

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CAMERINO

ANNALI  
DELLA  
FACOLTÀ GIURIDICA  
*nuova serie*

VOLUME II – ANNO 2013



CAMERINO

2013



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CAMERINO

ANNALI  
DELLA  
FACOLTÀ GIURIDICA  
*nuova serie*

VOLUME II – ANNO 2013

CAMERINO

2013

## **COMITATO SCIENTIFICO INTERNAZIONALE**

Prof. Ignacio De Cuevillas Matozzi, Prof. Manuel Ignacio Feliu Rey, Prof. Luigi Ferrajoli, Prof. Giulio Illuminati, Prof. Fabian Klinck, Prof. Rolf Knütel, Prof. Luigi Labruna, Prof. Franco Modugno, Prof. Pietro Perlingieri, Prof. Ingo Reichard

## **DIRETTORE SCIENTIFICO**

Prof. Antonio Flamini

## **COMITATO DI REDAZIONE**

Rocco Favale, Felice Mercogliano, *condirettori*;  
Maria Pia Gasperini, Marta Cerioni

## **SEGRETERIA**

Dott. Gian Marco Quaccharini  
Facoltà di Giurisprudenza  
Università degli Studi di Camerino  
Palazzo Ducale - P.zza Cavour, 19  
I - 62032 Camerino (MC)  
e-mail: [redazione.afg@unicam.it](mailto:redazione.afg@unicam.it)

*La Rivista subordina la pubblicazione dei contributi alla valutazione positiva mediante doppio referaggio in forma anonima.*

ISSN (on line): 2281-3063

*Copyright:* Facoltà di Giurisprudenza. Università di Camerino

## INDICE SOMMARIO

### EDITORIALI

- 1 Felice MERCOGLIANO, *Attualità della formazione classico-umanistica per gli studi e le professioni del diritto*

### STUDI

- 13 Antonio FLAMINI, *Responsabilità civile e Costituzione*
- 29 Giuseppe GILIBERTI, *Il 'destino manifesto' di Roma*
- 49 Rocco FAVALE, *Profili attuali della responsabilità civile medica*
- 71 Ignacio DE CUEVILLAS MATOZZI, *Il concetto di conformità nella nuova disposizione dell'art. 114 del diritto spagnolo del consumo*
- 91 Fabio FEDE – Stefano TESTA BAPPENHEIM, *I partiti politici 'antisistema'*
- 121 Francesca CAROCCIA, *La responsabilità per danno da prodotto farmaceutico*
- 143 Tiziana CROCE, *L'informatica giuridica e le tecnologie della società dell'informazione e della comunicazione*
- 171 Serafina LAROCCA, *L'intervento del legislatore in materia di riabilitazione del debitore pluriprotestato: era proprio necessario?*
- 189 Maria Paola MANTOVANI, *Il contratto di assicurazione nel diritto europeo*
- 213 Antonella MERLI, *Libertà e coercizione*

### RILEGGENDO

- 241 Felice MERCOGLIANO, *In memoria del Maestro. Tullio Spagnuolo Vigorita (1941-2012)*

### LETTURE

- 253 Emanuela NALLI, *Sui fondamenti romanistici del diritto europeo in materia di obbligazioni e contratti*

FELICE MERCOGLIANO

*Attualità della formazione classico-umanistica per gli studi e le professioni del diritto\**

1.- Una così significativa occasione mi permette di svolgere qualche considerazione sullo studio (basato sulle fonti della tradizione classica) delle materie romanistiche. Si tratta di uno studio con un approccio storico, di tipo umanistico, sin dalle origini, che risalgono agli inizi dell'Ottocento, allorché le prime grandi codificazioni civilistiche in Europa<sup>1</sup> condussero alla scissione tra la nostra scienza romanistica, da un lato, soprattutto intesa come coscienza critica del diritto sulla base delle fonti giuridiche classiche, e, dall'altro, la scienza del diritto vigente in quanto codificato<sup>2</sup>.

Persiste per noi romanisti attualmente una concezione del diritto come storia del diritto di per sé, perché ogni regola, ogni norma, ogni articolo di codice ha una storia che la precede e deve avere uno svolgimento nelle sue applicazioni o significative disapplicazioni.

---

\* Testo, con alcune note essenziali, della *lectio* tenuta in occasione della cerimonia di celebrazione del LX anniversario del Liceo Classico «Francesco Stelluti» di Fabriano il 6 dicembre 2013. Sviluppa peraltro qualche spunto iniziale, dal punto di vista del processo di interpretazione del diritto italiano postunitario, che avevo svolto in riferimento alla figura di Vittorio Scialoja in un intervento a Brescia, il 9 maggio 2013, nel corso del convegno internazionale del progetto Cuia sui «Principi generali del diritto».

<sup>1</sup> Cfr. ultimamente, sulla questione delle codificazioni civilistiche tra Otto e Novecento, nonché sul problema connesso della discontinuità scaturita da esse nel cammino del pensiero giuridico, M. NARDOZZA, *Codificazione civile e cultura giuridica in Italia. Linee di una storia della storiografia* (Padova 2013) 1-19, con letteratura ben selezionata spec. sul significato del 'codice' per lo storico del diritto.

<sup>2</sup> Fra lo studio di un «diritto morto», insomma, e quello del diritto positivo di conio contemporaneo. Ricordo che a Vittorio Scialoja, 'rifondatore' della nostra disciplina in Italia dopo l'attività fondatrice di Savigny in Germania, si devono sia la definizione del diritto romano come «diritto morto» che una prolusione incentrata sull'essenziale ruolo del diritto positivo nell'Italia unita, tenuta all'Università di Camerino nel 1879: rinvio in argomento a F. MERCOGLIANO, *Italia «legibus fundata». Rileggendo la prolusione camerte di Scialoja su diritto positivo ed equità*, in ID., *Fundamenta*<sup>2</sup> (Napoli 2012) 233 nt. 7 e 237 ss. [= *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, nuova serie, 1 (2012) 172 nt. 7 e 174 ss.].

Proprio come «la vita individuale ha un senso solo se la possiamo considerare il frammento di una vita più vasta, cominciata prima di noi e destinata a durare dopo di noi»<sup>3</sup>.

Il rinnovamento metodologico più recente non ha intaccato la validità della convinzione che la conoscenza del passato abbia ancora un senso, per ricostruire aspetti e problemi delle istituzioni giuridiche e politiche, e che il compito primario dello storico del diritto sia pertanto quello di accertare eventi passati<sup>4</sup>, senza ingenuamente affidarsi ad alcuna metafisica<sup>5</sup>.

2.- Perfino l'incalzante esigenza di armonizzazione europea in campo giuridico ha lasciato salda l'efficacia formativa della preparazione romanistica, incuneata stabilmente nel grande alveo classico-umanistico, anche se essa a prima vista non trovi agganci visibilmente immediati verso una qualche specialistica spendibilità professionale. In campo giuridico stiamo assistendo, si sa, ad un'accelerazione normativa inarrestabile. Direttive e regolamenti comunitari finiscono per condizionare i diritti nazionali in misura sempre più pervasiva. Ma è verso una capacità di analisi giuridica comune a ogni giurista europeo che si dovrebbe tendere sia sul piano dell'offerta formativa universitaria che specialistica, per ottenere nel campo del diritto un'idea non astratta di Europa unita, secondo una linea maestra di storia europea. Si sta verificando, infatti, una seconda vera svolta definitiva, determinata da fattori giuridici e istituzionali, così come avvenne per la prima vera rottura, avvenuta sul piano delle fedi religiose, con il mondo europeo antico, causata dall'avanzata dell'Islam, secondo la tesi di Pirenne<sup>6</sup>.

Soltanto ripercorrere vicende e questioni ricordate dalle fonti classiche può offrire gli insostituibili strumenti logici e i giusti metodi per capire in profondità le tendenze politiche

<sup>3</sup> La frase è di C. CASSOLA, *La lezione della storia* (Milano 1978) 63, il quale riprende e commenta a sua volta una considerazione scritta da Einstein: «Mi sento a tal punto partecipe di tutta la vita che non mi preoccupo affatto dell'inizio o della fine dell'esistenza concreta di una particolare persona, chiunque sia, in questa fiumana infinita ...».

<sup>4</sup> Anche all'ambito storico-giuridico è emblematico che si sia potuto estendere quanto sostenuto con decisione da Leopold von Ranke, che si prefiggeva dichiaratamente per ogni periodo preso in esame di stabilire cosa fosse avvenuto realmente («wie es eigentlich gewesen»): così L. von RANKE, *Geschichten der romanischen und germanischen Völker von 1494 bis 1535* (Leipzig-Berlin 1824) V. Cfr. F. GILBERT, *Storia: politica o cultura? Riflessioni su Ranke e Burckhardt* (Bologna 1993) 33-43.

<sup>5</sup> Questa emancipazione dalla trascendenza fu il vero risultato raggiunto dal dibattito in materia negli anni Trenta dell'Ottocento: cfr. di recente M. BRETONE, *In difesa della storia* (Roma-Bari 2000) 55-64.

<sup>6</sup> Si vd. naturalmente il libro di H. PIRENNE, *Maometto e Carlomagno* (trad. it., rist. Roma-Bari 1987).

sottese e i conflitti sociali sottostanti alla luce delle soluzioni giuridiche scaturite in Europa, che è il vero orizzonte che si profila dinanzi agli occhi dei nostri figli al momento di recepire e gustare una vera formazione, prima scolastica, poi universitaria. Sarebbero a questo punto del tutto inutili conoscenze di mera tecnica giuridica senza la padronanza degli aspetti storici relativi alla genesi, comunicazione, efficacia o inutilità del diritto. Lo scopo, in altri termini, deve essere quello di porre gli studenti universitari di fronte alle problematiche dell'interpretazione storica del diritto, sempre variabile, prodotto della società che si trasforma, quindi mutevole esso stesso. Da studiare non in stretta connessione con un numero limitato di leggi o con un certo elenco di norme positive, bensì in correlazione con le radici sociali ed ideologiche che esprimono il diritto.

La laurea stessa – ora definita magistrale – in Giurisprudenza ha tuttora come spina dorsale l'insegnamento di taglio formativo, più che informativo; il suo scopo è la formazione del giurista, non l'addestramento pratico del futuro professionista legale, che da un corso di studi giuridici universitari deve pur essere preparato ad acquisire un bagaglio forense specialistico. Di certo non è però l'immediato approccio, già in sede di studi universitari, verso forme di spinta specializzazione ad apparire in grado di trasmettere un ventaglio di conoscenze efficacemente formative. Emilio Betti<sup>7</sup> sosteneva, a ragione, che «l'insegnamento ... deve servire non già ad ammannire nozioni, ma alla formazione della mentalità del giurista», ponendo ciò in particolare rilievo mediante una frase ad effetto, inaspettatamente in inglese: «not information, but formation of mind»<sup>8</sup>.

Qual è il ruolo che deve ricoprire la preparazione classico-umanistica, che ha da sempre il suo baricentro nello studio della storia, peraltro costituisce un aspetto specifico di una questione più generale e complessa: la funzione e il valore della formazione stessa nella società contemporanea. In questa, l'organizzazione e gli sviluppi dei modelli sociali non devono implicare l'abbandono in modo definitivo del primato della politica a favore di una supremazia assoluta del sistema regolatore del mercato e della funzione dominante dell'economia. In connessione con l'affermarsi simmetrico – nell'ambito più ristretto, ma

---

<sup>7</sup> Utile orientamento bibliografico su Emilio Betti, di recente in M. NARDOZZA, *Codificazione civile* cit. 68-70.

<sup>8</sup> E. BETTI, *Osservazioni critiche sul progetto di riordinamento didattico della Facoltà di Giurisprudenza*, in *Rivista giuridica umbro-abruzzese* 36.6 (1960) 319, su cui cfr. già F. MERCOGLIANO, *Considerazioni brevi sui fondamenti romanistici del diritto europeo*, in P. DI LUCIA e F. MERCOGLIANO (a cura di), *Lezioni Emilio Betti*. Camerino 2001-2005 (Napoli 2006) 104 ss. [= F. MERCOGLIANO, *Fundamenta*<sup>2</sup> cit. 50 ss.].

strategico, della formazione dei giuristi – dell’egemonia del modello anglosassone in senso generale, che vede una centralità impropria riservata agli studi prettamente professionalizzanti, rivolti unicamente all’apprendimento di uno strumentario fondamentalmente di tipo operativo<sup>9</sup>.

Invece è sul piano ideologico che sembra giocarsi la vera partita del ruolo dei giuristi, perché essi non debbono essere dei meri operatori ed esperti del settore forense, ma «i detentori di quella tecnica interpretativa che sola può disvelare il rapporto profondo tra una norma (e la sua applicazione concreta) e il mondo dei valori e della giustizia»<sup>10</sup>. Ad Emilio Betti ancora risale la simmetrica precisazione a proposito del futuro degli insegnamenti dedicati alla storicità del diritto, che questo fosse in fondo «un aspetto particolare di un fenomeno più generale, che poneva agli europei di oggi un problema educativo vitale: il problema concernente l’autorità e l’efficienza educativa da riconoscere alla cultura classica nella formazione mentale e nella cultura dell’Europa odierna» ed occorresse scongiurare l’«avvento di una nuova barbarie: la barbarie della tecnica e della specializzazione»<sup>11</sup>. Emilio Betti, mi piace ricordarlo, oltre alla laurea conseguita in Giurisprudenza a Parma nel 1911, s’era laureato in Lettere classiche un paio d’anni dopo a Bologna, con una tesi in Storia antica su *La crisi della costituzione repubblicana e la genesi del principato in Roma*<sup>12</sup>. Il grande giurista camerte aveva quindi padronanza dei problemi filologici, correttamente tesi alla ricostruzione storico-giuridica in una prospettiva davvero unitaria.

3.- Lo snodo di carattere formativo è dunque la conoscenza storica sulla scia di un patrimonio classico-umanistico, da non decapitare nell’istruzione scolastica e soprattutto universitaria per quanto concerne la laurea e le professioni nel campo del diritto.

---

<sup>9</sup> Vd. sul punto L. PEPPE, *Alcune riflessioni sulla storia del diritto ovvero: della rottura della tradizione (giuridica)*, in *Diritto romano attuale* 4 (dicembre 2000) 61 ss. [con lievi modifiche e note, ora in *Scritti in memoria di Massimo D’Antona IV* (Milano 2004) 4201 ss.].

<sup>10</sup> Così L. PEPPE, *Alcune riflessioni sulla storia del diritto* cit. 86 [= *Scritti in memoria di Massimo D’Antona IV* cit. 4232].

<sup>11</sup> E. BETTI, *Osservazioni critiche sul progetto di riordinamento didattico della Facoltà di Giurisprudenza* cit. 320 s., su cui vd. già F. MERCOGLIANO, *Passato futuro. Intorno a fondamenti romanistici, libertà contrattuale, Cina*, in *Studi in onore di Antonino Metro IV* (Milano 2010) 236 [= Id., *Fundamenta*<sup>2</sup> cit. 270].

<sup>12</sup> Cfr. recentemente L. FANIZZA, *Emilio Betti. Continuità e imperium nella storia costituzionale romana* (Firenze 2007).

In argomento resta indelebile l'opinione di Marrou sulla storia come conoscenza scientificamente elaborata del passato umano, inseparabile peraltro dallo storico stesso<sup>13</sup>, perché è tramite l'opera dello storico che la storia s'eleva a storiografia. L'affinamento concettuale classico rimane la base per la comprensione della insita storicità anche del diritto. Pare appena il caso di richiamare a tale proposito Riccardo Orestano, che chiarisce la diversità, spiegando a proposito della problematica etimologica del termine *historia* come in latino abbia avuto il significato tanto di '*historia rerum gestarum*' (la nostra 'storiografia', nel senso di narrazione dei fatti umani), quanto di '*res gestae*' (la nostra 'storia', come fatti umani in sé stessi, vale a dire i semplici eventi). Specifica doverosamente Orestano che «riserviamo, secondo l'uso prevalente, il termine 'storia' a indicare 'gli eventi umani' nel loro concreto prodursi o il loro insieme, e riserveremo il termine 'storiografia' per l'attività di quanti si applicano a indagare e a esporre gli eventi stessi per come ne abbiano una reale o supposta conoscenza»<sup>14</sup>.

La necessaria opera di raccordo sistematico grazie ad una trama ideale della storiografia è preziosa e ineliminabile, come ci ricorda un'altra osservazione di Marrou, che con acume interpretativo sottolinea il caso di Tacito, scrittore latino votato senza tentennamenti ad un suo percorso storiografico, ma rivalutato anche di recente per l'attenzione riservata ai documenti ufficiali e l'uso verificabile di atti giuridici. Ecco dunque la considerazione di Marrou, a proposito dell'opera storica di Tacito<sup>15</sup>: «... si prenda Tacito: grazie all'incremento della documentazione raccolta e messa a profitto dalle nostre scienze ausiliarie, grazie alle monete, alle iscrizioni, ai papiri, oggi siamo in grado di conoscere Tiberio, Claudio o Nerone, per vie assai diverse da quelle delle *Storie* o degli *Annali*; tuttavia continuiamo a leggere Tacito ... Anche di lui vediamo chiaramente i limiti e siamo in grado di criticare la sua testimonianza, le deformazioni o le scelte da questa implicate; chi parla è sempre un esponente dell'aristocrazia senatoria ... Ma senza l'apporto di Tacito non è possibile formarsi un'esatta opinione di Tiberio, di Claudio o di Nerone. E in questo caso, più

---

<sup>13</sup> H.-I. MARROU, *La conoscenza storica* (trad.it., rist. Bologna 1987) 30 ss. e 51 ss.

<sup>14</sup> R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano* (Bologna 1987) 10 nt. 1.

<sup>15</sup> In materia cfr. la recente monografia di O. DEVILLERS, *Tacite et les sources des Annales. Enquêtes sur la méthode historique* (Leuven 2003).

che di documentazione supplementare, si tratta proprio di quella intelligibilità, di quella verità umana, che entra nel racconto attraverso il pensiero dello storico»<sup>16</sup>.

La connotazione moraleggiante della storiografia tacitiana era stata d'altronde forgiata al culmine di un percorso in fondo coerente, tracciato dai massimi storici e annalisti dell'antichità classica (su cui tutti si leva Tito Livio), come emerge da una riflessione disincantata di Benedetto Croce, in *Teoria e storia della storiografia*<sup>17</sup>, così formulata: «... i più alti storici antichi non seppero tener salda e pura l'autonomia dell'opera storiografica ... Sebbene si fosse a loro svelato l'inganno di quelle storie che sono in effetti poesie, o menzogne e partigianerie, o raccolte di materiali e ammassi inintelligenti di erudizioni, o strumenti di diletto e di meraviglia per la buona gente, non poterono, per un altro verso, liberarsi mai dal preconconcetto che la storia debba essere rivolta a un fine di edificazione e, massime, d'insegnamento: effettiva eteronomia, che allora sembrava autonomia. In ciò acconsentivano essi tutti: Tucidide, che si proponeva di narrare gli avvenimenti passati per augurarne i futuri, identici o simili nel perpetuo ricorso delle umane vicende; Polibio, che ricercava le cause dei fatti perché se ne facesse l'applicazione ai casi analoghi, e giudicava di minor dignità quei casi inopinati che per la loro irregolarità non si sottomettono a regole, Tacito, che, conforme al suo interessamento, piuttosto che sociale e politico, moralistico, stimava suo fine precipuo raccogliere i fatti insigni per virtù o per vizio». Come riprova delle convinzioni crociane valgono per tutti le pagine delle *Considerazioni sulle cause della grandezza dei Romani e della loro decadenza* di Montesquieu<sup>18</sup>, che in maniera esemplare tracciano un profilo di Tiberio tratto dalla narrazione di Tacito, ma elaborandone un'opinione propria e si noti peraltro quanto le successive evidenze epigrafiche hanno singolarmente confermato il grado altissimo di veridicità dello scrittore latino<sup>19</sup>.

4.- L'impostazione storiografica, che mai manca e non è una caratteristica certamente del solo Tacito ma di tutti i grandi storici, non equivale tuttavia alla schematizzazione, alla meccanica trasposizione ai fatti del passato di idee in cui attualmente si creda. Riuscire a

<sup>16</sup> H.-I. MARROU, *La conoscenza storica* cit. 289 s.

<sup>17</sup> B. CROCE, *Teoria e storia della storiografia*, a cura di G. GALASSO (Milano 1989) 219 s.

<sup>18</sup> MONTESQUIEU, *Considerazioni sulle cause della grandezza dei Romani e della loro decadenza*, a cura di M. MORI (trad. it. rist. Torino 1980) 85-88.

<sup>19</sup> Specie la *Tabula Siarensis* ed il *Senatus consultum de Cnaeo Pisone patre*.

non ridurre fenomenologie spesso del tutto nuove o cangianti entro modelli precedenti è il vero risultato di una cosciente e salda istruzione umanistica, che proprio per saper padroneggiare i moduli interpretativi dell'antichità classica induce a non rimanerne schiavi, ma invita a saperli applicare all'occorrenza ai fatti nuovi nel loro materiale accadimento.

Mi sembra appena il caso di porre in rilievo ora una opinione, schierata appunto su tale linea interpretativa non dogmatica ma autonoma nei giudizi e nelle ricostruzioni storiche, che si deve un po' inusualmente in tema di storia istituzionale romana a Palmiro Togliatti. Al fine di indirizzare, agevolare e offrire una traccia per un corso di storia delle lotte di classe in procinto di essere tenuto agli esuli italiani in Russia nel 1941, Togliatti scrisse a beneficio di una compagna spagnola un singolare appunto in materia, intitolato *Le principali falsificazioni fasciste della storia di Roma*<sup>20</sup>. Il messaggio cardine che vuole dare è quello di non procedere per schemi e non dimenticare uomini e fatti, senza peraltro negare la funzione di Roma come tramite nel trasmettere ai popoli europei i risultati e le conquiste della civiltà greca, ellenistica, bizantina, orientale. Rovesciando così una presumibile durezza dogmatica che invece Togliatti imputa alle fasciste deformazioni funzionali a rivedere in concezioni e simboli del regime mussoliniano, che stava finalmente per essere abbattuto, radici istituzionali romane, nei loro risvolti più autoritari e imperialistici. Perché la complessità del reale rifugge da ogni inserimento in formule di qualsiasi genere<sup>21</sup> e nella cornice complessa in cui va inquadrata qualsiasi vicenda che abbia rilevanza sociale l'angolazione del diritto è ineliminabile: questa comprende in sé la storia del semplice risultato finale che magari in una norma di legge o in un articolo di codice sembra solitario starci davanti. Per la comprensione del diritto bisogna possedere una preparazione non solo tecnicamente in grado di individuare e classificare figure giuridiche: occorre in primo luogo aver acquisito quel patrimonio insostituibile di moduli interpretativi, concezioni archetipiche, elaborazioni dialettiche e, soprattutto, visioni ordinate d'insieme quando un insieme logicamente ricostruibile sembra non esserci, che la formazione classico-umanistica sola ancor oggi non pare aver perso la forza di poter dare.

---

<sup>20</sup> Pubblicato come inedito nel supplemento *Il Contemporaneo* a *Rinascita* del 1965, con una presentazione di Ranuccio Bianchi Bandinelli, all'indomani della scomparsa del leader comunista a Yalta: lo segnalava L. LABRUNA, in *Labeo* 11 (1965) 412 ss. [= ID., *Maestri, amici, compagni di lavoro* (Napoli 2007) 4 ss.].

<sup>21</sup> Come sottolinea L. LABRUNA, *Maestri, amici, compagni di lavoro* cit. 7.

5.- Vorrei esporre un esempio concreto tratto da mie personali ricerche, sfociate, oltre che in alcuni articoli, in una monografia di qualche anno fa<sup>22</sup>. Ho studiato, infatti, in anni recenti il caso di un processo svoltosi in età tiberiana, che in un'interpretazione riduttiva non basata anche sui dati di natura giuridica poteva essere giudicato una vendetta politica ai danni dell'accusato (in principio di veneficio<sup>23</sup>, dopo per lesa maestà<sup>24</sup>) suicida, Pisone. Ma grazie ad un'epigrafe su bronzo di 176 linee miracolosamente ritrovata negli anni Ottanta del secolo oramai scorso in Andalusia, il senatoconsulto *de Cnaeo Pisone patre*<sup>25</sup>, pur se resta intriso di implicazioni politiche e di lotte di potere per la successione imperiale<sup>26</sup>, riacquista la sua giusta veste di esito conforme al diritto e alla repressione criminale del primo principato. Tuttavia, la versione 'ufficiale' del senatoconsulto non basta, con le sue prescrizioni tecniche e le motivazioni istituzionali a volte di facciata, per penetrare appieno in una simile complessa problematica storiografica. Perciò è necessario il ricorso alle fonti anche letterarie, in quel classico incrocio con le fonti epigrafiche che, come ho appena ricordato espressamente, induceva Marrou ad avvertirci, precorrendo i tempi, che senza l'apporto di Tacito non fosse possibile formarsi un'esatta opinione di Tiberio e dell'epoca tiberiana, nonché di quella verità umana delle vicende di questa intensissima epoca del primo principato, facenti parte del racconto storico complessivo attraverso il percorso storiografico tracciato dal pensiero dello storico.

Ma soprattutto questo senatoconsulto risulta essere comunque, in assoluto, il primo autentico documento che abbia potuto 'certificare', in una sorta di squarcio epigrafico di diritto pubblico romano, gli sviluppi della competenza giudiziaria del senato. Ha ampliato di certo i dati ora a nostra disposizione ed arricchito qualitativamente quanto emerge dal

<sup>22</sup> Vd. F. MERCOGLIANO, *Pisone e i suoi complici. Ricerche sulla «cognitio senatus»* (Napoli 2009).

<sup>23</sup> L'accusa di avvelenamento sfumò nel corso del processo a favore del più 'accogliente' *crimen maiestatis* e molto probabilmente era una mera macchinazione, come da ultimo ha sostenuto M. GARCÍA TEJJEIRO, *Maleficio y veneno en la muerte del Germánico*, in *Potestas. Revista del Grupo Europeo de Investigación Histórica* 2 (2009) 57-71.

<sup>24</sup> Sul concetto di *maiestas*, alla luce del senatoconsulto pisoniano, di recente cfr. A. YAKOBSON, *Maiestas, the imperial ideology and the imperial family: the evidence of the senatus consultum de Cn. Pisone patre*, in *Eutopia*, nuova serie, 3.1-2 (2003) 75-107.

<sup>25</sup> Vd. testo originale e traduzione italiana, in appendice al libro di A. MAIURI, *La giurisdizione criminale in Tacito. Aspetti letterari e implicazioni politiche* (Roma 2012) 221-230.

<sup>26</sup> Cfr. recentemente in materia la monografia di A. PETTINGER, *The Republic in Danger. Drusus Libo and the Succession of Tiberius* (Oxford 2012) spec. 15-17 e 30-31; nonché la prospettiva originale della R. EDWARDS, *His Father's Son and His on's Father: Augustus and Germanicus in Tiberian Documents*, in *Studies in Latin Literatur and Roman History XVI*, ed. By C. DEROUX (Bruxelles 2012) 398-414.

racconto tacitano. Pare rilevante anche che, nel contesto delle delibere in esso contenute, non risulti una differenziazione netta tra le decisioni concernenti le questioni giuridiche e quelle inerenti aspetti politici e sociali. Forse per questo a tale senatoconsulto al più è stato attribuito significato come documento politico. Quest'ultima pare la concezione che ha del senatoconsulto pisoniano, in sintonia con l'apprezzamento della smascherante oggettività, invece, del racconto di Tacito, l'attentissimo curatore – con Caballos e Fernández – dell'*editio princeps*, Werner Eck<sup>27</sup>, il quale giudica quello di Pisone l'archetipo romano del processo politico<sup>28</sup>. Oppure, il senatoconsulto pisoniano viene giudicato come un contributo importante sì, ma solamente alla conoscenza teoretica dell'ideologia politica imperiale (le cui virtù risalterebbero dall'antitesi con la figura negativa di Pisone); o quale mezzo di comunicazione politica di una vendetta in forma giudiziaria, con finalità propagandistiche, in mancanza di uno strutturale sistema di informazione ufficiale sotto la direzione dell'amministrazione imperiale o del senato<sup>29</sup>.

L'intero episodio pisoniano è intriso talmente di tanti aspetti e problemi diversi, che solamente dalla integrazione di essi in una storia che non escluda separazioni artificiose tra discipline ne è stata possibile una ricostruzione verosimile. Insomma, il diritto non si comprende senza la storia e la storia senza il diritto, come ricordava sulla scia di Jörs, e adesso non può fare più di persona<sup>30</sup> Tullio Spagnuolo Vigorita<sup>31</sup>, il mio rimpianto maestro. A difesa di quell'unità del pensiero storico, appresa dal suo di maestro, Francesco De Martino, il quale dopo intense e note vicende vissute a lungo in prima persona sulla scena politica, dichiarava da vero studioso sino in fondo della storia giuridica antica qual era per sempre integralmente rimasto, formatosi anche lui su solide basi classiche e umanistiche, di essere «sempre più convinto che non è possibile dividere la storia, cioè la ricostruzione della vita

---

<sup>27</sup> Per l'edizione di riferimento generale del nostro documento epigrafico, che può vantare eccezionalmente forse sino ad otto copie, vd. A. CABALLOS, W. ECK, F. FERNÁNDEZ, *El senatoconsulto de Gneo Pison padre* (Sevilla 1996); W. ECK, A. CABALLOS, F. FERNÁNDEZ, *Das senatus consultum de Cn. Pisone patre* (München 1996): l'edizione cosiddetta 'spagnola' risulta essere precedente di alcuni mesi, come si evince dalle rispettive prefazioni («Prólogo» datato giugno 1995 e «Vorwort» marzo 1996).

<sup>28</sup> La proposta interpretativa di Eck ha riscosso ampio seguito: ultimamente vd., per tutti, A. SUSPÈNE, *Un "procès politique" au début de l'Empire romain : le cas de Pison Père*, in *Revue historique* 656/312.4 (2010) 845-871.

<sup>29</sup> Più ampiamente e con dettaglio di letteratura cfr F. MERCOGLIANO, *Pisone e i suoi complici* cit. 39 ss.

<sup>30</sup> Mi permetto di rinviare a F. MERCOGLIANO, *In memoriam. Tullio Spagnuolo Vigorita (1941-2012)*, in *SDHI*. 79 (2013) 1565-1582

<sup>31</sup> T. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'unità della ricerca storica. Paul Jörs e la legislazione matrimoniale augustea*, in P. DI LUCIA e F. MERCOGLIANO (a cura di), *Lezioni Emilio Betti* cit. 35 ss.

degli uomini di altre epoche, in vari compartimenti spesso incomunicabili tra di loro. Storia politica, storia del pensiero, storia economica e storia del diritto e delle istituzioni sono semplicemente gli aspetti diversi di una sola realtà»<sup>32</sup>.

6.- Depauperare del patrimonio classico-umanistico, quindi dei mezzi stessi di comprensione del presente come del passato e del futuro, le generazioni dopo di noi, che stanno subendo adesso pressioni mercatistiche sempre più aggressive, pervasive, destinate a degradare i cittadini a consumatori<sup>33</sup>, sarebbe il vero tradimento dei nostri doveri di insegnamento e la fine della più meritoria funzione dell'insegnamento scolastico e universitario. La tradizione classica verrebbe smantellata nella sua efficacia pedagogica se non si potesse e dovesse risalire fino ad essa per una comprensione di fenomeni altrimenti da considerare apparentemente schiacciati sotto un opprimente presente. Ma soprattutto verrebbe mutilata la nostra capacità di inquadrare i fenomeni nel loro relativo tempo storico.

«Il tempo della storia, realtà concreta e viva – scriveva Marc Bloch in momenti tragici<sup>34</sup> – restituita all'irreversibilità del suo corso, è il plasma stesso in cui stanno i fenomeni, e come il luogo della loro intelligibilità ... Ora, questo tempo vero è, per sua natura, continuità. Ma è anche perpetuo movimento. Dall'antitesi tra questi due attributi derivano i grandi problemi della ricerca storica». La complessità della vita di una comunità nazionale, europea, globale, in bilico tra fenomeni di lunga durata<sup>35</sup> e innovazioni rivoluzionarie, non potrebbe essere più suggestivamente evocata.

Per concludere, penso che queste parole restituiscano il senso di un bisogno di interpretazione delle trasformazioni storiche che producono di conseguenza mutamenti giuridici, non come perenne distorta utilità personale o di gruppi, ma come realtà storica decifrabile solamente con una vocazione per la giustizia e l'equilibrio, che appunto le fonti antiche

<sup>32</sup> F. DE MARTINO, *Storia economica di Roma antica* I (Firenze 1979) VI.

<sup>33</sup> Concludeva, profetico, R. KNÜTEL, *Diritto romano e unificazione del diritto delle obbligazioni*, in *Roma e America. Diritto romano comune* 27 (2009) 33: «in vista dei progetti per un codice dei contratti unitario europeo o, addirittura, per un codice civile unitario europeo – dove si troverebbe lo spazio, tra i commercianti da un lato ed i consumatori dall'altro, per i normali cittadini della UE e per le regole loro commisurate? Oppure a tutti questi cittadini è stato imposto da tempo dal legislatore di indossare la camicia di forza del consumatore?».

<sup>34</sup> M. BLOCH, *Apologia della storia o Mestiere di storico* (trad. it. rist. Torino 1981) 42 s.

<sup>35</sup> Sul concetto si vd., per tutti, F. BRAUDEL, *Storia e scienze sociali. La «lunga durata»*, in ID. (a cura di), *La storia e le altre scienze sociali* (Roma-Bari 1974) 153-193, e cfr. M. VOVELLE, *Storia e lunga durata*, in J. LE GOFF (a cura di), *La nuova storia* (trad. it. Milano 1980) 47-80.

educano a individuare e questa vocazione costituisce la dote del giurista seriamente formatosi mediante un apprendimento di tipo umanistico.

Camerino, dicembre 2013.



ANTONIO FLAMINI

*Responsabilità civile e Costituzione\**

«Responsabilità» significa che un soggetto deve rendere conto sul piano umano, morale o giuridico, di fatti, attività, eventi di cui è autore o parte in causa, e subirne le conseguenze. L'istituto giuridico della «responsabilità civile» detta le regole che disciplinano le ipotesi in cui qualcuno ha subito un danno e qualcun altro è obbligato a ripararlo e comprende sia quelle dettate in tema di fatti illeciti, sia quelle relative all'inadempimento delle obbligazioni<sup>1</sup>.

