ricadendosi nella più generica figura dei “contratti in materia di distribuzione”, ovvero di quei contratti che presentano una qualche e generica attinenza col fenomeno distributivo¹³⁴.

Diversamente, il *franchising* di distribuzione, oltre che la causa generale di aggregazione imprenditoriale di rete, attua anche una causa particolare di distribuzione, perché il *franchisor* fornisce beni al *franchisee* che questi è tenuto successivamente a rivendere. Questo *franchising* è dunque sì un contratto di distribuzione (indiretta e integrata) di beni, dal produttore (o mero distributore) *franchisor* al consumatore finale (o al dettagliante) per mezzo del *franchisee*¹³⁵.

Il *franchising* può pertanto essere finalizzato o no alla distribuzione di beni, essere in concreto un contratto di distribuzione commerciale (indiretta ed integrata) oppure semplicemente un contratto di collaborazione (*rectius*, di aggregazione) tra imprese. Il tratto essenziale (e tipico) a tutte le tipologie di *franchising* (di distribuzione, di servizi, di produzione) è la creazione di una rete di imprese mediante la concessione in godimento di una formula commerciale¹³⁶. L'elemento aggiuntivo, specializzante una sola tipologia di *franchising*, quello di distribuzione, è la cessione di beni dal *franchisor* al *franchisee* per finalità distributive¹³⁷.

¹³³ Cfr. ad esempio BACCHINI, *Le nuove forme speciali di vendita ed il franchising*, Padova, 1999, 266 s., secondo cui il *franchising* sarebbe un contratto di distribuzione in quanto rapporto di collaborazione-integrazione tra soggetti indipendenti che presenta, tra le altre, le caratteristiche della durata nel tempo e della continua ripetitività delle prestazioni nel corso del rapporto.

¹³⁴ Per la distinzione tra contratti (genericamente) in materia di distribuzione e contratti (tecnicamente) di distribuzione, cfr. PARDOLESI, *Contratti di distribuzione*, cit., 1 s.; ID., *Distribuzione (contratti di)*, cit., 66 s.

¹³⁵ Cfr. PARDOLESI, *Contratti di distribuzione*, cit., 1 s., il quale, collocate ai poli opposti la distribuzione diretta (la produzione è commercializzata direttamente dal produttore) e quella indiretta (scissione totale tra produzione e commercio), pone in zona intermedia la distribuzione “integrata”, in cui – come nel *franchising* – si realizza il coordinamento tra fase produttiva e distributiva senza lesione dell'autonomia dei *partner*; cfr. più in generale SANTINI, *Il commercio e i servizi*, cit., 150 ss., il quale illustra le modalità mediante le quali il produttore può dar vita ad integrazione verticale saltando la catena distributiva: si va dalla distribuzione diretta attuata dal produttore mediante propri centri vendita oppure mediante soggetti giuridicamente autonomi di cui possiede il capitale, a quella (tra cui rientra il *franchising*) che si attua intrattenendo rapporti privilegiati con i distributori. Riassume con chiarezza il fenomeno economico della distribuzione diretta, indiretta ed “integrata” CAGNASSO, *Concessione di vendita*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, III, Torino, 1988, 221. Cfr. anche LUMINOSO, *I contratti tipici ed atipici*, I, cit., 256 s.; CARTELLA, *Concessione di vendita – Franchising*, cit., 328 s.; ZUDDAS, *Somministrazione. Concessione di vendita. Franchising*, cit., 271 ss.

¹³⁶ Espressamente in tal senso la decisione della Corte di Giustizia CE che ha svolto il ruolo di precursore del successivo (ed oggi non più in vigore) regolamento n. 4087/88.

¹³⁷ Cfr. l'abrogato reg. CEE n. 4087/88, cit., secondo cui «gli accordi di *franchising* sono in sostanza licenze di diritti di proprietà industriale o intellettuale relativi a marchi o insegne e know-how, correlate *eventualmente* a restrizioni relative alla fornitura o all'acquisto di merci» (così *considerando* n. 2) [corsivo aggiunto]. Cfr. DE NOVA, *Franchising*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, VI, Torino, 1991, 297, il quale pone in evidenza come la Commissio-

Come si sarà potuto notare, il legislatore attribuisce al contratto la causa di aggregazione di rete, perché nella nozione di *franchising* che fornisce (e in generale nel testo della legge) non sono presenti espressi ed univoci riferimenti alla finalità distributiva. Lo schema è però sufficientemente ampio per essere in concreto utilizzato dalle parti per quest'ultima particolare finalità. Dall'analisi del contenuto dell'accordo potrà dunque emergere l'eventuale ulteriore causa di distribuzione assolta dal contratto (e dalla rete) di *franchising*.

Non essendosi il legislatore occupato di questo specifico profilo, la struttura del *franchising* di distribuzione dipende dal modo in cui in concreto le parti abbiano regolato il suddetto profilo¹³⁸.

Una prima possibilità è che, con la conclusione del contratto di *franchising*, il *franchisor* venda al *franchisee* oppure (come è più probabile che accada in concreto) si obblighi a prestargli periodicamente o continuativamente una quantità determinata o determinabile di beni. In questo caso, il *franchising* incorpora lo schema tipico della vendita o della somministrazione.

Una seconda possibilità è che il *franchisor* non sia obbligato a trasferire o perché il contratto non lo obbliga in tal senso o perché lo obbliga solo entro una certa quantità, mentre il *franchisee* sia obbligato ad acquistare una quantità determinata o determinabile di beni. In questo caso, il *franchising* contiene un patto preliminare unilaterale ovvero un'opzione di vendita in favore del *franchisor*, talché il trasferimento della proprietà dei beni è subordinato alla conclusione del contratto definitivo di vendita ovvero all'esercizio del diritto di opzione da parte del *franchisor*¹³⁹.

ne europea nel regolamento sul *franchising* del 1988 consideri il *franchising* «piuttosto che come modo di distribuzione, come sistema per sfruttare finanziariamente un insieme di conoscenze», laddove «la prassi italiana di *franchising* è quasi esclusivamente orientata al *franchising* in materia di distribuzione di beni e di servizi».

¹³⁸ Il suddetto profilo è stato esaminato in passato dalla dottrina e dalla giurisprudenza in tema di concessione di vendita. Si discute, in maniera a dir poco confusa, se la concessione di vendita sia una somministrazione o un contratto "quadro", quest'ultimo dall'incerta natura di preliminare o di normativo. Normativo è ad esempio qualificato il contratto di concessione di vendita in Cass., 22 ottobre 2002, n. 14892, in *Contratti*, 2002, 583, n. TIMPANO; *Fallimento*, 2003, 1255; *Giust. civ.*, 2003, I, 2479, ancorché più precisamente la massima parli di "contratto quadro o normativo". Ma sembra più corretto rilevare (in linea con quanto affermato nel testo riguardo al *franchising*) che «la mancanza di una struttura negoziale tipica, o sufficientemente tipizzata dalla prassi, del contratto di concessione di vendita, non consente di risolvere in astratto il problema della struttura del contratto stesso, il quale nella realtà può atteggiarsi o come contratto a prestazioni corrispettive (...), o come contratto quadro, dal quale derivi l'obbligo di stipulare successivi ed ulteriori contratti» (in questi termini Cass., 28 agosto 1995, n. 9035, in *Fallimento*, 1996, 729, n. LAMANNA), ricorrendo quest'ultima fattispecie nel caso in cui il concedente sia libero di accettare gli ordini di acquisto del concessionario (cfr. in tal senso Cass. 17 dicembre 1990, n. 11960, in *Giust. civ.*, 1991, I, 1214; *Giur. it.*, 1991, I, 1, 773; *Fallimento*, 1991, 458; *Rep. Foro it.*, 1991, «Fallimento», n. 319). Per riferimenti al relativo dibattito dottrinario, cfr. LUMINOSO, *I contratti tipici ed atipici*, I, cit., 265 s.

¹³⁹ Volendo si potrebbe anche evocare la figura del "contratto quadro", ma essa non conduce a conclusioni diverse, se è vero che da tale contratto-quadro sorge un'obbligazione consistente in un novello *contrahere*: cfr.

In assenza dell'obbligo del *franchisee* di acquistare (come avviene per le quantità eccedenti il minimo dovuto), il *franchising* potrebbe invece porsi rispetto agli scambi ulteriori soltanto come un accordo normativo, in cui si stabilisca il contenuto dei successivi contratti di compravendita che *franchisor* e *franchisee* scegliessero di concludere in seguito. Il trasferimento di proprietà, dunque, presuppone la conclusione di questi successivi contratti.

7. *Franchising* e concessione di vendita

La possibilità che il *franchising* sia uno schema concretamente preordinato alla distribuzione indiretta di beni, rende necessario analizzarne i rapporti con la concessione di vendita¹⁴⁰. Quest'ultima è fattispecie legislativamente atipica, ma molto utilizzata nella realtà degli affari (ad esempio nella distribuzione di veicoli), nonché da tempo oggetto di studio da parte della dottrina e di ampia casistica giurisprudenziale¹⁴¹.

In particolare, il confronto è opportuno al fine di verificare se il nuovo tipo legislativo possa, in tutto o in parte, assorbire la fattispecie atipica. Ciò anche considerato che dall'inciso "comunque denominato" di cui all'art. 1, 1° co., l. 129/2004, che sarebbe altrimenti ridondante alla luce del noto principio di non vincolatività del *nomen iuris* dato dalle parti al contratto, sembra emergere la volontà del legislatore di estendere il più possibile la disciplina del *franchising* alle figure affini¹⁴².

PARDOLESI, *Contratti di distribuzione*, cit., 7 s.

¹⁴⁰ Nessun rapporto sussiste invece tra concessione di vendita e *franchising* di produzione e di servizi, non attuando queste due ultime tipologie di *franchising* una causa di scambio ma soltanto una causa di collaborazione imprenditoriale, come già messo in evidenza nel testo.

¹⁴¹ Nessun dubbio solleva invece il profilo dei rapporti tra il *franchising* di distribuzione (così come del resto anche tra la concessione di vendita: cfr., tra gli altri, CAGNASSO, *Concessione di vendita*, cit., 225; LUMINOSO, *I contratti tipici ed atipici*, I, cit., 263 s.) e i contratti in materia di distribuzione, quali l'agenzia e la commissione. A tacer d'altro (e nonostante alcune affinità possano sussistere dal punto di vista disciplinare, stante la comune generica natura di contratti di collaborazione), basta rilevare – rispetto all'agenzia – che il *franchisee* non promuove la conclusione di contratti per conto del committente, ma commercializza beni o servizi in nome proprio e con assunzione del relativo rischio, e che il *franchisor* non versa all'affiliato una retribuzione, ma gli concede la disponibilità di una formula commerciale (cfr., tra gli altri, ZUDDAS, *Somministrazione. Concessione di vendita. Franchising*, cit., 359; DI CIOMMO, *Il franchising e gli altri contratti di distribuzione*, cit., 175 ss.); rispetto alla commissione – che il *franchisee* non vende beni per conto del *franchisor*, ma agisce nel proprio esclusivo interesse, sopportando il rischio dell'attività di commercializzazione (sul punto cfr. anche DI CIOMMO, *Il franchising e gli altri contratti di distribuzione*, cit., 173 ss.). La ricchezza del tipo, per un verso (cfr., ad esempio, FRIGNANI, *Franchising*, cit., 53 s., secondo cui la somministrazione sta al *franchising* come una parte al tutto), e per altro verso il mancato rilievo tipologico delle prestazioni di cose secondo la l. 129/2004, rendono del tutto inutile condurre un'analisi per differenziare il *franchising* dal contratto di somministrazione (ancorché con patto di esclusiva e di promozione delle vendite ex art. 1568, c.c.).

¹⁴² Sul punto cfr. DE NOVA, *La nuova legge*, cit., 761, il quale segnala che l'inciso ha senso solo in un'ottica antielusiva; e adesivamente FRIGNANI, *Franchising*, cit., 50.

Anche la concessione di vendita è, come il *franchising* di distribuzione, un contratto di distribuzione (in senso stretto)¹⁴³. Essa è infatti destinata a consentire ad un concedente-produttore di far giungere i propri prodotti sui mercati finali vendendo (o somministrando) i beni al (e dunque trasferendo il rischio economico dell'inventario sul) concessionario-commerciante, con assunzione da parte di quest'ultimo dell'obbligo di (acquistare e) rivendere i beni, di norma (ma non necessariamente) in regime di esclusiva¹⁴⁴.

Il tipo sociale, però, oltrepassa questo nucleo essenziale (perché altrimenti la fattispecie, sempre che sia previsto l'obbligo del concedente di vendere i beni al concessionario¹⁴⁵, potrebbe essere inquadrata nella somministrazione con patto di esclusiva e di promozione delle vendite *ex art.* 1568, c.c., smarrendo così qualsiasi tratto di atipicità¹⁴⁶), prevedendo l'attribuzione da un lato al concessionario di alcuni diritti, dall'altro al concedente di alcune prerogative, tali da qualificare la distribuzione (oltre che "indiretta") "integrata" sotto il profilo dell'operazione economica.

Infatti, da un lato il contratto normalmente riconosce al concedente poteri di indirizzo e di controllo dell'attività di commercializzazione svolta dal concessionario, dall'altro al concessionario una posizione di "privilegio" sul mercato finale, derivante dalla possibilità di poter rivendere in esclusiva o di sfruttare i segni distintivi del concedente o di ricevere da quest'ultimo assistenza in merito alle modalità di vendita¹⁴⁷.

¹⁴³ In giurisprudenza, cfr. adesso Trib. Isernia, 12 aprile 2006, *Giur. merito*, 2006, 2149, n. DELLI PRISCOLI.

¹⁴⁴ Sussistono dunque i requisiti costitutivi della categoria dei contratti di distribuzione così come delineati da PARDOLESI, *Distribuzione (contratti di)*, cit., 66 s.; cfr. anche LUMINOSO, *I contratti tipici ed atipici*, I, cit., 257. Sulla centralità, nella concessione di vendita, dell'obbligo del concessionario di acquistare i beni dal concedente e quindi di promuoverne la vendita, cfr. CAGNASSO, *Concessione di vendita*, cit., 221; LUMINOSO, *I contratti tipici ed atipici*, I, cit., 261 s.; ZUDDAS, *Somministrazione. Concessione di vendita. Franchising*, cit., 175 s. In giurisprudenza, espressamente in questo senso, Trib. Cagliari, 22 agosto 1994, *Riv. giur. sarda*, 1995, 426, n. URRAI; *Rep. Foro it.*, 1995, «Contratto in genere», n. 218; per Cass., 17 dicembre 1990, n. 11960, cit., la concessione di vendita è un contratto «in forza del quale il concessionario assume l'obbligo di promuovere la rivendita dei prodotti che gli vengono forniti mediante la stipulazione, a condizioni predeterminate, di singoli contratti di acquisto». Sull'esclusiva nella concessione di vendita, cfr. Cass., 21 luglio 1994, n. 6819, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 381; *Rep. Foro it.*, 1995, «Contratto in genere», n. 216, secondo cui l'attribuzione del diritto di esclusiva costituisce un elemento accidentale e non già essenziale del contratto; sul punto, per ulteriori riferimenti, cfr. CARTELLA, *Concessione di vendita – Franchising*, cit., 352, ed *ivi* nt. 167.

¹⁴⁵ In dottrina, infatti, alcuni autori ricostruiscono la prassi contrattuale nel senso che senz'altro il concedente si riserva la facoltà di accettare gli ordini del concessionario, non assumendo dunque alcun obbligo di vendere (cfr. ad esempio LUMINOSO, *I contratti tipici ed atipici*, I, cit., 261), altri invece (cfr. CARTELLA, *Concessione di vendita – Franchising*, cit., 330) nel senso che, entro il massimo convenuto, è posto l'obbligo di vendita al concessionario.

¹⁴⁶ Sui rapporti tra concessione di vendita e somministrazione, cfr. CAGNASSO, *Concessione di vendita*, cit., 224 s.; PARDOLESI, *Contratti di distribuzione*, cit., 6.

¹⁴⁷ Il tipo sociale si caratterizza infatti per la normale previsione di un'esclusiva, unilaterale o bilaterale, per la licenza d'uso dei marchi e dell'insegna del concedente, per la disciplina dell'attività di commercializzazione attraverso la determinazione del prezzo massimo, degli sconti applicabili, delle modalità di presentazione e

Oltre l'aspetto essenziale dello scambio per la rivendita, anche quello dell'aggregazione imprenditoriale è dunque normalmente presente nella concessione di vendita, cosicché diventa difficile tracciare una distinzione astratta tra quest'ultimo schema e il tipo *franchising*, e legittimo concludere nel senso che il contratto denominato dalle parti "concessione di vendita" potrebbe in concreto essere qualificato come *franchising* qualora la sua disciplina convenzionale contemplasse quegli elementi di aggregazione che sono tipici del *franchising*, ovverosia la concessione della disponibilità di una formula commerciale e il correlativo dovere di impiego da parte del concessionario.