Nel codice civile italiano i fatti illeciti sono disciplinati dagli artt. 2043-2059; la responsabilità che ne deriva prende il nome di responsabilità aquiliana o extracontrattuale o da fatto illecito. La pluralità di espressioni per denominare l'istituto deriva dalla sua storia e, in particolare, il termine «responsabilità aquiliana» indica la sua radice romanistica che si fa risalire alla *lex Aquilia de damno* del III secolo a.C., mentre l'espressione «responsabilità extracontrattuale» contrappone la responsabilità da fatto illecito alla responsabilità che a norma dell'art. 1218 c.c. grava sul debitore per l'inadempimento dell'obbligazione e che è comunemente denominata responsabilità contrattuale<sup>2</sup>.

---

\* Testo della relazione, con l'aggiunta di note, in corso di pubblicazione negli atti del Congresso Derecho Privado y Constitución, Homenaje al Profesor Pietro Perlingieri, V Jornadas de Derecho Privado, che si è svolto il 2 e 3 ottobre 2013 presso la Facoltà di Scienze giuridiche della Pontificia Università Javeriana di Bogotá.

<sup>1</sup> Sul tema, G. VISINTINI, *Cos'è la responsabilità civile. Fondamenti della disciplina dei fatti illeciti e dell'inadempimento contrattuale*, Napoli, 2009, p. 11 ss.

<sup>2</sup> Sottolinea R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità civile e danno*, Torino, 2010, p. 42, che la nozione di responsabilità civile, riferita specificamente alla sfera dei danni cagionati al di fuori di un preesistente rapporto obbligatorio tra le parti e detta anche responsabilità aquiliana, in una più lata accezione comprende altresì la sfera dei danni derivanti dall'inadempimento di una obbligazione, detta anche responsabilità contrattuale. Giova precisare che la responsabilità per inadempimento è denominata responsabilità contrattuale a prescindere dalla fonte contrattuale o non contrattuale dell'obbligazione inadempita: cfr., per tutti, C.M. BIANCA, *Diritto civile, 5 la responsabilità*, Milano, 2012, p. 1.

Fondamentale per l'intero sistema della responsabilità da fatto illecito è la clausola generale contenuta nell'art. 2043 c.c. secondo cui «qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno». Quella della clausola generale è una tecnica legislativa incompleta che rinvia all'opera dei giudici la individuazione in concreto della casistica di riferimento del precetto e, quindi, nel caso in questione la valutazione e la selezione degli interessi meritevoli di tutela<sup>3</sup>.

Dopo tale norma, la quale stabilisce che la prova degli elementi del fatto illecito deve essere data dal danneggiato, ve ne sono altre (artt. 2047-2054, c.dd. responsabilità speciali) nelle quali, con differenti meccanismi relativamente all'onere della prova, sono previsti i criteri in base ai quali avviene l'imputazione dell'illecito. Sono queste ipotesi di imputazione obiettiva che la legge fa in via presuntiva di alcuni fatti alle persone in virtù della posizione da queste ricoperta, dato che è prevista sia una presunzione di colpa che una presunzione di causalità, cioè di cooperazione nella commissione dell'illecito a carico delle persone indicate. Si tratta di ulteriori ragioni di responsabilità che si affiancano alla colpa ed individuano, in ipotesi specifiche, quella che sul piano generale è l'azione commissiva o omissiva della persona che causa l'evento prevista dall'art. 2043 c.c. Si è su un piano diverso da quello di conformità o difformità del comportamento rispetto ad un modello legale, dato che queste norme, permettendo di provare in concreto l'assenza di colpa, imputano in via oggettiva l'evento al c.d. soggetto responsabile<sup>4</sup>.

Rispetto alle disposizioni del codice civile del 1865, che ricalcavano quelle del *code civil Napoléon*, nel codice vigente emergono immediatamente due novità: l'una introdotta nell'art. 2043, costituita dalla ingiustizia del danno<sup>5</sup>, l'altra la risarcibilità del danno non patrimoniale nei casi determinati dalla legge prevista dall'art. 2059.

Oltre alla disciplina della responsabilità da fatto illecito dettata dal codice civile, si rinvengono molte altre norme, contenute in leggi speciali anche di derivazione europea, che regolamentano specifiche ipotesi di responsabilità e che in taluni casi, poiché prescindono

<sup>3</sup> G. VISINTINI, *Cos'è la responsabilità civile. Fondamenti della disciplina dei fatti illeciti e dell'inadempimento contrattuale*, cit., p. 94, anche per indicazioni bibliografiche.

<sup>4</sup> P. PERLINGIERI e L. CORSARO, in P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2007, p. 667.

<sup>5</sup> Cfr., tra i primi a porre l'accento sull'ingiustizia del danno, P. SCHLESINGER, *L'ingiustizia del danno*, in *Jus*, 1960, p. 336 ss.; R. SACCO, *L'ingiustizia di cui all'art. 2043*, in *Foro pad.*, 1960, I, c. 1420 ss.

dall'elemento soggettivo e non ammettono prova liberatoria, vengono qualificate di responsabilità oggettiva<sup>6</sup>.

La Costituzione italiana, mentre al secondo comma dell'art. 25 prevede una norma *latu sensu* di diritto penale secondo cui «Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso», non contiene alcuna disposizione relativamente alla responsabilità civile. Questa, tuttavia, ha subito una significativa evoluzione grazie al cambiamento dei valori forti dell'ordinamento che la Costituzione ha determinato, sì che l'art. 2043 c.c. che nasce a difesa della proprietà e, in particolare del diritto di proprietà fondiaria, si è esteso ai diritti reali, ai diritti personali di godimento, ai diritti di credito, fino agli interessi legittimi e ai diritti inviolabili dell'uomo e soprattutto al valore della persona<sup>7</sup>.

Ciò non significa, tuttavia, che la Costituzione abbia accolto la tradizionale divisione tra diritto civile e diritto penale come settori autonomi dell'ordinamento ispirati ciascuno a principi e valori autonomi e incomunicabili, perché l'unitarietà dell'ordinamento impone un approccio interdisciplinare allo studio delle azioni umane in quanto l'intero sistema è ispirato all'unitario valore della persona<sup>8</sup>. Il principio di tutela della persona, punto di confluenza di molteplici culture che in essa riconoscono il proprio riferimento di valore e supremo principio costituzionale che fonda la legittimità dell'ordinamento e la sovranità dello Stato, è affermato dall'art. 2 cost. che «riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale». Pertanto persona e solidarietà sono un binomio inscindibile perché aver cura dell'altro fa parte del concetto di persona. Va anche sottolineato che la solidarietà dell'art. 2 cost. è diversa da

---

<sup>6</sup> Tali sono, ad esempio, l'art. 5, l. 25.1.1983, n. 23, che, in tema di danni causati da oggetti spaziali, afferma che la responsabilità ha natura oggettiva e non ammette prova liberatoria; la normativa sullo sfruttamento pacifico dell'energia atomica (l. 31.12.1962, n. 1860 e successive modifiche); quella sull'esercizio dell'attività mineraria (r.d. 29.7.1927, n.1443) e quella relativa alla responsabilità per prodotti difettosi (d.P.R. 24.5.1988, n. 224); tra le norme del codice civile quelle sulla responsabilità dei padroni e committenti (art. 2049) e, secondo alcuni, del proprietario per la rovina di edificio (art. 2053) e del proprietario del veicolo per i danni derivanti dalla sua circolazione (art. 2054).

<sup>7</sup> P. PERLINGIERI, *Le funzioni della responsabilità civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 116. Sul fondamento della responsabilità civile e sulla sua evoluzione cfr., anche, A. DI MAJO, *Profili della responsabilità civile*, Torino, 2010, p. 19 ss.

<sup>8</sup> P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 141.

quella pure contenuta nel codice civile a carattere economico per fini nazionalistici, efficientistici e produttivistici, perché essa ha fini politici, economici e sociali; come emerge dal collegamento con gli articoli successivi e in particolare con l'art. 3 cost., la solidarietà costituzionale infatti non concepisce un interesse superiore al pieno e libero sviluppo della persona<sup>9</sup>.

La solidarietà come facente parte dei doveri di cui all'art. 2 cost. assume un concetto unitario, funzionale del comportamento del soggetto privato nella vita costituzionale<sup>10</sup> e proprio avendo rinvenuto nel principio solidaristico il fondamento della responsabilità civile si è spostata l'attenzione dall'autore del danno alla vittima<sup>11</sup> e al risarcimento è stato attribuito il ruolo di rimedio al danno, non di sanzione all'illiceità<sup>12</sup>.

L'ingiustizia del danno, che costituisce la novità introdotta nell'art. 2043 c.c. rispetto alla formula dell'art. 1151 c.c. 1865, redatto sulla falsa riga dell'art. 1382 *code civil Napoléon*, ha scardinato la concezione tradizionale del giudizio di responsabilità fondato sulla violazione di una norma giuridica e concepito come sanzione per la sua trasgressione. Non è quindi nell'illecito la causa del risarcimento o nell'attività colpevole dell'agente, ma nella reazione al verificarsi del danno ingiusto che funge da perno intorno al quale ruota tutto il giudizio di responsabilità.

Grazie alla nozione di danno ingiusto si supera la concezione della responsabilità civile come lesione di un diritto soggettivo<sup>13</sup>, poiché si rigetta la tipizzazione per allargare l'area del danno risarcibile attraverso la tecnica della clausola generale di responsabilità di cui all'art. 2043 c.c. Ma proprio perché si tratta di una clausola generale, va individuato un ter-

<sup>9</sup> P. PERLINGIERI e P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, Napoli, 2004, p. 72.

<sup>10</sup> P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, 1953, p. 148.

<sup>11</sup> S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1967, p. 23.

<sup>12</sup> F.D. BUSNELLI, *La lesione del credito da parte di terzi*, Milano, 1964, p. 66. Precisa G. ANNUNZIATA, *Responsabilità civile e risarcibilità del danno*, Padova, 2010, p. 4, che il fondamento della responsabilità civile è diverso da quello penalistico, è di tipo riparatorio e non sanzionatorio, e non sempre o non necessariamente è collegato al disvalore ed alla riprovevolezza di una condotta. Afferma P. PERLINGIERI, *La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 1078 s., che la distinzione tra risarcimento e indennizzo si mostra sempre più opinabile per il venir meno delle rispettive peculiarità funzionali in quanto entrambi sono rivolti ad eliminare non certo l'illecito, né tantomeno l'illegittimità dell'atto, quanto, piuttosto, a riparare il danno ingiusto.

<sup>13</sup> Sottolinea C.M. BIANCA, *Diritto civile, 5 la responsabilità*, cit., p. 585 ss., che la concezione tradizionale ravvisa il danno ingiusto nella violazione di un diritto soggettivo assoluto, al quale è stato poi parificato il diritto di credito, mentre per un altro orientamento la nozione di ingiustizia del danno va svincolata dal presupposto della violazione di una determinata situazione giuridica soggettiva (diritto di proprietà, credito, interesse legittimo, ecc.) poiché ingiusta può essere anche la lesione di un interesse di fatto.

mine di riferimento alla stregua del quale poter definire se il danno è ingiusto e quindi meritevole di essere risarcito. Poiché il principio di solidarietà investe interamente la posizione dei soggetti in quanto membri della medesima comunità<sup>14</sup>, viene assunto quale termine di riferimento nel giudizio di responsabilità, sì che il requisito dell'ingiustizia collegato al principio di solidarietà fa della clausola generale una formula aperta, capace di abbracciare ogni fattispecie dannosa suscettibile di essere definita in base ad esso come fonte dell'obbligazione risarcitoria.

In proposito si deve sottolineare che, se l'ordinamento esige da tutti i consociati la realizzazione dei valori che sono a suo fondamento, dovendosi coordinare gli interessi dei privati con quelli dello Stato sociale, è anche necessario che la realizzazione di questi interessi non urti con situazioni giuridicamente rilevanti, poste da precise norme o da principi generali, le quali benché non tipizzate sono ugualmente meritevoli di tutela. Pertanto il principio di solidarietà, quale direttiva insita nell'esercizio di ogni situazione soggettiva, non soltanto non è una formula priva di contenuto, ma è necessario che l'agire dei soggetti sia sottoposto ad un continuo confronto per verificare se ad esso si è adeguato o se si è svolto in suo contrasto. La solidarietà va quindi assunta come parametro di confronto che nel giudizio di responsabilità agisce da limite interno alla situazione soggettiva del danneggiante ed è idoneo alla valutazione della rilevanza della situazione soggettiva che si lamenta essere stata lesa da un danno ingiusto: si deve quindi verificare se si tratta di una situazione giuridicamente rilevante secondo i principi dell'ordinamento<sup>15</sup>.

In adempimento al principio di solidarietà l'agire dei soggetti si deve uniformare ai parametri costituzionali, sì che alla solidarietà si informa sia il contenuto del diritto del danneggiato al risarcimento del danno subito sia il dovere di comportamento dell'agente. Il giudizio di responsabilità va così relativizzato tenendo conto delle caratteristiche del danneggiante, e quindi delle sue qualità, e della situazione soggettiva lesa. In questo quadro

---

<sup>14</sup> S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., p. 89.

<sup>15</sup> Così, A. FLAMINI, *Il trasporto amichevole*, Napoli, 1977, p. 91 s. Sottolinea S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., p. 79 ss., che il danno è ingiusto quando costituisce la lesione di un interesse suscettibile di tutela secondo il principio della solidarietà sociale; afferma che è ingiusto il danno quando sia rilevante secondo una valutazione comparativa degli interessi secondo una graduatoria di valori che non può che rinvenirsi alla base dell'ordinamento, cioè della Costituzione, G. ALPA, *Il problema della atipicità dell'illecito*, Napoli, 1979, p. 260 s.; per F. GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contr. e impr.*, 1985, p. 9, il danno è ingiusto quando l'interesse leso è meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico.

l'art. 2043 c.c. assume il ruolo di norma primaria che, da un lato, prevede uno dei criteri di imputazione della responsabilità costituito dalla colpa e, dall'altro, recepisce la clausola generale per la quale il danno, lesione di un interesse altrui, deve essere ingiusto. Tale clausola detta una direttiva che si concretizza attraverso la formulazione da parte della giurisprudenza di una regola da applicarsi ai casi concreti, delineandosi così una struttura del fatto illecito che esige due tipi di valutazione: una volta ad individuare il responsabile, l'altra diretta ad apprezzare la rilevanza, ai fini del risarcimento, della lesione subita dal danneggiato. La prima va fatta con riferimento alla colpa e agli altri criteri di imputazione; la seconda è comune a tutte le fattispecie di responsabilità e rientra nel quadro delle clausole generali<sup>16</sup>.

Nella valutazione della rilevanza della lesione subita dal danneggiato assume un ruolo primario il cambiamento dell'ordinamento da una impostazione essenzialmente patrimonialistica ad una concezione personalistica, con la conseguenza che l'istituto della responsabilità civile unitariamente inteso non esaurisce la sua funzione nella tutela delle situazioni patrimoniali, ma riguarda anche la lesione della persona e delle situazioni giuridiche esistenziali, anche se la distinzione va fatta con cautela perché vi sono situazioni di contenuto patrimoniale che tutelano interessi esistenziali, come accade ad esempio nel diritto agli alimenti o nel diritto di abitazione<sup>17</sup>.

Va sottolineato che tra le situazioni esistenziali particolare rilievo assumono i c.dd. diritti della personalità, concepiti da un lato come un «diritto generale della personalità», o, dall'altro, come una pluralità di diritti della personalità. Sembra tuttavia ormai superata la teoria secondo cui i diritti della personalità continuerebbero ad essere tipici nonostante l'avvento della Costituzione, che avrebbe aggiunto alle ipotesi esistenti nel codice civile (artt. 6 e 7 diritto al nome; art. 9 tutela dello pseudonimo; art. 10 tutela dell'immagine) quelle previste in sue singole disposizioni (art. 4 diritto al lavoro; artt. 13-19 libertà personale, di circolazione, di associazione; art. 21 libertà di espressione del pensiero; art. 24 diritto di difesa; 32 diritto alla tutela della salute; 36 diritto ad una retribuzione adeguata). Ciò perché l'art. 2 cost., che tutela i diritti inviolabili dell'uomo, non è una norma riassuntiva, priva di contenuto proprio, e programmatica, non direttamente applicabile: si tratta infatti di norma

<sup>16</sup> G. VISINTINI, *Cos'è la responsabilità civile. Fondamenti della disciplina dei fatti illeciti e dell'inadempimento contrattuale*, cit., p. 97.

<sup>17</sup> P. PERLINGIERI, *Le funzioni della responsabilità civile*, cit., p. 116.

direttamente applicabile che esprime il principio fondamentale di tutela della persona umana e il suo contenuto non si limita a riassumere i diritti tipicamente previsti da altre disposizioni della Costituzione, ma consente di estendere la tutela a situazioni atipiche<sup>18</sup>. La personalità è il valore fondante dell'ordinamento e ogni previsione particolare non potrebbe mai essere esaustiva e lascerebbe fuori alcune manifestazioni ed esigenze della persona che, anche per il progredire della società, esigono una considerazione positiva. Se è vero che l'ordinamento prevede autonomamente talune espressioni maggiormente qualificanti come il diritto alla salute (art. 32 cost.), allo studio (art. 34 cost.), al lavoro (art. 35 ss. cost.), non si può negare l'esistenza di altri diritti che appartengono alla persona come quello alla riservatezza soltanto perché non esiste una norma costituzionale che espressamente lo tuteli, dato che è un aspetto indispensabile, essenziale dello sviluppo della persona umana<sup>19</sup>, o del diritto all'ambiente che costituisce uno strumento privilegiato per lo sviluppo della personalità umana<sup>20</sup>, con la conseguenza che a ciascuno andrebbe riconosciuto il diritto perché si realizzi un *habitat* che garantisca la qualità della vita<sup>21</sup>.

Correttamente la giurisprudenza sottolinea il carattere atipico del fatto illecito delineato dall'art. 2043 c.c., sì che non è possibile individuare in via preventiva gli interessi meritevoli di tutela perché il danno ingiusto si risolve nella lesione di un interesse rilevante per l'ordinamento a prescindere dalla sua qualificazione formale e senza che assuma rilievo la qualificazione dello stesso in termini di diritto soggettivo<sup>22</sup>: il danno ingiusto si configura nella lesione di un interesse giuridicamente rilevante che non trova giustificazione in un contrapposto interesse prevalente dell'autore della condotta lesiva<sup>23</sup>. È quindi l'interprete che deve delimitare l'area dei danni meritevoli di risarcimento individuando l'esistenza di

---

<sup>18</sup> P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, cit., p. 175, dove si precisa che la persona umana, in virtù della clausola generale, deve essere tutelata anche nelle ipotesi non tipicamente previste.

<sup>19</sup> P. PERLINGIERI, *Il riserbo e la notizia*, in *La persona e i suoi diritti*, Napoli, 2005, p. 252.

<sup>20</sup> P. PERLINGIERI, *Spunti in tema di tutela dell'ambiente*, in *Legalità e giustizia*, 1989, n. 2-3, p. 136; ID., *Presentazione a Il danno ambientale con riferimento alla responsabilità civile*, Napoli, 1991, p. 7, dove si afferma che nel razionale sfruttamento del suolo è presente l'esigenza della tutela dell'ambiente come valore essenziale dello sviluppo dell'uomo e si fa riferimento agli interventi della Corte costituzionale che hanno riconosciuto quale diritto fondamentale della persona il valore unitario dell'ambiente considerandolo primario e sovraordinato agli interessi economici.

<sup>21</sup> P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 753.

<sup>22</sup> Tra le alter, Trib. Milano, 14.7.2012, n. 8626, in *Redazione Giuffrè* 2012; Cass., 17.5.2004, n. 9345, in *Mass. Giust. civ.*, 2004, 5.

<sup>23</sup> Così, Cass., 23.5.2006, n. 12147, in *Mass. Giust. civ.*, 2006, 5.

situazioni soggettive tutelate in un sistema normativo che ha i suoi principi di riferimento nella Costituzione e nelle fonti dell'Unione europea.

L'altra novità introdotta dal codice civile vigente rispetto a quello del 1865 è costituita dall'art. 2059 che, rubricato «Danni non patrimoniali», stabilisce che «Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge». Per molti anni si è affermato che la norma ha funzione sanzionatoria e circoscrive il risarcimento del danno morale all'ipotesi contemplata dall'art. 185 c.p., secondo il quale, se un reato ha cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, il colpevole è obbligato al risarcimento. Questa ricostruzione è entrata però in crisi sia perché sono state introdotte legislativamente ipotesi di risarcibilità del danno non patrimoniale estranee alla materia penale (come ad esempio i danni derivanti da ingiusta privazione della libertà personale nell'esercizio di funzioni giudiziarie<sup>24</sup>, o i danni in materia di banche dati<sup>25</sup>, o quelli derivanti dal mancato rispetto del termine ragionevole di durata del processo<sup>26</sup>), sia perché la giurisprudenza ha da tempo individuato ulteriori ipotesi di danni sostanzialmente non patrimoniali derivanti dalla lesione di interessi costituzionalmente garantiti, risarcibili a prescindere dalla configurabilità di un reato, tra cui il c.d. danno biologico.

Così, seguendo un nuovo indirizzo della giurisprudenza di legittimità<sup>27</sup>, la Corte costituzionale<sup>28</sup> ha affermato che il mutamento legislativo e giurisprudenziale ha fatto assumere all'art. 2059 c.c. una funzione non più sanzionatoria, ma soltanto tipizzante dei singoli casi di risarcibilità del danno non patrimoniale, sì che ha ritenuto ormai superata la tradizionale affermazione secondo la quale il danno non patrimoniale di cui all'art. 2059 c.c. si identificherebbe con il cosiddetto danno morale soggettivo. Secondo la Corte costituzionale è stato così ricondotto a razionalità e coerenza il tormentato capitolo della tutela risarcitoria del danno alla persona, in quanto va prospettata - nel quadro di un sistema bipolare del danno

---

<sup>24</sup> Art. 2, l. 13.4.1988, n. 117.

<sup>25</sup> Art. 29, comma 9, l. 31.12.1996, n. 675.

<sup>26</sup> Art. 2, l. 24.3.2001, n. 89.

<sup>27</sup> Cass., 31.5.2003, n. 8827, in *Danno e resp.*, 2003, p. 219 ss.; Cass., 31.5.2003, n. 8828, in *Dir. e giust.* 2003, p. 24 ss.

<sup>28</sup> Corte cost., 11.7.2003, n. 233, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 769 ss., con nota di P. PERLINGIERI, *L'art. 2059 c.c. uno e bino: una interpretazione che non convince.*

patrimoniale e di quello non patrimoniale<sup>29</sup> - un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., tesa a ricomprendere nell'astratta previsione della norma ogni danno di natura non patrimoniale derivante da lesione di valori inerenti alla persona: e dunque sia il danno morale soggettivo, inteso come transeunte turbamento dello stato d'animo della vittima; sia il danno biologico in senso stretto, inteso come lesione dell'interesse, costituzionalmente garantito, all'integrità psichica e fisica della persona, conseguente ad un accertamento medico, tutelato dall'art. 32 cost.; sia infine il danno (spesso definito in dottrina ed in giurisprudenza come esistenziale) derivante dalla lesione di (altri) interessi di rango costituzionale inerenti alla persona.

In proposito si deve osservare che la tecnica ermeneutica prospettata dalla Corte di cassazione, con l'interpretazione c.d. «costituzionalmente orientata», è ambigua e fuorviante perché oggetto dell'interpretazione a fini applicativi non è la disposizione ordinaria adeguata o conformata alla norma costituzionale, ma oggetto dell'interpretazione sono le disposizioni ordinarie unitamente alle norme costituzionali, dato che le une sono in funzione delle altre e viceversa, in coordinamento le une e le altre secondo la collaudata tecnica del combinato disposto<sup>30</sup>.

Peraltro, l'interpretazione c.d. «costituzionalmente orientata»<sup>31</sup> dell'art. 2059 non convince perché fa transitare il risarcimento conseguente alla lesione di un interesse o di un valore della persona di rilievo costituzionale «non suscettibile di valutazione economica» attraverso la mediazione di una norma ordinaria, l'art. 2059 c.c., quando ai fini della riparazione è necessario verificare se il danno è ingiusto a norma dell'art. 2043 c.c.<sup>32</sup> L'art. 2 cost., che riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, ha nel sistema il ruolo di clausola generale di tutela della persona, quale espressione di un principio di ordine pubblico costi-

---

<sup>29</sup> Sulla bipolarità del sistema aquiliano, P. ZIVIZ, *Il danno non patrimoniale*, in *Quaderni di responsabilità civile e previdenza*, Milano, 2011, p. 186 ss.

<sup>30</sup> P. PERLINGIERI, *La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 498.

<sup>31</sup> Critica le formulazioni della «rilettura costituzionale» delle fonti di rango ordinario e secondario e della «interpretazione delle disposizioni ordinarie secondo Costituzione», P. PERLINGIERI, *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 332, perché in entrambe si postula che oggetto dell'interpretazione è esclusivamente la disposizione di rango ordinario e si attribuisce alle norme costituzionali il solo ruolo di criteri ermeneutici, se mai suppletivi, da utilizzare per risolvere i casi dubbi.

<sup>32</sup> Si sottolinea che la c.d. «interpretazione orientata» del solo art. 2059 e non anche dell'art. 2043 costituisce un errore metodologico, perché l'interpretazione assiologica deve essere sempre sistematica e non può essere realizzata facendo riferimento ad una sola disposizione, come se questa fosse una monade nel sistema: cfr., G. PERLINGIERI, *Sul giurista che come «il vento non sa leggere»*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 399.

tuzionale<sup>33</sup> e non già il ruolo di norma riassuntiva di altre previsioni pur presenti in Costituzione<sup>34</sup>, per cui non c'è ragione, per quanto attiene alla persona, di insistere sulla tipicità desunta dall'art. 2059 c.c. che non può condizionare l'applicazione di norme e principi costituzionali. Non si tratta di leggere tale articolo conformemente a Costituzione, ma piuttosto di applicare la Costituzione a prescindere dall'art. 2059<sup>35</sup>.

Va evidenziato un ulteriore equivoco del nuovo indirizzo giurisprudenziale che non soltanto ha tipizzato il danno non patrimoniale come conseguenza negativa non valutabile economicamente, ma ha ribadito il carattere patrimoniale del danno di cui all'art. 2043 c.c., come conseguenza negativa valutabile economicamente: ma la patrimonialità o non patrimonialità del danno non va rapportata alla sua valutabilità economica, perché qualsiasi danno è valutabile economicamente, ma alla patrimonialità o non patrimonialità dell'interesse leso<sup>36</sup>. Danno ingiusto è qualsiasi danno prodotto dalla lesione tanto di un interesse patrimoniale protetto dall'ordinamento – senza ricorrere alla tipicità e tanto meno alla tassatività degli illeciti – quanto di interessi esistenziali protetti a livello costituzionale, quali la vita, la salute, la dignità umana<sup>37</sup>. Il danno ingiusto può essere patrimoniale o non patrimoniale o ambedue insieme, secondo che la lesione sia relativa ad un interesse patrimoniale o ad un interesse non patrimoniale o ad un interesse patrimoniale e ad un interesse non patrimoniale insieme.

Pertanto le fattispecie atipiche dei danni ingiusti, sia patrimoniali che non patrimoniali in quanto lesione di interessi sia patrimoniali che non patrimoniali, vanno tutte ricondotte all'art. 2043 e non all'art. 2059 la cui applicabilità andrebbe riferita al danno morale sogget-

<sup>33</sup> P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, cit., p. 14, precisa che la tutela della personalità assume nel sistema giuridico attuale il significato di principio d'ordine pubblico.

<sup>34</sup> Sull'art. 2 cost. quale clausola generale aperta cfr., P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, cit., *passim*, e, sulla stessa linea, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno non patrimoniale secondo le sezioni unite. Un "de profundis" per il danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, 2009, p. 37.

<sup>35</sup> P. PERLINGIERI, *L'onnipresente art. 2059 c.c. e la "tipicità" del danno alla persona*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 523. Critica la configurazione della tipicità dei danni non patrimoniali e dell'atipicità dei danni patrimoniali R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità civile e danno*, cit., p. 479 s.

<sup>36</sup> A. FLAMINI, *Il danno alla persona: danno patrimoniale, danno non patrimoniale, danno morale*, in *Il danno alla persona*, Napoli, 2009, p. 117. Sottolinea che l'attenzione va rimossa dalla patrimonialità o non patrimonialità del danno per riporla più correttamente sulla patrimonialità o non patrimonialità dell'interesse leso, P. PERLINGIERI, *La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento*, cit., p. 1063 s.

<sup>37</sup> P. PERLINGIERI, *L'art. 2059 c.c. uno e bino: una interpretazione che non convince*, cit., p. 781.

tivo<sup>38</sup>. Così la norma torna alle origini<sup>39</sup> e il danno morale soggettivo accentua il proprio carattere di sanzione civile indiretta e, partecipando della funzione punitiva di tutte le sanzioni civili indirette, nulla ha in comune con il risarcimento del danno, che ha la funzione di ripristinare una certa situazione patrimoniale diminuita o di ristorare la vittima per il disagio provato a seguito dell'illecito<sup>40</sup>.

La c.d. interpretazione «costituzionalmente orientata» dell'art. 2059 è stata per le Sezioni unite della Corte di cassazione la chiave per «affermare che anche nella materia della responsabilità contrattuale è dato il risarcimento dei danni non patrimoniali». Infatti «dal principio del necessario riconoscimento, per i diritti inviolabili della persona, della minima tutela costituita dal risarcimento, consegue che la lesione dei diritti inviolabili della persona che abbia determinato un danno non patrimoniale comporta l'obbligo di risarcire tale danno, quale che sia la fonte della responsabilità, contrattuale o extracontrattuale». Così, se l'inadempimento «determina, oltre alla violazione degli obblighi di rilevanza economica assunti con il contratto, anche la lesione di un diritto inviolabile della persona del creditore, la tutela risarcitoria del danno non patrimoniale potrà essere versata nell'azione di responsabilità contrattuale, senza ricorrere all'espedito del cumulo delle azioni»<sup>41</sup>. È stata così superata la teoria del cumulo o, più correttamente, del concorso delle azioni contrattuale ed extracontrattuale<sup>42</sup>, secondo la quale quando in un rapporto obbligatorio erano stati violati, oltre i diritti derivanti dal contratto, anche diritti primari, al danneggiato veniva riconosciuta la possibilità di esperire ambedue le azioni nello stesso processo.

<sup>38</sup> P. PERLINGIERI, *L'art. 2059 c.c. uno e bino: una interpretazione che non convince*, cit., p. 778.

<sup>39</sup> Nella Relazione della commissione reale al progetto del libro «Obbligazioni e contratti», si legge che «soltanto nel caso di reato è più intensa l'offesa dell'ordine giuridico e maggiormente sentito il bisogno di una più energica repressione con carattere preventivo».

<sup>40</sup> Sul punto, A. FLAMINI, *Il danno alla persona: danno patrimoniale, danno non patrimoniale, danno morale*, cit., p. 123; ID., *Responsabilità civile, sicurezza sociale e protezione dell'ambiente*, in *Il danno alla persona*, cit., p. 144. V., anche, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno non patrimoniale secondo le sezioni unite. Un "de profundis" per il danno esistenziale*, cit., p. 44, il quale precisa che il danno non patrimoniale "da reato" ha funzione punitiva e consegue all'accertamento, in concreto, di una specifica fattispecie di reato, attraverso la mediazione dell'art. 185 c.p.

<sup>41</sup> Così testualmente le c.dd. sentenze di San Martino: Cass., Sez. un., 11.11.2008, nn. 26972, 26973, 26974, 26975, in *Danno e resp.*, 2009, 1, p. 30. Il testo della sentenza può essere trovato anche in *Foro. it.*, 2009, I, c. 120 ss. con note di A. PALMIERI, R. PARDOLESI, R. SIMONE, G. PONZANELLI, E. NAVARRETTA.

<sup>42</sup> Sottolinea S. BUSTI, *Contratto di trasporto aereo*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* Cicu e Messineo, Milano, 2001, p.539, che si tratta di concorso e non di cumulo perché il danneggiato non può assommare i vantaggi delle due azioni.

La teoria del concorso delle due azioni è stata elaborata con riguardo ai c.dd. contratti di protezione: fondamento della regola era il presupposto che una medesima condotta avesse leso un interesse che, oltre a trovare specifica tutela in un rapporto obbligatorio corrente tra danneggiante e danneggiato, dovesse ritenersi tutelato anche in via generale dalle norme sui fatti illeciti. La scelta fra le due azioni ed anche il loro esercizio cumulativo nel processo rientravano nel potere dispositivo della parte<sup>43</sup>, che doveva però assolvere a due diversi oneri probatori in relazione ai due differenti tipi di responsabilità. In realtà tale regola, apparentemente di carattere generale, aveva delle specifiche e precise applicazioni, con le quali la giurisprudenza aveva praticamente tipizzato le ipotesi di concorso.

Erano considerate ipotesi tipiche di concorso: il chirurgo che, negligenzemente, interviene su un paziente che ha concluso con lui un contratto d'opera, viola il contratto e contemporaneamente il diritto alla sua integrità psicofisica; chi acquista un elettrodomestico che esplodendo incendia la sua abitazione e ferisce la sua persona vede violata da parte del venditore sia l'obbligazione contrattuale che il principio generale del *neminem laedere*; il vettore che nel corso del trasporto provoca un danno al passeggero, viola sia il contratto di trasporto che la clausola generale di responsabilità. Per tale ragione, si è affermato che nei confronti del chirurgo, del venditore, del vettore potesse essere esperita anche l'azione extracontrattuale, non ritenendosi corretto l'assorbimento che comporterebbe un'inammissibile prevalenza dell'autonomia negoziale sulla disciplina di ordine pubblico concernente la responsabilità aquiliana.

Questa teoria, però, è stata abbandonata dalla Corte di cassazione che l'ha ritenuta superata.

Ma l'opportuno superamento della teoria del concorso delle azioni<sup>44</sup> non può trovare la sua ragione nella c.d. interpretazione «costituzionalmente orientata» dell'art. 2059 dettata in tema di responsabilità da fatto illecito, perché va individuata nelle norme in materia di

<sup>43</sup> Tra le altre, Cass., 3.10.1996, n. 8656, in *Danno e resp.*, 1997, 258; Cass., 26.10.1998, n. 10629, in *Giust. civ.*, 1998, I, 2716; Cass., 13, 3, 1998, n. 2750, in *Giur. it.*, 1999, 2279. Sulla teoria del cumulo delle azioni v., tra gli altri, M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, in *Tratt. resp. civ.* diretto da M. Franzoni, II, Milano, 2010, p. 601 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità civile e danno*, cit., p. 108 ss.; G. ANNUNZIATA, *Responsabilità civile e risarcibilità del danno*, cit., p. 249 s.

<sup>44</sup> Per una critica alla teoria del concorso delle azioni cfr. A. FLAMINI, *Trasporto*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da P. Perlingieri, IV, 25, Napoli, 2008, p. 87 ss. Ritiene invece giustificata la soluzione che ammette la possibilità di concorso tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, che si traduce in un concorso di azioni,, C.M. BIANCA, *Diritto civile, 5 la responsabilità*, cit., p. 563.

rapporto obbligatorio e, in particolare, nell'art. 1174 c.c., il quale prevede che la prestazione del debitore deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere a un interesse, anche non patrimoniale, del creditore. Altro è la patrimonialità della prestazione, altro è la natura dell'interesse che essa tende a realizzare, perché l'obbligazione non deve soddisfare soltanto interessi patrimoniali del creditore, ma anche suoi interessi che patrimoniali non sono, come quelli culturali, religiosi, morali, personali. D'altra parte l'obbligo del risarcimento del danno in caso di mancato o inesatto adempimento è posto a carico del debitore dall'art. 1218 c.c., che va letto in connessione con quanto stabilito dall'art. 1223, secondo il quale il risarcimento deve comprendere sia la perdita che il mancato guadagno subiti dal creditore. Per perdita non si intende soltanto quella economica, ma la privazione di qualsiasi cosa o vantaggio e quindi tanto di un bene valutabile pecuniariamente quanto di un bene che sfugge a tale caratteristica, come i pregiudizi non patrimoniali determinati dalla lesione di situazioni soggettive non patrimoniali<sup>45</sup>.

È indubbio che una situazione soggettiva non patrimoniale, al cui fondamento è un interesse non patrimoniale della persona, può essere lesa sia nel corso di un rapporto obbligatorio che al di fuori di esso: l'interesse tutelato è lo stesso, ma i meccanismi di tutela ed i rispettivi ambiti di operatività sono differenti.

La situazione soggettiva dell'integrità fisica è tutelata in sé dall'ordinamento e tutti i consociati hanno il dovere di astenersi dal provocare ad essa lesioni, sì che la sua violazione costituisce un fatto illecito, in conseguenza del quale il danneggiato ha diritto al ristoro del pregiudizio subito e l'autore del fatto è obbligato a risarcirlo secondo il disposto dell'art. 2043 c.c.

Ciò avviene quando danneggiante e danneggiato non sono legati tra loro da alcun vincolo giuridico e quindi non hanno alcun particolare obbligo reciproco. Se però tra le parti preesiste una obbligazione in virtù della quale una di esse è tenuta a vigilare sull'integrità fisica dell'altra, a proteggerla e ad impedire che si verifichino eventi per essa

---

<sup>45</sup> In tal senso, A. FLAMINI, *Viaggi organizzati e tutela del consumatore*, Napoli, 1999, p. 210 ss. Ora anche le c.dd. sentenze di San Martino (*retro* nota 41) hanno valorizzato l'interesse non patrimoniale di cui all'art. 1174 c.c., e, nell'interpretazione dell'art. 1223, hanno ricondotto tra le perdite e le mancate utilità anche i pregiudizi non patrimoniali determinati dalla lesione dei diritti del creditore. Su tale problematica, F. TESCIONE, *Il danno non patrimoniale da contratto*, Napoli, 2008, *passim*; L. RIPA, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, Napoli, 2013, *passim*.

dannosi, la lesione alla situazione soggettiva del danneggiato è conseguenza dell'inadempimento di tale obbligazione, che non ha realizzato l'interesse non patrimoniale del creditore, e non della violazione del generico dovere di non ledere. In tale ipotesi non è corretta l'applicazione delle norme sulla responsabilità aquiliana, perché il comportamento cui è tenuto il debitore non si esaurisce in un generico dovere di astenersi dal ledere una altrui situazione soggettiva tutelata in via generale dalla legge, ma consiste nell'obbligo ad effettuare una specifica prestazione, cui è tenuto a norma del vincolo contrattuale<sup>46</sup> e che si realizza nella protezione della persona del creditore in attuazione del principio di solidarietà di cui all'art. 2 cost. La lesione di un interesse non patrimoniale della persona può essere conseguenza non soltanto di un danno ingiusto extracontrattuale, ma anche di un danno che si verifica nell'ambito delle vicende di un rapporto a contenuto determinato, sì che il danno subito può costituire violazione di un obbligo «specifico» con conseguente responsabilità contrattuale e risarcibilità nei confronti del richiedente<sup>47</sup>. Il principio di solidarietà ha una portata generale ed unitaria per cui i comportamenti dei soggetti devono sempre uniformarsi ai parametri costituzionali; pertanto anche nell'esecuzione delle prestazioni di un rapporto obbligatorio la solidarietà non è più soltanto economica come delineata dal codice civile, ma ha fini politici, economici e sociali ed esprime la cooperazione e l'eguaglianza nell'affermazione dei diritti fondamentali di tutti<sup>48</sup>.

In definitiva la Costituzione italiana, anche se non detta alcuna norma in materia di responsabilità civile, ha dato una nuova chiave di lettura dell'istituto in una prospettiva che non tiene conto soltanto degli interessi patrimoniali, ma anche e soprattutto delle situazioni esistenziali alle quali, in quanto portatrici di interessi di rilevanza costituzionale, l'ordinamento giuridico italiano riconosce il ruolo di valori primari<sup>49</sup>.

La nuova interpretazione della responsabilità civile, che non è più un istituto a difesa soltanto della proprietà e delle situazioni soggettive patrimoniali, ma riguarda anche la lesione della persona e delle situazioni giuridiche esistenziali, è la conseguenza del cambia-

---

<sup>46</sup> In tal senso, A. FLAMINI, *Osservazioni critiche sul concorso tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale del vettore*, in *Studi in onore di Ugo Majello*, I, Napoli, 2005, p. 746 s.

<sup>47</sup> P. PELINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 758, con specifico riferimento al diritto alla salute ed alla sua tutela nell'ambiente di lavoro.

<sup>48</sup> P. PELINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 435.

<sup>49</sup> P. PERLINGIERI, *Le funzioni della responsabilità civile*, cit., p. 119.

mento di impostazione da essenzialmente patrimonialistica dell'ordinamento ad una concezione personalistica determinato dalla Costituzione.

Il danno ingiusto di cui all'art. 2043 c.c., che consiste nella lesione di una situazione soggettiva giuridicamente rilevante e quindi protetta dall'ordinamento, riguarda sia situazioni patrimoniali che situazioni personali, così come il danno al cui risarcimento è tenuto il debitore che non esegue esattamente la prestazione non è soltanto il danno patrimoniale subito dal creditore, ma anche quello conseguente alla mancata realizzazione del suo interesse non patrimoniale alla corretta esecuzione della prestazione.

La rilettura dei rapporti civili in una prospettiva che non sia solo patrimoniale e l'adeguata valorizzazione dell'interesse non patrimoniale anche nei rapporti obbligatori<sup>50</sup>, oltre a confermare la superfluità dell'art. 2059 c.c. in tema di risarcibilità della persona, escludono la sua utilizzabilità per il risarcimento del danno non patrimoniale conseguente all'inadempimento di una obbligazione. Va pertanto ribadito che il risarcimento del danno alla persona non può essere tipizzato né in tema di responsabilità aquiliana né in ambito contrattuale: ogni volta che la lesione dell'interesse non patrimoniale configura un danno ingiusto o è conseguenza di un inadempimento che non ha realizzato l'interesse non patrimoniale del creditore, obbliga chi l'ha provocata al risarcimento in attuazione dei principi di solidarietà e di tutela della persona, valore fondamentale dell'ordinamento giuridico costituzionale.

Camerino, novembre 2013

---

<sup>50</sup> Cfr., P. PERLINGIERI, *L'onnipresente art. 2059 c.c. e la "tipicità" del danno alla persona*, cit., p. 529. Secondo C. DONISI, *Verso la «depatrimonializzazione» del diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 651 ss., l'art. 1174 c.c. costituisce un indice normativo del processo di «depatrimonializzazione» del diritto civile.



GIUSEPPE GILIBERTI

*Il 'destino manifesto' di Roma\**

1. Voglio sottoporvi alcune riflessioni sulle ideologie imperiali e le relazioni internazionali nel mondo antico, che sto sviluppando in questo periodo. Sono “trucioli di bottega”, come direbbe Antonio Guarino, che possono dare un’idea di come funzioni il lavoro dello storico del diritto. Hanno origine da una ‘Conferenza Francesco De Martino’, cui ho partecipato ad Urbino quest’anno, insieme con il collega Felice Mercoliano. Il tema della conferenza urbinata era offerto da una serie di tre *lectures* tenute da Ronald Syme nel 1958 all’Università Mc Master, in Canada, sull’imperialismo antico e moderno. Secondo Syme, “il mondo ha visto tre imperi importanti per la grandezza della loro estensione e per la loro lunga durata: Roma, la Spagna e l’Inghilterra”<sup>1</sup>.

Avendo analizzate qualche anno prima, nella *Rivoluzione romana*, le trasformazioni istituzionali che avevano accompagnato l’ascesa di Augusto<sup>2</sup>, lo storico neozelandese voleva spiegare come l’Impero fosse stato in grado di funzionare per secoli, amministrando province lontanissime, abitate per lo più da popolazioni numericamente soverchianti. La prima conferenza, *I Romani di Spagna*, riguardava l’affermazione delle classi dirigenti delle province iberiche, che avevano espresso personalità come Seneca o Traiano ed erano state persino capaci di prevalere sulle *élites* italiane. Nella seconda, *L’America spagnola*, ricostruiva l’ascesa sociale delle classi dirigenti nate dalla Conquista, composte da gentiluomini impoveriti e piccoli borghesi. Nella terza, *L’America inglese*, descriveva la formazione delle *élites* del New England ed il conflitto che aveva opposto la nuova classe dirigente laica, mercantile e pro-

---

\* “Lezione Emilio Betti” tenuta a Camerino il 25 ottobre 2013. I contenuti saranno in parte oggetto anche dell’articolo *Ideologie imperiali*, destinato agli studi in onore di Francesco Guizzi.

<sup>1</sup> Cfr. R. SYME, *Tre élites coloniali (Roma, la Spagna, le Americhe)* (1958, trad. it. Milano, 1989) 17.

<sup>2</sup> R. SYME, *La rivoluzione romana* (1939, trad. it. Torino, 1962).

fessionale, all'oligarchia religiosa protestante che aveva fondato le colonie. La comparazione fra ceti dirigenti coloniali di diverse epoche e paesi rendeva possibile tratteggiare un suggestivo confronto tra politiche di potenza, imperialismi e colonialismi diversi. In tutti e tre i casi veniva posto il problema delle relazioni fra le *élites* coloniali e la madrepatria. Secondo Syme, il successo dell'imperialismo romano era in larga misura dovuto alla capacità di forgiare i gruppi sociali a cui era affidata l'amministrazione, il controllo militare e la colonizzazione dei territori conquistati. Le due province spagnole (Citeriore e Ulteriore) furono il più riuscito esempio di come una classe dirigente romano-italica potesse trapiantarsi e prosperare, mantenendo la propria cultura ed alimentando il principio dell'egemonia del popolo fondatore dell'Impero, ma anche integrandosi in una certa misura con le *élites* indigene.

Per indicare il fenomeno del controllo di vaste aree geo-politiche da parte di una potenza capace di renderle funzionali ai propri interessi economici, politici e strategici, si usa, a partire dalla seconda metà dell'Ottocento, il termine 'imperialismo'. Esso fu coniato dai liberali inglesi per criticare la politica espansionistica di Napoleone III, sottolineandone i modelli classici (in modo particolare, il cesarismo). Venne anche applicato – sempre polemicamente - per definire la politica coloniale di Benjamin Disraeli, ma fu in breve rivendicato con orgoglio dallo stesso primo ministro, in un suo discorso del 1872, entrando poi definitivamente nel linguaggio politico con Cecil Rhodes. Solo più tardi, il termine venne applicato allo stesso mondo antico, e si parlò quindi d'imperialismo ateniese, cartaginese, romano<sup>3</sup>. Esistevano, quindi, imperialismi pre-moderni e ovviamente ideologie imperiali<sup>4</sup> sia antiche che moderne<sup>5</sup>.

L'imperialismo non consiste necessariamente nella conquista territoriale o nella colonizzazione<sup>6</sup>. Può tradursi, invece, in una politica egemonica, che implica una rinuncia della

<sup>3</sup> Cfr. R. WERNER, *Imperialismus und römische Ostpolitik im zweiten Jahrhundert v. Chr.*, in *ANRW*. I.1 (Berlin-New York, 1972) 505 ss., che però nega il carattere imperialistico della politica egemonica romana.

<sup>4</sup> Cfr. M. PANEBIANCO, *Impero e Stati: universalismo e internazionalismo*, in *Diritto@storia* (2009), [http://www.dirittoestoria.it/8/Memorie/Roma\\_Terza\\_Roma/Panebianco-Impero-Stati.htm](http://www.dirittoestoria.it/8/Memorie/Roma_Terza_Roma/Panebianco-Impero-Stati.htm).

<sup>5</sup> Cfr. A. PAGDIN, *Signori del mondo. Ideologie dell'Impero in Spagna. Gran Bretagna e Francia 1500-1800* (1995, trad. it. Bologna, 2005).

<sup>6</sup> Soprattutto il marxismo del Novecento contribuì a costruire un concetto complesso dell'imperialismo, che poteva comprendere oppure no tra i propri strumenti la politica di espansione territoriale e la colonizzazione di territori esterni. Secondo V.I. LENIN, *Imperialismo fase suprema del capitalismo* (1916, trad. it. Roma, 1970) 120, "politica coloniale e imperialismo esistevano anche prima del più recente stadio del capitalismo, anzi prima del capitalismo stesso. Roma, fondata sulla schiavitù, condusse una politica coloniale ed attuò l'imperialismo. Ma le considerazioni generali sull'imperialismo, che dimentichino le fondamentali differenze tra le formazioni

potenza dominante ad incorporare nuovi territori, optando per forme indirette di dominio<sup>7</sup>. Ma è comunque la forza a rendere possibile l'esistenza dell'Impero e il conseguimento dei vantaggi economici, politici e strategici che normalmente ne derivano: bottini, imposte, materie prime, controllo di mercati e di rotte commerciali, basi militari, sbocchi per il capitale finanziario, approvvigionamento di schiavi o di manodopera a basso costo. Spesso è difficile stabilire fino a che punto l'esercito sia uno strumento dell'Impero (cioè, soprattutto dei politici e dei mercanti), o invece sia vero il contrario. Un "impero di terra" (ad esempio, quello ottomano) può essere la struttura politico-amministrativa della quale i militari si servono per esercitare il potere. Invece in un "impero di mare", come quello inglese, sono determinanti gli interessi economici, soprattutto quelli delle compagnie commerciali abilitate ad operare in regime di monopolio<sup>8</sup>

Per colonialismo s'intende, invece, una forma specifica d'imperialismo: la politica di espansione della sovranità a nuovi territori, riorganizzati e resi funzionali alla metropoli<sup>9</sup>. Il dominio coloniale comporta una completa ristrutturazione dell'organizzazione politica preesistente, l'installazione di insediamenti per il controllo militare e amministrativo e per lo sfruttamento delle risorse locali, e spesso si accompagna alla distruzione delle popolazioni indigene e alla creazione di stabili colonie di popolamento. Le potenze europee – prima il Portogallo e la Spagna tra il XV e il XVI secolo, poi la Francia e l'Olanda, soprattutto nel XVII - costruirono una notevole parte della propria identità politica sulla base di tali politiche. Il colonialismo, infatti, coinvolse non solo le compagnie costituite per lo sfruttamento dei territori conquistati, ma permeò di sé l'insieme dei rapporti sociali e la stessa identità

---

economico-sociali o che le releghino nel retroscena, degenerano in vuote banalità o in rodomontate sul tipo del confronto tra la grande Roma e la grande Britannia".

<sup>7</sup> Cfr. H. TRIEPEL, *Die Hegemonie. Ein Buch für führenden Staaten* (Stuttgart-Berlin, 1938) 187 ss.; U. VINCENTI, *I fondamenti del diritto occidentale* (Roma-Bari, 2010) 12 ss. Secondo M. DOYLE, *Empires* (Ithaca, London, 1984) 73 ss., invece, esiste una certa differenza fra egemonia e imperialismo. L'imperialismo non è una semplice politica di potenza, ma implica il sostanziale dominio dei territori sottoposti. Ad esempio, la Lega di Delo nacque sotto l'egemonia ateniese, ma non era un impero. Lo divenne quando Atene pretese di amministrare il tesoro comune, nominare il comandante dell'esercito, imporre unilateralmente i tributi, mantenere presidi militari, senza che gli alleati potessero ribellarsi. Allora l'egemonia ateniese si trasformò in vera e propria *arché*.

<sup>8</sup> Cfr. H. MÜNKLER, *Imperi. Il dominio del mondo dall'antica Roma agli Stati Uniti* (2005, trad. it. Bologna, 2008) 79 ss.

<sup>9</sup> Cfr. A.M. GENTILI, s.v. *Colonialismo*, in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO, *Dizionario di politica* (Milano, 1990) 149: "Mentre la colonizzazione è il processo di espansione e di conquista di colonie, la sottomissione per mezzo dell'uso della forza o della superiorità economica di territori abitati da popolazioni diverse da quelle della potenza coloniale, C. definisce più propriamente l'organizzazione di sistemi di dominio".

culturale delle potenze dominanti. Modificò sostanzialmente i sistemi di produzione, il commercio, i costumi, il diritto. Determinò, ad esempio, la creazione di quello che Schmitt definiva *ius publicum Europaeum*, cioè un ordinamento inter-statale che distingueva radicalmente lo statuto giuridico dei popoli e dei territori del continente da quelli esterni, soggetti a legittima occupazione e spartizione<sup>10</sup>. Comportò la creazione di istituzioni per amministrare le colonie e anche di un'ideologia volta a legittimarne l'acquisizione e il mantenimento, sulla base di una presunta missione politica o religiosa.

Il controllo delle colonie poteva assumere o la forma di un dominio diretto del territorio, oppure di una politica di *indirect rule*, lasciando parzialmente in vita le istituzioni preesistenti e ponendole sotto il controllo di *élites* indigene vecchie e nuove disposte a collaborare. La prima forma di colonialismo, tipicamente francese, era fondata su una massiccia occupazione militare e sull'estensione alle colonie di norme e sistemi amministrativi della metropoli; la seconda, più pragmatica e differenziata, fu spesso adottata nel corso della storia coloniale inglese. Mentre il colonialismo francese era ideologicamente orientato verso l'assimilazione, in un lontano futuro, dei popoli soggetti, quello inglese dava per scontato che dominati e dominatori sarebbero per sempre rimasti separati da un punto di vista culturale e giuridico. Sui libri di scuola elementare, da Parigi ad Hanoi, i bambini trovavano la stessa incongrua lettura su “*nos ancêtres, les Gaulois*”. Nelle scuole britanniche, a Londra come a Bombay, si imparavano, invece, a memoria i versi della celebre ballata di Kipling: “*East is East and West is West*” (...e mai si sarebbero potuti incontrare).

Per funzionare, l'Impero ha bisogno di poter contare su una classe di coloni, amministratori, ufficiali dell'esercito, politici che condividano non solo la convenienza, ma anche l'orgoglio di una missione. Tipico strumento del colonialismo è l'incentivazione di uno stile di vita coloniale<sup>11</sup>, che consente di coltivare nelle *élites* trapiantate un forte senso di identità collettiva, insieme con l'immedesimazione negli interessi della madrepatria. L'imperialismo non è solo un fenomeno economico e politico, ma è una visione della vita, una consapevole costruzione culturale, che deve coinvolgere non solo le *élites*, ma anche i sudditi, i diseredati della metropoli e soprattutto i ceti medi. L'Inghilterra, incerta se darsi una prospettiva di

<sup>10</sup> Cfr. C. SCHMITT, *Il nomos della terra* (1974, trad. it. III ed., Milano, 1991) 141 ss.

<sup>11</sup> Cfr. E. W. SAID, *Orientalismo. L'immagine europea dell'Oriente* (1978, trad. it. della III ed., Milano, 2004) 224 ss.

impero territoriale e burocratico, oppure commerciale e aristocratico (Roma o Cartagine), nella sostanza fu più 'cartaginese'<sup>12</sup>. Però scelse Roma come *exemplum* per la propria retorica nazionalista, alimentata dalle letture di Tacito sulla dignità richiesta alle classi dirigenti e sul timore che la rilassatezza dell'aristocrazia italica potesse minare la disciplina dell'Impero<sup>13</sup>. Il modello britannico del funzionario coloniale e dell'ufficiale, consapevoli della propria missione civilizzatrice, e così rigidamente osservanti dei propri costumi da ispirare l'ammirazione e l'ironia degli altri popoli, fu costruito nelle *public schools*.

2. L'Impero unifica un'area geo-politica, o comunque un territorio vasto e complesso, costretto con le armi a diventare interdipendente e funzionale agli interessi dei dominatori. Tuttavia, paternalisticamente si proclama e si percepisce come federatore e pacificatore di popoli diversi. L'ideologia sottostante al programma imperiale romano è enunciata chiaramente nell'Eneide: Anchise profetizza al figlio che altri potranno essere superiori al futuro popolo romano nel campo artistico, nell'oratoria, nelle scienze, ma...

Verg., Aen. 6.847-853: *tu regere imperio populos, Romane, memento / (hae tibi erunt artes) pacique imponere morem, / parcere subiectis et debellare superbos.*

Questa sarà, difatti, la linea politica rivendicata dallo stesso Augusto:

*Res Gestae* 13.15-16: *Externas gentes, quibus tuta ignosci potuit, conservare quam excidere malui.*

L'Impero inteso come territorio su cui viene esercitata la "Roman rule" è fondato su uno dei concetti chiave del linguaggio politico e giuridico romano: il legittimo potere politico-militare (*imperium*) cui tutti i cittadini e, a maggior ragione, i nemici debellati, debbono soggiacere. La pace va pattuita tra le parti, ma è anche imposta dal più forte, la cui *maiestas* è

---

<sup>12</sup> Cfr. N. VANCE, *Vom Mare Nostrum zu Kiplings «The Seven Seas»*. *Weltreich und Britanniens Wahrnehmung des Empire von 1600-1914*, in R. SCHULZ (a c. di), *Aufbruch in neue Welten und neue Zeiten*, suppl. di *Historische Zeitschrift*, 34 (2003) 79 ss.

<sup>13</sup> Cfr. A. MICHEL, *Tacito e il destino dell'Impero* (1966, trad. it. Torino, 1973) 271 ss.; E. GABBA, *Syme e Tacito: qualche ricordo*, in M.A. GIUA (a c. di), *Ripensando Tacito (e Ronald Syme)*. *Storia e storiografia* (Firenze, 2007) 23 ss.

giusto riconoscere, perché Roma non vuole depredare i vinti, ma costruire con loro un ordinamento universale<sup>14</sup>. Perciò chi viola la *pax Romana* non è un nemico legittimo, ma un ribelle contro un ordine in sé giusto<sup>15</sup>.

A questo si potrebbe obiettare, come il capo della rivolta anti-romana della Caledonia: “Hanno fatto un deserto e l’hanno chiamata pace” (Tac., *Agricola*, 30). Ma ciò non sempre è vero. Per certi aspetti e in certe fasi storiche, l’Impero può davvero portare dei vantaggi ai dominati, altrimenti non si spiega come un numero ridottissimo di Inglese abbia potuto dominare l’India per oltre due secoli. Se l’Impero crollasse, se il sogno dell’integrazione politica, economica e giuridica fra popoli diversi nel contesto della *pax* imperiale fosse sconfitto, non ne deriverebbe affatto la liberazione dei Galli, bensì una catastrofe universale.

Tac., *Hist.* 4.74: *Nam pulsus, quod dii prohibeant, Romanis quid aliud quam bella omnium inter se gentium exsistent?*

Se l’imperialismo è un destino, vuol dire che il popolo imperiale è chiamato ad interpretare, indipendentemente dalla propria volontà, un ruolo eccezionale nella storia. Quasi sempre si tratta di una missione in una certa misura benefica anche per i sudditi. Pace, diffusione della vera fede, progresso, giustizia sociale, democrazia: molte sono le possibili missioni cui può venire chiamato il popolo eletto<sup>16</sup>. Il successo militare non è solo una dimostrazione di forza, ma è utile in ultima analisi anche ai sudditi, che da soli non sarebbero in grado di elevarsi all’altezza dei propri padroni. Lo stesso potrebbe dirsi – e fu detto – degli Indiani sottoposti al *Raj* britannico e dei sudditi coloniali in genere. Come spiega nel 1899 Rudyard Kipling, il cantore dell’imperialismo inglese, nella celebre poesia “*The White Man’s Burden*”, i popoli colonizzatori (in questo caso gli Stati Uniti alla conquista delle Filippine) recano sulle spalle un pesante fardello: portare ai sudditi il progresso, anche contro la loro

<sup>14</sup>F. SCHULZ, *I principii del diritto romano* (trad. it. di V. Arangio-Ruiz, Firenze, 1946) 103 definisce la missione imperiale espressa da Virgilio “imperialismo giuridico”. Cfr. in generale I. LANA, *L’idea della pace nell’antichità* (Firenze, 1991).

<sup>15</sup> Cfr. F. SINI, *Ut iustum conciperetur bellum. Guerra “giusta” e sistema giuridico-religioso romano* (Milano, 2003) 31 ss., in A. CALORE (a c. di), *«Guerra giusta»? La metamorfosi di un concetto unico* (Milano, 2003) 70 ss.

<sup>16</sup> Cfr. E.J. HOBSBAWM, *Imperialismi* (Milano, 2007).

volontà. Ribellarsi a dominatori giusti e clementi come i Romani (o gli Inglesi, o gli Americani) è, come per Virgilio, un atto di superbia e una dimostrazione ulteriore di barbarie.

L'eccezionalismo è una fede nella propria superiorità, che esenta i dominatori dall'osservanza dalle comuni regole morali o giuridiche, se queste possono intralciare il loro destino. Essa legittima la conquista, la repressione e lo sfruttamento, assolvendo soldati, coloni, amministratori pubblici, consumatori di merci coloniali dalla sgradevole sensazione di essere dei briganti o dei complici. Sottomettersi al popolo eccezionale che offre i benefici della pace e del benessere è – come assicurano tutti gli apologeti di qualunque impero - necessario e gradito<sup>17</sup>, soprattutto per chi è chiamato dalla potenza dominante a condividere, sia pure in posizione subalterna, la vocazione al dominio: i Greci nel caso di Roma, gli Scozzesi rispetto all'Inghilterra, gli Italiani per la Germania nazista.

L'indispensabile strumento ideologico della politica imperialistica è la convinzione che un popolo abbia non solo l'interesse, ma anche il diritto morale di esercitare il proprio dominio su una vasta area geo-politica e potenzialmente sul mondo intero. Questo diritto deriverebbe da un "destino manifesto", per usare un'espressione molto diffusa in America nell'Ottocento<sup>18</sup> e ancora oggi popolare. Si tratta di un'irresistibile vocazione alla conquista, legittimata dalla volontà divina, dalla superiorità razziale o culturale, o semplicemente da evidenti interessi politici, strategici o economici. Nella politica imperialistica italiana, da Crispi a Mussolini, tutte queste tematiche sono ben presenti e fondate culturalmente sul mito di Roma<sup>19</sup>.

Per quanto riguarda gli Stati Uniti, la teoria del destino manifesto ha radici nella teologia calvinista. In un celebre sermone che prendeva le mosse dal Vangelo di Luca, John Winthrop, colonizzatore del Massachussets, esortava i conquistatori puritani in rotta per il New England a sentirsi come in una "città sopra una collina", esposta agli sguardi ammira-

---

<sup>17</sup> Cfr. P.A. BRUNT, *Laus imperii*, in P.D.A GARNSEY, C.R. WHITTAKER (a c. di), *Imperialism in the Ancient World* (Cambridge, 1978) 185 ss.

<sup>18</sup> L'espressione risale a J.L. O' SULLIVAN, *The Great Nation of Futurity*, in *The United States Democratic Review*, 23 (1839) 426 ss. Gli Stati Uniti sono la nazione del progresso e della libertà, non appesantita da un passato di ingiustizie, come i popoli europei. La loro missione è quella di promuovere questi valori nel mondo. Cfr. A.K. WEINBERG, *Manifest Destiny: A Study of Nationalist Expansionism in American History* (Baltimore, 1935). I democratici di Jackson utilizzarono questo slogan per legittimare la conquista dell'Oregon e l'annessione del Texas.

<sup>19</sup> Cfr. CAGNETTA, *Il mito di Augusto e la rivoluzione fascista*, in *Quaderni di storia*, 3 (1976), 139 ss.; L. CANFORA, *Ideologie del classicismo* (Torino, 1980) 76 ss.

ti, ma anche potenzialmente critici, di chi sta in basso<sup>20</sup>. Le differenze fra gli uomini, e in particolare fra ricchi e poveri e fra chi è destinato da Dio a governare e chi è tenuto a obbedire, sono legittime. Il popolo eletto è il modello di civiltà e moralità, cui i sudditi si ispireranno sempre con reverente timore, ma a condizione che gli stessi dominatori si mantengano coerenti con i propri modelli culturali.

3. La prima estesa analisi sulle dinamiche che avevano determinato il successo della politica espansionistica romana fu proposta da Polibio da Megalopoli. Egli intendeva spiegare i motivi per cui Roma era riuscita a debellare popoli più civili, ricchi e persino militarmente più capaci: “Come e con quale tipo di organizzazione politica quasi tutto il mondo abitato in meno di cinquantatré anni è finito sotto l’unico potere dei Romani?” (1.1.5). Facendo propria la proposta politica e culturale del circolo degli Scipioni, suggeriva alle classi dirigenti greche di accettare l’egemonia romana come un fatto inevitabile e non privo di vantaggi. La storia del Mediterraneo (vista come una successione di imperi marittimi e terrestri) aveva decretato il successo del più forte impero che si fosse mai visto. Esso nasceva non solo dalla ‘*philarchia*’, cioè da una generica aspirazione al dominio, da parte del popolo romano, ma c’erano in gioco anche dei potenti interessi economici. Difficile è credere nella tesi sostenuta da Mommsen e da molti altri che l’imperialismo romano sia stato un fenomeno difensivo e involontario<sup>21</sup>, almeno agli inizi<sup>22</sup>. Nessuno – dice Polibio (3.4.11) - combatte una guerra solo per l’onore, ma sostanzialmente per ricavarne un utile: depredare tesori, conquistare suolo agricolo, acquisire risorse minerarie, schiavi e, soprattutto, per imporre contribuzioni fiscali. Imposte e tasse, conferma Cicerone nelle *Verrine* (II, 3.12), sono una sorta di premio per i vincitori e una pena per gli sconfitti. Le nuove province romane sono una sorta di aziende agricole, da cui ricavare il massimo reddito possibile<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> J. WINTROP, *A Model of Christian Charity* (1630), in *Collections of the Massachusetts Historical Society*, 7 (3rd series, 1838) 31-48; cfr. N. MERKER, *Europa oltre i mari. Il mito della missione di civiltà* (Roma, 2006) 129 ss.

<sup>21</sup> Sulla questione cfr. G. GIANNELLI, S. MAZZARINO, *Trattato di storia romana*, II ed., vol. I (Roma, 1970) 254 ss.

<sup>22</sup> Sulla questione, cfr. D. MUSTI, *Polibio e l'imperialismo romano* (Napoli, 1978) 16 s, ad esempio, E. BADIEN, *Roman Imperialism in the Late Republic* (Ithaca, 1968).

<sup>23</sup> In teoria, tutto il territorio, ogni bene economico e persino le stesse persone dei vinti diventavano proprietà collettiva dei conquistatori, che avrebbero disporne a loro piacimento. Da questo derivava l’impossibilità che esistesse una proprietà privata nelle province. Fuori del territorio italico si poteva solo godere di un specie di possesso (*possessio vel ususfructus*), soggetto a imposizione fiscale. Era un’idea che i Romani avevano ricavato

Il progetto scipionico puntava chiaramente al controllo dei mercati internazionali e delle rotte commerciali, più che al bottino e alla conquista di suolo agricolo, a differenza delle aspirazioni espaniositiche dei ceti medi rurali, che si esprimevano nel conservatorismo di Catone il Censore. Come la politica imperialistica cartaginese, era volta a controllare il Mediterraneo con una rete di presidi militari collocata nei maggiori scali commerciali, per poi eventualmente muovere alla conquista del retroterra. La base sociale di tale politica era l'alleanza tra una parte della nobiltà senatoria e il ceto emergente dei grandi mercanti, appaltatori di imposte e finanzieri, che costituirono la nuova classe degli *equites*. La Roma degli Scipioni non si accontentava della *dynasteia*, cioè il dominio su un vasto territorio, ma aspirava, secondo Polibio, al controllo globale (*epibolè ton holon*) del Mediterraneo. Il successo dell'imperialismo romano era essenzialmente dovuto alla sua costituzione mista, e quindi al compromesso politico-sociale delle Leggi *Licinia Sextiae* (367 a.C.). Roma era stata capace di integrare tutte le classi attraverso un sapiente equilibrio dei principi monarchici, aristocratici e democratici, scaricando la potenziale conflittualità sociale verso l'esterno.

Quello che Polibio non coglieva era che la conquista del Mediterraneo, sostanzialmente completata alla metà del II secolo a.C., portava con sé una profonda ristrutturazione della società romana: la decadenza del ceto medio agricolo, la creazione del latifondo e il trionfo del sistema schiavistico, l'emergere di una nuova classe imprenditoriale, in competizione con l'aristocrazia senatoria. La costituzione mista, così acriticamente lodata da Polibio, stava in realtà per entrare in crisi. Le strutture della città-Stato avrebbero presto cominciato a cedere sotto il peso del successo. Il dominio del Mediterraneo non poteva essere esercitato che tramite un esercito di mestiere, una burocrazia professionale e una forma di governo autoritaria. In altri termini, la politica imperialista avrebbe richiesto la creazione di un Impero in forma monarchica.

Dovendo controllare una classe militare ampia e potente, l'Impero richiede la concentrazione di potere tipica dell'esercito stesso. Il suo leader, dal punto di vista sia pratico che ideologico, è in primo luogo il capo di un esercito, che deve costantemente tenersi pronto ad intervenire per sedare rivolte, respingere attacchi esterni e impedire lo sfaldamen-

---

dalla conquista della Sicilia e dal contatto con l'Egitto. Cfr. G. COLIN, *Rome et la Grèce de 200 à 146 avant Jésus-Christ* (Paris, 1905) 89 ss.

to interno di un territorio molto vasto. Il suo principale parametro di legittimazione non può che essere la vittoria. Perciò l'Impero tende ad essere un ordinamento monarchico, benché si possa parlare di un "Impero Ateniese", di un "Impero Americano", o un "Impero Sovietico", cioè di casi in cui la potenza imperiale ha una forma di Stato repubblicana. L'imperialismo romano avrà, appunto, una forma repubblicana (si parlerà, quindi, di *imperium populi Romani*, non di una persona), ma si trasformerà in una monarchia di fatto, per sfociare infine in un dispotismo teocratico.