In dottrina, in verità, ancorché non siano mancate voci contrarie¹⁴⁸, ci si è in passato prevalentemente orientati verso la distinzione dello schema della concessione di vendita da quello del *franchising*. Questa posizione è stata sostenuta da alcuni commentatori anche dopo l'avvenuta tipizzazione legislativa del *franchising*.

Gli argomenti addotti dalla dottrina per distinguere in via astratta e generale la concessione di vendita dal *franchising* non risultano però convincenti.

Di certo non può fondare una differenza il fatto che «la concessione si riferisce alla sola vendita di beni mentre il *franchising* opera in un campo più ampio che è soprattutto quello della prestazione di servizi»¹⁴⁹.

Si è già visto infatti che, date le tre tipologie di *franchising*: di distribuzione, di produzione, di servizi, il confronto va svolto limitatamente a concessione di vendita e *franchising* di distribuzione. Dall'osservazione che, accanto al *franchising* di distribuzione, vi sono tipologie di *franchising* che non attuano una causa di distribuzione, non può pertanto dedursi che la concessione di vendita non rientri nel tipo del *franchising*, ma semmai concludere nel senso che il *franchising* è fattispecie più ampia e generale della concessione di vendita.

Né la distinzione tra le due fattispecie potrebbe impostarsi sull'assenza nella concessione di vendita di elementi che si presumono essere essenziali del *franchising*, ma che in realtà non sono tali, soprattutto alla luce della recente normativa.

Anche se può essere corretto affermare che nella concessione di vendita manca l'obbligo per il concessionario di esporre l'insegna o altri segni distintivi del concedente¹⁵⁰, sarebbe errato però ritenere che questo obbligo sia essenziale nel *franchi-*

vendita del prodotto alla clientela, ecc: cfr. CAGNASSO, *Concessione di vendita*, cit., 222; LUMINOSO, *I contratti tipici ed atipici*, I, cit., 261 s.; CARTELLA, *Concessione di vendita – Franchising*, cit., 330 ss.

¹⁴⁸ Cfr. PARDOLESI, *Contratti di distribuzione*, cit., 5; CARTELLA, *Concessione di vendita – Franchising*, cit., 352 s. E sul punto anche DE NOVA, *Franchising*, cit., 301.

¹⁴⁹ Così ZUDDAS, *Somministrazione. Concessione di vendita. Franchising*, cit., 186, cui si rinvia per ulteriori riferimenti bibliografici sul punto ante legge 129/2004; dopo la legge, cfr. FRIGNANI, *Franchising*, cit., 53; DI CIOMMO, *Il franchising e gli altri contratti di distribuzione*, cit., 172.

¹⁵⁰ Cfr. ZUDDAS, *Somministrazione. Concessione di vendita. Franchising*, loc. ult. cit.; dopo la legge 129/2004, FRIGNANI, *Franchising*, cit., 52 s. In questi termini anche C. Giust. CE, 20-1-1986, causa 161/84, cit. Diversamente peraltro CARTELLA, *Concessione di vendita – Franchising*, cit., 333, secondo cui il concessionario

sing, perché ai fini della qualificazione di un contratto come *franchising* rileva la concessione e l'impiego di una formula commerciale, all'interno della quale l'insegna dell'affiliante potrebbe non essere stata presa affatto in considerazione.

Analogo discorso può farsi per il trasferimento del *know-how*¹⁵¹, perché anch'esso, come già rilevato, non è un elemento essenziale del *franchising*.

Non sarebbe neanche dirimente affermare che mentre «il concessionario non è, nella normalità dei casi, tenuto ad un particolare *modus operandi*, imposto dal concedente», l'affiliato è invece «strettamente vincolato alle prescrizioni contenute nel cosiddetto "manuale operativo" e ad una serie di altre connesse, in modo da uniformarsi completamente agli *standards* instaurati e praticati dal *franchisor*, che devono contraddistinguere l'intera rete»¹⁵².

In primo luogo, infatti, la prassi contrattuale suole attribuire al concedente, così come al *franchisor*, poteri di ingerenza, anche molto significativi, sull'attività di commercializzazione del concessionario¹⁵³; in secondo luogo, e soprattutto, il diritto del *franchisor* di impartire direttive al *franchisee* non è un requisito costitutivo della fattispecie legale del *franchising*, ma soltanto un profilo regolamentare normalmente presente nella prassi operativa, talché qualsiasi tentativo di impostare su queste basi la distinzione si rivelerebbe inefficace.

Al di là della difficoltà di far transitare sul piano della qualificazione giuridica differenze meramente quantitative tra fenomeni della realtà¹⁵⁴, parimenti non con-

ha l'obbligo di utilizzare i segni distintivi, anche perché esso corrisponde ad un interesse preciso del concedente (Id., *op. cit.*, 352); PARDOLESI, *Contratti di distribuzione*, cit., 5.

¹⁵¹ Cfr. ZUDDAS, *Somministrazione. Concessione di vendita. Franchising*, loc. ult. cit.; dopo la legge 129/2004, FRIGNANI, *Franchising*, cit., 53; DI CIOMMO, *Il franchising e gli altri contratti di distribuzione*, cit., 171. PARDOLESI, *Contratti di distribuzione*, cit., 5, rileva peraltro che la trasmissione del *know-how* è un elemento rilevante e ricorrente anche nella concessione di vendita e dunque tale da non poter costituire fattore di distinzione tra le due fattispecie (cfr. anche Id., *Distribuzione (contratti di)*, cit., 72).

¹⁵² Così FRIGNANI, *Franchising*, loc. ult. cit.; cfr. anche DI CIOMMO, *Il franchising e gli altri contratti di distribuzione*, cit., 171. Sui metodi commerciali uniformi come elemento che distingue il *franchising* dalla concessione di vendita, cfr. C. Giust. CE, 20-1-1986, causa 161/84, cit.

¹⁵³ Cfr. CARTELLA, *Concessione di vendita - Franchising*, cit., 331 s., il quale, rilevato che «la realtà contrattuale mostra una spiccata tendenza a limitare ed a disciplinare la sfera dell'autonomia organizzativa del concessionario», elenca una serie di vincoli che di solito il contratto impone al concessionario, dall'obbligo di mantenere un certo ammontare di scorte di prodotti a quello di conformare i locali destinati alla vendita a standards stilistici uniformi a quelli prescelti dal concedente, e così via; lo stesso A. (*op. cit.*, 352) ritiene poi che l'obbligo di osservare gli *standards* imposti dal distributore è elemento comune a tutti i casi di distribuzione selettiva; LUMINOSO, *I contratti tipici ed atipici*, I, cit., 261 s. Anche Cass., 22 febbraio 1999, n. 1469, in *Contratti*, 1999, 782, n. ZAPPATA; *Giur. it.*, 1999, 1653, n. CAGNASSO, ammette che «il contratto di concessione di vendita si caratterizza, di norma, per un'accentuata riduzione dell'autonomia imprenditoriale del concessionario», e che questo limite all'autonomia imprenditoriale del concessionario costituisce un «effetto, per così dire naturale, del contratto», anche se ciò non toglie che le parti possano nei singoli casi disciplinare diversamente taluni aspetti del rapporto, riservando maggiore autonomia al concessionario.

¹⁵⁴ Cfr. PARDOLESI, *Contratti di distribuzione*, cit., 4.

vincente (al di là della sua estrema genericità) è la teoria secondo cui le due fattispecie si distinguerebbero per il maggior grado di integrazione tra le parti che connota il *franchising* rispetto alla concessione di vendita¹⁵⁵.

Se infatti per maggiore integrazione ci si riferisce al fatto che, osservato il fenomeno dall'esterno, cioè dal punto di vista del cliente, l'identificazione del *franchisee* con il *franchisor* (e con tutti gli altri *franchisee*) è maggiore di quella che appare essere l'identificazione del concessionario con il concedente (e con tutti gli altri concessionari)¹⁵⁶, vale quanto già osservato con riguardo alla possibilità da un lato che anche il *franchisee* come il concessionario faccia uso di un'insegna propria o comunque non identica a quella del *franchisor*, dall'altro che anche l'attività di vendita del concessionario sia in concreto regolata (e controllata) dal concedente in modo molto penetrante e uniforme per tutti i concessionari.

Se così è, viene meno la distinzione tra le due fattispecie, e il tipo legale del *franchising* si dimostra idoneo ad assorbire lo schema della concessione di vendita, sempre che naturalmente del primo ricorrano in concreto anche gli altri elementi, ovvero l'inserimento del concessionario in una rete di concessionari e il pagamento da parte del concessionario di un corrispettivo per l'affiliazione.

A quest'ultimo riguardo, per rispondere alla prevedibile obiezione per cui «il concessionario non è tenuto, di regola, a versare né un diritto d'entrata, né delle *royalties*»¹⁵⁷, è opportuno ribadire quanto già in precedenza sostenuto, che cioè il corrispettivo del *franchising* potrebbe anche consistere in una prestazione diversa dal pagamento di una somma di denaro, come ad esempio nell'assunzione dell'obbligazione di acquistare una quantità minima di beni dal *franchisor* (elemento, quest'ultimo, di regola presente nella prassi della concessione di vendita¹⁵⁸).

In conclusione, ancorché oggi legislativamente delineato, e anzi forse proprio grazie a ciò, il tipo *franchising* si dimostra idoneo ad inglobare fattispecie atipiche diversamente denominate sia sul versante dei contratti costitutivi di forme di aggregazione imprenditoriale, sia su quello più specifico dei contratti di distribuzione. In

¹⁵⁵ Cfr., anche per riferimenti, ZUDDAS, *Somministrazione. Concessione di vendita. Franchising*, cit., 186 s; anche dopo la legge sull'affiliazione commerciale, in questo senso FRIGNANI, *Franchising*, cit., 53; DI CIOMMO, *Il franchising e gli altri contratti di distribuzione*, cit., 172 s. In giurisprudenza, in questi termini, Trib. Crema, 23 novembre 1994, cit.

¹⁵⁶ Cfr. ad esempio BACCHINI, *Le nuove forme*, cit., 290, secondo cui la concessione di vendita, nella sua formula "pura", «trascura la riproduzione, nel punto vendita affiliato, dell'immagine ambientale e delle metodologie commerciali dell'affiliante, oltre all'uso dei segni distintivi e del business-plan di quest'ultimo».

¹⁵⁷ Così FRIGNANI, *Franchising*, cit., 53; cfr. anche DI CIOMMO, *Il franchising e gli altri contratti di distribuzione*, cit., 171 s. Circostanza, questa, presa in considerazione anche da C. Giust. CE, 20-1-1986, causa 161/84, cit., al fine di distinguere il *franchising* dalla concessione di vendita. Cfr. criticamente su questo elemento distintivo PARDOLESI, *Contratti di distribuzione*, cit., 5, il quale rileva come in Italia il pagamento dell'*entry fee* sia rimasto in concreto lettera morta.

¹⁵⁸ Cfr. CARTELLA, *Concessione di vendita – Franchising*, cit., 331.

particolare, la recente nozione legislativa di *franchising* rende ancora più critica che in passato la distinzione tra concessione di vendita e *franchising*, avvalorando la tesi secondo cui alle diverse denominazioni impiegate nella prassi (concessionario, *franchisee*) non corrisponda una altrettanto diversa sostanza giuridica¹⁵⁹.

¹⁵⁹ Anche dopo la tipizzazione legislativa del *franchising* risulta dunque valida la conclusione di PARDOLESI, *Contratti di distribuzione*, cit., 5, secondo cui «i contratti di distribuzione ... presentano, nel loro complesso, contorni nitidi e sufficientemente omogenei; mentre sembra destinato al fallimento ogni tentativo di ricavare, al loro interno, figure autonome».

Difese e decisioni

CORTE APPELLO DI BARI, PRIMA SEZIONE PENALE, 9 APRILE 2008.

Pres. A. Messina – Rel. G. Mattencini – Cons. G. Pavese – V. M. e altri
Lottizzazione abusiva – Terzi estranei al reato – Rimessione alla Corte costituzionale
D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, art. 44, comma 2°; artt. 3, 25, comma 2, e 27, Cost.

È disposta la rimessione alla corte costituzionale per la ritenuta non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 44, comma 2°, del D.P.R. 06.06.2001, n. 380 nella parte in cui impone al giudice penale, in presenza di accertata lottizzazione abusiva, di disporre la confisca dei terreni e delle opere abusivamente costruite anche a prescindere dal giudizio di responsabilità e nei confronti di persone estranee ai fatti, per asserito contrasto con gli artt. 3, 25, comma 2°, e 27, comma 1, della Costituzione.

Svolgimento del processo

Nel procedimento penale a carico di
...*omissis*...gli imputati, ciascuno nell'indicata qualità, di:

- 1) art. 20 lett. c) Legge 28/02/1985 n. 47, artt. 1 lett. a), 1-*ter*, 1-*sexies* L. 08.08.1985, n. 431, artt. 1 e 2 lett. a) e ss. L.R. 11.05.90, n. 30, art. 21-27 L.R. n. 56/80 perché, in presenza di un vincolo di inedificabilità assoluto previsto dagli artt. 1-*ter* L. 431/85 e artt. 1 e 2 lett. a) e ss. L.R. 30/90, e comunque senza aver preventivamente ottenuto il prescritto nulla osta paesistico dalla Giunta Regionale in deroga al vincolo di inedificabilità relativo di cui all'art. 1 lett. a) L. 431/85, e violando la disciplina urbanistica prevista dalle indicate leggi in particolare per la mancanza di un piano di lottizzazione valido perché approvato in zona sottoposta a vincolo di inedificabilità assoluto e comunque senza il prescritto parere preventivo della Giunta regionale previsto dagli artt. 21 e 27 L.R. 56/80, nella qualità sopra indicata, realizzava in terreno costiero posto nella fascia della profondità di trecento metri dalla linea di battigia, un immobile sito in Località Cozzetto del Comune di Mola;
- 2) art. 20 lett. c) Legge 28.02.1985 n. 47, artt. 1 lett. a), 1-*ter*, 1-*sexies* L. 08.08.1985, n. 431, artt. 1 e 2 lett. a) e ss. L.R. 11.05.1990, n. 30; art. 21-27 L.R. n. 56/80 perché realizzava l'immobile di cui al capo precedente con concessione edilizia illegittima e comunque inefficace perché priva del nulla-osta paesistico;
- 3) art. 20 lett. c) Legge 28.02.1985 n. 47, artt. 1 lett. a), 1-*ter*, 1-*sexies* L. 08.08.1985, n. 431, artt. 1 e 2 lett. a) e ss. L.R. 11.05.1990, n. 30; art. 21-27 L.R. n. 56/80 perché realizzava l'immobile di cui al capo precedente in totale difformità e comunque in variazione essenziale rispetto a quanto assentito con altezza superiore a

quella consentita, con consistente aumento di volume, e modificando sagoma e prospetto;

- 4) art. 18 e 20 lett. c) Legge 28.02.1985 n. 47, artt. 1 lett. a), 1-*ter*, 1-*sexies* L. 08.08.1985, n. 431, artt. 1 e 2 lett. a) e ss. L.R. 11.05.1990, n. 30; art. 21-27 L.R. n. 56/80 perché realizzava l'immobile di cui al capo precedente operando una trasformazione urbanistica con autorizzazione invalida e comunque in violazione delle prescrizioni previste dagli strumenti urbanistici e dalle leggi statali e regionali;
- 5) art. 20 lett. a) Legge 28.02.1985 n. 47, modif. art. 3 d.l. 23.04.1985, n. 146, conv. in legge 21.06.1985, n. 298 perché, realizzava l'immobile di cui al capo precedente in terreno costiero posto nella fascia della profondità di trecento metri dalla linea di battigia;
- 6) art. 734 c.p. perché mediante costruzione e demolizione di cui ai capi precedenti distruggeva e alterava le bellezze naturali dei luoghi soggetti alla speciale protezione dell'Autorità; In Mola di Bari, Località Cozzetto fino alla data del 01.02.1996, con permanenza.

Sentite le parti, all'odierna udienza del 09.04.2008, all'esito della camera di consiglio, ha pronunciato mediante lettura in udienza la seguente

Motivi della decisione

Sulla eccezione di illegittimità costituzionale dell'art. 44, comma 2°, del

D.P.R. 06.06.2001, n. 380 nella parte in cui impone al giudice penale, in presenza di accertata lottizzazione abusiva, di disporre la confisca dei terreni e delle opere abusivamente costruite anche a prescindere dal giudizio di responsabilità e nei confronti di persone estranee ai fatti, per asserito contrasto con gli artt. 3, 25, comma 2°, e 27 della Costituzione.