4. Il nuovo regime nacque e si sviluppò al riparo dell'ambigua ideologia del Principato, i cui concetti fondamentali erano stati sostanzialmente elaborati da Cicerone. C'era un solo modo per salvare l'ordinamento aristocratico minacciato dalle guerre civili e dal mai del tutto debellato movimento dei *populares*: metterlo sotto la tutela di un leader (*princeps civitatis*), che fungesse da capo di Stato informale (*rei publicae rector*), sovrapponendosi alle istituzioni legali. Egli avrebbe mediato fra le varie componenti della società romano-italica e imposto un nuovo ordine, anche con la forza, ma potendo sempre contare sulla legittimazione del Senato. Affidarsi a questo 'monarca repubblicano' era certo un rischio per gli interessi degli *optimates*, ma sottoporsi alla sua *auctoritas* era un male necessario<sup>24</sup>.

Ufficialmente non ci fu alcuna istituzione denominata '*principatus*' e Ottaviano fu – quando decise di esserlo – inizialmente solo uno dei due consoli, se non addirittura un privato cittadino molto amato e autorevole. Ma la sua *auctoritas* era del tutto speciale, in quanto, mediante un complesso di provvedimenti pubblici e di dichiarazioni politiche, venne riconosciuta come il principio ordinatore della comunità romana<sup>25</sup>. Se visto dalle province, il

<sup>24</sup> Cfr. in generale A. MAGDELAIN, *Auctoritas principis* (Paris, 1947). L'autorevolezza deriva da caratteristiche personali connesse al rango e ai meriti, come la *nobilitas*, la gloria militare, la notorietà, la *pecunia*. In un'altra accezione, il termine si riferisce alla supremazia che un soggetto esercita nei confronti di un altro (*auctus*), posto sotto la sua protezione. L'*auctor* è in grado di garantire che gli atti del suo protetto (lo straniero, il cliente, il pupillo) siano conformi all'ordine tradizionale. Questo potere di convalida morale e talora giuridico si manifesta in vari settori: ad esempio, nei rapporti privati, nel diritto augurale (come 'carisma' legittimante) e nell'attività politica. Il Senato, custode dei valori e degli interessi sociali sottostanti all'ordinamento, esercita un'*auctoritas* di questo tipo nei confronti del popolo, controbilanciando il principio della *libertas*.

<sup>25</sup> Cfr. G. GILIBERTI, *La memoria del principe. Studi sulla legittimazione del potere nell'età giulio-claudia* (Torino, 2003) 1 ss. All'indomani della battaglia di Azio, il lessico ciceroniano (con concetti suggestivi come il *princeps civitatis*, la *concordia ordinum*, e appunto l'*auctoritas*) servi ad impostare una strategia di legittimazione del nuovo regime. Ottaviano governava per forza propria, grazie alla clientela militare dei Giulii e al consenso della plebe romana, di gran parte dei cavalieri, di un settore della *nobilitas* e dei ceti medi municipali e provinciali dell'Occidente.

nuovo regime era chiaramente individuabile come una monarchia simile a quella della tradizione macedone, nella quale l'assemblea aristocratica dei pari (*etairoi*) legittimava il *basileus* e cogestiva il potere. Il re era al tempo stesso il capo della famiglia più ricca e potente e il comandante a vita dell'esercito. Nel 29 a.C., il Senato riconobbe ad Ottaviano il titolo di *imperator*, utilizzato nel nuovo significato di capo militare vitalizio: un 'generalissimo' legittimato a controllare sia l'Italia che le province<sup>26</sup>. Il 3 gennaio del 27 a.C., Ottaviano annunciò che restituiva il governo della Repubblica ai suoi legittimi titolari: il popolo e il Senato<sup>27</sup>. Con questo, paradossalmente, dava vita ad una monarchia assoluta basata sul carisma imperiale istituzionalizzato<sup>28</sup>.

L'Impero, come abbiamo detto, non è necessariamente una monarchia teocratica o dispotica. L'Inghilterra della Regina Vittoria era, ad esempio, una monarchia costituzionale, nella quale sovrano effettivo era il Parlamento. Il potere del Principe romano era, invece, assoluto, perché non esisteva un efficace meccanismo legale per contraddire la sua volontà, o per deporlo. Il Principe era "*legibus solutus*, nel senso che ha la prerogativa di non essere sottoposto all'osservanza della legge quando siano in gioco i supremi interessi dello Stato.". Come si vede anche nelle *Res Gestae*, il mantenimento dell'esercito, la politica assistenziale, le opere pubbliche erano presentate come espressioni della *providentia* di Augusto, come se il patrimonio dell'Impero coincidesse con i beni personali. Non c'era un preciso confine tra l'Erario del popolo romano e il *Fiscus Caesaris*, tra il patrimonio pubblico e quello del prin-

---

La sua *dominatio* mancava, però, di legittimazione giuridica. I poteri connessi di triumviro erano scaduti alla fine del 32. Restava solo la legittimazione politica e religiosa conferitagli dalla *coniuratio* con la quale si era fatto riconoscere come capo della guerra contro Cleopatra e Antonio.

<sup>26</sup> Sulle funzioni e i poteri dell'Imperatore romano, cfr. in generale F. MILLAR, *The Emperor in the Roman World* (II ed., London 1977).

<sup>27</sup> L'*imperium proconsulare*, conferito dal Senato nel 23 a.C. e confermato con una *lex de imperio* dai comizi centuriati, gli dava il comando vitalizio dell'esercito e dell'amministrazione. Commenta R. SYME, *La rivoluzione romana*, cit., 338: "I due pilastri del suo dominio, *imperium proconsolare* e poteri tribuniti, rappresentavano gli elementi della rivoluzione: l'esercito e il popolo; su di essi poggiava il demagogo militare e monarchico". Il principe stesso poteva essere *auctor* di plebisciti, leggi e senatoconsulti, proponendone il testo o ispirandone la presentazione.

<sup>28</sup> Commenta C.H. Mc ILWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno* (1940, trad. it. Venezia, 1956): "Dove se non nella Roma dei più antichi tempi si può trovare una finzione politica paragonabile al principato, una «monarchia assoluta truccata nelle guise di una repubblica», come la chiamava Gibbon? Dove se non nell'Inghilterra dei tempi moderni possiamo trovare uno sviluppo costituzionale così peculiare, in cui il sovrano titolare è un re, il sovrano legale un'assemblea e l'estremo potere politico un popolo? Il principato e la moderna 'monarchia limitata' sono finzioni, e sono il risultato di un abito, intrattenuto per lungo tempo, a pensare in termini di finzioni giuridiche. L'altra grande finzione politica dello stesso tipo che viene in mente è il Sacro Romano Impero, che, come diceva Voltaire, non è né sacro né romano né impero".

cipe, tra i funzionari statali e i dipendenti della *domus* del Principe. Da un certo punto di vista, osservava Seneca, se Cesare può tutto, allora possiede anche tutto. In particolare, suoi erano l'Egitto e le province imperiali, territori con i quali aveva un rapporto di controllo politico - patrimoniale, simile a quello esercitato dal popolo sulle province senatorie<sup>29</sup>.

Il concetto moderno di assolutismo è caratterizzato dalla concentrazione di titolarità ed effettivo esercizio del potere politico nelle mani del re, il cui *gubernaculum* può essere limitato dalla religione, o dai costumi, ma non controllato dai sudditi. Questo non necessariamente implica che il suo potere sia letteralmente arbitrario, che lo Stato sia nel suo patrimonio personale, o che i sudditi siano dei servi.

Il potere del Principe non era arbitrario, ma legale - nel senso che veniva legittimato da organi pubblici – e non era originario, poiché il titolare dell'ordinamento rimaneva teoricamente il popolo. Di fatto, l'importanza decisiva dell'esercito e le ambizioni smisurate delle classi dirigenti richiedevano che al vertice dell'Impero ci fosse una figura non solo monarchica, ma anche dotata di un carisma religioso<sup>30</sup>. La *fortuna* dell'Imperatore e il fatto stesso che fosse al potere dimostravano il favore divino. Viceversa, un insuccesso militare, ma anche una crisi economica o un disastro naturale, potevano essere interpretati come un segno tangibile per esprimersi nel linguaggio politico della Cina degli Han – del “ritiro del mandato celeste”, cioè del fatto che la divinità non appoggia più il suo eletto campione, ma si prepara a puntare su un altro sovrano o un'altra dinastia.

L'imperatore non era un monarca qualsiasi, ma – secondo la formula persiana -il “re dei re”. La nozione di imperi concorrenti (come l'Austria-Ungheria, che visibilmente accettava di essere una potenza locale e non globale) è moderna. In antico, l'imperatore (persiano, macedone, romano, romano-germanico...) si considerava, almeno di diritto, il “*dominus mundi*”. L'Imperatore romano, come i suoi veri o pretesi successori – quello bizantino, quello romano-germanico e quello russo della “terza Roma” – era il sovrano universale, lo strumento terreno di un programma di salvezza globale, di solito definita in termini di teologia politica<sup>31</sup>. Non si limitava a promuovere la pace e la prosperità a vantaggio del popolo dominante e, in certi limiti, anche di quelli sottoposti, ma proclamava di avere una missione

<sup>29</sup> Cfr. G. GILIBERTI, *Studi sulla massima “Caesar omnia habet”* (Seneca, *De beneficiis* 7.6.3) (Torino, 1996) 153 ss.

<sup>30</sup> Sulla mistica imperiale, cfr. S.G. MACCORMACK, *Arte e cerimoniale nell'antichità* (1981, tr. it. Torino, 1995).

<sup>31</sup> Cfr. G. OSTROGORSKY, *Storia dell'Impero bizantino (641-1204)*, (1940, tr. it. Torino, 1993), 25 s.

addirittura universale. Come dice Dante nel *Convivio*, l'*imperium* è il potere per antonomasia, “perché esso è di tutti li altri comandamenti comandamento” (IV 4,7). Perciò il potere imperiale, benefico e provvidenziale, è la radice di ogni potestà politica. L'imperatore costantiniano (ma, dopo la “*translatio Imperii*”, anche quello romano-germanico), si considerava il capo politico della Cristianità. Per secoli, inoltre, rimase aperta la questione se l'Imperatore derivasse il suo potere dal Papa, vero sovrano universale, come pretendeva il *Dictatus* di Gregorio VII (1075); o che fosse autonomo, come sostennero intellettuali filo-imperiali come Guglielmo di Ockham nelle *Octo quaestiones de potestate papae* (1339), ma anche guelfi, come Dante Alighieri nel *De Monarchia* (1312-13); o addirittura fosse il capo della Chiesa, come nella tradizione ortodossa.

L'Imperatore ha sì una missione universale, ma deve agire nell'interesse del suo popolo e *soprattutto* delle élites politiche, religiose, militari ed economiche che lo sostengono. In sostanza, come per ogni forma di potere legittimo, è l'espressione di un patto sociale. Questo può implicare la condivisione del potere teoricamente assoluto con altri soggetti, a lui subalterni (come l'aristocrazia feudale), oppure pari in linea di principio (il Senato romano), o persino superiori (il Papa, in alcune fasi dell'Impero Romano Germanico). Talora, come nel caso degli imperatori romani o dei califfi ottomani, si ritiene che il capo dello Stato sia un mandatario del popolo, che teoricamente è il vero sovrano. Comunque, per essere considerato un vero monarca, e non un tiranno, si deve presumere che l'Imperatore goda del consenso universale, e in primo luogo degli appartenenti alla nazione dominante, se non di tutti i sudditi. Soprattutto, deve poter contare sui militari di professione. Due terzi degli imperatori romani sono morti assassinati, e un fenomeno del genere si può riscontrare anche nell'Impero Bizantino e in quello Ottomano. In altri termini, l'Impero è un'istituzione solida e durevole, ma la vita del singolo imperatore rimane precaria, se non si riesce a consolidare una propria dinastia. Se manca una monarchia ereditaria, come nell'Impero Romano o in quello Ottomano, ciò non è dovuto non tanto al peso di residue ideologie antimonarchiche (anzi, si ritiene normale e lodevole che l'Imperatore indichi come proprio successore il figlio), quanto alla costante intromissione di forze sociali organizzate (in primo luogo le truppe) nella successione al trono<sup>32</sup>.

---

<sup>32</sup> Cfr. P. VEYNE, *L'Impero Greco Romano. Le radici del mondo globale* (2005, tr. it. Milano, 2007) 16 ss.

5. Pur considerandosi padroni del mondo, i Romani – come anche i Cinesi - non immaginarono mai di espandere illimitatamente l’Impero. Benché la profezia virgiliana assegnasse loro un impero senza limiti di spazio e di tempo<sup>33</sup>, finirono per accontentarsi di dominare il mondo ‘utile’, lasciando volentieri ai barbari quello che non era necessario conquistare e riconoscendo gi ordinamenti sovrani che non soggiacevano al proprio dominio. L’Impero, fino al III secolo d.C. - come d’altra parte le monarchie ellenistiche, tranne l’Egitto - fu un ordinamento pluralistico, non uno Stato territoriale. La sua sovranità si estendeva su un complesso di territori disomogenei, alcuni dei quali costituiti come ordinamenti relativamente autonomi<sup>34</sup>. Era composto dall’Italia, le province senatorie e quelle imperiali, le città federate, i regni alleati, le *gentes* e tutte le realtà collocate entro la sfera di massima estensione del dominio politico-militare romano (*limes*). A Roma il diritto internazionale privato e i rapporti propriamente internazionali di diritto pubblico erano sottoposti agli stessi principi del *ius gentium* e del diritto dei Feziali<sup>35</sup>. Nell’ambito dell’Impero vigeva generalmente il principio della personalità del diritto. Il diritto romano veniva essenzialmente applicato ai dominatori, oppure utilizzato nelle liti giudiziarie che opponevano i cittadini ai veri e propri sudditi (comunque temperato da rinvii al diritto locale e dal ricorso allo *ius gentium*).

Per quanto l’esempio della Spagna portato da Syme fosse significativo, i Romani usarono, oltre al colonialismo, varie altre forme di imperialismo. In alcuni casi ritennero la provincia una vera e propria tenuta agricola da sfruttare, come l’Egitto. In altri, preferirono il controllo indiretto dei territori, lasciati formalmente indipendenti. Al di là delle province - quadri amministrativi estranei al territorio propriamente “metropolitano”, ma comunque interni al confine - l’Impero comprendeva anche altri ordinamenti, formalmente indipendenti o dotati di vario grado di autonomia, ma comunque soggetti alla supremazia (“*maie-*

<sup>33</sup> Cfr. C. NICOLET, *L’inventario del mondo. Geografia e politica alle origini dell’impero romano* (trad. it. Roma-Bari, 1988) 19 s.

<sup>34</sup> Cfr. T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Cittadini e sudditi tra il II e il III secolo*, in A. SCHIAVONE (dir.), *Storia di Roma*, 3, *L’età tardo antica*, 1, *Crisi e trasformazioni* (Torino 1993) 5 ss.

<sup>35</sup> Sul collegio dei Feziali, cfr. in generale G. TURELLI, «Audi Iuppiter». *Il collegio dei feziali nell’esperienza giuridica romana* (Milano, 2011).

stas?) dello Stato dominanti. Si poteva persino dubitare che entrare nel territorio dei sudditi – teoricamente amici o federati - significasse uscire davvero da Roma<sup>36</sup>.

Tutti erano sudditi dell'Imperatore, che è il capo di una serie di ordinamenti politici esterni al territorio metropolitano, governati da vicerè (come l'India sotto il *Raj* britannico) oppure da monarchi obbligati ad un rapporto di vassallaggio<sup>37</sup>. Ugualmente gli erano sottoposte delle repubbliche, oppure degli ordinamenti tribali. La forma giuridica della loro associazione all'Impero poteva essere varia: un'alleanza militare (che però esplicitamente riconosceva la supremazia dello Stato dominante), l'unione personale (per cui l'Imperatore era anche re del territorio subalterno), una speciale relazione di amicizia (che comportava varie forme di ingerenza della potenza dominante negli affari interni del paese). In teoria si trattava di forme di associazione fra Stati indipendenti, che rientravano nell'ambito del diritto internazionale<sup>38</sup>. Ad Augusto era sottoposta in primo luogo la stessa Roma, che formalmente era una repubblica con le sue province; poi una vasta serie di ordinamenti semi-autonomi, sia monarchici che democratici o aristocratici. Poi, ancora al di là della stessa cerchia di “*socii et amici populi Roman?*”, per usare un'espressione tecnica del diritto dei Feziali, c'erano i territori sui quali l'Impero vantava degli “speciali interessi” e sui quali esercitava la sua politica di potenza.

Il confine esterno dell'Impero, il *limes*, non coincideva, quindi, con quello tradizionale della Repubblica, ma era molto più ampio. Non era un confine nel senso moderno del termine, cioè una linea ideale priva di spessore che marca il territorio sul quale si esercita la sovranità politica, bensì il raggio entro il quale le legioni erano capaci di operare con effica-

---

<sup>36</sup> Quindi, al prigioniero che rientra a Roma dal territorio dei popoli liberi, dei federati e delle monarchie vassalle non si applica l'istituto del recupero dei diritti (*postliminium*). Cfr. A. MAFFI, *Ricerche sul postliminium*, (Milano, 1992) 21 ss.

<sup>37</sup> Cfr. F. FABBRINI, *L'Impero di Augusto come ordinamento sovranazionale*, (Milano, 1974) 340 ss. Una classica definizione dei rapporti gerarchici fra l'*Imperium* e i *regna* – intesi come poteri sussidiari e locali - è delineata da Tommaso d'Aquino nella *Summa Theologiae* (II *Secundae*, *De Pace et Bello*) e nel capitolo XX del *De Regimine Principum ad Regem Cypri* (1272). Cfr. M. PANEBIANCO, *Impero e Stati: universalismo e internazionalismo*, in *Diritto@Storia*, 8 (2009), file:///C:/Documents%20and%20Settings/Giuseppe/Desktop/Panebianco-Impero-Stati.htm.

<sup>38</sup> Cfr. C. PHILLIPSON, *The International Law and Customs of Ancient Greece and Rome* (London, 1911); M. ROSTOVSEFF, *International Relations in the Ancient World*, in E. WALSH (ed.), *The History and Nature of International Relations* (New York, 1922); P. CATALANO, *Linee del sistema sovranazionale romano* (Torino, 1965) 30 ss.; ID., *Aspetti spaziali del sistema giuridico-religioso romano. Mundus, templum, urbs, ager, Latium, Italia*, in *ANRW.*, II.16.1, (Berlin-New York, 1978) 445 s.; A. MASI, s.v. *Diritto internazionale nel mondo romano*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, 5 (1990) 252 ss.

cia, imponendo l'egemonia (*maiestas*) di Roma<sup>39</sup>. Esso era concepito come una fascia di territorio di estensione variabile e d'incerta attribuzione, al di là della quale abitavano i barbari. In altri termini, la Roma giulio-claudia non era uno Stato territoriale, nel quale esistesse una rigida distinzione fra i territori interni e quelli esterni al confine.

Il passaggio tra questa concezione dell'Impero (pluralistica e centrata sull'Italia) e quella territoriale e cosmopolitica tipica del Dominato si può collocare fra Antonino Pio e Caracalla, come testimoniano sul piano ideologico l'*Encomio a Roma* di Elio Aristide, e su quello giuridico la *Constitutio Antoniniana* del 212. Ormai Roma era la capitale di un Impero universale, essendo riuscita ad unificare tutte le élites del mondo civile, indipendentemente dalla propria origine etnica<sup>40</sup>. Al di fuori del territorio romano propriamente detto, le relazioni con gli altri popoli, e anche con altri imperi, erano regolate da un diritto delle genti che potremmo considerare l'antenato del moderno diritto internazionale. Spesso sono stati proprio gli imperi a creare (o distruggere) il diritto internazionale.

Secondo una diffusa convinzione, lo Stato sovrano, teorizzato da Jean Bodin, sarebbe nato in Europa nella prima modernità. Perciò, secondo una tesi che risale almeno all'*Histoire du droit des gens* di F. Laurent (1850-70), prima del 1648 non esisterebbe una comunità di Stati sovrani, intenzionati a dare un ordine razionale e relativamente pacifico alle reciproche relazioni, mantenendo una 'balance of power'. Mancherebbero letteralmente i presupposti del diritto internazionale<sup>41</sup>. Eppure, delle comunità politiche indipendenti esistevano ben prima, nel Mediterraneo e nel Vicino Oriente antico, per non parlare dell'India o della Cina. Non c'è dubbio che l'esistenza di regole religiose, politiche e giuridiche sottostanti ai rapporti fra sistemi di comunità politiche si possa documentare dal III millennio a.C. Si pensi alle relazioni internazionali delle città-Stato sumere, dell'Egitto, degli Ittiti, di Babilonia, dell'Impero Assiro, di Israele; e poi della Grecia, di Cartagine, degli Stati ellenistici, di Roma; e infine dell'Umma islamica, sia araba che ottomana. In diverse aree geografiche e momenti storici gli Stati – è inutile restringere tale terminologia solo agli Stati territoriali moderni - risultavano inseriti in un sistema di relazioni formali, basate su consuetu-

<sup>39</sup> Cfr. E. LUTWAK, *La grande strategia dell'Impero Romano* (1976, trad. it. Milano, 1981).

<sup>40</sup> Cfr. M. MAZZA, *Il principe e il potere*, in *Le maschere del potere. Cultura e politica nella tarda antichità* (Napoli, 1986) 35 ss.

<sup>41</sup> Cfr. E. BESTA, *Il diritto internazionale nel mondo antico*, in *Comunicazioni e Studi dell'Istituto di diritto internazionale e straniero dell'Università di Milano*, II (Milano, 1946) 9 ss.

dini e trattati, che si riteneva comportassero reciproci diritti e doveri. Si scambiavano ambasciate, assicuravano protezione a diplomatici, esuli e uomini d'affari stranieri, dichiaravano guerre e concludevano tregue e paci, accettavano arbitrati, riconoscevano la validità legale dei negozi privati<sup>42</sup>.

Per chiunque voglia ricostruire una storia del diritto internazionale, i riferimenti obbligati sono il 'diritto delle genti' della prima modernità e, alle sue spalle, l'*ius gentium* romano e l'arcaico *ius fetiale*<sup>43</sup>. Ma una genealogia di questo tipo richiede che preventivamente si respinga l'idea della "novità" del diritto internazionale, cioè che esso nasca con la Pace di Westfalia<sup>44</sup>. L'idea del conflitto permanente, teorizzata da Platone (*Leggi*, 7) e ribadita da tragediografi e filosofi, non era del tutto vera, dal momento che relazioni giuridiche interstatuali legavano le *poleis* tra loro e con potenze esterne alla *koine* greca. In ogni caso, non si applicava al mondo romano, che anzi mutuò dagli Etruschi la credenza in un ordinamento universale relativamente stabile, basato sulla *fides* e posto sotto l'egida di Giove<sup>45</sup>.

Il diritto internazionale antico richiedeva, in ogni caso, l'esistenza di un ordine internazionale, di fatto non universale, ma circoscritto ad una particolare area geo-politica, cui fossero interessate le principali potenze. Dal III secolo a.C., dopo la guerra contro Pirro, Roma entrò a far parte di una più ampia comunità internazionale, composta dalle potenze del Mediterraneo. Certo, questa situazione di precaria coesistenza e stabilità permetteva solo l'esistenza di un diritto 'primitivo'... più o meno simile al diritto internazionale moderno. Le guerre che qualunque impero intraprende sono – al tempo dei Romani, come al giorno d'oggi – "giuste" per definizione<sup>46</sup>. Ma gli stranieri non erano nemici e privi di tutela, né le altre comunità politiche erano necessariamente nemiche, anche qualora non fossero alleate o amiche. La stessa ritualità giuridico-religiosa necessaria perché "*pie bellum indici posse*" (Liv.,

---

<sup>42</sup> Cfr. D.J. BEDERMAN, *International Law in Antiquity* (New York, 2001) 88 ss.

<sup>43</sup> Cfr. U. VINCENTI, op. cit. 42 ss.

<sup>44</sup> Cfr. R. AGO, *The First International Communities in the Mediterranean World*, in *The British Yearbook of International Law* 53 (1982) 213 ss. Si veda inoltre J. RALSTON, *International Arbitration from Athens to Locarno* (1929, rist. Clark, New Jersey, 2004); B. PARADISI, *Storia del diritto internazionale nel Medioevo. L'età di transizione* (Napoli, 1950); D.J. BEDERMAN, *International Law in Antiquity* (Cambridge-New York, 2001).

<sup>45</sup> P. CATALANO, *Linee del sistema sovranazionale romano*, I (Torino, 1965) 35 ss.

<sup>46</sup> Sulla concezione romana della pace e della guerra, cfr. F. SINI, *Bellum nefandum. Virgilio e il problema del "diritto internazionale antico"*, [Pubblicazioni del Seminario di Diritto Romano dell'Università di Sassari, 7] Sassari 1991; ID., *Ut iustum conciperetur bellum: guerra "giusta" e sistema giuridico-religioso romano*, in *Diritto@Storia*, 2(2003), [http://dirittoestoria.it/tradizione2/Sini-Iustum-bellum.htm#\\_ftn2](http://dirittoestoria.it/tradizione2/Sini-Iustum-bellum.htm#_ftn2)

1.22.5) e la distinzione fra ‘nemico legittimo’ (*hostis*) e bandito dimostrano che un’idea di una comunità internazionale, rispetto alla quale la guerra ‘*sine causa*’ era sia *nefas*<sup>47</sup> che contraria alle *leges humanae*, dovesse esistere<sup>48</sup>.

6. L’Impero Cinese, quello Romano, l’Islam dei primi califfi, il Califfato Ottomano, la Spagna di Carlo V, e soprattutto l’Inghilterra vittoriana furono dei tentativi più o meno riusciti di globalizzazione<sup>49</sup>. Ma tutti gli imperi hanno prima o poi termine, vittime delle proprie intrinseche debolezze, della forza soverchiante dei ‘barbari’, o di entrambe. La letteratura antica e moderna sul ‘*decline and fall*’ (per usare l’espressione resa celebre da Gibbon) degli imperi è inesauribile. Syme non credeva nell’esistenza di leggi ferree della storia, capaci di determinare la decadenza di civiltà e imperi per l’incapacità di rispondere a una contraddizione o una sfida fondamentale (come per Toynbee)<sup>50</sup>. La fine, pur considerata inevitabile, può essere rimandata per tempi estremamente lunghi, come, ad esempio, dimostra la vicenda dell’Impero Bizantino. E nella storia può capitare quasi di tutto. Ad esempio, l’Inghilterra aveva concesso troppo tardi la partecipazione e l’autonomia politica alle classi coloniali, ma cosa sarebbe successo – si chiede in un curioso esercizio di ‘fantastoria’ - se alle classi dirigenti americane fosse stato consentito di fondersi con quelle della madrepatria? Jefferson si sarebbe probabilmente pentito della sua adesione alle idee francesi. Benjamin Franklin sarebbe diventato un magnate del giornalismo e alla fine un lord. L’Impero Britannico non sarebbe affatto decaduto.

Uno dei problemi principali di un impero è quando fermarsi, accettando il fatto che prima o poi bisogna chiudersi in difesa dei territori indispensabili. Che esistano dei limiti strutturali all’espansionismo, connessi con le tecnologie (trasporti, comunicazioni, armamenti), la demografia o le risorse naturali disponibili, è sempre stato evidente. Oltre un cer-

<sup>47</sup> Si veda al riguardo Cic., *Off.* 1.11.34 ss. Cfr. in generale E. DE MARTINO, *L’idea della pace a Roma dall’età arcaica all’impero*, in *Roma Comune*, 12 (1988) 86 ss.; A. CALORE, ‘Bellum iustum’ e ordinamento fezziale, in *Diritto e Storia* 4(2005), [http://www.dirittoestoria.it/4/Tradizione-Romana/Calore-bellum-iustum-ordinamento-fezziale.htm#\\_ftn150](http://www.dirittoestoria.it/4/Tradizione-Romana/Calore-bellum-iustum-ordinamento-fezziale.htm#_ftn150).

<sup>48</sup> I popoli con cui esistono rapporti d’amicizia o alleanza non sono *hostes*: D. 49.15.5.2 (Pomp. 37 *ad Q. Mucium*). Pur essendo “*nobis externi*”, esiste un reciproco rispetto della libertà personale e della proprietà: D. 49.15.7 pr. (Proc. 8 *epist.*).

<sup>49</sup> Cfr. A.G. HOPKINS, op. cit., 11 ss.

<sup>50</sup> Per A.J. TOYNBEE, *Civiltà al paragone* (1949, trad. it. della II ed., Milano, 1999) 84 s.: “La rovina della civiltà greco-romana a causa della fallita instaurazione di una legge e di un ordinamento internazionali, in luogo di una internazionale anarchia, occupa la storia per ben quattrocento anni, dal 431 al 31 a.C.”

to limite, mantenere in piedi il gigantesco apparato militare e amministrativo consuma più risorse di quelle che si riescono a trarre dai territori conquistati, come anche la storia romana dimostra<sup>51</sup>. Il calcolo economico può, quindi, consigliare la rinuncia all'espansionismo territoriale e il ridimensionamento dell'apparato bellico. Ma questo avviene normalmente soltanto quando l'Impero serve essenzialmente a conquistare mercati e materie prime, cioè se sono i mercanti ad orientarne lo sviluppo. Infatti, non è scontato che l'immenso sforzo di costruire e mantenere un Impero comporti dei benefici materiali per l'economia del paese nel suo complesso. Tra i politici e gli intellettuali dell'età delle conquiste coloniali, fra il Cinquecento e l'Ottocento, era abbastanza diffusa la consapevolezza che l'imperialismo si può tradurre in un cattivo affare sul piano economico. Non pochi, quando l'Inghilterra vittoriana rappresentava ancora il modello imperiale di maggior successo nella storia, sostennero che in fin dei conti l'imperialismo era una perdita per la nazione e un guadagno per specifici interessi sociali ben organizzati, al punto tale da condannare paesi dotati di giganteschi imperi, come la Spagna, alla povertà.

Gli Inglesi e i Francesi – come i Romani prima di loro – pensavano pragmaticamente che le colonie fossero una fonte di guadagni, ricavati soprattutto dall'agricoltura e dal commercio<sup>52</sup>. Venendo meno le condizioni politiche e militari che rendevano utile la colonizzazione, pragmaticamente si ritirarono dai propri imperi in rivolta e si convinsero della necessità di liquidarli, ripiegando su forme nuove di egemonia<sup>53</sup>. Invece, nessuno dei sovrani spagnoli volle o poté mai ritirarsi volontariamente dalle Americhe, perché essi concepivano l'imperialismo in termini più politico-militari e religiosi, che economici. Nemmeno il fiume di oro che si riversò in Spagna giovò alla sua economia, ma anzi contribuì a deprimerla. Facile gioco ebbero gli Olandesi e gli Inglesi a denunciare l'imperialismo spagnolo come l'ostacolo principale allo sviluppo del commercio e alla libertà dei popoli<sup>54</sup>.

L'imperialismo moderno caratterizzò una nuova fase dello sviluppo capitalistico, legata all'egemonia del capitale finanziario e dei monopoli, che rendeva impellente la creazio-

---

<sup>51</sup> J. A. HOBSON, *L'imperialismo* (1902, tr. it. della III ed., Roma, 1996) 88 ss., 289 ss.

<sup>52</sup> Cfr. A. PAGDEN, *Signori del mondo. Ideologie dell'Impero in Spagna. Gran Bretagna e Francia. 1500-1800* (1995, trad. it. Bologna, 2005) 257 ss.

<sup>53</sup> Cfr. B. DROZ, *Storia della decolonizzazione* (2006, trad. it. Milano, 2007).

<sup>54</sup> Cfr. Cfr. H. MÜNKLER, op. cit., 105: "In questa visione spaventosa si può scorgere la prima ideologia antimperiale internazionale dell'Europa moderna. Contro di essa la propaganda spagnola non poté fare nulla".

ne di nuovi mercati. Si chiudeva un'epoca di 'proto-globalizzazione'<sup>55</sup> e di liberismo, incentrata sul ruolo egemonico dell'Inghilterra. Si apriva, invece, un periodo di 'deglobalizzazione', caratterizzato dal protezionismo, dalla rinazionalizzazione dei mercati e dello stesso grande capitale monopolistico, dalla corsa delle grandi potenze a completare la spartizione dell'Africa e del Mediterraneo. Ma in prospettiva storica, Hobson ebbe ragione nel ritenere che le colonie erano complessivamente un fatale peso per le economie europee, e in modo particolare per quella britannica. Il capitalismo sopravvisse brillantemente alla decolonizzazione, ed anche l'imperialismo si perpetuò sotto altre spoglie, segno che esso non coincideva necessariamente con il colonialismo<sup>56</sup>. Non vennero meno, quindi, le ideologie imperiali, e fra queste lo schema del 'destino manifesto' e della grande missione, con eventuali aggiornamenti: la pace universale, il trionfo della vera religione, o più prosaicamente la diffusione della rivoluzione informatica e del libero mercato nel mondo<sup>57</sup>.

Camerino, novembre 2013

---

<sup>55</sup> Cfr. A.G. HOPKINS, *The History of Globalization - and the Globalization of History?*, in A.G. HOPKINS (a c. di), *Globalization in World History*, (London, 2002) 22 ss.

<sup>56</sup> Cfr. A. GUNDER FRANK, *Capitalismo e sottosviluppo in America Latina* (1967, trad. it. Torino, 1969) 338 ss.

<sup>57</sup> Cfr. J.S. NYE, W.A. OWENS, *America's Information Edge*, in *Foreign Affairs*, 75 (1996) 20.

ROCCO FAVALE

*Profili attuali della responsabilità civile medica\**

*Sommario:* 1. Richiami introduttivi. – 2. L'adempimento professionale e la diligenza. – 3. La negligenza professionale e la legge Balduzzi. – 4. L'atteggiamento mite sul piano causale. – 5. L'onere della prova. – 6. Il consenso informato. – 7. L'orizzonte applicativo del danno da perdita di *chance*.

1. *Richiami introduttivi*

Ormai non v'è dubbio che l'area della responsabilità medica costituisce un sistema o – per alcuni un sottosistema – caratterizzato dalla primazia del formante giurisprudenziale rispetto agli altri che regolano le relazioni della vita.

Siffatta peculiarità avvicina fortemente il nostro modello di stampo legislativo ad altro, come quello anglo-americano, alimentato dal lavoro quotidiano della giurisprudenza.

Nel quadro complesso dell'ordinamento la componente della dottrina assume un ruolo fondamentale per comprendere le dinamiche normative, e guardando al nostro ordine giuridico la scienza del diritto ha il compito di costruire un sistema come ordine assiologicamente coerente aperto alle dinamiche normative e sociali.

Purtroppo va constatato – oggi più che mai – come gli attori del mondo normativo a volte ignorino i contributi che offrono gli altri, rendendo più difficile l'opera di ricostruzione del sistema giuridico.

La giurisprudenza istituzionalmente ha il dovere di non rivelare la dottrina, ovvero, con le parole del *conditor iuris*, deve omettere «ogni citazione di autori giuridici» (art. 118,

---

\* Lo scritto costituisce la relazione al Convegno su “La responsabilità degli operatori sanitari”, organizzato dall'Università di Camerino, Camerino-Osimo 9-10 maggio 2013.

comma 3, d.att. c.p.c.)<sup>1</sup>. Eppure gli arresti fondamentali in materia di responsabilità medica si fondano su opinioni dottrinali non solo domestiche, ma anche straniere, come dimostrano, fra le altre, le figure della perdita di *chance* di conio francese<sup>2</sup>, del *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*<sup>3</sup>, delle *Schutzpflichten*<sup>4</sup>, dei *Schuldverhältnisse ohne primäre Leistungspflicht*<sup>5</sup>, dei *faktische Vertragsverhältnisse*<sup>6</sup>, del *soziale Kontakt*<sup>7</sup> di sponda tedesca.

L'esempio della legge Balduzzi dimostra invece come il legislatore talvolta ignori i formanti dottrinale e giurisprudenziale<sup>8</sup>, rendendo attuale la celebre frase di von Kirchmann espressa in una conferenza del 1848: «tre parole di rettifica del legislatore, ed intere biblioteche diventano cartastraccia»<sup>9</sup>. Ciò forse non accadrà, in quanto oggi gli interpreti sono ben preparati sia ad attuare nella massima efficacia le regole legali sia a correggerle nelle ipotesi che esse possano corrompere le linee fondamentali del sistema.

Un'azione di genere diverso – avente una finalità più ampia e diretta ad integrare il sistema del formante legale oltre che codificare gli orientamenti giurisprudenziali consolidati – si è avuta di recente in Germania, che ha varato una legge organica sui diritti dei pazienti<sup>10</sup>. Questo intervento era obiettivo già da diversi anni del *conditor iuris* tedesco, addirittura

<sup>1</sup> Questa mentalità è così radicata nei giudici che a volte ci si imbatte anche in contributi scientifici che omettono di citare la dottrina, dando l'impressione in chi legge che l'articolo dissimula una vera e propria sentenza.

<sup>2</sup> Per un chiaro quadro del problema, cfr. M. FEOLA, *Il danno da perdita di chances*, Napoli, 2004.

<sup>3</sup> Ad oggi l'unica monografia sul tema in Italia è quella di G. VARANESE, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi*, Napoli, 2004.

<sup>4</sup> In generale, cfr. L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Padova, 2007.

<sup>5</sup> Fondamentale lo studio di C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, p. 191 ss. (ora in *La nuova responsabilità civile*, 3<sup>a</sup> ed., Milano, 2006, p. 443 ss.).

<sup>6</sup> Di recente è stata proposta per la letteratura italiana la traduzione della famosa prolusione di G. HAUPT tenuta a Lipsia nel 1941 (*Sui rapporti contrattuali di fatto*, ed. it. di G. Varanese, Torino, 2012), con l'interessante presentazione di G. VARANESE, *Commiato dalla teoria dei rapporti contrattuali di fatto*.

<sup>7</sup> Per una rigorosa ricostruzione che parte dal modello tedesco v. di recente A. ZACCARIA, *Der Aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts (La resistibile ascesa del «contratto sociale»)*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 77 ss.

<sup>8</sup> Sul concetto di formante riferimento d'obbligo è R. SACCO, *Formante*, *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, VIII, Torino, 1992, p. 438 ss.

<sup>9</sup> J.H. VON KIRCHMANN, *La mancanza di valore della giurisprudenza come scienza*, in J.H. VON KIRCHMANN e E. WOLF, *Il valore scientifico della giurisprudenza*, trad. it., Milano, 1964, p. 17. Per un'osservazione critica alla famosa frase cfr. C.-W. CANARIS, *Pensiero sistematico e concetto di sistema nella giurisprudenza sviluppati sul modello del diritto privato tedesco*, ed. it a cura di G. Varanese, Napoli, 2009, p. 34, nt. 63.

<sup>10</sup> È il *Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten (PartRG)* del 20 febbraio 2013, in *BGBI*, 25 febbraio 2013, I, p. 277 ss.

costituendo una sorta di codificazione sanitaria<sup>11</sup>. L'anno scorso i Ministri della giustizia e della sanità hanno preparato un progetto di legge «per un miglioramento dei diritti delle pazienti e dei pazienti» entrato in vigore il 26 febbraio 2013<sup>12</sup>. Una legge diretta a rafforzare la certezza giuridica e la trasparenza, dove pazienti e medici possano guardarsi negli occhi.

Anche se questa non è la sede per attardarsi più di tanto su questa novità legislativa, uno dei profili più importanti sta nella codificazione del contratto di trattamento medico inserito in seno al BGB quale particolare tipo di contratto di servizio (§§ 630a-630h). Il Titolo 8 della Sezione 8 del Libro II sui rapporti obbligatori assume il nuovo titolo «contratto di servizio e contratti simili». Subito dopo la disciplina del *Dienstvertrag* segue quella dedicata al *Behandlungsvertrag*, la quale contiene i diritti e gli obblighi derivanti dal contratto professionale, ciò in prosecuzione delle regole consolidate dalla giurisprudenza<sup>13</sup>. Rinunciando alla definizione del contratto di trattamento medico, il legislatore disciplina gli obblighi tipici delle parti, dove la prestazione professionale è qualificata obbligazione di mezzi, salvo che le parti stabiliscano diversamente, l'obbligo di collaborazione fra le parti, il consenso del paziente, l'obbligo di informazione dell'operatore sanitario e, infine, lo spinoso problema della distribuzione dell'onere della prova. Su quest'ultimo profilo il legislatore accoglie i principi consolidati nei decenni precedenti dalla giurisprudenza. La disposizione del § 630h BGB si caratterizza per l'uso quasi ossessivo dello strumento della presunzione, a cominciare dalla presunzione di errore professionale quando si realizza un rischio governabile dall'operatore sanitario. Per l'errore grossolano che cagiona un danno alla vita, alla salute e all'integrità fisica la disposizione presume il nesso causale fra *malpractice* e danno. Infine la prova del consenso del paziente e delle informazioni sul trattamento medico è a carico del medico.

---

<sup>11</sup> Sulle discussioni pregresse risultano utili A. LAUFS, *Patientenrechte*, in *NJW*, 2000, p. 846 ss.; C. KATZENMEIER, *Individuelle Patientenrechte – Selbstbindung oder Gesetz?* in *JR*, 2002, p. 444 ss.; H.G. BOLLWEG e K. BRAHMS, *Patientenrechte in Deutschland" – Neue Patientencharta*, in *NJW*, 2003, p. 1505 ss.

<sup>12</sup> Non va sottovalutato che nei lavori preparatori della legge si evidenzia le lacune legislative in materia di diritti dei pazienti. La responsabilità medica non è regolata dalla legge, bensì dal formante giudiziale (*Richterrecht*), rendendo più difficile ai pazienti di conoscere e di pretendere i propri diritti.

<sup>13</sup> Sulla legge tedesca, in generale C. KATZENMEIER, *Der Behandlungsvertrag – Neuer Vertragstypus im BGB*, in *NJW*, 2013, p. 817 ss.; A. SPICKHOFF, *Patientenrechte und Patientenpflichten – Die medizinische Behandlung als kodifizierter Vertragstypus*, in *VersR*, 2013, p. 267 ss.

L'apporto della dottrina sul formante legale non pare sminuito, posto al margine, ma resta fondamentale come guida alla *richterliche Findung e Fortbildung* del diritto civile<sup>14</sup> e, quindi, anche del diritto della responsabilità professionale medica<sup>15</sup>.

Trascorrendo ai profili attuali, va evidenziato che il progressivo processo di contrattualizzazione della responsabilità del medico conferisce nuova luce al problema centrale della negligenza medica o meglio della sua attività professionale integrante l'adempimento della prestazione<sup>16</sup>.

Nel primo lustro del nuovo secolo la giurisprudenza mostra un atteggiamento diretto ad accelerare il cambiamento in seno a siffatta area dell'ordinamento<sup>17</sup>. Fra i vari profili, quello dell'attività di prestazione dell'operatore sanitario ha trovato una grande attenzione degli studiosi al fine di incanalare e modulare la sua condotta verso gli interessi, meritevoli di protezione, del paziente. Interessi ora diretti alla prestazione, ora diretti invece a garantire la protezione della sfera personale e patrimoniale del soggetto creditore nonché di soggetti terzi qualificati, per il cui *Wohl und Wehe* (sorte) sia corresponsabile il diretto contraente.

---

<sup>14</sup> In proposito, istruttive le pagine di O. SANDROCK, *Über Sinn und Methode zivilistischer Rechtsvergleichung*, Frankfurt a.M.-Berlin, 1966, p. 30 ss. (ora lingua italiana: O. Sandrock, *Significato e metodo del diritto civile comparato*, trad. it. L. Aresta e a cura di R. Favale, Napoli, 2009, p. 45 ss.).

<sup>15</sup> Forse la dottrina dovrebbe adottare un trattamento reciproco, ossia omettere la citazione delle singole decisioni.

<sup>16</sup> Sulla svolta contrattuale in materia sanitaria cfr. R. DE MATTEIS, *Responsabilità e servizi sanitari*, in *Tratt. dir. comm.* Galgano, Padova, 2007, p. 123 ss.; L. KLESTA DOSI, *Assistenza sanitaria e tutela del cittadino. Modelli privatistici e orizzonte europeo*, Torino, 2008, p. 169 ss.

<sup>17</sup> Così, Cass., 19 maggio 2004, n. 9471, in *Danno resp.*, 2005, p. 32, illustra la situazione della responsabilità medica: «Da almeno un trentennio si registra, difatti, in Italia una notevole accentuazione dei giudizi di responsabilità professionale, segnatamente in campo medico, sia sotto il profilo quantitativo dei processi civili e penali, sia sotto quello qualitativo delle tecniche giuridiche attraverso le quali pervenire ad un'equa distribuzione dei rischi comunque e sempre collegati a tale attività, tendenza, questa, peraltro, comune a tutti i paesi tanto di *common law* quanto di *civil law*. Tale accentuazione segue, non a caso, alla parallela evoluzione delle strutture e della natura stessa della responsabilità civile che, disegnata, all'epoca della codificazione, secondo l'architettura delle *Generalklauseln* funzionali alla tutela dei (soli) diritti soggettivi assoluti lesi, viene via via "ripensata", da dottrina e giurisprudenza, secondo una storia (soprattutto intellettuale) sempre più raffinata, come un problema di diritto vivente, da rielaborare incessantemente modellandolo sulle esigenze delle singole epoche storiche in funzione della ricerca di criteri mediante i quali un determinato costo sociale debba venir collocato presso il danneggiato ovvero traslato in capo ad altri soggetti (in ipotesi, anche non diretti danneggiati). Il sistema della responsabilità civile diventa, così, come acutamente osservato, un'opera di ingegneria sociale, commissionata quasi interamente agli interpreti, il cui compito diviene, allora, lo studio dei criteri di traslazione del danno. Ne deriva l'individuazione di *standards* di condotta alla luce dei quali l'intera teoria della colpa, del nesso causale e dello stesso danno, sotto il profilo tanto sostanziale quanto probatorio, ne esce, in definitiva, profondamente mutata rispetto agli archetipi tradizionali, ed è in particolare la colpa, elemento soggettivo dell'illecito, a connotarsi sempre più non come insieme di fatti, ma come qualificazione giuridica di tale insieme (con le relative conseguenze in tema di sindacabilità delle pronunce di merito da parte della Cassazione sulla predetta qualificazione giuridica, intangibile essendo soltanto la ricostruzione dei fatti storici)».

Gli sforzi posti in essere da tutti gli attori del mondo giuridico al fine di edificare un sistema armonico e coerente della responsabilità medica possono subire un autentico *vulnus* ad opera di un intervento legislativo dell'anno scorso. La legge n. 189 del 2012 – che costituisce la conversione modificata di un decreto legge (il c.d. decreto Balduzzi) – interviene, in guisa a dir poco maldestra, nel sottosistema della responsabilità medica mettendo in pericolo la stabilità del corpo normativo a fatica realizzato dalla giurisprudenza.

I punti focali dell'architettura del sistema della responsabilità medica avvolgono, accanto al tema centrale della natura della responsabilità, quello dell'adempimento dell'obbligazione professionale e di riflesso l'altro dell'inadempimento, del nesso di causa nonché dei danni risarcibili, senza dimenticare il problema del consenso informato, quale obbligo parallelo, protetto a livello costituzionale, collegato alla esatta esecuzione della prestazione; per finire, infine, la questione della distribuzione del relativo onere della prova.

## *2. L'adempimento professionale e la diligenza*

Il problema dell'adempimento professionale ha sempre scontato la giustapposizione fra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato<sup>18</sup>, paradossalmente mai codificata nel panorama europeo<sup>19</sup>. Le dispute degli studiosi in materia per più di un secolo oggi paiono superate e ciò ha spinto la stessa giurisprudenza a ridimensionarne la portata<sup>20</sup>.

La dottrina ammoniva alla fine del vecchio secolo che la distinzione andava abbandonata perché «fonte di confusione»<sup>21</sup> e quasi trent'anni prima la S. Corte individuava i reali termini del problema. Così, «se per risultato s'intende designare il raggiungimento dello scopo finale per cui la prestazione è stata richiesta, ossia il conseguimento dell'aspirazione del committente, è d'uopo convenire che tale risultato resta al di fuori dell'orbita del contratto d'opera professionale, dipendendo da una serie di circostanze il cui verificarsi non è

---

<sup>18</sup> Classico il contributo di L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 185 ss.

<sup>19</sup> Sulle origini della distinzione sia consentito il rinvio a R. FAVALE, *La responsabilità civile del professionista forense*, 2ª ed., Padova, 2011, p. 100 ss.

<sup>20</sup> Significative: Cass., Sez. Un., 28 luglio 2005, n. 15781, in *Obbl. contr.*, 2006, p. 716 s.; Cass., 13 aprile 2007, n. 8826, in *Danno resp.*, 2007, p. 881, sulla quale A. SCALISI, *Professione medica: doveri, divieti e responsabilità*, p. 965 ss.; Cass., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Danno resp.*, 2008, p. 871, con nota di A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*.

<sup>21</sup> C. CASTRONOVO, *Profili della responsabilità medica*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, V, Milano, 1998, p. 124.

nel potere del debitore [...]. Nel rapporto obbligatorio contratto con il medico o con l'avvocato l'interesse del creditore, premessa del rapporto stesso, tende alla guarigione od alla vittoria della lite, mentre il risultato dovuto non è rispettivamente né la guarigione né l'esito vittorioso della lite, entrambi dipendenti da situazioni che sfuggono al controllo del medico o dell'avvocato. Ma se per risultato si intenda indicare l'opera intellettuale che il prestatore d'opera è tenuto a compiere in vista del fine ultimo che il committente si ripromette di conseguire, cioè praticamente i mezzi tecnici astrattamente e normalmente idonei per consentire al committente medesimo la possibilità di soddisfare le proprie aspirazioni, allora la distinzione tra l'obbligazione di mezzi e l'obbligazione di risultato non ha più ragione d'essere perché i mezzi altro non sono che il cosiddetto risultato immateriale dovuto, il quale, inteso in questo senso, non si distingue dall'attività impiegata per ottenerlo»<sup>22</sup>.

L'inconsistenza dogmatica della distinzione viene addotta allo scoccare del primo lustro dell'ultimo secolo dalla Cassazione con riferimento al contenuto dell'obbligazione se è vero che un risultato è dovuto in ognuna<sup>23</sup>.

Due anni dopo, i giudici supremi associano obbligazioni di mezzi ed irresponsabilità: «per il professionista (e conseguentemente per la struttura sanitaria) non vale dunque invocare, al fine di farne conseguire la propria irresponsabilità, la distinzione tra “obbligazione di mezzi” e “obbligazione di risultato”, sostenendo che la propria attività è da ricomprendersi tra le prime, sì da non rispondere in caso di risultato non raggiunto. Siffatta distinzione costituisce infatti, come ormai da qualche tempo dalla migliore dottrina non si manca di porre in rilievo, il frutto di una risalente elaborazione dogmatica accolta dalla tradizionale interpretazione e tralattivamente tramandata, priva invero di riscontro normativo e di dubbio fondamento»<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> Così, Cass. 22 marzo 1968, n. 905, in *Foro it.*, 1968, I, c. 2207.

<sup>23</sup> Cass., Sez. Un., 28 luglio 2005, n. 15781, cit., p. 717, ove prosegue che «in realtà, in ogni obbligazione si richiede la compresenza sia del comportamento del debitore che del risultato, anche se in proporzione variabile, sicché molti autori criticano la distinzione poiché in ciascuna obbligazione assumono rilievo così il risultato pratico da raggiungere attraverso il vincolo, come l'impegno che il debitore deve porre per ottenerlo. In tal senso la dottrina porta ad esempio proprio l'obbligazione dell'appaltatore, che deve in ogni caso utilizzare idonee procedure e modalità di esecuzione».

<sup>24</sup> Cass., 13 aprile 2007, n. 8826, cit., p. 881.

Lo stato della dottrina e della giurisprudenza sulla distinzione può dirsi quindi «sottoposta a revisione»<sup>25</sup> e orientata ad assottigliare sempre più il solco differenziatore entro i limiti di quel «fondo di verità»<sup>26</sup> che è a monte della distinzione.

La prestazione professionale e la sua esecuzione si parametrano alla figura della diligenza, concetto elastico che integra non una regola giuridica, bensì una norma-standard, caratterizzata da un contenuto aperto, non rigido e aderente alla realtà storica, che mostra una conoscenza secondo la quale “può essere così o anche altrimenti”<sup>27</sup>.

Nelle obbligazioni professionali, innanzitutto in quella del medico, la figura della diligenza assume la doppia funzione di rappresentare, da una parte, criterio oggettivo di determinazione del contenuto dell’obbligazione, dall’altra, parametro di imputazione del mancato adempimento.

I giudici della responsabilità professionale stabiliscono che «la diligenza esigibile dal medico nell’adempimento della sua prestazione professionale, pur essendo quella “rafforzata” di cui al secondo comma dell’art. 1176 c.c., non è sempre la medesima, ma varia col variare del grado di specializzazione di cui sia in possesso il medico, e del grado di efficienza della struttura in cui si trova ad operare. Pertanto dal medico di alta specializzazione ed inserito in una struttura di eccellenza è esigibile una diligenza più elevata di quella esigibile, dinanzi al medesimo caso clinico, da parte del medico con minore specializzazione od inserito in una struttura meno avanzata»<sup>28</sup>. La diligenza deve valutarsi in riferimento alla natura della specifica attività esercitata, e non è quella del buon padre di famiglia ma quella del debitore qualificato ai sensi dell’art. 1176, comma 2, c.c., che comporta il rispetto degli accorgimenti e delle regole tecniche obiettivamente connesse all’esercizio della professione e ricomprende pertanto anche la perizia. La preparazione media costituisce l’essenza del parametro della diligenza, per cui la limitazione di responsabilità di cui all’art. 2236 c.c. ricorre

---

<sup>25</sup> Così, Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit., p. 871.

<sup>26</sup> A. NICOLUSSI, *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, p. 808.

<sup>27</sup> Sul concetto di *standard* e sulla concezione tipologica, significativo il contributo di K.-H. STRACHE, *Pensare per standards. Contributo alla tipologia*, trad. it. di R. Favale e P. Femia, Camerino-Napoli, 1995.

<sup>28</sup> Così, di recente, Cass., 9 ottobre 2012, n. 17143, in *Pluris online*.

solamente per i casi impicanti la risoluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà che la trascendono o non ancora sufficientemente studiati dalla scienza medica<sup>29</sup>.

Va poi in capo al professionista la c.d. colpa per assunzione, ossia l'erronea valutazione circa la preparazione necessaria per eseguire correttamente una determinata prestazione.

### 3. *La negligenza professionale e la legge Balduzzi*

In seno al sistema della responsabilità medica, il legislatore è intervenuto con una disciplina settoriale molto ambigua contenuta nella l. 8 novembre 2012, n. 189 (di conversione del d.l. 13 settembre 2012, n. 158).

Senza voler enfatizzare la circostanza che la disposizione dell'art. 3, comma 1, del testo convertito diverge significativamente dalla regola omologa del precedente decreto, l'attenzione va rivolta prevalentemente alla disciplina vigente. Il *conditor iuris* così dispone: «L' esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo».

Lasciando da parte gli aspetti di diritto penale della negligenza medica, dove questa normativa *ad professionem* è sospettata di illegittimità costituzionale<sup>30</sup>, l'interprete non può non interrogarsi sull'esplicito richiamo della regola dell'art. 2043 c.c. e riflettere sulla sua propagazione in un complesso di responsabilità consolidato sulla disposizione dell'art. 1218 c.c.

Dai lavori preparatori risulta abbastanza agevolmente che l'innovazione è diretta a dare «un durissimo colpo ai guasti della medicina cosiddetta difensiva (il medico, temendo responsabilità, evita di agire), stimolando un percorso virtuoso che, ad effetto domino, por-

<sup>29</sup> Cass., 1° febbraio 2011, n. 2334, in *Resp. civ. prev.*, 2011, p. 427 ss.

<sup>30</sup> In proposito v. Trib. Milano, ord., 21 marzo 2013, in *Danno resp.*, 2013, p. 370 ss.

terà il professionista ad essere più attento all'adempimento, con beneficio per i pazienti e per l'intero sistema-sanità»<sup>31</sup>.

Una prima lettura della previsione di nuovo conio potrebbe sopravvalutare il dettato legislativo perseguendo una restaurazione del regime di responsabilità medica *ante* decisione 589/1999 calata nell'architettura del modello di responsabilità extracontrattuale<sup>32</sup>.

Un'alternativa e minimalista può, per contro, ridurre il richiamo legislativo a mero riferimento estetico: la norma dell'art. 2043 c.c. quale semplice ancora del principio della risarcibilità dei danni cagionati dal professionista<sup>33</sup>.

La soluzione extracontrattuale indubbiamente contribuirebbe ad alleggerire la posizione del medico, prima di tutto sotto il profilo probatorio riallocando il peso delle prove sul capo del paziente, poi per quanto concerne il tempo della prescrizione, dimezzato da dieci a cinque anni.

Questa interpretazione che pare perseguire il maggior effetto utile della disposizione non convince e gli argomenti non mancano. Innanzitutto una disparità di trattamento con il regime delle altre figure professionali e non meno importante il richiamo, oramai desueto, alla concezione patrimonialistica del danno alla persona, disconoscendo le nuove letture costituzionalmente orientate della disposizione dell'art. 2059 c.c. Il luogo di richiamo della norma dell'art. 2043 c.c. in un periodo della disposizione apposto come mero inciso pare persuadere per una interpretazione minimale che non indebolisca le linee fondamentali del sistema della responsabilità professionale medica costruita a piccoli passi dalla giurisprudenza sulla base delle indicazioni della migliore dottrina. Un intervento occasionale del legislatore – spinto a tutelare alcuni interessi economici non meritevoli di particolare tutela –

---

<sup>31</sup> Intervento dell'On.le Barani quale relatore della legge di conversione. Anche l'On.le Turco sottolinea che «evitare il contenzioso medico legale, superare la medicina difensiva è possibile se il medico svolge la sua opera in un ambiente sicuro che gli consente di prevenire gli errori e se sa che è perseguito penalmente quando c'è il dolo e non per colpa lieve, quando c'è un sistema di assicurazione che lo tutela».

<sup>32</sup> Un'interpretazione favorevole alla legge Balduzzi è seguita dalla giurisprudenza di merito: Trib. Varese, 26 novembre 2012, n. 1406, in *Danno resp.*, 2013, p. 375 ss., secondo cui l'art. 3 l. n. 189/2012 «ripropone il modello di responsabilità civile medica, come responsabilità *ex* art. 2043 c.c.»; Trib. Torino, 26 febbraio 2013, in *Danno resp.*, 2013, p. 373 ss., ove il richiamo della legge all'art. 2043 c.c. «significa che la responsabilità del medico è extracontrattuale. Questo getta alle ortiche la utilizzabilità in concreto della teorica del contatto sociale, e porta la lite all'interno della responsabilità aquiliana, con conseguente spostamento dell'onere probatorio tutto a carico della parte attrice».

<sup>33</sup> In questo senso, Cass., 19 febbraio 2013, n. 4030, in *Danno resp.*, 2013, p. 367 ss., secondo la quale il richiamo della legge all'art. 2043 c.c. non esclude il regime della responsabilità contrattuale del medico fondata sul contatto sociale.

non pare possa essere sufficiente a sconvolgere lo statuto attuale della responsabilità medica. L'intento vero del *conditor iuris* resta esclusivamente quello di introdurre una sorta di esclusione dalla responsabilità penale medica, limitandola alle sole ipotesi di dolo e colpa grave.

#### 4. L'atteggiamento mite sul piano causale

Le difficoltà di giustizia per la posizione giuridica del paziente si acquiscono anche sul piano causale e una svolta di favore avviene con la tesi probabilistica della Cassazione del 2007<sup>34</sup>.

I giudici superiori affermano che il concetto di causalità in sede civile non coincide con quello operante in sede penale dal momento che le esigenze dell'elemento del nesso eziologico sottese al sistema penalistico non sono in alcun modo riprodotte, né riproducibili, nella diversa e più ampia dimensione dell'illecito aquiliano. La causalità civile ordinaria si attesta sul versante della probabilità relativa (o variabile), caratterizzata dall'accedere ad una soglia meno elevata di probabilità rispetto a quella penale, secondo modalità semantiche che possono assumere molteplici forme espressive (quali: «serie ed apprezzabili possibilità», «ragionevole probabilità» etc.). In questo senso, la causalità civile, in sostanza, obbedisce alla logica del «più probabile che non».

Il pianeta civile assume una sua configurazione: al centro non v'è l'autore del reato, ma la figura del danneggiato che ha subito la lesione di una situazione soggettiva protetta. Inoltre, sotto il profilo sistematico, la materia civile è regolata dal principio di atipicità, capace di avvolgere sempre nuove situazioni meritevoli di tutela<sup>35</sup>.

La regola del “più probabile che non” ha trovato conferma immediata nelle Sezioni Unite, secondo le quali «ciò che differenzia l'accertamento del nesso causale in sede penale ed in sede civile è la regola probatoria, valendo per il primo il principio dell'”oltre ogni ragionevole dubbio” mentre nel secondo vale il principio della preponderanza dell'evidenza o

<sup>34</sup> Cass., 16 dicembre 2007, n. 21619, in *Danno resp.*, 2008, p. 43 ss., con nota di R. PUCELLA, *Causalità civile e probabilità: spunti per una riflessione*, e in *Corr. giur.*, 2008, p. 35 ss., con nota di M. BONA, *Causalità civile: il decalogo della Cassazione a due “dimensioni di analisi”*.

<sup>35</sup> Non sono mancate riserve in dottrina su questo orientamento: per alcuni, C. CASTRONOVO, *Sentieri di responsabilità civile europea*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 787 s.; L. LOCATELLI, *Causalità omissiva e responsabilità civile del medico: credibilità razionale o regola del “più probabile che non”*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 332 ss.

“del più probabile che non”, la regola della “certezza probabilistica” non può essere ancorata esclusivamente alla determinazione quantitativa-statistica delle frequenze di classe di eventi (cd. probabilità quantitativa), ma va verificata riconducendo il grado di fondatezza all’ambito degli elementi di conferma disponibili nel caso concreto (c.d. probabilità logica)<sup>36</sup>. La giurisprudenza di merito ha accolto con favore questa ricostruzione più mite del nesso di causa<sup>37</sup>, ove a volte è stata richiamata la teoria dell’aumento di rischio<sup>38</sup>.

### 5. L’onere della prova

I principi classici sulla distribuzione degli oneri di prova, nella materia professionale medica hanno subito una serie di correttivi diretti ad agevolare la non facile posizione probatoria del paziente.

A grandi passi, nel periodo antecedente al *dictum* delle Sezioni Unite del 2001<sup>39</sup>, la ripartizione dell’onere della prova seguiva il binomio degli interventi di *routine* e degli interventi chirurgici complessi. Nel primo caso, al malato era sufficiente provare il titolo e allegare il carattere routinario del trattamento e il peggioramento dello stato di salute. Per contro al medico spettava dimostrare che la prestazione fosse stata eseguita correttamente e che l’evento avverso era seguito ad un’alea a lui non imputabile. Nell’altro, l’esito infausto dell’intervento non supportava la presunzione di negligenza, per cui il medico era tenuto a dimostrare il carattere complesso dell’intervento e allegare che la prestazione professionale fosse stata eseguita correttamente. Al paziente, invece, spettava provare che l’insuccesso del trattamento fosse il risultato della condotta inadempiente del professionista.

La decisione delle Sezioni Unite del 2001 uniforma il regime probatorio di qualsiasi rimedio in caso di inadempimento. Tre anni più tardi, la S. Corte adotta il principio della

---

<sup>36</sup> Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 581, in *Danno resp.*, 2008, p. 1011 ss., con nota di R. SIMONE, *Equivoci della causalità adeguata e contaminazione dei modelli di spiegazione causale*; v. altresì G. IADECOLA, *La spiegazione del nesso causale “più probabile che non” nelle pronunce della Cassazione: una possibile svolta verso (auspicata) posizioni di maggior equilibrio nella responsabilità civile del medico*, in *Riv. it. med. leg.*, 2010, p. 849 ss.; ID., *La causalità nella responsabilità civile del medico*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 2057 ss. Per la giurisprudenza successiva: Cass., 18 giugno 2012, n. 9927, in *Pluris online*;

<sup>37</sup> Per alcune: Trib. Terni, 8 marzo 2008, in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 1838 s.; Trib. Udine, 31 marzo 2011, in *Resp. civ. prev.*, 2011, p. 1597 ss., con nota di M. GORGONI.

<sup>38</sup> Così, Trib. Brindisi, 2 febbraio 2009, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 637 ss., con nota di R. BORDON, *L’aumento di rischio in un caso di responsabilità medica*.

<sup>39</sup> Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Corr. giur.*, 2001, p. 1565 ss., con nota di V. MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*.

vicinanza alla prova, secondo il quale il relativo onere va in capo al soggetto che ha l'effettiva possibilità di offrire la prova<sup>40</sup>, indipendentemente dalla distinzione fra prestazione di facile esecuzione e prestazione implicante la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà<sup>41</sup>.

Sotto il profilo dell'onere della prova, la giurisprudenza in materia medica adotta lo statuto dell'obbligazione di risultato; il mancato risultato fa presumere l'inadempimento, per cui sul medico cade l'onere di provare che l'evento avverso fosse imprevedibile e non prevenibile con l'uso dell'ordinaria diligenza<sup>42</sup>.

L'agevolazione della posizione del paziente si ha nel c.d. onere di allegazione dell'inadempimento professionale astrattamente idoneo a provocare il danno subito. In questa guisa, secondo la S. Corte «lo sforzo probatorio dell'attore può non spingersi oltre la deduzione di qualificate inadempienze in tesi idonee a porsi come causa o concausa del danno, restando poi a carico del convenuto l'onere di dimostrare o che nessun rimprovero di scarsa diligenza o di imperizia può essergli mosso, o che, pur essendovi stato un suo inesatto adempimento, questo non ha avuto alcuna incidenza causale sulla produzione del danno»<sup>43</sup>.

La nostra giurisprudenza – dopo aver sollevato il paziente dall'onere di provare l'inadempimento professionale indipendentemente dal grado di difficoltà della prestazione – negli ultimi tempi ha elaborato ulteriori regole di ulteriore *favor* per il paziente.

---

<sup>40</sup> Cass., 19 maggio 2004, n. 9471, cit., p. 29, precisa che «in tema di responsabilità professionale del medico-chirurgo, pur gravando sull'attore l'onere di allegare i profili concreti di colpa medica posti a fondamento della proposta azione risarcitoria, tale onere non si spinge fino alla necessità di enucleazione e indicazione di specifici e peculiari aspetti tecnici di responsabilità professionale, conosciuti e conoscibili soltanto agli esperti del settore, essendo sufficiente la contestazione dell'aspetto colposo dell'attività medica secondo quelle che si ritengono essere, in un dato momento storico, le cognizioni ordinarie di un non-professionista che, espletando la professione di avvocato, conosca comunque (o debba conoscere) l'attuale stato dei profili di responsabilità del sanitario».

<sup>41</sup> In generale, cfr. R. FAVALE, *La responsabilità professionale: alcune linee evolutive*, in *Tem e problemi della civilistica contemporanea. Venticinque anni della Rassegna di diritto civile* a cura di P. Perlingieri, Napoli, 2005, p. 455 ss.

<sup>42</sup> Cass., 18 settembre 2009, n. 20101, in *Pluris online*; Cass., 29 luglio 2010, n. 17694, in *pluris online*, ove stabilisce: «in caso di prestazione professionale medico-chirurgica di “routine”, spetta al professionista superare la presunzione che le complicanze siano state determinate da omessa o insufficiente diligenza professionale o da imperizia, dimostrando che siano state, invece, prodotte da un evento impreveduto ed imprevedibile secondo la diligenza qualificata in base alle conoscenze tecnico-scientifiche del momento»; Cass., 7 giugno 2011, n. 12274, in *Danno resp.*, 2012, p. 401 ss., con nota di A. BARBARISI, *Onere della prova e causa non imputabile nella responsabilità sanitaria*; Cass., 21 luglio 2011, n. 15993, in *Pluris online*; Cass., 11 novembre 2011, n. 23562, in *Pluris online*; Cass., 15 dicembre 2011, n. 27000, in *Pluris online*; Cass., 9 ottobre 2012, n. 17143, in *Pluris online*.

<sup>43</sup> Cass., 26 gennaio 2010, n. 1538, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 665 ss.

Quest'ultimo, come attore in giudizio di responsabilità professionale, aveva fino a qualche anno fa l'onere di dimostrare il contratto concluso con la struttura (o il contatto sociale col medico), l'allegazione dell'inadempimento, il danno subito e che quest'ultimo fosse legato alla condotta del professionista.