La lettera dell'art. 44, comma 2°, del D.P.R. 06.06.2001, n. 380 autorizza con carattere univoco l'interpretazione secondo cui la confisca dei terreni e degli immobili abusivamente realizzati debba essere pronunciata dal giudice penale quante volte questi abbia accertato il ricorrere di una lottizzazione abusiva e che ciò debba fare anche in ipotesi di proscioglimento degli imputati con formula diversa da quella il fatto non sussiste e persino per beni appartenenti a persone estranee all'accertamento penale (cfr. Cass. Sez. III, 07.07.2004, Lazzara, in *C.E.D. Cass.*, Rv 229608, 9 e 10¹).

¹ Secondo cui: «La confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusive costruite, prevista dall'art. 44, comma secondo, del D.P.R. 6 giugno 2001 n. 380, è istituito ontologicamente diverso da quello disciplinato dall'art. 240 cod. pen., atteso che i terreni e le opere vengono acquisiti al patrimonio immobiliare del Comune e non a quello statale come avviene per la confisca codicistica, configurandosi una espropriazione a favore dell'autorità comunale in luogo di quella a favore dello Stato»;

«La confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite, prevista dall'art. 44, comma secondo, del D.P.R. 6 giugno 2001 n. 380 non ha natura di misura di sicurezza patrimoniale, ma configura una sanzione amministrativa applicata dal giudice penale in via di supplenza rispetto al meccanismo amministrativo

La questione è rilevante ai fini della presente decisione in quanto, l'epoca di consumazione dei reati e la circostanza che la quasi totalità degli imputati non abbia rinunciato alla prescrizione, rende altamente probabile, all'esito del giudizio – senza che ciò valga come anticipazione della soluzione di merito, in questo momento doverosamente non spendibile –, la pronuncia di improcedibilità dell'azione per intervenuta estinzione del reato; formula di proscioglimento che, ove intervenisse, in quanto meno piena di quella assolutoria per insussistenza del fatto, imporrebbe a questa Corte territoriale di ordinare la confisca dei terreni lottizzati e degli immobili su di essi abusivamente costruiti.

La singolarità e l'assolutezza dell'ordine demandato dalla legge al giudice penale, apre ad una serie di problemi. Innanzi tutto quello di accertare se la reale intenzione del legislatore fosse di statuire quanto la norma impone. Operazione assolutamente propria per l'interprete ai sensi dell'art. 12 delle preleggi al codice civile, che va sviluppata con riferimento alla formula della legge, all'esame dei lavori parlamentari, all'intervento di coordinamento operato dal legislatore delegato alla produzione del T.U.

L'approdo di siffatta ricerca è incerto perché incerto ne è innanzitutto il presupposto.

Se, da un canto, infatti, può convenirsi nel ritenere che il legislatore possa aver voluto dare forza all'esigenza di affidare ad un organo statale della giurisdizione (piuttosto che dell'amministrazione) un potere di intervento così prepotentemente intrusivo, allontanando il sospetto che l'amministrazione possa con interventi in sanatoria e mediante modifiche del PRG, vanificare l'effettività della sanzione; dall'altro, non può del tutto essere pretermessa la considerazione che la tecnica di produzione legislativa, soprattutto in quanto eccezionale e perché attribuita al giudice – per di più, dell'ordinamento penale – di un potere tutt'affatto singolare, lascia ampie zone d'ombra e non offre piena garanzia di affidabilità.

Quanto all'*iter* parlamentare di formazione della originaria previsione normativa, la lettura dei lavori delle camere, offre ampio margine per ritenere che il testo della previsione normativa abbia di non poco sopravanzato le reali intenzioni non solo dei proponenti e degli emendanti ma persino di tutti i partecipanti al voto finale².

di acquisizione dei terreni lottizzati al patrimonio disponibile del Comune»;

«La confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite, disposta dall'art. 44, comma secondo, del D.P.R. 6 giugno 2001 n. 380, deve essere disposta anche nei confronti di terzi estranei al reato, sebbene acquirenti in buona fede, stante la natura reale della stessa».

² Attenta difesa di taluno degli appellanti ha evidenziato come il testo dell'art. 17 del disegno di legge n. 833 (che, presentato, in "prima lettura" alla Camera il 12.11.1983 fu approvato in sede referente dalla IX Commissione parlamentare il 26.01.1984), risultava così formulato: «*Lottizzazione. Si ha lottizzazione abusiva dei terreni a scopo edilizio quando vengono abusivamente iniziate opere che comportino trasformazione urbanistica o edilizia dei terreni stessi... Nel caso in cui il Sindaco*

Se l'esame dei lavori parlamentari

accerti l'effettuazione di lottizzazione di terreni a scopo edificatorio senza la prescritta autorizzazione, con ordinanza da notificare ai soggetti di cui al terzo comma dell'art. 6 ne dispone la sospensione. Il provvedimento comporta l'immediata interruzione delle opere in corso ed il divieto di disporre dei suoli e delle opere stesse con atto tra vivi, e deve essere trascritto a tal fine nei registri immobiliari. Nei successivi novanta giorni il Sindaco, salvo quanto disposto nel successivo comma, dispone con ordinanza da notificare ai soggetti di cui al terzo comma dell'art. 6, l'acquisizione delle aree lottizzate al patrimonio disponibile del Comune. In caso di inerzia del Sindaco si applicano le disposizioni di cui all'ultimo comma dell'art. 6...».

In caso di lottizzazione abusiva, dunque, non veniva prevista alcuna sanzione comminabile da parte del giudice penale.

Nella seduta della Camera del 14.03.1984, apertasi la discussione dell'art. 17, venivano presentati alcuni emendamenti tra i quali uno (il n. 17.3), proposto dagli Onorevoli Alberghetti e Violante, così formulato:

«Art. 17/bis: Con la sentenza di condanna il giudice dispone la confisca dei terreni abusivamente lottizzati. Tali terreni sono acquisiti di diritto e gratuitamente al patrimonio in disponibile del Comune nel cui territorio è intervenuta la lottizzazione abusiva».

Dopo la presentazione degli emendamenti la seduta della Camera veniva sospesa per consentire alla IX Commissione una "riformulazione" del contenuto dell'art. 17, cosa che il rappresentante del Governo aveva richiesto di effettuare per "conciliare" l'originario testo con gli emendamenti.

Alla ripresa della seduta, l'On. Alberghetti, primo firmatario dell'emendamento 17.3, chiesta la parola per renedere la dichiarazione di voto, così si esprimeva: «Questa mia dichiarazione di voto sarà sintetica, poiché sostanzialmente l'emendamento interamente sostitutivo, elaborato dalla Commissione in modo sofferto, recepisce non solo la sostanza, ma la generalità delle osservazioni che noi abbiamo formulato in merito all'art. 17. si tratta di consentire interventi più efficaci di lotta contro la speculazione fondiaria e contro le lottizzazioni abusive...Ebbene, l'aver accettato che il Giudice con la sentenza di condanna, qualora vi siano lottizzazioni abusive, debba confiscare i suoli sogget-

ti a lottizzazione abusiva, è fatto di grandissima rilevanza».

ti a lottizzazione abusiva, è fatto di grandissima rilevanza».

L'art. 17-bis, rielaborato dalla Commissione che aveva accolto l'emendamento Alberghetti, finiva, però, per essere votato in un testo nel quale era "saltata" l'espressione «sentenza di condanna».

Richiesta la parola per esprimere il proprio voto, l'On. Boetti Villanis Audifredi, infatti così dichiarava:

«...Non è possibile votare a favore dell'emendamento della Commissione 17.38, interamente sostitutivo dell'art. 17...in effetti oggi ci troviamo di fronte ad un testo, qui distribuito in fotocopia, con annotazioni che sovente non danno la sensazione esatta del provvedimento...evidentemente, ci troviamo di fronte ad un testo che allo stato è un bell'oggetto o un brutto oggetto misterioso, ma che non può essere sufficientemente motivato. Noi quindi dichiariamo che la votazione all'art. 17 venga per il momento accantonata, affinché tale articolo possa essere meglio esaminato e – mi consenta Signor Presidente – redatto nella stesura definitiva. Il testo che ci è stato distribuito in questo momento non ha, infatti, direi, la dignità di stesura legislativa».

L'appellante ha dunque dedotto che «Come è possibile riscontrare dai lavori parlamentari, e diversamente da quanto supposto dalla III Sezione della Cassazione, (...), l'art. 17-bis (divenuto art. 18 nel testo approvato alla Camera e art. 19 nel testo definitivo approvato dai due rami del Parlamento) risulta approvato prima e non dopo l'ultimo comma dell'art. 7, atteso che detto ultimo comma, non riportato nel testo del disegno di legge approvato dalla Camera, veniva introdotto nella successiva approvazione dello stesso disegno di legge da parte del Senato (in "seconda lettura") e, dunque, che «In definitiva: un refuso ed una travisata inversione temporale dell'approvazione delle due norme (art. 7 e art. 19 della L. 47/85) hanno finito per costituire la base giuridica dell'interpretazione data dalla Cassazione all'art. 19, che ha portato a ritenere che si possa disporre la confisca anche in carenza di sentenza di condanna».

cato il fatto che a tre lustri di distanza, il Governo, delegato ad adottare, mediante coordinamento ed armonizzazione delle norme, il testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia, ha – come si fa riserva di meglio chiarire – raggruppato le previsioni sanzionatorie sub art. 44 del cit. D.P.R. n. 380 del 2001 ed ha assegnato a tale articolo la significativa (pur se non formalmente vincolante) rubrica di «Sanzioni penali».

Tanto posto, le fatiche dell'interprete non possono se non indirizzarsi alla ricerca di altro elemento di orientamento eventualmente dirimente della compatibilità dello speciale ordine di confisca con i principi generali dell'ordinamento giuridico: la natura giuridica del provvedimento giudiziale.

Orbene, al riguardo della natura giuridica dell'ordine di confisca conseguente a lottizzazione abusiva, l'alternativa ricorre fra quella di sanzione penale/misura di sicurezza e quella di sanzione amministrativa consegnata al giudice penale in funzione di supplenza.

Soluzione, quest'ultima, per la quale opta la più recente (già richiamata) giurisprudenza di legittimità (affrancatasi dalle oscillazioni interpretative che l'hanno preceduta) ed alla quale essa addiviene, sembra di intendere, per scelta residuale, ossia per l'estrema difficoltà di giustificare la natura giuridica del provvedimento alla luce della sanzione penale.

Viene perciò ritenuto che anche la confisca, al pari della demolizione e della riduzione in pristino, vada collocata

tra le «misure ripristinatorie dell'interesse leso» ossia di quelle «preordinate a ripristinare una situazione di legalità materiale, restaurando direttamente un bene o un interesse leso ed eliminando le conseguenze materiali della lesione».

Non di meno, come ognuno vede, le caratteristiche della confisca non sono affatto conformi a quelle delle due altre misure in quanto, diversamente da quelle, non implica l'esecuzione di attività materiali sullo stato dei luoghi, produce l'ablazione del diritto di proprietà dei trasgressori e dei non trasgressori e non la semplice compressione di quello limitatamente al bene oggetto di abuso, non presuppone la necessità di una sentenza di condanna, che, invece, è sempre richiesta dal legislatore ogni qual volta chiami il giudice penale ad applicare una sanzione amministrativa di carattere reale.

Quanto alla funzione suppletiva svolta dal giudice penale in favore della pubblica amministrazione, questa, non potendo che avere carattere del tutto eccezionale, d'ordinario presuppone un'espressa e dettagliata previsione di legge (così, infatti, l'art. 31, commi 8 e 9, del D.P.R. in parola, la prevede per specifiche situazioni di inerzia della p.a. in caso di inerzia dei funzionari comunali, su intervento del competente organo regionale e, per il carattere eccezionale da cui promana, non può essere arbitrariamente – ed interpretativamente – estesa ad ipotesi di contravvenzioni edilizie diverse da quelle per le quali è espressamente disposta. Tanto più che assolutamente diversa è la formulazione

dell'art. 31 rispetto all'art. 44 del cit. D.P.R.

Nel primo, l'attività di supplenza è espressamente prevista dalla legge; il giudice penale ha il potere di disporre la demolizione, non mai la confisca (che potrà essere invece disposta esclusivamente dalla pubblica amministrazione); la confisca non è prevista in risposta ad un illecito urbanistico ma a presidio dell'ottemperanza all'ingiunzione a demolire (una astreinte in senso proprio) sicché può essere evitata con la spontanea ottemperanza.

Nel secondo, il giudice penale non deve affatto attendere le scelte della pubblica amministrazione sulla destinazione del suolo e dei manufatti abusivi ma procede esercitando un potere proprio del tutto autonomo; si limiterà a disporre la confisca senza nulla prevedere in ordine alla demolizione delle opere abusive; è tenuto ad ordinare la confisca anche in caso di assoluzione (con formula diversa dal fatto non sussiste); deve pronunciarla anche nei confronti di terzi estranei al reato; deve disporla in casi di lottizzazione abusiva anche se il responsabile provvede alla demolizione delle opere abusive.

Né va trascurato che il legislatore, per indicare due provvedimenti aventi lo stesso contenuto, abbia adoperato locuzioni diverse: nel caso del giudice penale parla di «confisca» e in quello dell'autorità amministrativa di «acquisizione gratuita al patrimonio disponibile del Comune», così mostrando di fare riferimento a due distinti poteri tipici delle rispettive

autorità: l'art. 240 c.p., per il giudice, l'art. 15 della legge n. 10 del 1977 per la pubblica amministrazione.

Peraltro, la fattispecie amministrativa di lottizzazione abusiva che può essere oggetto di accertamento da parte degli organi comunali ai sensi dell'art. 30, comma 7, del cit. D.P.R., è più «ristretta» di quella penale. La maggiore ampiezza del reato di lottizzazione abusiva rispetto al corrispondente illecito amministrativo diventa dunque indice dell'autonomia attribuita dal legislatore al giudice penale nella repressione delle lottizzazioni abusive e, conseguentemente, nell'irrogazione della confisca speciale.

Consegue che l'autonomia della previsione di confisca dell'art. 44, comma 2, cit. D.P.R. diviene incompatibile con il presunto carattere amministrativo della sanzione poiché attribuisce inspiegabilmente al giudice penale, in assenza di esplicite previsioni di inerzia della pubblica amministrazione, una sanzione che non gli è propria³.

³ Non appaiono condurre a risultati univoci nemmeno i caratteri più di recente enucleati da Cass. Sez. III pen. in sent. N. 21125 del 12.04.2007, secondo cui «Sulla base di queste premesse la Corte ritiene che la confisca in esame costituisca un provvedimento ablativo radicale, nelle forme e nelle conseguenze. Tale caratteristica, lo si ripete, è perfettamente in linea con il giudizio del legislatore circa l'estrema gravità delle condotte di lottizzazione in relazione al bene protetto, e si spiega anche con le correlate finalità che la confisca viene così ad acquisire. Il fatto che, senza discrezionalità alcuna, la proprietà dei terreni e dei beni lottizzati venga trasferita dai privati al patrimonio del Comune assomma in sé, a ben vedere, numerose conseguenze di grande interesse.

Ragioni che inducono perciò ad escludere che possa riconoscersi fondamento all'esigenza di assicurare, con l'istituto in esame, una reale e corretta funzione suppletiva salvo a non intendere tale in senso meramente metagiuridico e di politica giudiziaria.

Né può negarsi – come s'è anticipato – che il legislatore del testo unico, modificando la collocazione sistematica della disposizione relativa alla confisca, abbia preso posizione sulla natura giuridica della disposizione in esame.

Militano in tal senso riflessioni di ordine letterale e sistematico.

Anzitutto, l'intitolazione dell'art. 44 come «Sanzioni penali»; poi, la soppressione della locuzione «confisca dei terre-

ni» che costituiva la rubrica dell'art. 19 della legge n. 47 del 1985 (fondendo gli artt. 19 e 20 della legge n. 47 del 1985 nell'art. 44 del D.P.R., il legislatore ha mantenuto la rubrica del solo art. 20, «Sanzioni penali», appunto, così denunciando il convincimento che la misura della confisca non ha natura autonoma rispetto alle sanzioni penali previste per le contravvenzioni edilizie).

Si aggiunga il dato della collocazione della confisca nello stesso articolo di legge che disciplina le pene in senso stretto e quello della mancata incorporazione dell'art. 19 della legge n. 47 del 1985 con il precedente art. 18 (oggi, art. 30 del D.P.R.) che, sotto la rubrica «lottizzazione abusiva», contemplava le sanzioni amministrative previste per detto illecito.

Né è lecito ipotizzare che il Governo, attribuendo natura penale alla confisca, abbia oltrepassato i poteri conferitigli con la delega conferitagli dall'art. 7, commi 1 e 2, della legge 08.03.1999, n. 50 (come modificato dall'art. 1 della legge 24.11.2000, n. 340) giacché parlando di «riordino delle norme legislative» (e non solo di riordino dei procedimenti), il legislatore delegato è stato chiamato a redigere un testo unico avente carattere prevalentemente ma non esclusivamente compilativo, con la possibilità di innovare nella sostanza il quadro normativo esistente per il raggiungimento della finalità di riordino.

Ultimo tassello interpretativo è costituito dalla recente pronuncia della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo che,

La prima è quella di prospettare ai privati un rischio elevatissimo: la perdita della proprietà sui beni oggetto di lottizzazione, e quindi dovrebbe costituire un forte elemento di deterrenza.

La seconda è quella di evitare che la sanzione possa essere in concreto non applicata e/o non eseguita a causa dell'incuria o boicottaggio da parte degli amministratori locali.

La terza è quella di evitare che questi ultimi siano sottoposti alle pressioni dei destinatari della confisca affinché vengano assunti, ancorché ex post, provvedimenti in sanatoria, con il pericolo di forzature e distorsioni delle politiche di gestione del territorio e, se si vuole, evitandosi in tal modo anche i rischi di attentati alla lealtà e correttezza dell'azione amministrativa.

La quarta conseguenza, non meno importante, è l'attribuzione al Comune della libertà di utilizzare l'area e gli eventuali manufatti senza subire i condizionamenti di coloro che su quei beni altrimenti conserverebbero aspettative e interessi diretti». Siffatti caratteri, invero, hanno un valore tutt'affatto neutro ben potendo partecipare sia della natura amministrativa che di quella penale della confisca in esame.

con decisione del 30.08.2007⁴, giudicando sulla preliminare fondatezza del ricorso proposto proprio con riferimento alla sentenza della Cassazione n. 29.01-26.03.2001 (Matarrese ed altri, in vicenda «Punta Perotti»), ha ritenuto che la confisca irrogata dal giudice penale ex art. 44, comma 2, D.P.R. 380/2001, si rapporti ad una infrazione penale ed ha osservato che il carattere illegale delle lottizzazioni è stato contestato dalla giurisdizione penale; che la sanzione non tende ad una riparazione pecuniaria di un pregiudizio ma mira essenzialmente a punire per evitare la reiterazione delle mancanze alle condizioni stabilite dalla legge; che il testo unico sull'edilizia classifica la confisca per lottizzazione abusiva tra le sanzioni penali; che la confisca in discorso è una pena e che prevedendone l'irrogabilità al di fuori di ipotesi di affermazione di responsabilità penale, la giurisdizione italiana incorre in infrazione del diritto tutelato dall'art. 7 della Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo. L'indicata sentenza della Corte di Strasburgo – che si innesta su un filone giurisprudenziale consolidato e risalente – per quanto sia una decisione sull'ammissibilità del ricorso presentato dalla ricorrente S.F. srl, non è affatto un provvedimento interlocutorio e suscettibile di essere revocato o contraddetto dalla Grande Camera (cui, per

l'importanza della vicenda sottostante, la Corte ha rimesso la decisione di merito) ma costituisce una pronuncia di carattere definitivo quanto ai principi di diritto ed agli orientamenti ermeneutici che in essa vengono affermati.

Qui non interessa sapere se la misura della confisca pronunciata in assenza o a prescindere da un giudizio di responsabilità penale per gli imputati sia un *unicum* nel nostro ordinamento o se accanto ad essa possano individuarsi, annoverarsi ed enumerarsi altre analoghe previsioni comportanti simili forme di limitazione del diritto di proprietà⁵.

⁴ *Deuxième section, décision sur la recevabilité de la requête n. 75909/01 présentée par "SUD FONDI srl" et autres contre l'Italie*, leggibile sul sito ufficiale della Corte di Strasburgo <http://www.echr.coe.int>.

⁵ Benché forse non sia del tutto ultroneo rammentare che secondo Corte cost. 10.01.1997, n. 1: «È costituzionalmente illegittimo, per violazione degli artt. 3 e 27, comma 1, Cost., l'art. 301, comma 1, d.P.R. 23 gennaio 1973 n. 43 (Approvazione del t.u. delle disposizioni legislative in materia doganale), come modificato dall'art. 11 l. 30 dicembre 1991 n. 413, nella parte in cui non consente alle persone estranee al reato di provare di avere acquistato la proprietà delle cose ignorando senza colpa l'illecita immissione di esse sul mercato, in quanto – posto che dalla giurisprudenza costituzionale emerge il generale principio secondo cui deve escludersi, in ossequio al canone della personalità della responsabilità penale, che la misura della confisca obbligatoria possa investire la cosa appartenente al terzo estraneo al reato di contrabbando, quando questi dimostri di esserne divenuto proprietario senza violare alcun obbligo di diligenza, e quindi in buona fede – se gli interessi dello Stato connessi all'esercizio della potestà tributaria possono ricevere un ambito di tutela privilegiata anche nei confronti del terzo sul piano processuale, sicché può risultare non irragionevole una deroga al vigente principio secondo il quale la buona fede è generalmente presunta in materia di acquisti di beni mobili –, tuttavia la posizione del terzo, che abbia compiuto il suo acquisto in buona fede e senza che esistessero ele-

Interessa invece accertare se sia costituzionalmente legittimo pronunciare una sanzione penale di tal fatta a prescindere dal giudizio di responsabilità e nei confronti di terzi estranei al reato⁶ tenendo conto, da un canto, che la C.E.D.U.

menti idonei a far sorgere sospetti circa la provenienza (illecita) del bene, deve ritenersi protetta dal principio della tutela dell'affidamento incolpevole, il quale comporta necessariamente – risultando, altrimenti, violato il canone della personalità della responsabilità penale – che il terzo sia abilitato a dimostrare la propria buona fede nell'acquisto».

⁶ Questa Corte non ignora che ben di recente il S.C. ha ritenuto la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 44 del d.P.R. n. 380 del 2001, ma quella Corte ciò ha fatto sul presupposto che l'ordine di confisca abbia natura di sanzione amministrativa e che la denunciata violazione del principio di uguaglianza riguardasse tutt'altro profilo di quello qui nel testo prospettato (ossia, che: «la confisca, pur intesa quale sanzione amministrativa, debba pur sempre essere collegata ad una sentenza di condanna e non già di assoluzione, qualunque sia la sua formula. Diversamente opinando, avremmo un duplicato di sanzioni amministrative di identico contenuto, sia pure di diversa denominazione: acquisizione a titolo gratuito in sede amministrativa, e confisca in sede penale, con questa fondamentale differenza: in sede amministrativa il Sindaco accerta un'inadempienza del privato, per aver posto in essere una lottizzazione carente di previa autorizzazione e, come tale, suscettibile, oltre che dell'acquisizione, anche della sanzione penale di cui alla L. n. 47 del 1985, art. 20, lett. c); mentre, in sede penale, il giudice ordina la confisca, equivalente all'acquisizione a titolo gratuito, pur in mancanza di una responsabilità penale dell'imputato. Seguendo questa tesi, si avrebbe che il giudice penale, pur senza ravvisare reato ed emettere sentenza di condanna, effettuerebbe accertamenti di carattere puramente amministrativo, ravvisando gli estremi della lottizzazione abusiva e sostituendosi in tal modo all'autorità amministrativa, nonché al giudice amministrativo»).

ha affermato, sia pure con motivazione esiliforme e tutt'affatto pragmatica⁷, che

Sicché la Cass. Sez. III, 07.11.2006, Cieri, in C.E.D. Cass., Rv 236076, ha così argomentato: «Premesso che la confisca dei beni oggetto di lottizzazione abusiva si connette alla oggettiva illiceità degli stessi, sì da colpire anche eventuali proprietari estranei al processo penale, rileva il Collegio (tenuto conto pure delle considerazioni già svolte, al riguardo, da Cass. Sez. 3^a, 15.3.2005, n. 10037, Vitone ed altri) la manifesta infondatezza delle anzidette questioni di incostituzionalità, non potendosi ravvisare alcun contrasto con la L. n. 47 del 1985, art. 19, (attualmente D.P.R. n. 380 del 2001, art. 44, comma 2): – con l'art. 3 Cost., in quanto chi ha commesso il reato di lottizzazione abusiva è soggetto non solo alla confisca del bene (come chi non l'ha commesso), ma anche all'irrogazione della sanzione penale, per cui non può parlarsi di analogo trattamento sanzionatorio di situazioni oggettivamente diverse; – con l'art. 41 Cost., e art. 42 Cost., comma 2, tenuto comparativamente conto delle riconosciute funzioni sociali della proprietà e dell'iniziativa economica e dell'esigenza primaria di tutela e salvaguardia del territorio, cosicché, nel contrasto tra interesse collettivo ed interesse privato, e quindi tra diritti della collettività e del privato, è razionale che debbano prevalere i primi; – con gli artt. 24, 101 e 102 Cost., perché la confisca ex art. 44 in esame costituisce un provvedimento posto a chiusura di un complessivo sistema sanzionatorio con il quale tuttavia deve essere coordinato».

⁷ Così testualmente esprimendosi: «Or, la Cour estime que la confiscation litilieuse se rattachait à une "infraction pénale" fondée sur des dispositions juridiques générales.

Ce point n'a d'ailleurs pas été contesté par le Gouvernement, qui, dans ses observations, se réfère au lotissement abusif comme à un "délit".

La Cour note ensuite que le caractère matériellement illégal des lotissements a été constaté par les juridictions pénales. La confiscation a été ordonnée à l'égard des requérantes pour des raisons objectives, sans qu'il ait été nécessaire ou possible d'établir l'existence d'une intention ou d'une négligence de leur part.

En outre, la Cour observe que la sanction prévue à l'article 19 de la loi n. 47 de 1985 ne tend pas à la

una siffatta misura costituisce infrazione dell'art. 7, comma 1, della convenzione e, dall'altro, che secondo l'insegnamento della Corte costituzionale, ogni qual volta il recepimento di una pronuncia della Corte europea comporti un sospetto di legittimità costituzionale, il giudice chiamato ad applicare la norma, deve rimettere gli atti al Giudice delle leggi se non sia del tutto evidente la possibilità di ricorrere ad una interpretazione costituzionalmente orientata che elida i termini del problema.

Codesta Corte ha di recente chiarito⁸ come se le norme comunitarie «debbono

avere piena efficacia obbligatoria e diretta applicazione in tutti gli Stati membri, senza la necessità di leggi di ricezione e adattamento, come atti aventi forza e valore di legge in ogni Paese della Comunità, sì da entrare ovunque contemporaneamente in vigore e conseguire applicazione eguale ed uniforme nei confronti di tutti i destinatari» tuttavia «il riferito indirizzo giurisprudenziale non riguarda le norme CEDU (...) non essendo individuabile, con riferimento alle specifiche norme pattizie in esame, alcuna limitazione della sovranità nazionale» sicché queste «pur rivestendo grande rilevanza, in quanto tutelano e valorizzano i diritti e le libertà fondamentali delle persone, sono pur sempre norme internazionali pattizie, che vincolano lo Stato, ma non producono effetti diretti nell'ordinamento interno, tali da affermare la competenza dei giudici nazionali a darvi applicazione nelle controversie ad essi sottoposte, non applicando nello stesso tempo le norme interne in eventuale contrasto».

Codesto Giudice della leggi ha poi soggiunto che «il nuovo testo dell'art. 117, primo comma, Cost., se da una parte rende inconfutabile la maggior forza di resistenza delle norme CEDU rispetto a leggi ordinarie successive, dall'altra attrae le stesse nella sfera di competenza di questa Corte, poiché gli eventuali contrasti non generano problemi di successione delle leggi nel tempo o valutazioni sulla rispettiva collocazione gerarchica delle norme in contrasto, ma questioni di legittimità

réparation pécuniaire d'un préjudice, mais vise pour l'essentiel à punir pour empêcher la réitération de manquements aux conditions fixées par la loi (voir, mutatis mutandis et en relation à la notion d'"accusation en matière pénale", Bendenoun c. France, arrêt du 24 février 1994, série A n. 284, p. 2, § 47; Jussila c. Finlande [GC], n. 73053/01, § 38, CEDH 2006). Cette conclusion est renforcée par le constat que la confiscation a frappé à 85 % des terrains non construits, donc en l'absence d'une atteinte réelle au paysage. Cette pénalité était donc à la fois préventive et répressive, cette dernière caractéristique étant celle qui distingue d'habitude les sanctions pénales (Öztürk c. Allemagne, arrêt du 21 février 1984, série A n. 73, pp. 20-21, § 53).

De surcroît, la Cour relève la gravité de la sanction qui, selon la loi n. 47 de 1985, implique tous les terrains inclus dans le projet de lotissement, et qui, en pratique, a concerné 50.000 mètres carrés de terrain.

La Cour relève enfin que le code de la construction de 2001 classe parmi les sanctions pénales, la confiscation pour lotissement abusif.

Comptetenu des éléments plus haut, la Cour estime que la confiscation litigieuse est une "peine" au sens de l'article 7 de la Convention.

Il s'ensuit que l'exception du Gouvernement ne saurait être retenue».

⁸ Sentenza n. 348 del 2007.

costituzionale. Il giudice comune non ha, dunque, il potere di disapplicare la norma legislativa ordinaria ritenuta in contrasto con una norma CEDU, poiché l'asserita incompatibilità tra le due si presenta come una questione di legittimità costituzionale, per eventuale violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., di esclusiva competenza del giudice delle leggi».

Nel caso di specie, la riconduzione della confisca *ex art. 44, comma 2, cit. D.P.R.* nei cancelli della sanzione penale, non soltanto non risolve il problema della compatibilità di esso istituto con le direttive generali del sistema penale (poste dall'art. 240 del c.p.) ma lo aggrava e ne disvela possibili profili di illegittimità costituzionale per violazione del principio di uguaglianza, per violazione del principio della riserva penale di legge e per violazione di quello della personalità della responsabilità penale.

Situazioni pressoché simili ricevono dall'ordinamento disciplina differente e, nel caso dell'art. 44, comma 2, ingiustificatamente deteriore atteso il carattere assoluto ed inderogabile dell'ordine di confisca ivi contemplato e l'obbligatoria estensione di esso a terzi estranei al reato. Senza che sia data all'interprete pos-

sibilità alcuna di rettificare il dettato della norma – se non mediante mutilazione – per uniformarlo interpretativamente ai principi generali in materia.

Per questi motivi

La Corte di Appello di Bari, Prima Sezione penale, applicati gli artt. 134 Cost. e 23 della legge n. 87 del 1953, ritenuta la rilevanza nel presente giudizio e la non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 44, comma 2, del D.P.R. 06.06.2001, n. 380 nella parte in cui impone al giudice penale, in presenza di accertata lottizzazione abusiva, di disporre la confisca dei terreni e delle opere abusivamente costruite anche a prescindere dal giudizio di responsabilità e nei confronti di persone estranee ai fatti, per asserito contrasto con gli artt. 3, 25, comma 2, e 27, comma 1, della Costituzione, sospende il presente giudizio a carico di V. M. R. ed altri;

Dispone la trasmissione degli atti alla Corte costituzionale affinché, ove ne ravvisi i presupposti, voglia dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 44, comma 2, nella parte indicata;

...*Omissis*...

CASSAZIONE PENALE, SEZ. III, 29 APRILE 2009,

sentenza n. 17865/09, LUPO Presidente – FIALE Relatore – Quarta e altri.
Edilizia e urbanistica – Confisca urbanistica – Terzi acquirenti in buona fede
(D.P.R. 380/2001, art. 44; C.p. art. 240).