Siffatto orientamento pare superato di recente allorquando alcune pronunce stabiliscono che l'operatore sanitario – dopo che il paziente abbia provato l'esistenza del titolo, il danno subito e allegato l'inadempimento – ha l'onere di dimostrare o di avere esattamente adempiuto ovvero che non sussiste un nesso causale fra il suo inadempimento e il pregiudizio al paziente. Per questa via anche il nesso di causalità costituisce oggetto di una presunzione. Ciò è accaduto nelle fattispecie di trattamenti sanitari di facile esecuzione<sup>44</sup> e di omissioni o inesattezze nella tenuta della cartella clinica<sup>45</sup>. L'indirizzo appena illustrato ha sollecitato voci favorevoli e contrarie in dottrina. A favore si pone il principio di vicinanza alla prova che giustifica l'onere in capo al professionista in quanto più facilmente può fornire la prova della mancanza del nesso causale<sup>46</sup>. In contrario, non mancano voci che sottolineano come i giudici in questo caso abusino dello strumento della presunzione, il quale comporta il passaggio da un fatto noto da provare ad un fatto ignoto; qui il nesso di causa non costituisce un fatto, bensì l'esito di un ragionamento che collega fatto ed evento<sup>47</sup>.

Nell'anno in corso, la Cassazione declama che «per i danni subiti da un paziente a seguito di un intervento chirurgico, l'accertamento da parte del consulente tecnico della presenza di fattori che riconducono con certezza probabilistica la patologia ad altre cause, e-

---

<sup>44</sup> Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, p. 612 ss.; Cass., 13 aprile 2007, n. 8826, in *Giur. it.*, 2008, p. 63 ss.; Cass., 16 gennaio 2009, n. 975, in *Danno resp.*, 2010, p. 372 ss.

<sup>45</sup> Cass., 26 gennaio 2010, n. 1538, in *Dir. econ. ass.*, 2010, p. 1263.

<sup>46</sup> G. VETTORI, *Le fonti e il nesso di causalità nella responsabilità medica*, in *Obbl. contr.*, 2008, p. 396; anche A. LEPRE, *Responsabilità medica: il c.d. inadempimento qualificato, la prova del nesso causale tra inadempimento e danni e il diverso onere probatorio a seconda del contenuto dell'obbligazione sanitaria*, in *Giur. merito*, 2009, p. 114 s.

<sup>47</sup> Cfr. M. GORGONI, *Gli obblighi sanitari attraverso il prisma dell'onere della prova*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 669 s., secondo cui «per effetto dell'alleggerimento dell'onere probatorio gravante sul paziente, il libero convincimento del giudice verrebbe in realtà a basarsi non già sul complesso degli indizi, gravi, precisi e concordanti, raccolti nel corso dell'istruttoria bensì su regole statistiche che prendono il posto degli indizi nella formazione della decisione. In particolare, il meccanismo di attribuzione della responsabilità opera in ragione dell'appartenenza della fattispecie ad una classe più ampia di vicende, tutte contraddistinte dall'elevata probabilità di realizzazione dell'evento e che impediscono di prospettare una ricostruzione degli eventi più persuasiva se confrontata con quella allegata dalla vittima».

clude con certezza probabilistica il nesso eziologico tra la patologia e la condotta del medico»<sup>48</sup>.

Per quanto riguarda l'obbligo di informazione, all'onere in capo al paziente di dimostrare, anche con presunzioni, la violazione del diritto all'autodeterminazione, spetta al medico fornire la prova che il mancato consenso non ha avuto alcuna rilevanza causale, nel senso che il paziente adeguatamente informato avrebbe aderito al trattamento. Tuttavia, la S. Corte impone in capo al paziente la prova che in ipotesi di corretta informazione non si sarebbe sottoposto all'intervento<sup>49</sup>.

### 6. Il consenso informato

L'obbligo del sanitario di acquisire preventivamente il «consenso consapevolmente prestato»<sup>50</sup> dal paziente<sup>51</sup> trova fondamento diretto nelle norme costituzionali di cui agli artt. 13 e 32 cost.<sup>52</sup>.

Un lustro addietro, una pregevole decisione dei giudici della Consulta sostiene che «il consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2 cost., che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 cost., i quali stabiliscono, rispettivamente, che «la libertà personale è inviolabile», e che «nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge»<sup>53</sup>.

<sup>48</sup> Cass., 26 febbraio 2013, n. 4792, in *DeJure online*.

<sup>49</sup> Cass., 13 luglio 2010, n. 16394, in *Pluris online*; Cass., 30 marzo 2011, n. 7237, in *Pluris online*. L'importanza della figura cresce soprattutto se il suo richiamo avviene allorché il paziente non riesce a provare l'errore medico: così, D. GIESEN, *Arzthaftungsrecht*, Bielefeld, 1981, p. 19; A. LAUFS, *Die Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht und ihre deliktische Rechtsfolge*, in *NJW*, 1974, p. 2026 ss.; BGH, 27 settembre 1977, in *NJW*, 1978, p. 588; BGH, 15 maggio 1979, in *JZ*, 1979, p. 530 s.

<sup>50</sup> Così, Cass., 9 febbraio 2010, n. 2847, in *Corr. giur.*, 2010, p. 1201 ss., con nota di A. DI MAJO, *La responsabilità da violazione del consenso informato*, «locuzione più propria di quella corrente, giacché «informato» non è il consenso, ma deve esserlo il paziente che lo presta».

<sup>51</sup> In tempi passati prevaleva la tutela meramente penalistica con il richiamo alla figura del consenso dell'avente diritto (art. 50 c.p.).

<sup>52</sup> Vanno poi aggiunte numerose fonti internazionali: art. 24 della Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989 (ratificata con l. 27 maggio 1991, n. 176), art. 5 della Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina del 1997 (ratificata con l. 28 marzo 2001, n. 145), art. 3 della Carta di Nizza dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

<sup>53</sup> Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438, in *www.cortecostituzionale.it*, ove sottolinea che «la circostanza che il consenso informato trova il suo fondamento negli artt. 2, 13 e 32 cost. pone in risalto la sua funzione di sinte-

Il principio viene per la prima volta espresso dalla giurisprudenza negli anni Sessanta allorquando precisava che, ad eccezione dei casi d'intervento necessario, il medico non poteva esercitare l'attività professionale, senza valido consenso del paziente, sottoponendolo ad un trattamento medico-chirurgico suscettibile di porre in grave pericolo la vita e l'incolumità fisica.

Il consenso informato rappresenta il punto di intersecazione fra i due diritti fondamentali di autodeterminazione e della salute, per questo un trattamento sanitario privo di consenso costituisce un illecito.

Il quadro normativo è completato dal versante deontologico, le cui diverse disposizioni del relativo codice tratteggiano la relazione fra medico e paziente come un'alleanza terapeutica.

Fra i diversi profili della figura, la giurisprudenza ha posto l'attenzione sul contenuto dell'obbligo di informazione, analitico e, nel contempo, personalizzato, per consentire una reale autodeterminazione nella scelta del trattamento da parte del paziente. Di conseguenza non è soggetto a nessuna valutazione discrezionale l'obbligo di informare il paziente, ma «comprende tutti gli aspetti diagnostici e prognostici dello stato di salute del paziente e quindi anche i rischi meno probabili, purché non del tutto anomali, in modo da consentirgli di capire non solo il suo attuale stato, ma anche le eventuali malattie che possono svilupparsi, le percentuali di esito fausto ed infausto delle stesse, nonché il programma diagnostico per seguire l'evoluzione delle condizioni del paziente e l'indicazione delle strutture specializzate ove svolgerlo, ovvero di specialisti esperti per formularlo, pur se a tal fine il paziente si deve allontanare dal luogo ove è in cura»<sup>54</sup>.

Per quanto riguarda il problema del *vestimentum* in senso lato del consenso, il codice deontologico propende per la forma scritta, modalità che agevola ma non garantisce appieno la comprensione e la consapevolezza del paziente sottoscrittore<sup>55</sup>. Per questo, «la com-

---

si di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, secondo comma, cost.».

<sup>54</sup> Così, Cass., 2 febbraio 2010, n. 2354, in *Pluris online*.

<sup>55</sup> Il modulo informativo va inserito nella cartella clinica nell'ipotesi di ricovero.

pleta e corretta informazione non è un dato che può desumersi dalla mera sottoscrizione di un modulo del tutto generico»<sup>56</sup>.

In guisa chiara, un interessante arresto di merito sostiene che «in tema di prestazioni terapeutiche si ritiene non vada confuso il consenso informato con il consenso documentato, e se la sottoscrizione del modulo relativo non costituisce la dimostrazione del consenso informato, anche l'assenza del prestampato firmato non vuol dire che la prestazione sanitaria sia stata carente dall'angolo visuale del diritto all'informazione»<sup>57</sup>.

L'obbligo di informazione avvolge tutte le fasi dell'intervento, aventi carattere autonomo, e soprattutto va attualizzato nelle ipotesi di variazioni che il medico apporti al programma terapeutico<sup>58</sup>.

L'aspetto più rilevante del consenso informato concerne il risarcimento dei danni cagionati dal medico che ha violato gli obblighi di informazione, ormai entrati nel programma contrattuale<sup>59</sup>.

---

<sup>56</sup> Così, Cass., 9 dicembre 2010, n. 24853, in *Resp. civ.*, 2011, p. 829 ss., con nota di G. MIOTTO, *La prova del «consenso informato» e il valore di confessione stragiudiziale delle dichiarazioni rese nel «modulo» di adesione al trattamento terapeutico*, ove aggiunge che «il medico (e la struttura nell'ambito della quale egli agisce) debbono invece fornire, in modo completo ed esaustivo, tutte le informazioni scientificamente acquisite sulle terapie che si vogliono praticare, o sull'intervento chirurgico che si intende eseguire, illustrandone le modalità e gli effetti, i rischi di insuccesso, gli eventuali inconvenienti collaterali»; il modulo prestampato firmato costituisce quindi uno degli fattori dai quali il giudice parte per la verifica dell'avvenuta informazione (Cass., 8 ottobre 2008, n. 24791, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, p. 540 ss.). In precedenza, la giurisprudenza ha ritenuto determinante la sottoscrizione del paziente dell'apposito modulo contenuto nella cartella clinica rispetto alle prove testimoniali e alla consulenza tecnica d'ufficio.

<sup>57</sup> Così, Trib. Genova, 12 maggio 2006, in *DeJure online*, ove nel caso di specie ha ammesso la prova testimoniale. Non accettabile quindi l'orientamento che non ammette la prova testimoniale contro il modulo firmato.

<sup>58</sup> Per Cass., 2 luglio 2010, n. 15698, in *Danno resp.*, 2010, p. 1076 ss., «anche le variazioni del programma operatorio rientrano tra le informazioni che il chirurgo deve fornire al paziente ai fini di un valido consenso informato»; Cass., 29 settembre 2009, n. 20806, in *pluris online*.

<sup>59</sup> Ormai la giurisprudenza è univocamente nel senso di riconoscere natura contrattuale agli obblighi di informazione: la S. Corte declama che «la condotta di corretta informazione sul trattamento sanitario, specie quando è ad alto rischio, non appartiene ad un momento prodromico esterno al contratto ma è condotta interna del c.d. contratto medico sanitario ed è elemento strutturale interno al rapporto giuridico che determina il consenso al trattamento sanitario» (Cass., 19 ottobre 2006, n. 22390, in *Danno resp.*, 2007, p. 103 ss.; *adde.* Cass., 23 maggio 2001, n. 7027, in *Corr. giur.*, 2001, p. 855 ss.; Cass., 29 settembre 2009, n. 20806, in *Resp. civ.*, 2010, p. 92 ss.; Cass., 19 maggio 2011, n. 11005, in *Danno resp.*, 2012, p. 515 ss.). Per il superato orientamento che collocava l'obbligo di informazione nella fase precontrattuale v. Cass., 25 novembre 1994, n. 10014, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, p. 937 ss., secondo cui «nel contratto di prestazione d'opera intellettuale tra il chirurgo ed il paziente, il professionista anche quando l'oggetto della sua prestazione sia solo di mezzi, e non di risultato, ha il dovere di informare il paziente sulla natura dell'intervento, sulla portata ed estensione dei suoi risultati e sulle possibilità e probabilità dei risultati conseguibili, sia perché violerebbe, in mancanza, il dovere di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto (art. 1337 c.c.) sia perché tale informazione è condizione indispensabile per la validità del consenso, che deve

Certamente l'esito infausto del trattamento sanitario dovuto a *malpractice* medica non pone alcun problema per il risarcimento dei danni subiti dal paziente.

Il profano, al contrario, potrebbe rimanere sorpreso se dalla divaricazione del diritto all'autodeterminazione dal diritto alla salute scaturisca un risarcimento del danno a favore di un paziente, sì beneficiario di un intervento sanitario perfettamente riuscito ma non adeguatamente informato<sup>60</sup>.

In proposito, da una parte, v'è un orientamento restrittivo, secondo il quale il risarcimento dei danni conseguenti per omessa o inadeguata informazione presuppone l'esistenza di un legame causale fra il trattamento medico e l'aggravamento delle condizioni del paziente ovvero l'insorgenza di nuove patologie. Di conseguenza «non l'inadempimento da mancato consenso informato è di per sé oggetto di risarcimento, ma il danno consequenziale, secondo i principi di cui all'art. 1223 c.c.»<sup>61</sup>.

All'opposto, si colloca un orientamento estensivo e maggioritario, alla luce del quale il difetto di informazione aggrava la posizione del professionista, il quale risponde non soltanto dell'adempimento difettoso ma altresì dei rischi fisiologici dell'intervento<sup>62</sup>.

Su questa scia la S. Corte riconosce «la risarcibilità del danno da lesione della salute che si verifichi per le non imprevedibili conseguenze dell'atto terapeutico necessario e correttamente eseguito a regola d'arte medica, ma tuttavia effettuato senza la preventiva informazione del paziente circa i suoi possibili effetti pregiudizievoli e dunque senza un consenso consapevolmente prestato, necessariamente presuppone l'accertamento che il paziente quel determinato intervento avrebbe rifiutato se fosse stato adeguatamente informato»<sup>63</sup>.

---

essere consapevole, al trattamento terapeutico e chirurgico»; Cass., 15 gennaio 1997, n. 364, in *Contratti*, 1997, p. 339 ss.; Cass., 30 luglio 2004, n. 14638, in *Resp. civ.*, 2007, p. 688 ss.

<sup>60</sup> Così, Trib. Bologna, 10 gennaio 2011, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, p. 1000 ss., declama che «il medico può essere chiamato a risarcire il danno alla salute maturatosi in capo al paziente ancorché la prestazione sia stata correttamente eseguita».

<sup>61</sup> In questa prospettiva, Cass., 30 luglio 2004, n. 14638, in *Resp. civ.*, 2007, p. 688 ss.; per il merito: Trib. Monza, 7 marzo 2007, in *www.enpam.it*; Trib. Bologna, 13 aprile 2006, in *www.personaedanno.it*; App. Milano, 2 ottobre 2002, in *Gius*, 2003, p. 876).

<sup>62</sup> Così, Cass., 26 settembre 2006, n. 20832, in *Pluris online*.

<sup>63</sup> Così, Cass., 9 febbraio 2010, n. 2847, cit., p. 1201 ss.; anche: Cass., 15 settembre 2008, n. 23676, in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 947; Cass., 20 aprile 2010, n. 9315, in *Resp. civ.*, 2010, p. 732 ss.; Cass., 28 luglio 2011, n. 16543, in *Danno resp.*, 2012, p. 621 ss., con nota di V. MONTANI, *L'inadempimento medico per la (sola) violazione del consenso informato*.

La responsabilità del medico per i danni subiti dal paziente segue ad una prognosi postuma condotta dal giudice, ossia verificare se l'adempimento all'obbligo di informazione da parte del medico avrebbe distolto il paziente dall'intervento a seguito del quale, senza colpa di alcuno, è derivato il pregiudizio alla salute.

La risarcibilità del danno può essere fondata anche sulla sola lesione del diritto all'autodeterminazione, purché si accerti che il paziente avrebbe rifiutato di sottoporsi all'intervento, ove adeguatamente informato<sup>64</sup>.

Alla luce dell'insegnamento delle decisioni di San Martino<sup>65</sup>, la risarcibilità del danno non patrimoniale postula la "serietà" e la "gravità" delle conseguenze dannose<sup>66</sup>. In conclusione, il giudice in questa fattispecie è tenuto a compiere un bilanciamento fra i principi di solidarietà (a favore del danneggiato) e di tolleranza (a favore del danneggiante)<sup>67</sup>.

<sup>64</sup> Cass., 28 luglio 2011, n. 16543, in *Danno resp.*, 2012, p. 621 ss.; prima in merito: Trib. Paola, 15 maggio 2007, in *Foro it.*, 2007, I, c. 2948 ss.; Trib. Viterbo, 27 novembre 2006, in *Guida dir.*, 2007, 3, p. 39 ss.; Trib. Venezia, 4 ottobre 2004, in *Giur. merito*, 2005, I, p. 1036 ss.; Trib. Busto Arsizio, 17 luglio 2001, in *Resp. civ. prev.*, 2002, p. 441 ss. Da ultimo, Cass., 27 novembre 2012, n. 20984, in *De Jure on line*.

<sup>65</sup> Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972-26975, in *Danno resp.*, 2009, p. 19 ss., decisioni commentate in tutte le principali riviste giuridiche: per alcuni, P. PERLINGIERI, *L'onipresente art. 2059 c.c. e la «tipicità» del danno alla persona*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 520 ss.; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Le sezioni unite e il danno non patrimoniale: luci ed ombre*, in *Dir. giur.*, 2008, p. 527 ss.; F.D. BUSNELLI, *Le Sezioni Unite e il danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 97 ss.; G. PONZANELLI, *Sezioni Unite: il «nuovo statuto» del danno alla persona*, in *Foro it.*, 2009, I, c. 134 ss.; P.G. MONATERI, *Il pregiudizio esistenziale come voce del danno non patrimoniale*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 56 ss.

<sup>66</sup> Già prima, Trib. Milano, 29 marzo 2005, in *www.altalex.com*, aveva precisato che «nelle ipotesi in cui [...] non sia stato dato il consenso informato da parte del paziente (o in cui tale consenso sia stato prestato per un intervento eseguito con modalità diverse da quelle previste) – in assenza di colpa medica, e qualora non consegua alcun pregiudizio alla salute del paziente, ma anzi un miglioramento delle sue condizioni psico-fisiche – la lesione del diritto all'autodeterminazione produce sì un danno non patrimoniale, ma pur tuttavia ontologicamente trascurabile o comunque di entità economica non apprezzabile»; nello stesso senso, Trib. Milano, 4 marzo 2008, n. 2847, in *www.enpam.it*, secondo cui «va rigettata la richiesta risarcitoria nel caso in cui è stata fornita solo la prova della lesione del proprio diritto all'autodeterminazione, in assenza di allegazione né dimostrazione del danno-conseguenza risarcibile, né in relazione al danno morale soggettivo, inteso quale patema d'animo interiore, né in relazione al cosiddetto danno esistenziale, inteso quale compromissione esteriore delle proprie abitudini di vita. Inoltre, poiché tali danni non sono mai *in re ipsa*, e, nella specie, non si accompagnano alla lesione del bene salute, ma, al contrario, risulta addirittura provato un miglioramento delle condizioni di salute della paziente, non è neppure ammissibile una qualsivoglia prova per presunzioni. Incombe sul ricorrente l'onere di allegare specifiche sofferenze o peggioramenti delle proprie quotidiane condizioni di vita».

<sup>67</sup> Di recente Trib. S. Maria Capua Vetere, 10 maggio 2011, in *Dannoerroremedico.it*, secondo cui «in tema di responsabilità professionale medica, l'inadempimento dell'obbligo di informazione sussistente nei confronti del paziente può assumere rilievo a fini risarcitori – anche in assenza di un danno alla salute o in presenza di un danno alla salute non ricollegabile alla lesione del diritto all'autodeterminazione – tutte le volte in cui siano configurabili, carico del paziente, conseguenze pregiudizievoli di carattere non patrimoniale di apprezzabile gravità derivanti dalla violazione del diritto fondamentale all'autodeterminazione in se stesso considerato,

### 7. L'orizzonte applicativo del danno da perdita di chance

Nell'ambito sanitario il danno da perdita di chance trova il suo statuto a partire dall'arresto della S. Corte nel 2004<sup>68</sup>. Qui per la prima volta vengono distinti chiaramente, da un lato, il caso «in cui il soggetto creditore agisca per il risarcimento del danno costituito dal mancato raggiungimento del risultato sperato, allorché ciò sia conseguenza, sia pure in termini di probabilità concrete, dell'inadempimento della prestazione del medico, perché omessa, errata o ritardata»<sup>69</sup>; da un altro lato, la diversa fattispecie in cui, «in una situazione in cui è certo che il medico ha dato alla patologia sottopostagli una risposta errata o in ogni caso inadeguata, è possibile affermare che, in presenza di fattori di rischio, detta carenza aggrava la possibilità che l'esito negativo» possa realizzarsi<sup>70</sup>. Anche se non è possibile affermare che l'evento si sarebbe verificato, ossia che il giudice non può riconoscere il nesso causale fra omissione colposa ed evento in base al principio della preponderanza dell'evidenza, si ha la certezza «che il paziente ha perso, per effetto di detto inadempimento, delle *chances*, che statisticamente aveva, anche tenuto conto della particolare situazione concreta»<sup>71</sup>.

Le due ipotesi richiamano danni del tutto diversi, come diverso è l'accertamento del nesso eziologico. In un caso va risarcito il danno totale consistente nella morte, nell'invalidità o nel suo aggravamento sulla base di un nesso causale che legghi condotta negligente ed evento dannoso. Nell'altro, il giudice ripara il solo danno costituito dalle *chances* effettivamente perse sulla base di un diverso nesso causale fra condotta omissiva o commissiva e questa tipologia di danno.

Sul risarcimento del danno da perdita di *chance* si è «ormai da tempo evidenziato, tanto da autorevole dottrina quanto dalla giurisprudenza di questa Corte», che la *chance*, quale «concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene o risultato, non è una mera aspettativa di fatto ma un'entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile d'autonoma valutazione, onde la sua perdita, *id est* la perdita

---

sempre che tale danno superi la soglia minima di tollerabilità imposta dai doveri di solidarietà sociale e che non sia futile, ossia consistente in meri disagi o fastidi».

<sup>68</sup> Cass., 4 marzo 2004, n. 4400, in *Dir. giust.*, 2004, n. 14, p. 38 ss., e annotata da M. FEOLA, *Il danno da perdita delle chances di sopravvivenza o di guarigione è accolto in Cassazione*, in *Danno resp.*, 2005, p. 49 ss.

<sup>69</sup> Cass., 4 marzo 2004, n. 4400, cit., p. 40.

<sup>70</sup> Cass., 4 marzo 2004, n. 4400, cit., p. 40.

<sup>71</sup> Cass., 4 marzo 2004, n. 4400, cit., p. 40.

della possibilità consistente di conseguire il risultato utile del quale risulti provata la sussistenza, configura un danno concreto ed attuale»<sup>72</sup>. Questo danno, «non meramente ipotetico o eventuale (quale sarebbe stato se correlato al raggiungimento del risultato utile), bensì concreto ed attuale (perdita di una consistente possibilità di conseguire quel risultato), non va commisurato alla perdita del risultato, ma alla mera possibilità di conseguirlo»<sup>73</sup>.

I giudici superiori non mancano di sottolineare che «il modello di giudizio basato sul sacrificio delle possibilità (la perdita di chances) è accolto, negli stessi termini dalla giurisprudenza di altri ordinamenti, segnatamente quello francese, in tema di responsabilità dei medici»<sup>74</sup>.

Così ricostruita la *chance*, «ragioni di coerenza del sistema inducono a ritenere condivisibile una tale soluzione in tema di responsabilità dei medici anche nel nostro ordinamento, ispirandosi, anzi, essa alla ripartizione del carico del danno tra creditore e debitore»<sup>75</sup>.

Ma ciò che occorre rilevare «è che la domanda per perdita di *chances* è ontologicamente diversa dalla domanda di risarcimento del danno da mancato raggiungimento del risultato sperato»<sup>76</sup>. In quest'ultimo caso «la stessa collocazione logico-giuridica dell'accertamento probabilistico attiene alla fase di individuazione del nesso causale, mentre nell'altro caso attiene al momento della determinazione del danno»<sup>77</sup>.

La S. Corte osserva che non «può ritenersi, come pure sostenuto da parte minoritaria della dottrina, che con l'espressione “perdita di una probabilità favorevole” non si fa riferimento ad un danno distinto da quello finale, ma si descrive solo una sequenza causale, nella quale la certezza del collegamento fatto-evento si evince dalla sola probabilità del suo verificarsi, ed il risarcimento viene adeguato alla portata effettuale della condotta illecita sul danno finale»<sup>78</sup>. La tesi accolta è quella che «dissocia [...] il danno come perdita della possibilità dal danno per mancata realizzazione del risultato finale, introducendo così una distin-

---

<sup>72</sup> Cass., 4 marzo 2004, n. 4400, cit., p. 40.

<sup>73</sup> Cass., 4 marzo 2004, n. 4400, cit., p. 40.

<sup>74</sup> Cass., 4 marzo 2004, n. 4400, cit., p. 40.

<sup>75</sup> Cass., 4 marzo 2004, n. 4400, cit., p. 40.

<sup>76</sup> Cass., 4 marzo 2004, n. 4400, cit., p. 40.

<sup>77</sup> Cass., 4 marzo 2004, n. 4400, cit., p. 40.

<sup>78</sup> Cass., 4 marzo 2004, n. 4400, cit., p. 40 s.

ta ed autonoma ipotesi di danno emergente, incidente su di un diverso bene giuridico, la possibilità del risultato appunto»<sup>79</sup>.

Di conseguenza, nell'ambito della responsabilità del medico «per prestazione errata o mancante, cui è conseguito il danno del mancato raggiungimento del risultato sperato, se è stato richiesto solo questo danno, non può il giudice esaminare ed eventualmente liquidare il danno da perdita di *chances*, che il creditore della prestazione sanitaria aveva, neppure intendendo questa domanda come un *minus* rispetto a quella proposta, costituendo, invece domande diverse, non ricomprese l'una nell'altra»<sup>80</sup>.

Il caso concreto deciso nel 2004 è ritornato in Cassazione dopo il giudizio di rinvio e i principi sono stati riconfermati. Così la giurisprudenza ripete che «la domanda per perdita di *chances* è ontologicamente diversa dalla domanda di risarcimento del danno da mancato raggiungimento del risultato sperato»<sup>81</sup>. Nella specie, la domanda di tutti i danni derivanti dalla morte del paziente non può comprendere anche il danno da perdita di *chance* intesa come un *minus* e il giudice non può pronunciare su di essa d'ufficio<sup>82</sup>.

Camerino, giugno 2013

---

<sup>79</sup> Cass., 4 marzo 2004, n. 4400, cit., p. 41.

<sup>80</sup> Cass., 4 marzo 2004, n. 4400, cit., p. 41.

<sup>81</sup> Cass., 29 novembre 2012, n. 21245, in *Pluris online*.

<sup>82</sup> Secondo Cass., 29 novembre 2012, n. 21245, cit., l'irrisarcibilità del danno al paziente scaturisce dalla mancanza del nesso di causalità materiale sulla base della regola del "più probabile che non". In particolare il giudice ha affermato «che il giudizio controfattuale in ordine alla incidenza eziologica del comportamento dei sanitari sulla morte del paziente non dava possibilità di salvezza dello stesso superiori al 10%, di talché, anche a volere ipotizzare una immediata, corretta diagnosi della patologia che lo aveva colpito, mancava una soglia di probabilità di sopravvivenza apprezzabile in termini tali da consentire di addebitare all'ente ospedaliero la responsabilità della morte del [paziente]».



IGNACIO DE CUEVILLAS MATOZZI

*Il concetto di conformità nella nuova disposizione dell'art. 114  
del diritto spagnolo del consumo\**

*Sommario:* 1. Considerazioni preliminari. – 2. La genesi del concetto di conformità. – 3. La conformità nell'*Uniform Commercial Code*. – 4. La conformità nella Convenzione di Vienna. – 5. Configurazione di conformità nel TRLGDCU. – 5.a. Delimitazioni concettuali e il requisito della preesistenza. – 5.b. La sussistenza della gravità del difetto nella mancanza di conformità del bene. – 5.c. Sistema di responsabilità contrattuale c.d. oggettiva.

1. *Considerazioni preliminari*

Uno dei segni del nostro tempo, senza alcun dubbio, è dovuto alle trasformazioni che si registrano in ambito sociale e economico, con evidenti implicazioni nel campo giuridico, che si traducono, successivamente nel diritto vivente<sup>1</sup>. Con l'entrata in vigore della legge 23/2003, in materia di garanzie nella vendita dei beni di consumo, introdotta nel *Real Decreto Legislativo 1/2007* del 16 novembre, con il quale è stato approvato il *Texto refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios* e le altre leggi complementari, frutto

---

\* Il presente lavoro è realizzato entro il “Proyecto Europa sobre Nuevas metodologías docentes aplicadas a la coordinación de contenidos y evaluación de competencias en los grados de la facultad de ciencias económicas y Empresariales”, código DIA20 (Pd +iUCA). Voglio ringraziare Andrea Castiello e Stefano Torre, Università Federico II di Napoli, che hanno completato l'impegnativo lavoro di traduzione. Desidero inoltre ringraziare l'Avv. Alessandro Arienzo per l'intelligente lavoro di revisione e di armonizzazione del testo.

<sup>1</sup> V. MANTOVANI, *La vendita dei beni di consumo*, Napoli, 2009, p. 9 ss., che fa notare che il diritto dei consumatori nell'ultimo ventennio ha prodotto una poderosa quantità di interventi legislativi, nei quali si può cogliere una costante attenzione al binomio contratto-mercato che, di certo, rappresenta il nucleo centrale dal quale la disciplina di protezione dei consumatori ha tratto origine.

dell'opera di armonizzazione comunitaria<sup>2</sup>, è stato introdotto, nell'ordinamento giuridico spagnolo, un nuovo concetto, quello di conformità del bene al contratto. Il concetto e il contenuto dell'obbligazione di conformità al contratto delineano la struttura legale della garanzia, e rappresentano il nucleo principale della norma di riferimento.

Similmente, è importante sottolineare, che la Direttiva comunitaria, ove si delinea il contenuto dell'obbligazione di conformità al contratto, rappresenta un tassello del più ampio progetto di unificazione del diritto privato europeo del consumo, e si iscrive nel percorso volto a favorire l'avvicinamento del diritto delle obbligazioni e dei contratti nel suo complesso<sup>3</sup>; inoltre, da un punto di vista generale, la regolamentazione comunitaria delimita, per la prima volta, l'ambito di applicazione soggettivo, costituito dalle figure del consumatore e del professionista che operano quali attori nel contratto di scambio dei beni e servizi più diffuso, la compravendita. In passato, sul piano normativo, vennero regolamentati tutta una serie di diritti dei consumatori connessi alle modalità di formazione del contratto (condizioni generali), di commercializzazione o di distribuzione dei beni o servizi (vendita a distanza, vendita a domicilio), o di credito al consumo, ma non si entrò, in modo specifico, nel contenuto del negozio di scambio. A partire dal 1999, i paesi dell'Unione europea, annoverarono una disciplina volta a regolamentare le posizioni soggettive del compratore e del venditore nella compravendita di beni di consumo, in particolare gli obblighi gravanti sul venditore al momento della consegna del bene, cui incombe una specifica obbligazione di conformità del bene al contratto.

A questo punto, secondo il nostro punto di vista, la disciplina introdotta con la Direttiva non si può, esclusivamente, tradurre nel concetto di conformità del bene al contratto, che si può considerare una delle forme entro cui si inquadrano gli obblighi che gravano sul venditore e che, pur con alcune differenze, possono rinvenirsi nelle diverse discipline sulla

---

<sup>2</sup> In effetti la legge 23/2003 del 10 luglio delle garanzie dei beni di consumo ha attuato la Direttiva 1999/44/CE su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo, approvata il 25 maggio 1999 dal Parlamento Europeo e dal Consiglio dell'Unione Europea.

<sup>3</sup> In questo senso, REYES LÓPEZ, *La Ley de garantías en la venta de bienes de consumo*, in *AC*, 2004, p. 1009, sostiene che, «*cómo a instancias de Directivas comunitarias promulgadas en el ámbito de protección al consumidor se está generando la necesidad de acoger, en unos casos, nuevos conceptos, ajenos a nuestro ordenamiento jurídico o en otros, de modificar los existentes, que marcan, de hecho, una tendencia hacia un modelo unitario en el ámbito del derecho contractual europeo y cuya repercusión en las relaciones de mercado está estimulando la tarea de replantear, al menos, la conveniencia de unificar el régimen de acciones en el ordenamiento jurídico cívico.*

compravendita operanti nella grande maggioranza dei paesi dell'Unione Europea. Occorre considerare, da una parte, la rilevanza rivestita dall'unificazione delle azioni poste a favore del compratore-consumatore in caso di difetto di conformità del bene, previsione che il legislatore comunitario ha ritenuto necessaria, sia per far fronte alle esigenze di un mercato unico europeo nel quale, nell'ottica di una struttura concorrenziale improntata al principio di lealtà tra gli imprenditori, tutti i consumatori possano godere di uno standard minimo ed uniforme di diritti riconosciuti a livello europeo; e, dall'altra, come dal punto di vista dei diritti interni e della legislazione spagnola le soluzioni adottate per recepire la Direttiva sulla vendita dei beni di consumo, oggi incorporata nella legislazione interna, si mostravano distanti e, in alcuni casi, sono allo stato ancora lontane dal perseguire quell'obiettivo di chiarezza e di efficienza che dall'inizio del secolo hanno contrassegnato lo sviluppo tecnologico nel campo dell'informatica e della globalizzazione. D'altra parte, le innovazioni che si annoverano si riferiscono alle caratteristiche ed alle condizioni dei beni venduti che devono essere conformi alle caratteristiche concordate dalle parti sul piano contrattuale; disposizioni che si riflettono sul contenuto delle obbligazioni del venditore in materia di vendite ai consumatori.

In questo senso, come afferma Genovese<sup>4</sup>, le regole introdotte nel testo comunitario tendono a incidere in modo decisivo e sostanziale sull'attività dell'impresa, alla quale viene imposta una riconsiderazione sistematica e coerente dei propri comportamenti, vale a dire, in relazione sia alle informazioni contenute nella pubblicità e nelle offerte promozionali, sia alle garanzie e ai servizi di assistenza alla clientela, nonché alla responsabilità del produttore e, più in generale, alla sicurezza del prodotto.

In effetti, i due profili menzionati sono i più rilevanti sul piano del loro inquadramento, in relazione all'ordinamento giuridico spagnolo, in particolare per le peculiarità che sono state introdotte con riferimento alla disciplina di protezione del compratore, nella compravendita di beni di consumo; nonché per la base dogmatica utilizzata che, come si vedrà, non coincide con l'articolato del codice civile spagnolo. Tale impostazione dogmatica riflet-

---

<sup>4</sup> GENOVESE, *Le garanzie dei beni di consumo, la direttiva 99/94/CE ed il diritto spagnolo*, in *Contr. impr./Eur.*, 2002, p. 1104.

te, come dice Morales Moreno<sup>5</sup>, una particolare modalità di intendere il rapporto contrattuale, di considerare l'inadempimento contrattuale e il sistema di rimedi approntato dalla normativa comunitaria, che si differenzia dal sistema tradizionale utilizzato nei codici civili continentali. Il testo comunitario, come fa notare Marín López<sup>6</sup>, ha cercato di migliorare il funzionamento del mercato interno e garantire un alto livello di protezione al consumatore, riconoscendo espressamente a quest'ultimo una serie di diritti. La Direttiva, è stata recepita nei diversi Stati con un intento di armonizzazione, pur se non è stato perseguito quel livello di uniformità che si auspicava a livello normativo; determinando, nella sua recezione, alcuni problemi particolari, che non si sono presentati rispetto ad altre Direttive comunitarie, non solo nell'ordinamento giuridico spagnolo, ma anche negli altri Stati continentali. E in questo contesto, dobbiamo porre in evidenza come la normativa comunitaria sulla vendita dei beni di consumo, determina un'importante conseguenza nella misura in cui comporta un superamento chiaro delle differenze che i diversi sistemi di *civil law* manifestano, in specie nella nota distinzione tra il sistema delle garanzie e l'inadempimento contrattuale.

Il recepimento della Direttiva 1999/44/CE può essere letto da due punti di vista differenti; l'uno mediante una recezione che opera senza l'apporto di alcuna revisione, mediante l'introduzione con legge speciale o con novella del codice civile, imponendosi come eccezione al regime della compravendita ai consumatori, l'altro, in modo più profondo, mediante una riforma della disciplina sulla compravendita, già regolata nel Codice Civile, adattandola all'impianto dogmatico della disciplina comunitaria<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> MORALES MORENO, *La adaptación del Código Civil al Derecho Europeo: la compraventa*, in ADC, 2003, IV, p. 1609 ss.

<sup>6</sup> MARÍN LÓPEZ, *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, coordinador Bercovitz Rodríguez-Cano, Aranzadi, 2009, p. 1406, secondo cui esistono tre motivi per cui non si è addivenuti all'uniformità legislativa: a) la libertà che la direttiva conferisce agli Stati membri su questioni specifiche, quando si tratta di recepimento; b) la mancata disciplina di talune questioni, o l'uso di concetti giuridici indeterminati, c) la possibilità che gli Stati membri hanno di adottare disposizioni più severe delle direttive in modo da aumentare il livello di tutela dei consumatori.

<sup>7</sup> MARÍN LÓPEZ, *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, cit., p. 1407, è incline a modificare le norme del codice civile, affermando che la prassi ha dimostrato che il regime di consolidamento previsto nel codice civile è reso inapplicabile da parte dei giudici. Per questo la riforma risulta imprescindibile. Dovrebbe essere modificato, quindi, il principio di conformità dei beni al contratto ed i rimedi che l'acquirente ha nei confronti del venditore in caso di mancanza di conformità. Questo schema si applicherà a qualsiasi contratto di vendita, indipendentemente dal fatto che l'acquirente sia o no consumatore.

L'attuazione nel nostro ordinamento della Direttiva 1999/44/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 maggio del 1999, su determinati aspetti della vendita e della garanzia sui beni di consumo è stata posta in essere mediante una legge speciale, la Legge 23/2003 del 10 luglio, successivamente rifluita nel *Texto Refundido de la Ley General per la Defensa dei Consumatori e degli Utenti* e altre leggi complementari (*Real Decreto legislativo 1/2007*, del 16 novembre), il cui contenuto si va ad aggiungere alle norme preesistenti presenti nel Codice Civile spagnolo, originando alcune confusioni sulle opzioni normative poste a tutela dei consumatori, cui è necessario garantire un elevato livello di tutela.

Limitarsi a recepire la sola Direttiva, senza realizzare modificazioni nella regolamentazione del codice civile, se da una parte ha determinato l'osservanza degli obblighi imposti a livello europeo, dall'altra, ha prodotto un "*cumplimiento a medias*"; da qui si è prodotta una situazione anomala all'interno della legislazione spagnola, la produzione di un regime speciale, relativo alla disciplina normativa sulla vendita ai consumatori che, in buona misura, difetta di una giustificazione, tenuto conto che essa non è fondata sull'esigenza di garantire un livello più elevato di protezione ai consumatori rispetto al compratore, bensì essa è norma speciale, in cui occorre considerare sia il momento della consegna del bene difettoso, sia la conseguente responsabilità derivante dallo stesso, imperniato su un sistema dogmatico differente rispetto alla previsione generale del Codice Civile spagnolo, ove si considera regime speciale, quello che in realtà non dovrebbe esserlo. L'esistenza di una disciplina speciale pone un problema importante, ove si manifesta l'antinomia tra regime generale e regime speciale e, pertanto, l'impossibilità di applicazione dello stesso<sup>8</sup>.

La questione segnalata non è riferibile esclusivamente al nostro Paese, ma ha rappresentato questione problematica e dibattuta in diversi Paesi. La seconda opzione, a nostro modo di vedere, appare essere la più auspicabile e corretta, anche nell'ottica di promuovere un vero processo di modernizzazione del diritto delle obbligazioni; scelta già effettuata nel diritto tedesco e, sebbene con diversità di accenti, in Italia, dove la disciplina sulla vendita

---

<sup>8</sup> CAPILLI, *L'attuazione della direttiva n. 99/44/CE: il modello francese e il modello spagnolo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 166, dove sostiene che il legislatore spagnolo ha optato per l'approvazione di una legge speciale, con ciò aumentando la dispersione normativa che caratterizza il diritto dei consumatori in Spagna e non coordinando il suo contenuto con il regime del codice civile e della legislazione dei consumatori; e dopo dice che il codice civile, infatti, disciplina agli artt. 1484 ss. il regime tradizionale del *saneamiento por vicios ocultos* applicabile alle compravendite che non rientrano nel campo di applicazione della LGDC per le vendite tra professionisti e consumatori aventi ad oggetto beni mobili destinati al consumo.

dei beni di consumo dapprima è stata introdotta nel codice civile, ove, tuttavia, non si è operata una revisione del regime dei vizi occulti *ex art. 1490 ss. c.c.* La disciplina ha introdotto un nuovo paragrafo 1-bis, sotto la rubrica “*Della vendita dei beni di consumo*” che comprende otto nuovi articoli, ma non è stata estesa al suddetto regime speciale della compravendita in generale<sup>9</sup>. Successivamente la normativa è stata trasferita nel nuovo codice del consumo, emanato a seguito del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, agli artt. 128-135.

In tal guisa, pertanto, essendo la compravendita il modello contrattuale più diffuso nel sistema delle relazioni giuridiche, sia sul piano quantitativo che qualitativo, le esigenze di razionalizzazione sono state ritenute preponderanti rispetto ai profili della regolamentazione, attraverso la scelta di adottare una normativa unitaria, che si presenta come lo strumento più idoneo che, senza dubbio, comporterà un miglior funzionamento del mercato nazionale e internazionale. Il legislatore spagnolo non ha colto l'occasione per operare una riforma che comportasse una revisione integrale della normativa con conseguente introduzione nel Codice Civile, preferendo optare per una scelta, *extra codicem*, introducendo la disciplina comunitaria nel *Real Decreto Legislativo 1/2007*. Tuttavia non sono mancate critiche da parte della dottrina e della giurisprudenza spagnola, tenuto conto che il legislatore ha avuto il tempo per effettuare una riforma coerente e moderna del sistema delle garanzie della cosa venduta, fondata su un regime uniforme, volto a garantire una semplificazione del sistema delle garanzie mediante l'adozione di un generale obbligo di consegnare beni conformi al contratto applicabile non solo alla vendita dei beni di consumo, ma al regime delle vendite in generale.

## 2. *La genesi del concetto di conformità*

La legge 23/2003 di attuazione della Direttiva 1999/44/CE alla quale fa riferimento, e ora gli artt. 114 ss. del *Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (successivamente TRLGDCU), stabilisce un regime di responsabilità contrattuale

---

<sup>9</sup> DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore. L'ordinamento italiano e la direttiva 99/44/CE sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo*, Padova, 2000, p. 270. Dobbiamo sottolineare che il legislatore italiano non ha specificato i tipi di anomalie contrattuali devono reputarsi come "mancanza di conformità", cioè la dottrina italiana, incluso l'autore citato, comprende qualsiasi tipo di difetto che presenta il bene, ivi compresa la consegna di cose di qualità, anche i casi di *aliud pro alio*, superando la distinzione tra tali vizi e quelli che ricevono lo trattamento giuridico (ZACCARIA-DE CRISTOFARO, *La vendita dei beni di consumo*, Padova, 2002, p. 39).

del venditore in caso di consegna di un bene non conforme. L'introduzione di questa nuova forma di responsabilità in caso di mancanza di conformità impone, come vedremo successivamente, di chiarire la differenza tra la garanzia legale e la garanzia commerciale. La prima è strettamente connessa al contratto di compravendita come conseguenza naturale dello stesso e su espressa previsione legale; ilTRLGDCU prevede un meccanismo di tutela in caso di difetto di conformità del bene venduto; la garanzia legale implica, allora, un'inadempienza rispetto all'obbligo di consegnare beni conformi, che corrisponde per il compratore ad un sistema unitario di soluzioni o rimedi. In tal senso dunque, l'assenza di conformità è una manifestazione concreta dell'inadempimento contrattuale, che dà luogo all'applicazione di un sistema generale di rimedi connessi all'inadempimento e alla natura dell'obbligazione inadempita.

Questo modello normativo, che ricalca la Direttiva comunitaria e recepito nel diritto spagnolo, trae ispirazione dalla disciplina del diritto uniforme sulla vendita delle merci; nonché dalla Legge uniforme sulla vendita internazionale di cose mobili del 1964 (LUVI), e dalla Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di merci del 1980 (CV), che introducono il principio dell'obbligo, incombente sul venditore, di consegnare beni conformi al contratto. La Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di merci, come vedremo, prevede una disciplina unitaria nelle ipotesi che si discostano dalle regole contrattuali, autorizzando il ricorso ai rimedi previsti in caso di inadempimento, con totale indipendenza rispetto al giudizio sulla responsabilità del debitore della prestazione.

Ciò nonostante, se si considera il punto di vista prima evidenziato, si registra un concetto di conformità nell'*Uniform Commercial code* degli Stati Uniti (UCC); con una sostanziale identità rispetto alle citate norme di Diritto Uniforme, che Bonell<sup>10</sup> chiama "concepción subyacente", in tale guisa l'*Uniform Commercial code* rappresenta il punto di partenza per comprendere il vero limite del principio di conformità, tuttavia, questo implica un concetto di contratto differente, almeno in parte, il quale è comune nella legislazione continentale dove viene integrato nel *civil law*, imponendosi, almeno, mediante un espresso richiamo.

---

<sup>10</sup> BONELL, *La Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale: origini, scelte e principi fondamentali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, p. 128.

### 3. *La conformità nell'Uniform Commercial Code*

La responsabilità principale incombente su tutti i venditori è quella di consegnare (*deliver*) la cosa venduta, e per realizzarlo in forma adeguata il venditore deve effettuare correttamente la consegna (*proper deliver*), vale a dire deve osservare il principio di conformità dei beni in quanto stabilito nel contratto (*conform to the contract*). Il concetto di conformità viene definito nel Titolo II (s. 2-106) quando si prevede che i beni per essere considerati conformi al contratto devono osservare gli obblighi derivanti dal contratto.

Come si evince dal testo giuridico, la conformità sembra un concetto in bianco che si deve riempire attingendo agli obblighi che sorgono dal contratto per il venditore. Tali obblighi implicano i diversi tipi di stipulazione (*term*) previsti nel contratto che si riferiscono alla consegna del bene (modo, tempo e luogo), o ai beni in sé (condizioni, qualità e caratteristiche dell'oggetto venduto), o a qualunque difformità rispetto alle previsioni contrattuali che costituiscono un indice di non conformità e, pertanto, un'inadempienza contrattuale (*breach of contract*), di fronte alla quale il compratore può reagire attraverso un unico complesso di azioni (*remedies*).

Così, per quanto detto finora, l'importanza del concetto di conformità, che parte dal diritto nord-americano e che è stato recepito dalla normativa comunitaria, non proviene tanto dall'originalità del suo contenuto, bensì, principalmente, dal carattere unitario del regime giuridico adottato in caso di inadempimento degli obblighi del venditore. Analogamente, c'è da segnalare, da un lato, che nel sistema contrattuale dei paesi anglosassoni, ove si fa riferimento al regime dell'inadempimento, non si fa nessuna differenza tra la vendita della cosa generica e quella della cosa specifica e che, a differenza di quello che si prevede, a livello normativo, nei sistemi continentali, la conseguenza normale dell'inadempimento consiste nel diritto a pretendere il risarcimento dei danni e del pregiudizio subito, nonché si prevede, in maniera eccezionale, la possibilità del risarcimento in forma specifica<sup>11</sup>; il com-

---

<sup>11</sup> Sulla limitata utilizzazione della *specific performance* Whincup precisa: «courts do not see themselves as competent to compel contracting parties to carry out contracts they have repudiated and que, in the commercial context damages are usually an adequate substitute for performance of the contract. A disappointed buyer can probably find other similar goods on the market and charge the seller for the difference in price and consequential inconvenience, while conversely a disappointed seller can usually sell to someone else»; conclude che «in effect it is only when the subject matter of the contract is unique or irreplaceable, or damages impossible to calculate, that specific performance is likely to be ordered» (cfr. WHINCUP, *Sales law and product liability. A business guide*, Aldershot, 1999, p. 96).

pratore non dispone, come nel nostro panorama giuridico, né dell'azione di riparazione; né di quella di sostituzione. D'altra parte, tali ipotesi si fondano su una responsabilità oggettiva (*strict liability*), il che significa che l'inadempimento del contratto è un fatto oggettivo dovuto alla condotta dell'inadempiente. Solamente si ammette la possibilità di liberarsi dall'inadempimento e dagli obblighi derivanti da un contratto valido nel caso in cui l'esecuzione della prestazione divenga impossibile o eccessivamente onerosa (*impracticable performance*) per chi deve realizzarla, senza che detta impossibilità o eccessiva onerosità fosse prevedibile o fosse conosciuta dall'obbligato<sup>12</sup>.

Il concetto di conformità dei beni al contratto previsto nell'UCC esposto in precedenza, con le modifiche importanti che si segnaleranno, costituisce la base della normativa di diritto uniforme, nell'ottica, prima di tutto, di apportare sicurezza ed efficacia negli scambi del commercio internazionale.

#### *4. La conformità nella Convenzione di Vienna*

Il principio di conformità introdotto, in ambito europeo, con la Direttiva 1999/44/CE, recepita, successivamente, nella legislazione spagnola con la Legge 23/2003, del 10 luglio, e con il TRLGDU del 2007, trova il suo precedente nella Convenzione di Vienna del 1980 e nella precedente normativa di diritto uniforme<sup>13</sup>, normativa ampiamente ratificata dagli Stati in quanto ritenuta, nell'ambito della disciplina della compravendita internazionale, in linea con le esigenze degli scambi commerciali.

Il contenuto della materia sulla vendita dei beni di consumo che sarà oggetto di attenta disamina nel presente lavoro, è disciplinato nella 2ª Sezione del II Capitolo della Parte III della Convenzione di Vienna, pur se in contrapposizione rispetto a quanto stabilito dal te-

---

<sup>12</sup> Il termine "onerosidad excesiva" è più opportuno rispetto ad altri che inglobano la *impracticability*, categoria appartenente all'*impossibility*, dove il modello italiano può costituire un efficace esempio: la disposizione dell'art. 1467 c.c. dispone che: «Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto con gli effetti stabiliti dall'art. 1458. La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto. La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto» (sulla disposizione v. BIANCA, *Diritto Civile*, 5, *La responsabilità*, Milano, 1994, p. 384 ss.).

<sup>13</sup> In effetti, la disciplina della conformità proviene dalla Convenzione di Vienna sulla vendita di beni mobili del 1980 nonché dalla Convenzione dell'Aja del 1964.

sto precedente<sup>14</sup>, in quanto la mancanza di conformità, anche se rientrante nell'obbligazione di consegna, che in ossequio all'art. 35 stabilisce che il venditore è obbligato a consegnare la merce in modo conforme a quanto stipulato nel contratto, non equivale alla mancata consegna del bene. La mancanza di conformità è regolata nella 2<sup>a</sup> sezione e quella di consegna nella 1<sup>a</sup> sezione del capitolo dedicato alle obbligazioni del venditore. Senza dubbio, le differenze del regime giuridico tra le due fattispecie sono di scarso rilievo e sono giustificate proprio dalla differente tipologia di condotta: la mancata consegna del bene non richiede la denuncia del compratore, né, pertanto, è sottoposta a termini di scadenza per esercitarla, e inoltre, esiste la possibilità di risolvere il contratto in qualunque caso purché ricorra un'ipotesi di inadempimento essenziale; così, come segnala Morales Moreno<sup>15</sup>, salvo questa minima distinzione, la Convenzione di Vienna segue fedelmente il modello disegnato dalla LUVI, nel senso che la Convenzione di Vienna regola uno stesso regime giuridico di inadempimento contrattuale per tutti i difetti materiali da cui possa essere affetto il bene consegnato nell'ambito di un contratto di compravendita internazionale.

L'obbligazione di conformità obbliga il venditore a consegnare i beni *la cui quantità, qualità e genere corrispondono a quelli previsti dal contratto, e il cui imballaggio e confezione corrispondono a quelli previsti dal contratto*<sup>16</sup>. In questa definizione di carattere ampio sono ricompresi tutti i difetti materiali da cui può essere affetto un bene, inclusi quelli di minore importanza, eccezione che si prevedeva nella LUVI<sup>17</sup>. Resta un interrogativo legato alla questione della sussistenza, o meno, rispetto alla nozione omnicomprensiva di difetto di conformità del bene, dell'ipotesi dell'*aliud pro alio*, al quale faceva riferimento la normativa dell'Aja, e, dunque, se tale fattispecie possa ritenersi ricompresa nella categoria dei difetti di conformità, o invece considerarsi come un caso di mancanza totale di consegna; in ambedue le ipotesi, la nota distintiva sarebbe comunque di scarsa rilevanza: permettere al compratore di esimersi

---

<sup>14</sup> La legge uniforme sulla vendita internazionale dei beni mobili corporali approvata nella Conferenza dell'Aja del 1964 (LUVI).

<sup>15</sup> Cfr. MORALES MORENO, *Comentario del artículo 35 de la CV*, in DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Madrid, 1998, p. 288.

<sup>16</sup> Art. 35 Conv. Vienna 1980.

<sup>17</sup> Tuttavia, NEUMAYER, *Convention de Vienne sur les Contrats internationale de vente de marchandises. Commentaire*, Lonsanna, 1993, p. 272, sottolinea come questi piccoli difetti potrebbero essere esclusi dal mancato rispetto, quando in condizioni di utilizzo e di buona fede (art. 7,1 e 9 CV) non dovrebbero essere presi in considerazione da parte dell'acquirente.

dall'onere di denunciare l'inadempimento ed esercitare le azioni previste a suo favore senza essere soggetto all'osservanza del termine di due anni del quale fa menzione l'art. 39.2<sup>18</sup>.

Analogamente si stabilisce un regime di responsabilità contrattuale oggettivo; la responsabilità che genera la mancanza di conformità è indipendente dall'imputabilità della condotta posta in essere dal venditore. Il venditore che risulti inadempiente rispetto al risultato stabilito contrattualmente e legalmente previsto, è responsabile, non potendo andare esente da responsabilità provando di aver adottato una condotta diligente e attenta; in questo modo, sul modello del sistema anglosassone, il contratto si inquadra come un meccanismo di riparto dei rischi tra due soggetti che realizzano una relazione di natura economica, e non come la fonte di doveri di comportamento di cui la parte che risulti inadempiente risponde<sup>19</sup>.

5.a. *Configurazione di conformità nel TRLGDCU. Delimitazioni concettuali e il requisito della preesistenza*

Il TRLGDCU stabilisce un regime di responsabilità contrattuale del venditore per la mancanza di conformità che si manifesti nel bene venduto. Questa garanzia legale sorge proprio dal contratto di compravendita, come effetto dello stesso e opera *ex lege*. Per questo possiamo dire che il principio di conformità del bene al contratto costituisce il fulcro attorno a cui ruota l'intero sistema delle garanzie nella vendita di beni di consumo<sup>20</sup>.

Il principio di conformità nella sua disciplina attuale, impone al venditore di consegnare al consumatore ed utilizzatore prodotti che siano conformi al contratto, rispondendo per qualsiasi ipotesi di mancanza di conformità che esista al momento della consegna (art. 114). Si intende, salvo prova contraria, che un prodotto è conforme al contratto quando

---

<sup>18</sup> BIN, *La non conformità dei beni nella Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, p. 756-760; conforme, DE LA IGLESIA MONJE, *El principio de conformidad del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, Madrid, 2002, p. 61, quando dice che all'interno delle anomalie qualitative o irregolarità dei beni che producono una futura carenza di conformità nel soggetto ricevente si include la consegna della cosa per un'altra, questo è ciò che intendiamo nel nostro ordine come *aliud pro alio*.

<sup>19</sup> In questo senso, SALVADOR CODERCH, *Comentario del artículo 79 de la CV*, in DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, *La compraventa internacional de mercaderías*, cit., 637.

<sup>20</sup> Questo principio è stato sancito nel nostro ordinamento come regola di cui all'art. 12,1 della Ley de Ordenación del Comercio Minorista, secondo cui il venditore dei beni è responsabile della mancata conformità degli stessi con il contratto di vendita, nei termini definiti dalla legge vigente.

abbia tutti i requisiti richiesti, a meno che, per le circostanze del caso specifico, alcuni di questi non risultino applicabili (art. 116).

Perciò, se partiamo dalla considerazione che la conformità del bene al contratto non è altro che la corrispondenza con l'oggetto e le caratteristiche stabilite sul piano contrattuale e quello effettivamente consegnato dal venditore, ciò implica l'identificazione con un concetto ampio di conformità da identificarsi con l'esatto adempimento del contratto. In definitiva, parafrasando Avilés<sup>21</sup>, la conformità non è altro che l'adeguamento materiale del bene consegnato dal venditore alle esigenze e ai criteri di interpretazione stabiliti dal TRLGDCU, ma anche alle proprie esigenze rappresentate dalla volontà delle parti e divise nel contratto<sup>22</sup>.

Per questo, l'introduzione del principio di conformità del bene al contratto da parte del legislatore spagnolo fa propendere l'inquadramento della fattispecie verso il modello anglosassone, mediante una nozione ampia di inadempimento del venditore, determinando, così, il venir meno della nozione di "vizi occulti", con la conseguente adozione di un regime specifico di inadempimento, che si traduce in un sistema unitario di diritti posti a favore del compratore in caso di mancanza di conformità del bene<sup>23</sup>.

Dunque, in relazione ai diritti che sono riconosciuti al consumatore con la garanzia legale, occorre sottolineare che il TRLGDCU stabilisce la nullità della rinuncia preventiva ai diritti che tale norma riconosce ai consumatori (art. 10). Si tratta di una previsione che si

---

<sup>21</sup> AVILES GARCIA, *Problemas que plantea la incorporación y aplicación de la Directiva 1999/44 sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo*, in *AC*, 2000, p. 1189.

<sup>22</sup> GENOVESE, *Le garanzie dei beni di consumo, la direttiva 99/94/CE ed il diritto spagnolo*, cit., p. 1109, conferma questo concetto ampio quando segnala che la conformità dei beni deriva non soltanto dalla conformità alle determinazioni contrattuali, «comunque ricostruibili per via di interpretazione e quindi comprensive pure di quelle definibili come implicite», ma anche da quella ad alcuni criteri legali enunciati in termini positivi dalla direttiva. Essi sono diretti a imporre la idoneità del bene all'uso normale, ovvero all'uso «particolare voluto dal consumatore»; la conformità alla descrizione fatta del venditore, anche mediante campioni o modelli presentati al compratore per indurlo all'acquisto; la sussistenza di qualità e presentazioni che il consumatore può ragionevolmente attendersi, «tenuto conto della natura del bene» e delle dichiarazioni pubbliche del venditore, del produttore o del suo rappresentante (pubblicità, etichettatura).

<sup>23</sup> V. MARÍN LÓPEZ, *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, cit., p. 1141. Nella dottrina italiana, in particolare si veda MANTOVANI, *La vendita dei beni di consumo*, cit., p. 25, scrive che il fulcro della Direttiva sulla vendita dei beni di consumo si fonda sull'elaborazione di una nozione di conformità al contratto che riconduce all'unitario schema dell'inadempimento le varie ipotesi di inesatta esecuzione del contratto da parte del venditore. La soluzione adottata dalla normativa comunitaria legittima il consumatore ad esperire i medesimi rimedi a prescindere dal tipo di inesatta esecuzione della prestazione.

traduce nella nullità di tutte quelle tipologie di rinunce preventive ai diritti che la normativa spagnola riconosce ai consumatori, vale a dire alla rinuncia che si realizza anteriormente alla acquisizione di tali diritti da parte del consumatore. Si sanziona, pertanto, con la nullità il negozio giuridico che pretende di escludere l'operatività delle norme poste a protezione dei consumatori.

In questo modo, si conferisce natura imperativa alle norme in materia di diritti del consumatore, collocandosi al di fuori della logica fondata sull'autonomia contrattuale, presupposto necessario affinché tale disciplina si traduca in uno strumento adeguato di protezione del consumatore<sup>24</sup>. Attualmente, vi sono alcune previsioni che concorrono ad integrare la nozione di ordine pubblico, che l'articolo 6.2 del codice civile spagnolo sancisce come una barriera insuperabile in caso di rinuncia preventiva. La nullità, in ossequio all'inquadramento dottrinario prevalente<sup>25</sup>, sarà di carattere parziale, e si applicherà solo ed esclusivamente alla dichiarazione di volontà con la quale si rinuncia, con carattere preventivo, al diritto, non estendendosi a tutto il negozio giuridico nel quale questa si inserisce. Inoltre, una volta espunta la clausola, il negozio verrà integrato, *ope legis*, con il diritto che al consumatore riconosce la norma imperativa, la cui applicazione si è tentato di eludere.

Inoltre, in ossequio alla previsione di cui all'art. 114 TRLGDCU, affinché il venditore sia ritenuto responsabile della mancanza di conformità del bene, è necessario, come espressamente previsto dalla Direttiva comunitaria, che essa ricorra al momento della consegna del bene. La preesistenza della non conformità del bene integra il presupposto, anche se non esclusivo, affinché il venditore sia ritenuto responsabile nei confronti del consumatore, presupposto che è riconosciuto dalla maggior parte delle legislazioni continentali, così come, il codice del consumo italiano, ai sensi dell'art. 130 espressamente dispone che il venditore è responsabile nei confronti del consumatore per qualsiasi difetto di conformità esistente al momento della consegna del bene<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> MANTOVANI, *La vendita dei beni di consumo*, cit., p. 22 osserva che con la Direttiva 1999/44/CE il legislatore comunitario interviene, dopo un lungo dibattito, sulla vendita dei beni di consumo ed il sistema delle garanzie, stabilendo l'imperatività della relativa disciplina, mediante l'espressa previsione della non vincolatività di clausole limitative dei diritti dei consumatori.

<sup>25</sup> Cfr. PEÑA LOPEZ, *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Aranzadi, 2009, pp. 138-140.

<sup>26</sup> Si veda AMADIO, *Art. 1519-quater, 1°, 2°, 3°, 4°, 5° e 6° comma*, in *Commentario sulla vendita dei beni di consumo*, a cura di S. Patti, Milano, 2004, p. 198, secondo cui può dirsi che unico presupposto oggettivo per l'esperibilità dei

Nonostante ciò, né il testo comunitario né la legislazione spagnola, esigono che la mancanza di conformità si manifesti precedentemente alla consegna del prodotto. E' sufficiente che le cause che determinano il difetto di conformità del bene esistano e si manifestino in un momento successivo e comunque entro il periodo di durata biennale della garanzia legale<sup>27</sup>. La finalità di questo precetto è evidente, si tratta di far gravare sul venditore quei difetti che siano strettamente connessi all'esercizio della sua attività, in particolare la mancanza di conformità, che si siano verificate quando il prodotto si trovava sotto la sua sfera di controllo, anche se il prodotto non sia stato consegnato. Tuttavia, non può essere imputata al venditore una responsabilità che si riferisca a vizi o difetti del bene che esulano, poiché verificatisi successivamente alla consegna del bene, dalla sua sfera di vigilanza.

Per quello che riguarda il momento in cui si considera perfezionata la consegna del bene, il TRLGDCU non fornisce una disciplina precisa. La dottrina spagnola tende a ritenere, in ossequio ad un criterio di ragionevolezza ed ispirandosi ai contenuti della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di merci, che la consegna debba avvenire in maniera effettiva<sup>28</sup>, giacché solo così l'acquirente può visionare il bene e comprovare che sia esente da qualsiasi difetto o anomalia, che possa integrare una mancanza di conformità.

Una questione collegata al momento della consegna e alla nozione di conformità che si valuta al momento della *traditio* del bene, è il problema del passaggio del rischio dal venditore al compratore, in particolare volto a determinare quale, fra i soggetti agenti, venditore/acquirente, debba sopportare il carico della perdita o dei vizi del bene, fino al limite del caso fortuito. Quando l'oggetto risulti affetto da vizi che si siano verificati successivamente alla consegna del bene al consumatore è chiaro che, salva l'ipotesi, di natura presuntiva, di

---

rimedi volti al ripristino è la presenza di un difetto di conformità rilevante (alla luce dei parametri stabiliti dall'art. 1519-ter cc.) al momento della consegna materiale del bene.

<sup>27</sup> In questo senso osserva DE FRANCESCHI, *La sostituzione del bene «non conforme» al contratto di vendita*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, p. 578 s., nota 58: «pensiamo, ad esempio, all'ipotesi in cui il consumatore acquisti un televisore al fine di installarlo nella casa di abitazione in cui si trasferirà solo due mesi dopo e che nel periodo intercorrente tra l'acquisto e la prima utilizzazione del bene, solo in seguito alla quale scoprirà l'esistenza del vizio, il bene sia rimasto inutilizzato nel suo imballaggio originario. In tale ipotesi, far sorgere a carico del compratore l'obbligo di corrispondere al professionista un'indennità equivarrebbe ad imporgli il pagamento di un canone di noleggio».

<sup>28</sup> Cfr. AVILES GARCIA, *Problemas que plantea la incorporación y aplicación de la Directiva 1999/44 sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo*, cit., p. 1189; DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore. L'ordinamento italiano e la direttiva 99/44/CE sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo*, cit., p. 163.

un difetto originario, la responsabilità debba ricadere sul consumatore. Allo stesso modo, quando il difetto del bene si verifica prima della consegna e non è dovuto a caso fortuito, ma ad una condotta negligente o dolosa, il venditore sarà ritenuto responsabile. Il caso che determina maggiore incertezza opera quando i difetti si verificano tra il momento della conclusione del contratto e la consegna del bene.

Sotto questo profilo, il codice civile spagnolo, fondato sul principio, di matrice romanistica, *res perit domino*, accoglie quale regola generale del contratto di compravendita quella che pone a carico dell'acquirente la responsabilità per il pericolo del verificarsi di vizi o difetti del bene al momento in cui si perfeziona il contratto di vendita, attribuendo di conseguenza al compratore il *periculum* e il *commodum* della cosa comprata dal momento del perfezionamento del contratto e si manifesta il consenso delle parti, salva l'ipotesi di colpa o dolo del venditore. Tale regola risulta essere, come si può notare, molto differente da quella prevista dall'art. 114 TRLGDCU, in ossequio al quale il compratore deve sopportare il rischio del verificarsi di vizi o difetti del bene solo dal momento della sua consegna e non dal perfezionamento del contratto. In tal guisa è il venditore il soggetto su cui incombe il rischio del verificarsi di possibili difetti dei prodotti con il trasporto dei beni venduti e non il consumatore. Questa modifica introdotta dalle norme che integrano il diritto dei consumatori sembra, tuttavia, avere rilevanza più sul piano teorico che pratico, giacché molte volte proprio il venditore assume il rischio connesso al trasporto del bene, salva l'ipotesi in cui il perfezionamento del contratto di compravendita e la consegna del bene sono realizzate in maniera simultanea.

Una simile modifica avvenuta nel diritto italiano con la disciplina prescritta nell'art. 129 cod. cons. prevede, da parte del venditore, l'obbligo di consegnare al consumatore, non la cosa venduta, ma beni conformi al contratto<sup>29</sup>, e, come osserva Mantovani, la centralità della consegna, come termine di riferimento logico e cronologico del giudizio di conformità, attenua il rilievo del pregresso perfezionarsi della fattispecie traslativa<sup>30</sup>. Da qui si avverte il mutamento di prospettiva, in quanto la qualificazione dell'impegno del venditore in ordine alla consegna di beni conformi cessa di rappresentare un problema: il venditore è tenuto

---

<sup>29</sup> AMADIO, *Proprietà e consegna nella vendita dei beni di consumo*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 139.

<sup>30</sup> Cfr. MANTOVANI, *La vendita dei beni di consumo*, cit., p. 255.

a garantire che la vendita faccia conseguire al consumatore la disponibilità materiale di un bene conforme alle sue aspettative<sup>31</sup>, spostandosi l'accento sulla realizzazione della funzione concreta dello scambio<sup>32</sup>.

5.b. *La sussistenza della gravità del difetto nella mancanza di conformità del bene*

Come segnala Marín López<sup>33</sup>, uno dei requisiti che si richiedono affinché il venditore risponda dei vizi occulti del bene è la gravità del difetto. Il codice civile spagnolo nella disposizione dell'art. 1484 prevede, espressamente, che ricorre tale elemento, allorché sussistano difetti nel bene che abbiano un'entità tale da rendere il bene non idoneo ad assolvere la funzione cui è destinato o tale da ridurne, in modo apprezzabile, l'utilizzo, tanto che se il compratore lo avesse saputo o non avrebbe acquistato il bene o lo avrebbe comprato ad un prezzo minore.