Se è vero che la confisca urbanistica non può in astratto giustificarsi a danno di terzi estranei al reato, per la cooperazione dell'acquirente nel reato di lottizzazione abusiva è sufficiente la semplice adesione di quest'ultimo al disegno criminoso concepito dal venditore. Tale adesione sussiste anche in base alla violazione (deliberata o dovuta a trascuratezza) di specifici doveri di informazione e conoscenza, che costituiscono diretta applicazione dei doveri di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA
DI CASSAZIONE
TERZA SEZIONE PENALE

UDIENZA CAMERA
DI CONSIGLIO DEL 17/03/2009
SENTENZA N. 00431/2009
REGISTRO GENERALE
N. 035510/2008

Composta dagli Ill.mi Sigg.:
Dott. LUPO ERNESTO

- | | |
|---------------------------------------|-------------|
| | Presidente |
| 1. Dott. FIALE ALDO | |
| | Consigliere |
| 2. Dott. MARMO MARGHERITA | |
| | Consigliere |
| 3. Dott. AMORESANO SILVIO | |
| | Consigliere |
| 4. Dott. MULLIRI GUICLA
IMMACOLATA | |
| | Consigliere |

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

PUBBLICO MINISTERO PRESSO
TRIBUNALE di BRINDISI

nei confronti di Q. A. e altri

Omissis

avverso la ordinanza 18.6.2008 (deposi-
tata il 19.6.2008) del Tribunale per il
riesame di Brindisi

Visti gli atti, la ordinanza impugnata
ed i ricorsi

Udita, in camera di consiglio, la rela-
zione fatta dal Consigliere dr. Aldo Fiale

Udito il Pubblico Ministero, in per-
sona del dr. Guglielmo Passacantando, il
quale ha concluso chiedendo il rigetto
dei ricorsi e, in subordine, la rimessione
alle Sezioni Unite ovvero alla Corte Co-
stituzionale

Uditi i difensori, Avv.ti Alfredo Gai-
to, Giampiero Iaia, Giancarlo Camassa,

Francesco Silvestre e Vittorio Rina, i quali hanno concluso chiedendo l'accolgimento dei ricorsi dei privati

FATTO E DIRITTO

Il Tribunale di Brindisi – con ordinanza del 18.6.2008 (depositata il 19.6.2008) – decideva sulle istanze di riesame proposte, nell'interesse delle persone indicate in epigrafe, avverso il decreto 27.5.2008 con cui il G.I.P. di quello stesso Tribunale aveva disposto il **sequestro preventivo** del comparto C) di un complesso turistico-alberghiero denominato "Acque Chiare" sito in località "Case Bianche" di Brindisi [misura di cautela reale adottata in relazione all'ipotizzato reato di *lottizzazione abusiva*, ex art. 44, lett. c, D.P.R. n. 380/2001 – correlato anche a fattispecie di corruzione e di falso – attuata attraverso l'emanazione di provvedimenti urbanistici ed edilizi considerati illegittimi in quanto inducenti, in violazione della pianificazione generale, modificazione della destinazione turistico-alberghiera della zona e violazione del vincolo di inalienabilità frazionata delle unità immobiliari, alienate invece quali residenze per uso abitativo privato] e:

- a) confermava l'adottata misura di cautela reale;
- b) nominava, in sostituzione del Sindaco *pro tempore* del Comune di Brindisi, ciascuno dei ricorrenti quale custode della unità immobiliare di proprietà dello stesso, a titolo gratuito e con facoltà di uso.

Avverso tale ordinanza hanno proposto ricorsi per cassazione:

1. il **Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Brindisi**,
2. le persone dianzi indicate (**acquirenti di unità immobiliari facenti parte del complesso turistico-alberghiero e vendute come autonome residenze private**).

Il P.M. ha eccepito violazioni di legge, in quanto il Tribunale:

- avrebbe illegittimamente statuito in ordine alle *modalità esecutive* del sequestro in atto (revoca del precedente custode e nomina di nuovi custodi con conferimento della facoltà di uso), pur non identificandosi con il giudice che ha emesso il provvedimento delle cui modalità esecutive si tratta. Secondo la prospettazione del ricorrente, "solo la insussistenza dei requisiti di cui all'art. 120 c.p.p., ovvero il venir meno di tali requisiti in capo al custode, avrebbe potuto determinare la sua revoca ma nella specie nulla di tutto ciò si è verificato";
- incongruamente avrebbe conferito ai nuovi custodi la *facoltà di uso* degli immobili sequestrati, in quanto l'ordinamento prevedrebbe nel solo ed unico caso disciplinato dall'art. 85 disp. att. c.p.p. la possibilità di utilizzazione del bene sottoposto al sequestro, condizionandola all'imposizione di opportune prescrizioni ed alla prestazione di una cauzione idonea a garantire l'esecuzione delle prescrizioni impartite. L'uso concesso, inol-

tre, non consentito dagli strumenti urbanistici vigenti, “certamente protrae le conseguenze del reato” di lottizzazione abusiva.

Gli **acquirenti delle unità immobiliari**, a mezzo dei rispettivi difensori ed anche attraverso il deposito di “motivi aggiunti”:

* hanno prospettato che:

- essi, *soggetti non indagati*, rivestirebbero la posizione di “*terzi estranei in buona fede*” rispetto al reato di lottizzazione abusiva ipotizzato, poiché verserebbero “in condizione di completa ignoranza della asserita illegittimità del programma edilizio attuato dal venditore”, avendo fatto “totale affidamento sulla ormai consolidata vigenza degli atti amministrativi regolanti la vicenda” e sulle assicurazioni circa la legittimità degli acquisti ricevute dal notaio rogante all’atto della stipula dei contratti di vendita;
- il sequestro sarebbe stata adottato dal GIP esclusivamente ai sensi del 2° comma dell’art. 321 c.p.p., sul presupposto che, all’accertamento del reato di lottizzazione abusiva, debba necessariamente seguire la *confisca* dell’area e degli immobili interessati, ex art. 44, comma 2, del T.U. n. 380/2001;

* ed hanno conseguentemente eccepito che:

- nei loro confronti non potrebbe essere disposta la *confisca* in oggetto, perché:

a) la Corte Europea dei diritti dell’uomo – con decisioni del 30.8.2007 e del 20.1.2009, nel ricorso [n. 75909/01] proposto contro l’Italia dalla s.r.l. “Sud Fondi” ed altri – ha affermato che tale misura patrimoniale:

- “*non tende alla riparazione di un danno, ma mira nella sua essenza a punire per impedire la reiterazione di trasgressioni a prescrizioni stabilite dalla legge*”;
- è, quindi, una “*pena*” e la previsione dell’irrogabilità di tale “pena” *al di fuori di ipotesi di responsabilità penale* incorre nell’infrazione dell’art. 7 della CEDU.

I ricorrenti hanno sollevato, pertanto, **questione di legittimità costituzionale dell’art. 44, 2° comma del D.P.R. n. 380/2001** – per assunto contrasto con gli artt. 3, 25 - 2° comma, 27 e 117 - comma 1 della Costituzione, in relazione all’art. 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) – nella parte in cui la norma denunciata prevede la *confisca ope legis* di immobili appartenenti a terzi estranei al reato di lottizzazione abusiva;

b) la legge statale 25.2.2008, n. 34 (*Disposizioni per l’adempimento*

mento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alla Comunità Europea) prescrive che il governo debba, con decreto legislativo, “disciplinare i limiti della confisca nei confronti della persona estranea al reato, che ne abbia beneficiato, o che abbia ricevuto i beni per diritto successorio” [art. 31, lett. c)] e che tale disciplina debba “prevedere che in ogni caso la confisca non pregiudichi i diritti dei terzi in buona fede sulle cose che ne sono oggetto” [art. 31, lett. g)].

Tale ultima disposizione costituirebbe “norma di dettaglio immediatamente precettiva e non meramente programmatica”, che avrebbe abrogato la previsione dell’art. 44, 2° comma, del T.U. n. 380/2001;

- non potrebbe configurarsi – a fronte di costruzioni ultimate e già abitate da tempo ed in presenza di adeguate opere di urbanizzazione – un qualsiasi “*periculum in mora*”, in quanto la libera disponibilità, da parte di essi proprietari, delle unità immobiliari sequestrate, non potrebbe in alcun modo aggravare o protrarre le conseguenze dei reati ipotizzati né comportare, comunque, una reale compromissione degli interessi attinenti al territorio ovvero un aggravamento “significativamente rilevante in termini di

consistenza reale e di intensità” del c.d. *carico urbanistico*, nozione quest’ultima che va riferita allo “*effetto che viene prodotto dall’insediamento primario come domanda di strutture ed opere collettive, in dipendenza del numero delle persone insediate su di un determinato territorio*” (così Cass., Sez. Unite, 20.3.2003, n. 12878).

Il difensore di Dibitonto Immacolata (non ricorrente), in data 19.2.2009, ha depositato memoria ex art. 121 c.p.p.

* * *

1. La ricostruzione degli aspetti essenziali della vicenda

Nel procedimento in esame risultano indagati – fino al momento della pronuncia dell’ordinanza impugnata – il rappresentante legale della s.r.l. “Acque Chiare”, società committente e costruttrice del polo turistico-alberghiero in località Case Bianche del Comune di Brindisi (tale Romanazzi Vincenzo), il sindaco dell’epoca, il segretario generale ed alcuni funzionari comunali, un funzionario dell’amministrazione preposta alla tutela dei beni paesaggistici, il progettista e direttore dei lavori, un notaio rogante degli atti di trasferimento delle unità immobiliari.

Nei confronti degli stessi sono stati ipotizzati – oltre al reato di cui agli artt. 110 cod. pen. e 44, lett. c), D.P.R. n. 380/2001 (lottizzazione abusiva) – fatti-

specie delittuose di cui agli artt. 319, 321 e 476 cod. pen.

Con particolare riferimento alla **vendita a privati acquirenti delle unità immobiliari di cui al comparto C)** del complesso turistico-alberghiero in oggetto, l'impostazione accusatoria si basa sui seguenti elementi:

- il territorio sul quale dette unità immobiliari (ben 174) sono state edificate aveva, nel **piano regolatore generale (PRG)** del Comune di Brindisi, destinazione a “*zona agricola e viabilità di rispetto*”;
- tale destinazione di zona venne modificata attraverso l'approvazione di un **accordo di programma** tra il Comune di Brindisi, la Regione Puglia e la s.r.l. “Acque Chiare” [definitivamente ratificato dal Consiglio comunale il 25.8.1999 ed approvato con decreto 24.7.2000, n. 306 del Presidente della Regione] e ciò era consentito dalla allora vigente legge n. 34/1994 della Regione Puglia, come modificata dalla legge regionale n. 8/1998, che prevedeva appunto la possibilità di modificare le disposizioni dello strumento urbanistico generale, attraverso tale *iter* pianificatorio di tipo convenzionale, però al solo fine di realizzare strutture produttive (anche di tipo turistico ed alberghiero) che garantissero stabili livelli occupazionali;
- la stessa normativa regionale dianzi citata, *per evitare surrettizi aggiramenti delle previsioni di piano*, imponeva che

le opere realizzate in seguito all'adozione della procedura convenzionale (eccezionale e derogatoria) restassero *vincolate all'uso produttivo*: per dieci anni secondo il testo originario e per cinque anni secondo il testo riformato nel 1998. Il Dpgr di approvazione prevedeva, pertanto, quanto agli immobili che si sarebbero realizzati, il vincolo della destinazione di uso per un periodo di almeno cinque anni, a partire dall'inizio dell'attività alberghiera, e l'inalienabilità delle singole unità turistico-alberghiere;

- in attuazione dell'accordo di programma vennero stipulate:
 - in data 9.2.2001, una **convenzione** tra il Comune di Brindisi e la società costruttrice, che prevedeva il divieto di modifica della destinazione di uso degli immobili per dieci anni dall'inizio dell'attività e la possibilità di alienare il complesso turistico soltanto nella sua unitarietà;
 - in data 27.8.2002, una **convenzione modificativa** che limitava a soli cinque anni il divieto di alienazione delle singole unità turistico-alberghiere ed individuava il *dies a quo* di tale termine non più nell'inizio dell'attività produttiva, correlandolo invece al momento della stipula della stessa convenzione;
- entrambe le dette convenzioni si configurano come *atti esecutivi* dell'accordo di programma approvato con decreto del 24.7.2000 ed esse, in quanto tali, *non avrebbero potuto de-*

rogare al contenuto di quell'atto sovraordinato se non attraverso un nuovo incontro coerente delle volontà manifestate da tutti i soggetti che già avevano partecipato all'originario procedimento di gestione amministrativa consensuale: da soggetti, cioè, che avrebbero potuto modificare legittimamente l'accordo già concluso in quanto fossero stati formalmente investiti dagli organi istituzionalmente competenti dei poteri spettanti alla sfera delle amministrazioni rappresentate in relazione all'oggetto del procedimento.

Alla convenzione del 27.8.2002, invece, non parteciparono (né posero in essere ratifiche successive) la Regione ed il Consiglio comunale [il sindaco non può impegnare le decisioni del Consiglio se non in virtù di delega espressa] e, con *iter procedimentale* non consentito, vennero introdotte rilevanti deroghe all'accordo di programma, in quanto:

- il vincolo quinquennale di permanenza della destinazione turistico-alberghiera venne fatto decorrere da un tempo più remoto (quello appunto della stipula della convenzione) rispetto a quello dell'inizio dell'attività produttiva dei servizi [termine originario la cui decorrenza, ad oggi, non sarebbe ancora iniziata, risultando non completata una struttura alberghiera da insediarsi nel comparto A) né rifinite le strutture ricettive previste nel comparto B)];

- venne eliminato il divieto di alienazione frazionata delle unità immobiliari, parcellizzando così l'area in un complesso di "ville al mare", aventi natura residenziale, non consentita dal piano regolatore generale né da quelle previsioni pianificatorie derogative la cui legittimità (a ragione della stessa *ratio* legislativa giustificatrice) si fondava sulla unitaria destinazione funzionale delle opere per le possibilità di incremento occupazionale connesse alla gestione complessiva di un insediamento turistico-alberghiero;
- il G.I.P. ed il Tribunale del riesame hanno ritenuto perciò illegittima la convenzione del 27.8.2002 e, *per derivationem*, tutti gli atti successivi ed i titoli edilizi abilitativi che in quella convenzione hanno trovato il loro presupposto.

2. Gli elementi del reato di lottizzazione abusiva e la loro individuazione nei fatti in esame

Ai fini della configurazione del "*fumus*" della fattispecie contravvenzionale ipotizzata, si rendono opportune alcune puntualizzazioni di carattere generale in ordine al reato di lottizzazione abusiva.

2.1 A norma dell'art. 30, 1° comma. del T.U. n. 380/2001:

"si ha **lottizzazione abusiva** di terreni a scopo edificatorio quando vengono iniziate opere che comportino *trasformazione urbanistica od edilizia dei terreni*

stessi in violazione delle prescrizioni degli strumenti urbanistici, vigenti o adottati, o comunque stabilite dalle leggi statali o regionali, o senza la prescritta autorizzazione, nonché quando tale trasformazione venga predisposta attraverso il frazionamento e la vendita, o atti equivalenti, del terreno in lotti che, per le loro caratteristiche quali la dimensione in relazione alla natura del terreno e alla sua destinazione secondo gli strumenti urbanistici, il numero, l'ubicazione o la eventuale previsione di opere di urbanizzazione ed in rapporto ad elementi riferiti agli acquirenti, denunciino in modo non equivoco la destinazione a scopo edificatorio”.

Secondo la giurisprudenza ormai consolidata di questa Corte Suprema, il reato di lottizzazione abusiva – che, come è noto, può estrinsecarsi sia nel compimento di *atti giuridici* sia nella esplicazione di *attività materiali*, richiedendosi solo che gli anzidetti atti ed attività risultino funzionalizzati ad un nuovo insediamento urbano – può configurarsi (vedi Cass., Sez. Unite, 28.11.2001, Salvini ed altri, nonché Sez. III: 13.6.2008, n. 24096, Desimine ed altri; 11.5.2005, Stiffi ed altri; 1.7.2004, Lamedica ed altri; 29.1.2001, Matarrese ed altri; 30.12.1996, n. 11249, ric. P.M. in proc. Urtis):

– in presenza di un intervento sul territorio tale da comportare una nuova definizione dell'assetto preesistente in zona non urbanizzata o non sufficientemente urbanizzata, per cui esiste la necessità di attuare le previsioni

dello strumento urbanistico generale attraverso la redazione di un piano esecutivo e la stipula di una convenzione lottizzatoria adeguata alle caratteristiche dell'intervento di nuova realizzazione;

– ma anche allorché detto intervento non potrebbe in nessun caso essere realizzato poiché, per le sue connotazioni oggettive, si pone in contrasto con la destinazione programmata del territorio comunale.

Nei casi [tra i quali va annoverato quello in esame] in cui si agisca sul territorio con un'attività finalizzata ed idonea a snaturarne la programmazione deve ritenersi inconferente ogni riferimento all'incidenza del nuovo insediamento sullo stato di urbanizzazione esistente.

2.2 Questa Corte ha ripetutamente affermato [vedi Sez. III: 4.5.2004, n. 20661, Repino; 21.3.2005, n. 10889, Garbari; 24.2.2006, n. 6990, Ambrosioni; 15.2.2007, n. 6396, Cieri; 3.4.2007, n. 13687, Signori; 13.6.2008, n. 24096, Desimine; 17.11.2008, n. 42741, Silvio] i principi secondo i quali:

* **Può configurare il reato di lottizzazione abusiva la modifica di destinazione d'uso di un complesso alberghiero, realizzata attraverso la vendita di singole unità immobiliari a privati**, allorché (*indipendentemente dal regime proprietario della struttura*) non sussiste una organizzazione imprenditoriale preposta alla gestione dei servizi comuni ed alla concessione in locazione dei singoli

appartamenti compravenduti secondo le regole comuni del contratto di albergo, atteso che in tale ipotesi le singole unità perdono la loro originaria destinazione d'uso alberghiera per assumere quella residenziale.

- * Irrilevante è la titolarità della proprietà della struttura immobiliare, che indifferentemente può appartenere ad un solo soggetto proprietario oppure ad una pluralità di soggetti. Ciò che rileva, invece, è la configurazione della struttura medesima (anche se appartenente a più proprietari) come *albergo* ed una configurazione siffatta deve essere caratterizzata dalla *“concessione in locazione delle unità immobiliari ad una generalità indistinta ed indifferenziata di soggetti e per periodi di tempo predeterminati”*. Se manca questa destinazione dei locali ad un pubblico generalizzato, ma si destinano parte dei locali costruiti esclusivamente all'utilizzazione dei soggetti proprietari, non si ha più utilizzazione alberghiera, bensì abitativa.
- * Si ha lottizzazione abusiva allorquando il frazionamento anzidetto si ponga *in contrasto con specifiche previsioni dello strumento urbanistico generale*, come ad esempio nel caso in cui detto strumento, nella zona in cui è stato costruito l'albergo, non preveda utilizzabilità diversa da quella turistico-alberghiera.
- * Il reato di lottizzazione abusiva mediante modifica della destinazione d'uso da alberghiera a residenziale è

configurabile anche nell'ipotesi in cui lo strumento urbanistico consenta l'utilizzo della zona ai fini residenziali: sia quando il complesso alberghiero sia stato edificato alla stregua di *previsioni urbanistico-edilizie derogatorie non estensibili ad immobili residenziali*; sia allorquando la destinazione d'uso residenziale comporti la necessità di incrementare gli *standards* richiesti per l'edificazione alberghiera e tali *standards* aggiuntivi non risultino reperibili ovvero reperiti in concreto.

2.3 Né possono ravvisarsi seri profili di compromissione del *principio di tassatività* delle previsioni penali, in relazione alla formulazione dell'art. 30, 1° comma. del T.U. n. 380/2001, poiché l'alienazione frazionata dei singoli immobili deve ritenersi comunque intimamente connessa al frazionamento in lotti (o comunque allo scorporo sia pure soltanto materiale) del terreno sui quali quegli immobili sono stati edificati.

La norma incriminatrice in esame, facendo testuale riferimento al *“frazionamento e la vendita, o atti equivalenti, del terreno in lotti”* ha inteso (nell'ottica della necessaria idoneità degli atti a mettere in pericolo la pianificazione territoriale e della individuazione della loro direzione inequivoca ed oggettiva a conseguire lo scopo illecito) anticipare la tutela penale dell'interesse protetto da una fattispecie criminosa che, per la sua natura contravvenzionale, non prevede la rilevanza penale del tentativo.

La punibilità, dunque, risulta costruita alla stregua del modello legale previsto dall'ordinamento in via generale nell'art. 56, 1° comma, cod. pen., sia pure soltanto per i delitti, e sarebbe incongruente affermare che la legge penale punisca quello che è sostanzialmente un tentativo e non intenda sanzionare, invece, una vendita di edifici già realizzati maggiormente destinata ad incidere significativamente sul territorio.

Tale interpretazione non può essere considerata come elusiva del divieto di analogia in materia penale né quale (non consentita) estensione della norma penale oltre i casi in essa espressamente previsti, trattandosi invece di un'interpretazione logica del tutto coerente con lo scopo di tutela della fattispecie incriminatrice, che risulterebbe – al contrario – irrazionalmente limitata da un'interpretazione basata sul mero dato letterale.

Le **Sezioni Unite** di questa Corte Suprema, del resto – già con la **sentenza 28.11.1981, ric. Giulini** – ebbero ad affermare che, per la configurabilità del reato all'epoca previsto dall'art. 17, lettera b), ultima ipotesi, della legge n. 10/1977, la nozione di lottizzazione abusiva a scopo edilizio comprendeva non soltanto i casi di *frazionamento di area* bensì *qualsiasi forma di frazionamento urbano non autorizzato, realizzato attraverso l'utilizzazione edilizia del territorio*, ciò perché si determinava in ogni caso il pregiudizio delle autonome scelte programmatiche sull'uso del territorio, riservate dalla legge alla competenza del Comune, nonché il condizionamento

della pubblica Amministrazione ad eseguire le correlate opere di urbanizzazione primaria e secondaria.

2.4 Nella vicenda che ci occupa deve ritenersi correttamente configurato dal Tribunale per il riesame il sostanziale *conferimento di un diverso assetto ad una porzione di territorio comunale*, con “significativa trasformazione” della organizzazione complessiva di detto territorio messa a punto dagli strumenti urbanistici anche attraverso il coordinamento delle varie destinazioni d'uso. La Corte Costituzionale ha rilevato infatti, al riguardo, che “le destinazioni d'uso *degli immobili* sono in diretto rapporto con l'assetto del territorio dei Comuni e costituiscono attuazione delle funzioni e degli usi *delle zone* in cui viene articolato il territorio medesimo, secondo le previsioni della pianificazione comunale” [così Corte Cost., 11.2.1991, n. 73].

In particolare:

- a) La variante al vigente piano regolatore generale (ove all'area veniva originariamente impressa la destinazione a “*zona agricola e viabilità di rispetto*”) è stata introdotta attraverso l'istituto dell'accordo di programma – conformemente alla normativa regionale modellata sullo schema previsto dall'art. 5 del D.P.R. 20.10.1998, n. 447 (Regolamento per la semplificazione dei procedimenti di localizzazione degli impianti produttivi, incluse le attività turistiche ed alberghiere) – ma tale strumento derogativo e semplificativo, come rilevato pure dal Consiglio di

Stato (Sez. IV, 30.9.2005, n. 5205), “impone l'accertamento della *effettiva e duratura destinazione a tal fine della struttura*, poiché solo in questo modo trova giustificazione (per gli effetti che il progetto comporta in termini di sviluppo sociale ed occupazione, oltre che urbanistici) la sostanziale sottrazione all'ente locale dell'iniziativa in materia di governo del territorio”, sicché il massimo organo della giustizia amministrativa, nella pronuncia citata, ha ritenuto illegittima, proprio in considerazione della sicura frustrazione di tale obiettivo, l'approvazione di una variante speciale, attraverso l'uso del procedimento semplificato, “nel caso in cui si preveda”, sin dal momento genetico dell'iniziativa, “la commercializzazione delle unità abitative comprese nel complesso” produttivo alberghiero.

- b) **Non si è avuta successiva variazione d'uso di una struttura ricettiva esistente e già operativa come impresa alberghiera**, bensì *la realizzazione, in zona destinata a struttura alberghiera produttiva e che non consente edificazione residenziale, di villette a schiera surrettiziamente rappresentate in progetto quali parti di un complesso turistico-alberghiero, benché autonome nella struttura edilizia, ma fin dall'origine finalizzate ad una alienazione frazionata quali unità abitative di tipo familiare*: irrilevante deve ritenersi, quindi, ogni discettazione circa il regime del mutamento meramente “funzionale” di destinazione di uso di immobili (attuato cioè sen-

za la realizzazione di opere edilizie ad esso finalizzate) con riferimento alle previsioni specifiche degli artt. 10, comma 2, e 32, comma 1 – lett. a), del D.P.R. n. 380/2001.

Anche lo studio n. 518-2007/C sul “vincolo alberghiero nella commercializzazione degli immobili”, approvato dal Consiglio Nazionale del Notariato in data 25.10.2007, evidenzia con affermazione perentoria e scevra da perplessità (al paragrafo 8) che “*allorquando in zona destinata a struttura alberghiera si realizza un complesso che non si concretizza immediatamente in utilizzazione alberghiera, ma che fin dal suo nascere viene suddiviso in unità abitative di tipo familiare, si profila un'utilizzazione del territorio così in contrasto con la normativa di piano che la concerne, da far ritenere la fattispecie di tipo lottizzatorio*”.

3. I possibili soggetti attivi nel reato di lottizzazione abusiva

Il reato di lottizzazione abusiva – secondo concorde interpretazione giurisprudenziale – nella molteplicità di forme che esso può assumere in concreto, può essere posto in essere da una pluralità di soggetti, i quali, in base ai principi che regolano il concorso di persone nel reato, possono partecipare alla commissione del fatto con condotte anche eterogenee e diverse da quella strettamente costruttiva, purché ciascuno di essi apporti un contributo causale alla verifica dell'illecito (sia pure svolgendo

ruoli diversi ovvero intervenendo in fasi circoscritte della condotta illecita complessiva) e senza che vi sia alcuna necessità di un accordo preventivo.

La lottizzazione abusiva negoziale – in particolare – **ha carattere generalmente plurisoggettivo**, poiché in essa normalmente confluiscono *condotte convergenti verso un'operazione unitaria* caratterizzata dal nesso causale che lega i comportamenti dei vari partecipi (quanto meno del venditore-lottizzatore e dell'acquirente) diretti a condizionare la riserva pubblica di programmazione territoriale.

La **condotta dell'acquirente** non configura un evento imprevisto ed imprevedibile per il venditore, perché anzi *inserisce un determinante contributo causale alla concreta attuazione del disegno criminoso* di quegli [vedi Cass., **Sez. Unite, 27.3.1992, n. 4708, ric. Fogliani**] e, per la cooperazione dell'acquirente nel reato, non sono necessari un previo concerto o un'azione concordata con il venditore, essendo sufficiente, al contrario, una semplice adesione al disegno criminoso da quegli concepito, posta in essere anche attraverso la violazione (deliberatamente o per trascuratezza) di specifici doveri di informazione e conoscenza che costituiscono diretta esplicazione dei doveri di solidarietà sociale di cui all'art. 2 della Costituzione [vedi, sul punto, le argomentazioni svolte dalla **Corte Costituzionale** nella **sentenza n. 364/1988**, ove viene evidenziato che la Costituzione richiede dai singoli soggetti la massima costante tensione ai fini

del rispetto degli interessi dell'altrui persona umana ed è per la violazione di questo impegno di solidarietà sociale che la stessa Costituzione chiama a rispondere penalmente anche chi lede tali interessi non conoscendone positivamente la tutela giuridica].

L'acquirente, dunque, non può sicuramente considerarsi, solo per tale sua qualità, "terzo estraneo" al reato di lottizzazione abusiva, ben potendo egli tuttavia, benché *compartecipe al medesimo accadimento materiale*, dimostrare di avere **agito in buona fede**, senza rendersi conto cioè – pur avendo adoperato la necessaria diligenza nell'adempimento degli anzidetti doveri di informazione e conoscenza – di partecipare ad un'operazione di illecita lottizzazione.

Quando, invece, l'acquirente sia consapevole dell'abusività dell'intervento – o avrebbe potuto esserlo spiegando la normale diligenza – la sua condotta si lega con intimo nesso causale a quella del venditore ed in tal modo le rispettive azioni, apparentemente distinte, si collegano tra loro e determinano la formazione di una fattispecie unitaria ed indivisibile, diretta in modo convergente al conseguimento del risultato lottizzatorio.

Le posizioni, dunque, sono separabili se risulti provata la malafede dei venditori, che, traendo in inganno gli acquirenti, li convincono della legittimità delle operazioni [vedi Cass., **Sez. III: 22.5.1990, Oranges** e **26.1.1998, Cusimano**].

Neppure **l'acquisto del sub-acquirente** può essere considerato legittimo con valutazione aprioristica limitata alla

sussistenza di detta sola qualità, allorché si consideri che l'utilizzazione delle modalità dell'acquisto successivo ben potrebbe costituire un sistema elusivo, surrettiziamente finalizzato a vanificare le disposizioni legislative in materia di lottizzazione negoziale [vedi Cass., Sez. III, 8.11.2000, Petracchi].

I principi dianzi enunciati non contrastano, nella loro sostanza, con i postulati della recente sentenza n. 42741/08 di questa III Sezione (ric. Silvioli ed altri, depositata il 17.11.2008), le cui statuizioni restitutorie si connettono ad una situazione di fatto in cui il tribunale del riesame aveva *espressamente affermato* (sia pure con valutazioni ovviamente limitate alla propria cognizione incidentale) che gli acquirenti degli immobili compendio della lottizzazione abusiva valutata in quella sede erano “*soggetti in buona fede estranei alla commissione del reato*” e che ciò spiegava il mancato esercizio dell'azione penale nei loro confronti.

Quella sentenza, dunque, si è conformata alle peculiarità del caso ma non ha inteso affatto affermare una assiomatica e generalizzata posizione di buona fede dei terzi acquirenti degli immobili in ogni vicenda di lottizzazione abusiva.

4. L'elemento soggettivo della contravvenzione di lottizzazione abusiva.

Le Sezioni Unite di questa Corte Suprema – con sentenza del 3.2.1990, ric. Cancilleri – avevano affermato che il reato

di lottizzazione abusiva si configura come una *contravvenzione di natura esclusivamente dolosa*, “per la cui sussistenza è necessario che l'evento sia previsto e voluto dal reo, quale conseguenza della propria condotta cosciente e volontaria diretta a limitare e condizionare, con ostacoli di fatto o di diritto, la riserva pubblica di programmazione territoriale”.

Tale interpretazione, però, è stata superata da plurime successive sentenze di questa III Sezione con argomentazioni alle quali (per economia di esposizione) si rinvia e che il Collegio pienamente condivide.

In dette decisioni è stato in conclusione rilevato che, dopo che le Sezioni Unite – con la sentenza 28.11.2001, Salvini – hanno riconosciuto (in perfetta aderenza, del resto, al testuale dettato normativo) che il reato di lottizzazione abusiva è a *consumazione alternativa*, potendo realizzarsi sia per il difetto di autorizzazione sia per il contrasto con le prescrizioni della legge o degli strumenti urbanistici, risulta ad evidenza contraddittorio escludere (alla stessa stregua di quanto pacificamente ritenuto per la contravvenzione di esecuzione di lavori in assenza o in totale difformità dalla concessione edilizia) che la contravvenzione medesima, sia negoziale sia materiale, possa essere commessa per **colpa** [vedi Cass., Sez. III: 13.10.2004, n. 39916, La-medica ed altri; 11.5.2005, Stiffi ed altri; 10.1.2008, Zortea; 5.3.2008, n. 9982, Quattrone; 26.6.2008, Selloi ed altri].

Deve ribadirsi, pertanto, che non è ravvisabile alcuna eccezione al principio generale stabilito per le contravvenzioni

dall'art. 42, 4° comma, cod. pen., dovendo ovviamente valutarsi i casi di errore scusabile sulle norme integratrici del precetto penale e quelli in cui possa trovare applicazione l'art. 5 cod. pen. secondo l'interpretazione fornita dalla pronuncia n. 364/1988 della Corte Costituzionale.

Il venditore, come si è detto, non può predisporre l'alienazione degli immobili in una situazione produttrice di alterazione o immutazione circa la programmata destinazione della zona in cui gli stessi sono situati ed i soggetti che acquistano devono essere cauti e diligenti nell'acquisire conoscenza delle previsioni urbanistiche e pianificatorie di zona: *"Il compratore che omette di acquisire ogni prudente informazione circa la legittimità dell'acquisto si pone colposamente in una situazione di inconsapevolezza che fornisce, comunque, un determinante contributo causale all'attività illecita del venditore"* [così testualmente Cass., Sez. III, 26.6.2008, Belloi ed altri].

Nel caso oggetto del presente procedimento **il Tribunale del riesame non ha ravvisato (allo stato) la buona fede degli acquirenti.**

5. Il *periculum in mora*

5.1 La vicenda che ci occupa inerisce ad un subdolo fenomeno speculativo che si sta sempre più diffondendo nel nostro Paese nel settore urbanistico-edilizio: grandi complessi immobiliari ven-

gono realizzati, infatti, attraverso lo sfruttamento surrettizio di *derogatori regimi urbanistici di favore riservati al settore turistico-alberghiero* (nonché beneficiando spesso anche di incentivazioni economiche ed agevolazioni fiscali) e poi di fatto "convertiti" in una pluralità di unità immobiliari autonome vendute come prime o seconde case ad acquirenti privati, sovente in zone ove la pianificazione comunale non consente insediamenti residenziali.

Il fenomeno ha anzitutto un forte impatto sul territorio, sotto il profilo dell'assetto urbanistico di esso, in quanto **pregiudica le autonome scelte della programmazione edificatoria** e condiziona la pubblica Amministrazione nell'esecuzione delle opere di urbanizzazione primaria e secondaria, ma è **altresì idoneo a produrre conseguenze negative in termini socio-occupazionali** (in primo luogo per la mancata assunzione del personale destinato ad operare nella struttura alberghiera) **ed ulteriori pregiudizi all'economia turistica dei Comuni interessati.**

Alla stregua degli anzidetti beni tutelati e suscettibili di compromissione deve essere valutata – conseguentemente – la situazione di pericolo che l'adozione del sequestro preventivo è finalizzata ad impedire.

5.2 In questo procedimento il Tribunale del riesame – a fronte di una misura di cautela reale adottata dal G.I.P. in relazione ad entrambe le ipotesi di cui al primo ed al secondo comma dell'art. 321

c.p.p. [rispettivamente: a) pericolo di aggravamento o di protrazione delle conseguenze del reato, nonché di agevolazione della commissione di altri reati; b) possibilità di confisca delle unità immobiliari ai sensi dell'art. 44, 2° comma, del D.P.R. n. 380/2001 e divieto di restituzione delle cose sequestrate destinate alla confisca, posto dal comma 7 dell'art. 324 c.p.p.] – ha considerato superflua ogni valutazione delle esigenze preventive di cui al primo comma dell'art. 321 c.p.p. e si è limitato ad aderire al consolidato orientamento di questa Corte Suprema secondo il quale “la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite sugli stessi deve essere disposta anche nei confronti dei beni dei terzi acquirenti in buona fede ed estranei al reato, i quali potranno fare valere i propri diritti in sede civile” (vedi Cass., Sez. III: 4.10.2004, n. 38728; 21.3.2005, n. 10916).

Tale orientamento collide, però, con i principi enunciati nella sentenza pronunciata il 20.1.2009 dalla Corte europea dei diritti dell'uomo [ricorso n. 75909/01 proposto contro l'Italia dalla s.r.l. “Sud Fondi” ed altri], ove – a fronte di una sentenza nazionale che aveva disposto la confisca pur ritenendo insussistente l'elemento soggettivo del reato di lottizzazione abusiva – è stato affermato [par. 116] che una corretta interpretazione dell'art. 7 della CEDU “*esige, per punire, un legame di natura intellettuale (coscienza e volontà) che permetta di rilevare un elemento responsabilità nella condotta dell'autore materiale del reato*”.

Al riguardo è opportuno ricordare che la Corte Costituzionale, con le sentenze nn. 347 e 348 del 22.10.2007:

- a) ha affrontato *la questione relativa alla posizione ed al ruolo delle norme della CEDU ed alla loro incidenza sull'ordinamento giuridico italiano*, rilevando che dette norme, diversamente da quelle comunitarie, non creano un ordinamento giuridico sopranazionale e sono pur sempre *norme internazionali pattizie, che vincolano lo Stato ma non producono effetti diretti nell'ordinamento interno*. Il nuovo testo dell'art. 117, 1° comma, della Costituzione, introdotto dalla legge costituzionale 18-10-2001, n. 3, ha reso inconfutabile la maggiore forza di resistenza delle norme CEDU (nell'interpretazione ad esse data dalla Corte europea per i diritti dell'uomo) rispetto alle leggi ordinarie successive, trattandosi di norma costituzionale che sviluppa la sua concreta operatività solo se posta in stretto collegamento con altre norme (cd. «*fonti interposte*», di rango subordinato alla Costituzione ma intermedio tra questa e la legge ordinaria), destinate a dare contenuti ad un parametro che si limita ad enunciare in via generale una qualità che le leggi in esso richiamate devono possedere;
- b) ha *attratto le stesse norme CEDU come interpretate dalla Corte europea* (quali norme – diverse sia da quelle comunitarie sia da quelle concordatarie – che, rimanendo pur sempre ad un livello sub-costituzionale, integrano però il parametro costituzionale), in ipotesi

di asserita incompatibilità con una norma interna, *nella sfera di competenza della Corte Costituzionale*, alla quale viene demandata la *verifica congiunta* della compatibilità della *norma interposta* con la Costituzione e della legittimità della norma legislativa ordinaria rispetto alla stessa norma interposta;

c) ha *escluso che le pronunce della Corte di Strasburgo siano incondizionatamente vincolanti ai fini del controllo di costituzionalità delle leggi nazionali*, evidenziando che “tale controllo deve sempre ispirarsi al ragionevole bilanciamento tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali, quale imposto dall’art. 111, primo comma, Cost. e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuta in altri articoli della Costituzione”.

Per quanto attiene al presente procedimento, comunque, la prospettata **questione di incostituzionalità** della previsione di cui all’art. 44, 2° comma, del D.P.R. n. 380/2001 si palesa **del tutto irrilevante**, poiché non sussiste alcuna pronuncia di estraneità al reato dei ricorrenti, dei quali non è stata altresì ravvisata la buona fede.

Deve considerarsi inoltre, in proposito, che le argomentazioni svolte nella sentenza 20.1.2009 dalla Corte europea dei diritti dell’uomo non portano a concludere che, per disporre la confisca prevista dalla norma denunciata, il soggetto al quale la *res* appartiene debba essere necessariamente “condannato”, in quanto ben può essere *accertata* la sussistenza del rea-

to di lottizzazione abusiva in tutti i suoi elementi (soggettivo ed oggettivo) anche se per una causa diversa, quale è, ad esempio, l’intervenuto decorso della prescrizione, non si pervenga alla condanna del suo autore ed alla inflizione della pena [in tal senso si veda già Cass., Sez. III, 2.10.2008, n. 37472, Belloi ed altri. Si veda pure la sentenza 15.10.2008, n. 38834, ric. De Maio delle Sezioni Unite di questa Corte, ove è stata evidenziata l’evoluzione legislativa rivolta a riconoscere al giudice, pure in caso di estinzione del reato, poteri di accertamento al fine dell’applicazione della confisca].

La stessa già menzionata legge comunitaria 25.2.2008, n. 34 (nella parte recante la delega a dare attuazione alla decisione-quadro del Consiglio dell’Unione Europea 2005/212/GAI del 24.2.2005, relativa alla confisca di beni, strumenti e proventi del reato) prevede la possibilità di confisca obbligatoria “nel caso di proscioglimento per mancanza di imputabilità o per estinzione di un reato, la cui esistenza sia accertata con la sentenza che conclude il giudizio dibattimentale o abbreviato” [art. 31, lett. b) - n. 2].

Nessuna efficacia immediatamente abrogativa può essere ad evidenza riconosciuta, inoltre, alla mera *disposizione di delega* [art. 31, lett. g)] secondo la quale la emananda disciplina dovrà prevedere che “in ogni caso la confisca non pregiudichi i diritti dei terzi in buona fede sulle cose che ne sono oggetto”.

5.3 Secondo la giurisprudenza assolutamente prevalente di questa Corte

Suprema, **oggetto del sequestro preventivo di cui al primo comma dell'art. 321 c.p.p. può essere qualsiasi bene – a chiunque appartenente e, quindi, anche a persona estranea al reato** – purché esso sia, anche indirettamente, collegato al reato e, ove lasciato in libera disponibilità, idoneo a costituire pericolo di aggravamento o di protrazione delle conseguenze del reato ovvero di agevolazione della commissione di ulteriori fatti penalmente rilevanti [vedi Cass.: n. 37033/2006, n. 24685/2005, n. 38728/2004, n. 1246/2003, n. 29797/2001, n. 4496/1999, n. 1565/1997, n. 156/1993, n. 2296/1992].

Alla stregua di detto principio il Tribunale – tenuto conto dei limiti della cognizione ad esso demandata nei procedimenti incidentali aventi ad oggetto il riesame di provvedimenti di sequestro [vedi Cass., Sez. Unite, 29.1.1997, ric. P.M. in proc. Bassi] – non era tenuto a verificare la sussistenza di situazioni di “buona fede” che non risultassero immediatamente evidenti.

Nella specie comunque, come già si è evidenziato, **la pretesa buona fede dei ricorrenti non è stata affermata** ed anzi – secondo le asserzioni del Tribunale di Brindisi (pagg. 48 e 49 dell'ordinanza impugnata) – “*non sembra*” che essi “*si trovino in una condizione di ignoranza incolpevole circa la corretta destinazione urbanistica dei lotti da loro acquistati*”.

A fronte di tale constatazione, però, in una situazione in cui i ricorrenti medesimi non risultano *allo stato* indagati – pur non potendo essi, ovviamente, per

tale sola circostanza, essere considerati “terzi” rispetto al configurato reato di lottizzazione abusiva, in quanto ben potrebbero assumere, in seguito ad ulteriori e più approfonditi accertamenti, la anzidetta qualità che oggi non rivestono – si imponeva (prospettandosi come meramente eventuale la possibilità di confisca, sì da non potersi ritenere operante il divieto di restituzione delle cose sequestrate, posto dal comma 7 dell'art. 324 c.p.p.) la necessità, vertendosi in ipotesi criminosa già perfezionatasi, di verificare la sussistenza del pericolo derivante da libero uso delle unità immobiliari pertinenti all'illecito penale.

In particolare – tenuto anche conto dei criteri direttivi generali enunciati dalle Sezioni Unite di questa Corte Suprema con la sentenza 29.1.2003, n. 2, Innocenti – andava approfondito il tema della *concretezza ed attualità della compromissione dei beni giuridici protetti*, sì da stabilire in che misura il godimento e la disponibilità attuale degli immobili possa implicare una effettiva ulteriore lesione degli interessi tutelati: valutazione che – come esposto dianzi – non può ritenersi limitata al solo eventuale *aggravamento del c.d. carico urbanistico* (pure sotto il profilo dell'urbanizzazione secondaria) ma va altresì effettuata in relazione alle concrete incidenze compromissorie della complessiva organizzazione del territorio comunale (che si attua, in sede di pianificazione, con il coordinamento delle varie destinazioni d'uso, in tutte le loro possibili relazioni, e con *l'assegnazione ad ogni singola destinazione d'uso di determinate*

qualità e quantità di servizi), nonché alle ripercussioni sul piano socio-economico ed occupazionale.

Un accertamento siffatto è stato considerato erroneamente superfluo dal Tribunale del riesame.

6. La custodia e la facoltà di uso dei manufatti sequestrati

In relazione al ricorso proposto dal P.M., infine, osserva il Collegio che il tribunale del riesame – nel legittimo esercizio dei poteri cognitivi e deliberativi conferitigli dagli artt. 309 e 322 c.p.p. – ha sicuramente il potere di valutare nel merito e modificare anche la parte del provvedimento di sequestro che concerne la *nomina dei custode*: nomina che compete alla stessa autorità competente ad applicare la misura di cautela reale (ex art. 259 c.p.p., applicabile analogicamente al sequestro preventivo), senza che vengano in rilievo le norme attributive della competenza in sede di esecuzione, ex artt. 655 e segg. cod. proc. pen.

Quanto alla *possibilità di utilizzazione residenziale dei manufatti*, invece, è la stessa ordinanza impugnata (fol. 60) a riscontrare l'esistenza di "perplexità" in caso di sequestro disposto ai sensi del primo comma dell'art. 321 c.p.p. (pur ritenendo erroneamente che il sequestro in questione sia stato disposto dal

G.I.P. solo ai sensi del secondo comma della disposizione medesima): la concessione di siffatta facoltà, infatti, ben potrebbe porsi in contrasto con le stesse finalità della misura cautelare in concreto ravvisate, contraddicendole e vanificandole [vedi le argomentazioni generali svolte, al riguardo da Cass., Sez. VI: cam. cons. 30.7.1992, n. 2994 e cam. cons. 26.4.1994, n. 1825].

7. L'ordinanza impugnata, conseguentemente, deve essere annullata con rinvio allo stesso Tribunale di Brindisi, per un nuovo esame della vicenda, alla stregua dei principi di diritto dianzi enunciati, in relazione alla sussistenza del "*periculum in mora*" richiesto dall'art. 321, 1° comma, c.p.p. e, qualora vengano in concreto ravvisate esigenze preventive, alla compatibilità con tali esigenze della concessione della facoltà di uso delle unità immobiliari sequestrate.

P.Q.M.

la Corte Suprema di Cassazione, visti gli artt. 127 e 325 c.p.p., annulla l'ordinanza impugnata e rinvia al Tribunale di Brindisi.

Così deciso in ROMA, nella camera di consiglio del 17.3.2009.

Il Consigliere rel.
Aldo Fiale

Il Presidente
Ernesto Lupo



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)

Studi sull'integrazione europea

Rivista quadrimestrale fondata nel 2006 e diretta da Ennio Triggiani e Ugo Villani

ANNO I | 2006

Presentazione

Ricordo di Vincenzo Starace, di Ugo Villani

ARTICOLI

Dario ANTISERI, Considerazioni sul "destino unitario" dell'Europa; Giandonato CAGGIANO, Il consolidamento della disciplina delle misure di esecuzione e della comitologia a Trattato invariato; Giandonato CAGGIANO, Il ruolo della Commissione per la compensazione del servizio pubblico nella disciplina generale e televisiva; Paolo FOIS, Dalla CECA all'Unione europea. Il declino della sovranazionalità; Diego J. LIÑÁN NOGUERAS, La política exterior y de seguridad común de la Unión Europea: la subordinación permanente; Fabrizio MARONGIU BUONAIUTI, Conseguenze della trasformazione della Convenzione di Roma in regolamento comunitario per il sistema italiano di diritto internazionale privato; Giuseppe MORGESE, Indagini preliminari e diritti della difesa nella procedura *antitrust* comunitaria; Giorgio NAPOLITANO, Tendenze nazionalistiche e prospettive di rilancio della costruzione europea; Edmondo PAOLINI, Altiero Spinelli e il metodo costituente per l'unità dell'Europa; Pietro PUSTORINO, Questioni in materia di tutela delle minoranze nel diritto internazionale ed europeo; Alfredo RIZZO, Elementi di approfondimento e sviluppo del diritto comunitario e dell'Unione europea nel processo di allargamento; Vincenzo STARACE, La Costituzione per l'Europa non trasforma l'Unione europea in unione costituzionale; Girolamo STROZZI, Alcune riflessioni sul Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa; Ennio TRIGGIANI, La cittadinanza europea per la "utopia" sovranazionale; Ugo VILLANI, L'occupazione acquisitiva dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo; Gianfranco VIESTI, Il difficile *policy making* europeo: la discussione sulla politica regionale e sul bilancio dell'Unione (2001-05)

NOTE E COMMENTI

Francesco CHERUBINI, L'obbligo di interpretazione conforme "sconfina" nel terzo pilastro: note a margine della sentenza *Pupino*; Daniele GALLO, Nuovi sviluppi in tema di rapporti tra Corte EFTA e Corte CE: la sentenza *Pedical A/S and Sosial-og helsedirektoratet*; Giacomo GATTINARA, La questione pregiudiziale di validità rispetto al diritto internazionale pattizio secondo la sentenza *IATA*; Alessandra MIGNOLLI, La Corte di giustizia torna a presidiare i confini del diritto comunitario. Osservazioni in calce alla sentenza C-176/03; Ilaria OTTAVIANO, Riflessioni sul Gruppo Europeo di Cooperazione Territoriale; Angela Maria ROMITO, Il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati e l'effettività della tutela giurisdizionale; Andrea SILVESTRI, La doppia condanna per inadempimento e le sanzioni finanziarie a carico di uno Stato membro

ANNO II | 2007

ARTICOLI

Giandonato CAGGIANO, L'evoluzione dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia nella prospettiva di un'Unione basata sul diritto; Sergio M. CARBONE, Obiettivi di diritto materiale e tendenze del diritto internazionale privato e processuale comunitario; Giovanni CELLAMARE, Osservazioni sugli accordi di riammissione tra la CE e alcuni Stati dell'area balcanica; Nicola COLAIANNI, L'influenza della "Costituzione europea" sul diritto (statale) di libertà di religione; Marcello DI FILIPPO, La fase ascendente del processo decisionale dell'Unione europea e il ruolo dei parlamenti nazionali; Carlo FOCARELLI, Il caso *Marković* dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo; Antonio JANNARELLI, Pluralismo definitorio dell'attività e dell'impresa agricola tra diritto comunitario e diritto interno; Roberto MASTROIANNI, La libertà di prestazione dei servizi nella giurisprudenza comunitaria: i principi generali; Teresa Maria MOSCHETTA, Sull'efficacia degli accordi internazionali nell'ordinamento giuridico comunitario: recenti sviluppi e prospettive evolutive; Alessandro PACE, La sentenza *Granital*, ventitré anni dopo; Luca PALADINI, The Contribution of the Security Policy to the Coherence of the European Union's External Action; Gianluigi PALOMBELLA, Il *rule of law*, la democrazia e il diritto internazionale. A partire dall'esperienza degli Stati Uniti; Mariano ROBLES, Il contratto d'appalto nella disciplina italo-comunitaria; Mariano ROBLES, La responsabilità delle stazioni appaltanti per ritardato pagamento; Teresa RUSSO, Le norme "*anti-deficit*" democratico dell'Unione europea; Christian TOMUSCHAT, I diritti sociali nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo; Gian Luigi TOSATO, Per un rilancio dell'Europa - Le ragioni della flessibilità; Ugo VILLANI, Osservazioni sulla tutela dei principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e stato di diritto nell'Unione europea; Martin WESTLAKE, Managing Inter-institutional Conflict

NOTE E COMMENTI

Francesco CHERUBINI, La Corte di giustizia per la prima volta condanna un ex commissario, ma la signora Cresson conserva la pensione; Roberto CISOTTA, Principi giurisprudenziali e nuove iniziative della Commissione in materia di *patient mobility* nell'Unione europea: un piccolo (o grande) terremoto è in atto; Laura FALCIONI, La vendita dei medicinali su internet alla luce del caso C-322/01; Alessandro LATTARULO, Unione europea: un'identità plurale nella memoria; Giovanni PASTINA, La "comunitarizzazione" del diritto delle obbligazioni alimentari nella proposta di regolamento presentata dalla Commissione; Gianpaolo



Maria RUOTOLO, Gioco, diritto, diritto al gioco: libertà fondamentali dell'ordinamento comunitario e disciplina delle scommesse in Italia; Francesco SEATZU, La Carta dei diritti fondamentali: un nuovo parametro di legittimità degli atti comunitari?

CONVEGNI E DIBATTITI

La tutela della concorrenza tra poteri regolativi delle Autorità indipendenti e controlli giurisdizionali (Università LUISS "Guido Carli", Roma, 19 gennaio 2007): Angela DEL VECCHIO, Introduzione; Corrado CALABRÒ, Il ruolo dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni; Lamberto CARDIA, Il ruolo della CONSOB; Antonio CATRICALÀ, Il ruolo della Autorità garante della concorrenza e del mercato; Pasquale DE LISE, Il ruolo del giudice amministrativo; Enzo MOAVERO MILANESI, Il contesto comunitario

ANNO III | 2008

Antonio La Pergola, par Paolo Mengozzi

ARTICOLI

Roberto BARATTA, Eccezione di sicurezza nazionale e i "defence procurement" nell'Unione europea; Giandonato CAGGIANO, Le nuove politiche dei controlli alle frontiere, dell'asilo e dell'immigrazione nello Spazio unificato di libertà, sicurezza e giustizia; Sergio M. CARBONE, Le procedure innanzi alla Corte di giustizia a tutela delle situazioni giuridiche individuali dopo il Trattato di Lisbona; Giuseppe CASCIONE, Schizzi per una storia iconologica di Europa; Riccardo CAVALLI, Carl Schmitt e l'Europa. Attualità e memoria; Giovanni CELLAMARE, Funzioni e caratteri dell'EUFOR Ciad/RCA in una situazione di emergenza umanitaria; Antonietta DI BLASE, L'attuazione delle norme internazionali sulla proprietà intellettuale nell'ordinamento comunitario; Ugo DRAETTA, I principi democratici dell'Unione europea nel Trattato di Lisbona; Günther HEYDEMANN, Tra consenso, crisi e conflitto. L'11 settembre 2001 e gli effetti sui rapporti tra Germania e USA; Giuseppe MORGESE, La tutela del *legal privilege* nel diritto comunitario della concorrenza; Paola PUOTI, La PESCE nella prospettiva del Trattato di revisione; Lucia Serena ROSSI, Stephen J. CURZON, What "Rule of Reason" for the EU Internal Market?; Mario SARCINELLI, L'Europa: tra realtà effettuale, volontà popolare e opzioni politiche; tra spinte ideali e sfide geostrategiche; Francesco SEATZU, La nuova disciplina giuridica sul finanziamento dei "partiti politici a livello europeo"; Antonio TROISI, Effetti economici della spesa pubblica di sostegno ai prezzi dei prodotti agricoli nei Paesi comunitari e nei Paesi del bacino del Mediterraneo con particolare riferimento alla Siria; Maria Luisa TUFANO, Il giudice comunitario e i rapporti tra diritto comunitario, diritto UE e diritto penale; Ugo VILLANI, Sul valore della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano; Claudio ZANGHÌ, Evoluzione e innovazione nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo



NOTE E COMMENTI

Giovanni ANCONA, Le economie mediterranee tra convergenza e divergenza; Amedeo ARENA, La sentenza Wilson: il funzionamento del mercato comune tra armonizzazione, *pre-emption* e ricorsi giurisdizionali di diritto interno; Andrea ATTERITANO, Esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e riapertura del processo: la giurisprudenza italiana non colma la lacuna normativa e garantisce l'impunità del condannato; Arianna FORNARI, Una riflessione sul regolamento (CE) n. 1346/2000; Giacomo GATTINARA, Obbligo di recupero degli aiuti illegali e incompatibili e *res judicata* nazionale: il caso *Lucchini*; Martina GUIDI, Sulla questione dell'obbligo di interpretazione conforme di una direttiva rispetto al termine della sua entrata in vigore; Claudia MORINI, La Convenzione di Prüm sulla cooperazione transfrontaliera specialmente in materia di lotta al terrorismo, al crimine transnazionale e all'immigrazione illegale; Federica MORRONE, Il processo di integrazione europea e il ruolo delle istituzioni nell'ambito della politica migratoria dell'Unione alla luce dei Trattati di riforma

ANNO IV | 2009

ARTICOLI

Ugo DRAETTA, Composizione e funzionamento di Consiglio e Consiglio europeo nel Trattato di Lisbona; Girolamo STROZZI, Limiti e controlimiti nell'applicazione del diritto comunitario; Luigi DANIELE, Le istituzioni politiche dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona: verso un nuovo equilibrio?; Rocco CANGELOSI, Marco PERONACI, La geografia istituzionale post-Lisbona e la posizione dell'Italia; Chiara AMALFITANO, Spazio giudiziario europeo e libera circolazione delle decisioni penali; Fabio RASPADORI, Il *deficit* di rappresentatività del Parlamento europeo: limiti e soluzioni; Rosanna LA ROSA, La protezione diplomatica nell'Unione europea: un esempio di evoluzione delle norme internazionali in materia; Maria Elena DE MAESTRI, European Port Policy vs. European Policies Applied to Ports

NOTE E COMMENTI

Giovanni CELLAMARE, Espulsione di minori stranieri non accompagnati e Convenzione europea dei diritti dell'uomo; Pieralberto MENGOZZI, Il ribadimento di un approccio ispirato ad un principio personalistico nella giurisprudenza comunitaria relativa alla protezione dei consumatori; Andrea SILVESTRI, I meccanismi di recepimento degli atti delle istituzioni UE nei Paesi membri. Una riflessione sulle modalità applicate dall'Italia; Simone VEZZANI, *Pacta sunt servanda*? La sentenza della Corte di giustizia nell'affare *Intertanko* (caso C-308/06) e l'adattamento dell'ordinamento comunitario al diritto internazionale pattizio; Eugenio SINA, Il rapporto tra diritto comunitario e giudicato nazionale: meccanismi di *balance* e meccanismi di *by-pass*; Anna VALENTINI, Commento alla sentenza C-296/08 PPU: il caso *Goicoechea* e il secondo rinvio pregiudiziale d'urgenza



CARLO GUGLIELMO IZZO

Separazione e Divorzio

con la collaborazione di Adriano Izzo, Andrea Falzone, Valerio Cioni

287 Pagine – prezzo: 25,00 €



Sommario:

Il procedimento di separazione giudiziale, di C. G. Izzo. Il procedimento di separazione consensuale, di C. G. Izzo. Effetti della separazione e del divorzio riguardo ai figli, di C. G. Izzo. L'assegno a favore dei figli, di A. Izzo. L'assegno di mantenimento in favore del coniuge nella separazione, di C. G. Izzo. Scioglimento del matrimonio civile e cessazione degli effetti civili del matrimonio concordatario. Presupposti e procedimento, di C. G. Izzo. L'assegno di divorzio, di C. G. Izzo. La revisione delle condizioni di separazione e di divorzio, di V. Cioni. I mezzi di tutela degli obblighi patrimoniali nella separazione, di A. Izzo. I diritti previdenziali e successori dell'ex coniuge, di A. Falzone.

NICOLA PICARDI – ROBERTO MARTINO

Modelli di università e progetti di riforma

Tomo I

L'educazione giuridica da Giustiniano a Mao

Tomo II

Tomo I pag. 466 – Tomo II pag. 522 – prezzo: 90,00 €



Sommario Tomo I:

Introduzione alla II edizione di NICOLA PICARDI

Prefazione alla I edizione di ALESSANDRO GIULIANI e NICOLA PICARDI

I. PROBLEMI METODOLOGICI E FILOSOFICI

La réforme de l'enseignement du droit et la 'nouvelle rhétorique', CHAIM PERELMAN; The Case Method of Legal Education: The First One-Hundred Years, MAX RHEINSTEIN; Le discours du professeur comme modèle pédagogique du raisonnement juridique, ROGELIO PÉREZ PERDOMO; Insegnamento del diritto, filosofia del diritto e società in trasformazione, UBERTO SCARPELLI; La sociologia del diritto negli studi giuridici, RENATO TREVES; Observations on Legal Education in Antiformalistic Trends, ALESSANDRO GIULIANI

II. MODELLI DI UNIVERSITÀ E INSEGNAMENTO DEL DIRITTO

L'enseignement du droit en France, de Louis XIV à Bonapart, ROBERT VILLERS; Die Juristenausbildung der deutschen Historischen Schule als eines der Modelle des 19. Jahrhunderts, HELMUT COING; Sulla

didattica giuridica in Italia tra il XIX e il XX secolo, RICCARDO ORESTANO; Legal Education in Scotland, ARCHIBALD H. CAMPBELL; Legal Education in Civil Law and Common Law Universities: a Comparison of Objectives and Methods, JOHN HENRY MERRYMAN; Problems of Legal Education in Poland, JERZY WROBLEWSKI; Riflessioni sui problemi attuali dell'insegnamento del diritto, GIAN GUALBERTO ARCHI

III. PROGETTI DI RIFORMA E PREPARAZIONE PROFESSIONALE

Notwendigkeit und Ziele einer Curriculum-Reform für die Juristenausbildung in der BRD, WINFRIED BROHM; Outline on Legal Education in Brazil, ANTONIO C. DE ARAUJO CINTRA; Hochschulreform - Stand 1973. Ein Bericht, ERHARD DENNINGER; Réflexions sur la réforme de l'enseignement du droit aux Pays-Bas, T. KOOPMANS; Espana: Orientación de reforma y escuelas profesionales, LUIS LEGAZ Y LACAMBRA; L'enseignement du droit en France, PHILIPPE MALAURIE; Problems of Legal Education in England, SIR GODFREY MORLEY; Legal Education in England - A Critique, G. ROY RUDD; L'educazione giuridica in Italia, ELIO FAZZALARI; La formazione del giudice in Italia, NICOLA PICARDI; Concluding Remarks, MAX RHEINSTEIN

Sommario Tomo II:

Prefazione alla I edizione di ALESSANDRO GIULIANI e NICOLA PICARDI

Prefazione alla II edizione di ROBERTO MARTINO

I. PROFILI STORICI E COMPARATIVI

Giustiniano e l'insegnamento del diritto, GIAN GUALBERTO ARCHI; Sur l'art du dialogue dans l'histoire de l'éducation juridique, MICHEL VILLEY; L'educazione del giurista nella tradizione del "diritto comune", GIUSEPPE ERMINI; 'Practica', 'Practicus', 'Practicare' in Bartolo e in Baldo, DANILO SEGOLONI; L'insegnamento della giurisprudenza nell'epoca dell'illuminismo, HELMUT COING; Le problème de l'éducation juridique dans "Der Streit der Fakultäten" de I. Kant, ARMANDO RIGOBELLO; Droit naturel et méthode dogmatique dans l'enseignement du droit en Espagne, LUIS LEGAZ Y LACAMBRA; Jeremy Bentham y la educación jurídica en la Universidad de Salamanca durante el primer tercio del siglo XIX, ANTONIO-ENRIQUE PÉREZ LUNO; Legal Theory and the Reform of Legal Education in midnineteenth Century England, PETER STEIN; The Art of Distinguishing, J.A.C.THOMAS; The Influence of Rhetoric on the Law of Evidence and Pleading, ALESSANDRO GIULIANI; L'éducation juridique dans l'école de l'exégèse et dans l'école scientifique, FRANÇOIS TERRÉ; Teaching Jurisprudence in Poland: from Petrazycki to Marxist Theory, JERZY WROBLEWSKI; Imperativos y alternativas de la reforma de la educación jurídica en América Latina, ROGELIO PÉREZ PERDOMO; Una ricerca sull'insegnamento della sociologia del diritto nel mondo, RENATO TREVES; L'éducation juridique en Chine, TSIEN TCHE-HAO

II. L'EDUCAZIONE GIURIDICA IN ITALIA

Il problema pedagogico in G. V. Gravina, MERCURIO CANDELA; Vico e la tradizione giuridica italiana, FULVIO TESSITORE; Il progetto di regolamento degli studi politico-legali di G. D. Romagnosi, FRANCESCO GENTILE; La Facoltà di legge di Torino nel '700: cultura giuridica e popolazione studentesca, DONATELLA BALANI; L'insegnamento della sociologia in Italia. Nella seconda metà dell'Ottocento, SIMONA ANDRINI; Insegnamento delle discipline storico-giuridiche e riforma universitaria, GIULIANO CRIFÒ

GIAMPIERO BALENA

Elementi di diritto processuale civile

Vol. I – I Principi

304 Pagine – prezzo: 20,00 €



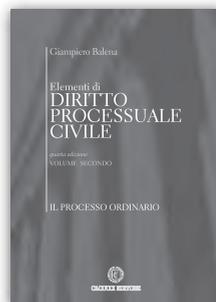
Sommario: Il diritto processuale civile e la funzione giurisdizionale. La giurisdizione contenziosa. Il processo civile e la costituzione. La domanda e le difese del convenuto. Il giudice e gli uffici giudiziari. Il pubblico ministero. Nessi tra azione e processi. Le parti e i difensori. Il processo con pluralità di parti. Le modificazioni riguardanti le parti. Gli atti processuali. Le spese del processo.

GIAMPIERO BALENA

Elementi di diritto processuale civile

Vol. II – Il processo ordinario

476 Pagine – prezzo: 35,00 €



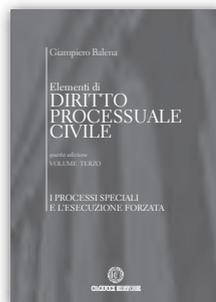
Sommario: Introduzione - Il processo di cognizione dal 1865 ad oggi. L'instaurazione del processo. L'udienza di prima comparizione e le verifiche preliminari. La trattazione della causa e le preclusioni. La disciplina dell'intervento di terzi. Il giudice istruttore. L'istruzione probatoria. I singoli mezzi istruttori. La conclusione del processo con decisione. La conclusione del processo senza decisione. Le ordinanze anticipatorie di condanna. Vicende particolari del processo. Il processo davanti al giudice di pace. Il giudicato e l'autorità delle sentenze. Le impugnazioni in generale. L'appello. Il ricorso in cassazione. Il regolamento di competenza. La revocazione. L'opposizione di terzo.

GIAMPIERO BALENA

Elementi di diritto processuale civile

Vol. III – I processi speciali e l'esecuzione forzata

366 Pagine – prezzo: 25,00 €



Sommario: PARTE PRIMA - I PRINCIPALI PROCESSI SPECIALI A COGNIZIONE PIENA. Le controversie di lavoro e previdenziali. Le controversie in materia di locazione o comodato di immobili e di affitto di aziende. Le controversie nella materia societaria e nelle altre ad essa assimilate. I processi di separazione personale e di divorzio. PARTE SECONDA - L'ESECUZIONE FORZATA I presupposti dell'esecuzione forzata. L'espropriazione forzata. L'esecuzione per consegna o rilascio. L'esecuzione degli obblighi di fare o non fare. Le opposizioni del debitore e dei terzi. La sospensione e la conclusione del processo esecutivo. PARTE TERZA - I PRINCIPALI PROCEDIMENTI SOMMARI Il procedimento per ingiunzione. Il procedimento per convalida di licenza o sfratto. I provvedimenti cautelari e il relativo processo. I procedimenti possessori. PARTE QUARTA - I PROCEDIMENTI CAMERALI Profili generali dei procedimenti in camera di consiglio. PARTE QUINTA - L'ARBITRATO L'arbitrato.

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 2009	<input type="checkbox"/> abb. triennale (pagamenti con cadenza annuale)	<input type="checkbox"/> abbonamento annuale 2009	<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

ISBN 978-88-8422-846-8



€ 35,00