Diversamente, nella normativa sulla vendita dei beni di consumo, il TRLGDCU, non esige, ai fini dell'operatività della garanzia legale, alcun requisito di gravità del difetto, proprio al fine di non far dipendere il sorgere di una responsabilità del venditore, sulla base della gravità della difetto di conformità, anzi la disciplina comunitaria, al contrario, espressamente prevede che il venditore dovrà rispondere di qualsiasi difetto di conformità.

Tale opzione normativa, come fa notare Marín López, si inquadra perfettamente nella normativa in tema di inadempimento prevista nel codice civile spagnolo. Il venditore risponde di qualsiasi mancanza di conformità, indipendentemente dalla sua entità; qualsiasi divergenza tra le previsioni contrattualmente stabilite e quelle realmente poste in essere implica una difformità del bene, in grado di produrre un pregiudizio per il consumatore nel suo diritto di credito e da richiedere specifiche misure di protezione e tutela legale. Tale as-

---

<sup>31</sup> BANDIERA, *Obbligazioni del venditore, (artt. 1476-1497), l'effetto traslativo*, in *Codice della vendita*, a cura di V. Buoncore e A. Luminoso, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2005, p. 350, dove osserva che il nostro sistema ha adottato il criterio della proprietà (*res perit domino*), in conseguenza del quale il rischio dell'eventuale perimento o vizio del bene grava su chi è proprietario, e l'individuazione del momento in cui si produce l'effetto traslativo è rilevante anche ai fini della regola del passaggio del rischio. Altri sistemi adottano, al contrario, il criterio della consegna in ossequio al quale viene posto a carico dell'alienatario il rischio relativo al perimento o ai vizi solo quando sia stata effettuata la *traditio* del bene.

<sup>32</sup> MONGILLO, *Il difetto di conformità nella vendita di beni di consumo*, Napoli, 2006, p. 141.

<sup>33</sup> MARÍN LÓPEZ, *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, cit., p. 1411.

setto normativo è in piena armonia con i principi sanciti in materia di corretto adempimento delle obbligazioni, riconosciuti negli artt. 1166, 1167 e 1169 del codice civile<sup>34</sup>.

Si potrebbe verificare l'ipotesi in cui esistano difetti nel bene tali da risultare insufficienti per il sorgere di una responsabilità contrattuale del venditore; ci riferiamo alla vendita di beni usati, ove, come segnala Ortí Vallejo<sup>35</sup>, il consumatore che opta per questo tipo di beni, non può pretendere che possiedano le stesse caratteristiche e qualità di un bene nuovo. In questi casi il compratore assume su di sé il rischio relativo al pregresso utilizzo del bene acquistato e non potrà esercitare, nei confronti del venditore, l'azione prevista in caso di difetto di conformità del bene, quando questi difetti non sono di particolare rilievo e siano stati causati dal pregresso utilizzo del bene.

Il TRLGDCU non fa nessun richiamo specifico a questi concetti, né tantomeno lo fa la Direttiva comunitaria, tuttavia nell'art.116.1. uno dei criteri per determinare la conformità del bene al contratto si fonda sulle qualità e le prestazioni abituali di un prodotto dello stesso genere che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi. Per questo, il modello o "genere" al quale appartengono i prodotti usati o di seconda mano, naturalmente implicano che questi beni abbiano *standards* qualitativi inferiori, in considerazione, evidentemente, del loro pregresso utilizzo; e per questo, dunque, deve esistere un margine di scarto maggiore rispetto alle difformità o anomalie che si possono presentare<sup>36</sup>.

In definitiva, la previsione normativa analizzata prevede la sussistenza della responsabilità del venditore in relazione a qualsiasi mancanza di conformità, indipendentemente dalla gravità della stessa. Tuttavia è certo che la rilevanza della gravità è presa dalla nuova normativa del consumo come parametro, in relazione sia ai diritti che il consumatore può esercitare, sia al sistema dei rimedi esperibili, in particolare la riparazione o la sostituzione del bene; sia alla possibilità di chiedere una riduzione del prezzo pagato in proporzione al minor utilizzo del bene per il prodotto acquistato. In questo senso, Genovese osserva che

---

<sup>34</sup> Il pagamento o adempimento per determinare la liberazione del debitore deve riunire certe condizioni obiettive che la dottrina sintetizza nei requisiti di identità, integralità e indivisibilità della prestazione (cfr. DE CUEVILLAS MATOZZI, *Instituciones de derecho civil patrimonial*, 4ª ed., Madrid, 2004).

<sup>35</sup> Cfr. ORTÍ VALLEJO, *Los defectos de la cosa en la compraventa civil y mercantil: el nuevo régimen jurídico de las faltas de conformidad según la Directiva 1999/44/CE*, Granada, 2002, p. 104.

<sup>36</sup> Si consideri un telefono cellulare acquistato in un negozio dell'usato, dove ha senso che la batteria avrà minore durata, o di una moto, pneumatici, pastiglie dei freni, ecc., che avranno una durata minore in conseguenza dell'usura dovuta al suo impiego precedente; cosa non dovrebbe accadere in nuovi beni.

un difetto di conformità minore non conferisce al consumatore il diritto di chiedere la risoluzione; la definizione di difetto minore è demandata alla regolamentazione dei singoli Stati ed al libero apprezzamento dei giudici<sup>37</sup>. Il *Real Decreto Legislativo* spagnolo, seguendo la norma di matrice europea, opta per tale scelta legislativa nel suo art. 8, in quanto la risoluzione contrattuale è riconosciuta come uno strumento di natura sussidiaria.

#### 5.c. *Sistema di responsabilità contrattuale c.d. oggettiva*

La normativa spagnola sulla vendita dei beni di consumo segue il solco tracciato dal testo comunitario e propende per un sistema di responsabilità contrattuale oggettivo. Questo significa che l'inadempimento dell'obbligazione di consegnare un bene conforme al contratto, da cui sorge la responsabilità del venditore, non è legato ai criteri soggettivi di imputabilità della condotta. In tal senso, il venditore risponderà nel caso in cui sussista la mancanza di conformità nel bene consegnato, indipendentemente dal fatto che abbia agito in mala fede o in modo negligente. Preminente per il consumatore è che gli siano consegnati beni conformi alle previsioni contrattuali ovvero di essere risarcito in caso di difformità del bene.

Nei confronti del venditore, dunque, non sorge una responsabilità per condotta negligente, ma tale responsabilità si fonda sulla violazione del diritto, riconosciuto al consumatore, di ricevere beni conformi a quanto stabilito sul piano contrattuale. Il venditore che ha agito in buona fede potrà dimostrare che la mancanza di conformità si è verificata per causa a lui non imputabile e potrà esercitare l'azione di ripetizione ai sensi dell'art.124.2.

In senso conforme si muove la dottrina italiana dominante secondo la quale il sistema dei rimedi relativi alla disciplina della vendita al consumatore ha natura meramente oggettiva e non è in alcun modo subordinato all'imputabilità dell'inadempimento (dell'obbligo di consegnare cose conformi) a colpa o dolo del professionista<sup>38</sup>. La facoltà di esperire uno dei mezzi di tutela, pur lasciando libero nella scelta il consumatore, trova dei correttivi e dei limiti: per la riparazione o la sostituzione del bene, nell'oggettiva impossibilità o nell'eccessiva sproporzione delle stesse, per il rimedio risolutorio, la lieve entità del difetto

<sup>37</sup> GENOVESE, *Le garanzie dei beni di consumo, la direttiva 99/94/CE ed il diritto spagnolo*, cit., p. 1113.

<sup>38</sup> V. LUMINOSO, *Riparazione o sostituzione della cosa e garanzia per vizi nella vendita dal Codice civile alla Direttiva 1999/44/CE*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 860.

di conformità<sup>39</sup>; nella normativa introdotta dagli artt. 128 ss. cod. cons., la responsabilità del professionista per inadempimento dell'obbligazione di «consegnare cose conformi al contratto», non è condizionata dal requisito della colpa: il consumatore può esercitare i diritti di cui all'art. 130 cod. cons. a prescindere dalla circostanza che il difetto fosse conosciuto o conoscibile, da parte del professionista, al momento della conclusione del contratto<sup>40</sup>.

Il modello disegnato dalla normativa in materia di vendita dei beni di consumo si avvicina al sistema di responsabilità da inadempimento contrattuale, disciplinato *ex art.* 1124 del cod. civ. spagnolo. Con riferimento all'ipotesi dell'inadempimento, quello che è veramente rilevante è determinare se la prestazione sia stata eseguita in maniera non conforme rispetto alle previsioni contrattuali, e non se tale condotta sia imputabile a titolo di dolo o colpa. Tali elementi soggettivi devono essere considerati, esclusivamente al fine di determinare il risarcimento dei danni e dei pregiudizi subiti (art. 1101 c.c. sp.).

Tuttavia si rileva come, in relazione al sistema fondato sul concetto di conformità del bene, in alcune ipotesi il comportamento del venditore può, sul piano concreto, incidere in modo significativo. Così, non sembra logico che ricorrendo una condotta dolosa da parte del venditore, da cui può determinarsi il sorgere di un'ipotesi di mancanza di conformità del bene, per esimersi da responsabilità il professionista possa sostenere che il compratore avrebbe potuto conoscere la suddetta mancanza di conformità se avesse agito in maniera diligente, in base all'art.116.3. Fa notare, inoltre, Marín López<sup>41</sup>, che la dottrina è concorde nel ritenere che, se il venditore ha agito in mala fede, il termine di prescrizione di tre anni

---

<sup>39</sup> V. FADDA, *Il contenuto della Direttiva 1999/44/CE: una panoramica*, in *Sette voci sulla Direttiva comunitaria riguardante le garanzie nella vendita dei beni di consumo*, in *Contr. Impr./Eur.*, 2000, p. 411, ove sottolinea che l'ultimo comma dell'art. 3 stabilisce che il consumatore non può chiedere la risoluzione del contratto per un difetto di conformità minore. Tale concetto può essere raffrontato con la previsione dell'art. 1455 c.c. che esclude la risoluzione quando l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra. Anche la previsione della Direttiva, infatti, potrebbe essere interpretata alla luce degli interessi delle parti e il difetto di conformità potrebbe considerarsi minore quando non assume particolare importanza per il consumatore o non incide sulla sua posizione al punto da giustificare la risoluzione del contratto.

<sup>40</sup> Cfr. MANTOVANI, *La vendita dei beni di consumo*, cit., p. 291. Nello stesso senso, FADDA, *Il risarcimento dei danni*, in *Le garanzie nella vendita dei beni di consumo*, in *Tratt. dir. comm. dir. pubbl. econ.* Galgano, XXXI, Padova, 2003, p. 441, osserva: «per quanto concerne il fondamento della responsabilità per danni la Convenzione di Vienna accoglie un sistema di responsabilità oggettiva, non assoluta ma c.d. temperata, nel senso che non è previsto alcun riferimento alla colpa della parte inadempiente, ma questa è esonerata dalla responsabilità se prova che l'inadempimento era dovuto ad un impedimento derivante da circostanze estranee alla sfera di controllo e che non era tenuta ragionevolmente a prevedere al momento della conclusione del contratto».

<sup>41</sup> Cfr. MARÍN LÓPEZ, *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, cit., p. 1419.

non decorre dalla data di consegna, ma dal momento in cui il compratore rileva la mancanza di conformità del bene.

Infine, fra le conseguenze che si producono all'esito di una condotta in mala fede adottata dal venditore, si annovera, sicuramente, l'obbligazione da cui sorge una responsabilità per i danni e i pregiudizi causati al consumatore (art. 1100 c.c. sp.).

Cadice, aprile 2013

FABIO FEDE – STEFANO TESTA BAPPENHEIM

*I partiti politici ‘antisistema’*

*Sommario:* Introduzione; I. Quadro generale: la CEDU, II. La Francia; II.1. Quadro teorico-costituzionale; II.2. Legislazione speciale; II.3. L’*iter* per lo scioglimento; III. La Germania; III.1. Quadro teorico-costituzionale; III.2. La legislazione speciale; III.3. L’*iter* per lo scioglimento; Conclusioni

*Introduzione*

Il regime di libertà che può caratterizzare uno Stato non potrebbe finire per distoglierlo dallo scopo principale d’ogni organizzazione statale: la salvaguardia della propria esistenza?

Coordinare la sicurezza dello Stato con la libertà dei cittadini, stabilire un equilibrio fra sicurezza e libertà: ecco il problema dei nostri giorni, riportato alla ribalta dal recente affermarsi elettorale, in Paesi europei a noi vicini, di partiti politici assertori d’idee ‘antisistema’, e la cui strettissima attualità è dimostrata dalla recentissima sentenza (2 BvE 11/12, del 20 marzo 2013) pronunciata dal *BVerfG*, chiamato a pronunciarsi sulla possibilità di scioglimento del partito neonazista (v. *infra*).

Vien da chiedersi, allora, “qual è la nozione e il contenuto del diritto alla sicurezza di cui ogni ordinamento si fa, esplicitamente o implicitamente, carico, anche in assenza di espresse proclamazioni costituzionali [...] quali i limiti oltre i quali non è possibile andare nell’ingerenza sui diritti fondamentali [...] Questi temi hanno un’importanza capitale perché, oltre a sottendere un interesse in sé, l’ambito e l’estensione delle ingerenze statali nella sfera dei diritti individuali dipende proprio dall’individuazione e dalla delimitazione del contenuto di questa nozione che, in altri tempi, ha trovato un riferimento riassuntivo nel concetto, generico e un po’ ambiguo, di ordine pubblico. In vero, il tema della sicurezza assu-

me contenuti di rilevanza altamente politica ed è variabilissimo in ragione delle contingenze storiche e geografiche. È concepito come presupposto laico di salvaguardia degli ordinamenti democratici ed assume una funzione prevalentemente strumentale alla salvaguardia dei valori ivi declinati. [...] Il discrimine tra libertà ed autorità diventa una questione di carattere essenzialmente pratico (politico), la cui enucleazione è demandata all'apprezzamento del legislatore statale”<sup>1</sup>.

Si deve garantire la libertà anche a chi la utilizzerà per combatterla e sopprimerla? Una democrazia deve veramente assicurare il funzionamento delle istituzioni democratiche anche per chi ne approfitterà per distruggerle ed abolirle?

D’altro canto, però, abbiamo il principio della sovranità popolare, che parrebbe venir messo in discussione laddove si trattasse d’impedire al popolo di conoscere alcune idee od alcuni programmi politici, dato ch’esso potrebbe eventualmente finire per aderirvi e per adottarli, come avrebbe forse il diritto di fare in quanto sovrano.

Se il popolo è sovrano, infatti, non potrebbe volere qualunque cosa?

Ogni cittadino ha, di conseguenza, in linea di principio il diritto di opporsi al sistema politico stabilito, e di far valere la propria opposizione: concetto, questo, diverso dal diritto di resistenza.

Tracciare i limiti ultimi di quest’opposizione, oltrepassati i quali la sicurezza dello Stato si troverebbe direttamente toccata ed effettivamente minacciata, non è semplice: “*Si la liberté se ramène forcément par le jeu des nécessités de la politique et des lois de la société à ce cadre, soyons au moins conscients que nous formulons ainsi l’invers même de la liberté. Car que signifie une liberté qui n’est pas celle de remettre en question des normes et les limites? Que signifie une liberté qui n’est pas aussi la possibilité d’être contre? Que signifie une liberté qui n’est ps reconnaissante de la liberté de l’autre, contre laquelle on se heurte et peut-être qui vous combat, et peut-être risque de détruire votre liberté? Que signifie une liberté qui est une pratique normalisée, dont les résultats sont connus d’avance? Que signifie une liberté qui ne comporte pas des risques et qui ne se heurte pas à son inverse? Que signifie une liberté qui n’est pas l’affrontement à la nécessité, et donc, dans le cadre politique, un combat contre l’ennemi de ma liberté?*”<sup>2</sup>

<sup>1</sup> G. GUIDI, *La Corte europea dei diritti dell’uomo tra libertà e autorità*, in *Percorsi costituzionali*, 2008, 1, p. 109.

<sup>2</sup> P. ESPLUGAS, *L’interdiction des partis politiques*, in *RFDC*, XXXVI, 1999, p. 677.

La società occidentale funziona, in effetti, su di un modello generale che è dato dalla diade autorità-contestazione.

Ogni società è minacciata di disgregazione, e la prima funzione del potere costituito è proprio quella d'opporsi a questa minaccia.

Se, tuttavia, questa contestazione minaccia l'ordine sociale in quanto tale, è parimenti vero che l'Occidente ha scelto di accettarla, e di utilizzarla come bilanciamento e contrappeso per il funzionamento del sistema, a condizione, però, ch'essa operi e contesti rimanendo all'interno dei principi fondamentali dello Stato stesso.

Scopo del presente lavoro è quello di analizzare, facendone sinteticamente una prima panoramica preliminare, la problematica dei partiti politici antisistema, valutando la questione di principio di sapere se i Governi in una democrazia debbano o possano lasciare che i partiti loro nemici vincano democraticamente le elezioni, pur sapendo che questi rivolgeranno subito dopo l'arma del potere contro quelli e contro la democrazia.

In altre parole: un partito alfiere di valori o principi anticostituzionali può, in una democrazia costituzionale, essere messo fuori legge?

Per cercare di dare una risposta, dunque, studieremo – accanto alla giurisprudenza della CEDU più strettamente correlata - due esperienze costituzionali, la Francia e la Germania, che si sono dovute confrontare con questo problema: il Governo di Vichy aveva sottoposto i partiti politici ad una sorveglianza molto stretta (v. legge dell'11 luglio 1941), allorché il regime nazista li aveva direttamente vietati (legge del 26 maggio 1933).

*Ante omnia, però, explicatio terminorum*: cosa si intende per partito politico?

La dottrina tedesca non ha trovato particolari difficoltà a darne una definizione<sup>3</sup>; in generale si concorda sul fatto che il concetto di partito politico si basi sui criteri dell'associazione per motivi idealistici, che possono essere: la comunità di persone che abbia affinità di vedute ed interessi al fine di conseguire uno scopo ideale condiviso da tutti,

---

<sup>3</sup> A partire da W. BURCKHARDT, *Über die Berechtigung der politischen Parteien*, in *Politisches Jahrbuch*, 1914, pp. 141 ss.; R. PETERMANN, *Die Berechtigung der politischen Partei in der Demokratie*, Bern, 1939; H. VON SENGER-ETTERLIN, *Der Parteienstaat*, Göttingen, 1952; C.F. MENDER, *Zur verfassungsrechtlichen Stellung der deutschen politischen Parteien*, Bonn, 1971; H. TRIEPEL, *Die Staatsverfassung und die politischen Parteien*, Bonn, 1989; O. KOELLREUTER, *Die politischen Parteien im modernen Staate*, Bonn, 1995; W. GREWE, *Zum Begriff der politischen Partei*, in AA.VV., *'Um Recht und Gerechtigkeit'*, Festschrift E. Kaufmann, Bonn, 2010. V. anche M. PROSPERO, *Il partito politico: teorie e modelli*, Roma, 2012; S. BONFIGLIO, *Forme di governo e partiti politici: riflessioni sull'evoluzione della dottrina costituzionalistica italiana*, Milano, 1993.

con un minimo di organizzazione tendenzialmente permanente o comunque non a priori transitoria.

Lo scopo che questa comunità di persone si prefigga, poi, ha un'ulteriore qualificazione necessaria: dev'essere 'politico'<sup>4</sup>.

La dottrina francese, dal canto suo, è quasi unanime: un partito politico è un insieme di persone che, professando una determinata dottrina politica, lavorano per la sua vittoria, cercando principalmente di conquistare il Governo dello Stato, nonché d'influenzare le decisioni degli uomini di potere.

Va sottolineato, infine, come – secondo dottrina e giurisprudenza – tanto in Germania quanto in Francia la normativa contro i partiti antisistema segua criteri sostanziali e non formali, sicché (come *expressis verbis* ribadito dalla *Parteiengesetz* tedesca e dalla legge francese n. 88-227, dell'11 marzo 1998), la forma associativa dei partiti politici non è indispensabile<sup>5</sup>, potendosi considerare tali anche gruppi e movimenti che non avessero assunto tale veste giuridica.

#### *I. Quadro generale: la CEDU*

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo, applicabile tanto in Germania quanto in Francia, ha una giurisprudenza molto rilevante in materia di diritti politici.

Riferendosi alle implicazioni della nozione di società democratica, menzionata negli artt. 8-11 della Convenzione, la Corte ha impiegato termini come “tolleranza, pluralismo, spirito d'apertura”.

In tal modo la libertà d'espressione si presenta come garante dell'esistenza d'uno spazio pubblico di libera discussione, uno spazio necessario alla libera espressione dei partiti politici.

Al contempo, inoltre, la libertà d'associazione è una delle condizioni per la partecipazione attiva alla vita democratica<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> K. LÖWENSTEIN, *Verfassungslehre*, Bonn, 2008, p. 71.

<sup>5</sup> V. M. DUVERGER, *Les partis politiques*, Paris, 1961, pp. 54 ss.; O. DUHAMEL – Y. MENY, *Dictionnaire Constitutionnel*, Paris, 1992; R. HUARD, *La naissance du parti politique en France*, Paris, 1996.

<sup>6</sup> P. WACKSMANN, *Participation, communication, pluralisme*, in *AJDA*, 1998, pp. 165 ss.

Secondo l'art. 10 della Convenzione, dunque, tutti hanno diritto alla libertà d'espressione; questo diritto comprende la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o comunicare informazioni o idee senza che vi possano essere ingerenze da parte di autorità pubbliche.

La CEDU ha chiaramente sottolineato questo concetto fin dalla sentenza *Handyside*, del 7 dicembre 1976: la possibilità per chiunque d'avere ed esprimere un'opinione anche minoritaria è una componente essenziale della società democratica, che si basa su pluralismo, tolleranza, spirito d'apertura.

Quest'orientamento, è stato confermato più volte anche dalla giurisprudenza successiva: v. la sentenza *Lingens*, dell'8 luglio 1986, la sentenza *Castells*, del 23 aprile 1992, la sentenza *Jersild*, del 23 settembre 1994, e, forse quella più importante, la sentenza *Vogt vs. Germania*, del 26 settembre 1995.

La pluralità d'opinioni individuali è la fonte stessa della libertà d'espressione, che, secondo la concezione espressa dalla Corte a partire dalla *Handyside*, vale non soltanto per le informazioni od idee accolte con favore o considerate come inoffensive od indifferenti, ma anche per quelle che irritassero, turbassero o inquietassero lo Stato od una qualunque parte di popolazione.

Quest'affermazione non varrà anche per i partiti politici?

Secondo l'art. 11 della Convenzione, infatti, tutti hanno il diritto alla libertà d'associazione, compreso il diritto di fondare, con altri, sindacati, e d'associarsi a sindacati per la difesa dei propri interessi, e quest'articolo s'applica anche ai partiti politici, come la CEDU stessa ha ribadito con estrema chiarezza nel proprio rapporto del 3 settembre 1996: basandosi su una giurisprudenza precedente già orientata in questo senso, infatti, la CEDU confermò l'applicabilità dell'art. 11 ai partiti in questi termini: "Non si potrebbe certo dedurre dall'utilizzo della parola 'sindacati' nell'art. 11 della Convenzione che gli altri tipi d'associazione siano esclusi dal suo campo d'applicazione o che la parola 'associazione' debba essere interpretata più strettamente che nel suo senso ordinario. Secondo la Commissione, perciò, l'ultima frase dell'art. 11 della Convenzione non fornisce nessun argomento per concludere che i partiti politici siano esclusi dalla portata applicativa di questa

disposizione. Nulla, inoltre, indica che gli autori della Convenzione avessero l'intenzione di sottrarre i partiti politici alla protezione dell'art. 11 della Convenzione”.

A ciò fa da contraltare, tuttavia, l'art. 17, secondo il quale “nessuna disposizione della presente Convenzione può essere interpretata come implicante per uno Stato, un gruppo od un individuo, un qualunque diritto di dedicarsi ad un'attività o di compiere un atto preordinato alla distruzione dei diritti o libertà riconosciuti nella presente Convenzione o a limitazioni più ampie di questi diritti e libertà di quelle previste dalla Convenzione stessa”: quest'articolo, infatti, ha lo scopo di proteggere l'ordine pubblico interno degli Stati contraenti.

## II. *La Francia*

### II.1. *Quadro teorico-costituzionale*

L'art. 4 della Costituzione del 1958 si rivela restrittivo, limitando il ruolo dei partiti politici a ‘concorrere all'espressione del suffragio popolare’, il che implica che la missione loro riconosciuta sia d'ordine esclusivamente elettorale.

La concezione francese della sovranità nazionale, infatti, che “proibisce ogni mandato imperativo” (art. 27), limita per forza di cose il ruolo dei partiti.

La formulazione dell'art. 4 della Costituzione francese è ben concreta: “I partiti e i gruppi politici concorrono all'espressione del suffragio. Essi si formano ed esercitano le proprie attività liberamente. Essi devono rispettare i principî della sovranità nazionale e della democrazia”.

Secondo la dottrina, perciò, la Costituzione francese dimentica il loro ruolo nella formazione dell'opinione pubblica, nella diffusione delle ideologie, nell'attività parlamentare o governativa.

Parimenti non sono prese in conto le loro attività fra i militanti nel lasso di tempo fra un'elezione e l'altra, ed il loro sistema interno nella scelta delle candidature.

Liberale, la Costituzione francese del 1958 offre ai partiti politici tutte le garanzie del diritto repubblicano e le grandi libertà pubbliche (di associazione, di riunione, di stampa, d'espressione), sicché i cittadini sono totalmente liberi d'aderire o meno ad un partito, co-

me pure questo non può vedersi imporre l'ammissione o l'esclusione d'uno dei suoi membri.

Questo limite della Costituzione è parzialmente colmato dalla legge 11 marzo 1988, che conferisce ai partiti la personalità giuridica, la capacità giuridica in sede di giudizio, la capacità d'acquistare a titolo oneroso o gratuito beni mobili ed immobili, nonché di creare ed amministrare giornali ed istituti di formazione allo scopo di svolgere le loro missioni.

I partiti politici non sono dunque obbligati di assumere la veste di associazione per avere un'esistenza giuridica e svolgere le loro attività.

Per Rousseau, *ad ex.*, la volontà generale non può in nessun caso prendere una cattiva strada: animato da buone intenzioni, il popolo non può in effetti agire che nello scopo dell'interesse generale.

Per questo motivo la minoranza raggiunge la maggioranza, entrambe essendo alla ricerca del bene comune.

Affinché questo sistema funzioni, e la volontà generale prevalga, è necessario eliminare tutti i corpi intermedi, che sono altrettanti filtri fra il popolo e la sovranità.

Rousseau, difatti, si oppone all'esistenza di partiti politici, i quali possono solo falsare il sistema<sup>7</sup>.

La rivoluzione del 1789 aveva vietato ordini e corporazioni fra cittadini dello stesso stato e professione; la dichiarazione dei diritti dell'uomo ignora il diritto d'associazione; il codice penale del 1810 reprime i '*rassemblements*' politici e religiosi non autorizzati, erano tollerate solo '*sociétés populaires*' ed i '*clubs*' politici informali<sup>8</sup>.

Questa prima tappa democratica volle *in primis* assicurare le libertà individuali e stabilire il predominio dello Stato con la volontà della maggioranza, quand'anche questa fosse nata dalla forza e dal terrore.

Sull'altro piatto della bilancia troviamo l'estremismo politico dei partiti, definibile vuoi sulla base dello scopo estremista del partito, vuoi sulla base dei mezzi estremisti usati nella sua attività politica e dalla sua organizzazione interna non democratica<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> J.J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, II, 3; M. OSTROGORSKI, *La démocratie et les partis politiques*, Paris, 1979.

<sup>8</sup> R. HUARD, *La naissance du parti politique en France*, Paris, 1996, pp. 350 ss.

<sup>9</sup> F. HARTWEG, *Le système des partis*, in *Pouvoirs*, n. 22, 1982; M. MORABITO – D. BOURMAUD, *Histoire constitutionnelle et politique de la France, 1789-1945*, Paris, 1998.

## II.2. *Legislazione speciale*

Oltre a disposizioni di diritto costituzionale e di legislazione penale ordinaria, che si caratterizzano per la generalità e la stabilità delle circostanze normali, vi sono anche leggi speciali che prevedono il potere, affidandolo vuoi al legislativo, vuoi all'esecutivo, di sciogliere i partiti antisistema.

Per leggi speciali si devono intendere quelle leggi introducenti un regime giuridico speciale relativamente a quelle persone, od anche solo quelle idee, che sembrassero pericolose per la sicurezza dello Stato o della Costituzione.

È il caso, in Francia, della legge 10 gennaio 1936, una legge speciale rispetto alla legge del 1 luglio 1901 sulle associazioni, che riassumeva e completava le misure liberali prese dal 1875, istituendo un sistema generoso per tutte le associazioni francesi (allorché quelle straniere, *ex art. 12* della legge, potevano essere sciolte con decreto del Presidente della Repubblica), compresi i partiti politici o le associazioni politiche.

La legge del 1901 aveva comunque previsto lo scioglimento delle associazioni e dei partiti fondati su una causa o in vista di uno scopo illecito, contrario alle leggi, o alferi di idee contrarie alla Costituzione o che avrebbero potuto mettere in pericolo lo spirito democratico della Nazione.

La legge del 1936 è una legge speciale, che mostra una certa diffidenza verso lo scioglimento per via amministrativa, perché si tratta d'una procedura che lasciava troppo spazio alla possibilità d'un uso arbitrario, laddove, invece, in uno Stato democratico la libertà d'associazione non avrebbe dovuto essere lasciata alla discrezione del potere esecutivo.

Il 6 dicembre 1935 il testo che prevedeva lo scioglimento per decreto del Presidente della Repubblica, sì, ma adesso dietro proposta del Ministro degli Interni, e con modifiche riguardo al ruolo del *Conseil d'État*, viene approvata alla *Chambre des députés*, poi al Senato, poi di nuovo alla Camera.

Questa resta ancora oggi la normativa-base, arricchita da un'ordinanza del 1944, da una legge del 1951 e da una del 1986, relative però a gruppi armati, e da una legge del 1972, che invece si riferisce ad ogni tipo di discriminazione, permettendo la dissoluzione per de-

creto, in consiglio dei ministri, d'ogni associazione o partito politico che sostenesse idee discriminatorie.

Anche in Francia, del resto (come già accennato per la Germania), si è avuto un recente caso del genere, ad ulteriore dimostrazione del fatto che la problematica de qua non sia (ormai) meramente teorica od accademica, bensì rigorosamente e costantemente d'attualità.

Il Conseil d'État, infatti, ha confermato, con sentenza n. 296214, del 17 novembre 2006, lo scioglimento per decreto d'un movimento: il gruppo disciolto d'autorità, infatti, svolgeva, rileva il CE, "attraverso comunicati-stampa, pubblicazioni sul proprio sito internet e dichiarazioni dei propri responsabili, propaganda d'idee e teorie volte a giustificare ed incoraggiare la discriminazione, l'odio e la violenza razziale, nello specifico contro persone che non fossero di colore, e faceva egualmente propaganda antisemita"

Il Conseil d'État ricorda l'art. 10 della Convenzione europea per i diritti dell'uomo, sottolineando come in questo caso esso non sia stato violato dal decreto di scioglimento, giacché è vero che l'articolo de quo della CEDU tutela la libertà d'opinione e d'espressione, ma, al proprio par. 2, prevede altresì ch'essa possa essere sottoposta a restrizioni previste per legge, le quali "costituiscono misure necessarie, in società democratica [...] alla difesa dell'ordine costituito": sono perfettamente legittime anche da questo punto di vista, perciò, le misure di scioglimento previste dalla legislazione francese, essendo giustificate dalla gravità dei pericoli per l'ordine pubblico e la sicurezza complessiva del sistema democratico, la cui difesa, secondo il CE, può prevalere sulla libertà d'opinione.

### II.3. *L'iter per lo scioglimento*

In Francia il controllo operato dal *Conseil d'État* resta molto importante.

Notiamo, *in primis*, che il giudice amministrativo "non è associato all'esercizio del potere esecutivo del Governo"<sup>10</sup>: esso può, infatti, formulare un parere preliminarmente alla

---

<sup>10</sup> CE, 4 aprile 1936, in *S.*, 1936, III, pp. 42 ss.

delibera del Presidente della Repubblica in Consiglio dei Ministri (*ex art. 6 l. 1936*) sul decreto di scioglimento.

Questo parere, tuttavia, è solo facoltativo, dato che il *Conseil d'État* può, e lo ha fatto, intervenire in seconda istanza, essendo destinatario d'un ricorso contro il decreto del Consiglio dei Ministri, impugnato per eccesso di potere.

Si tratta, indubbiamente, d'una forma di garanzia preziosa, in grado d'attenuare il carattere poco trasparente della procedura amministrativa di scioglimento.

Ma, in effetti, questo controllo interviene tardivamente, quantunque, *ex art. 1 comma 2 della legge del 1936*, il *Conseil d'État* debba decidere con procedure d'urgenza: la procedura, infatti, prevede sì l'urgenza da parte del *Conseil d'État*, ma non impone alcun termine al Governo per la propria costituzione in giudizio, che invece è condizione necessaria affinché il *Conseil* possa decidere.

La legge del 1936 è stata progressivamente abrogata, e le relative disposizioni incorporate nella legislazione ordinaria: artt. dal 431-15 al 413-21 del *Code pénal*, introdotti con la legge 92-686 del 22 luglio 1992, ed art. 212-1 del *Code de la sécurité intérieure*, aggiunto con l'*Ordonnance* 2012-351 del 12 marzo 2012.

Possiamo dire, però, che la normativa di riferimento sia mutata solo formalmente, giacché la legge del 10 gennaio 1936 viene *expressis verbis* citata come *ubi consistam* legislativo di riferimento anche da tutti i decreti di dissoluzione successivi alle sue progressive abrogazioni<sup>11</sup>.

### III. La Germania

#### III.1. Quadro teorico-costituzionale

Pare opportuno iniziare quest'analisi col pensiero di Hans Kelsen, ed in seguito esporre il diritto positivo che ha istituzionalizzato i partiti politici.

---

<sup>11</sup> V. decreto del 6 agosto 2002, in *JO*, 8 agosto 2002, p. 13852; decreto del 19 maggio 2005, in *JO*, 20 maggio 2005, p. 8738; decreto del 28 luglio 2006, in *JO*, 29 luglio 2009, p. 11299; decreto del 15 luglio 2009, in *JO*, del 16 luglio 2009, p. 11890; decreto del 1 marzo 2012, in *JO*, 2 marzo 2012, NOR : IOCD1206186D.

L'ampiezza del pensiero di Kelsen è tale, in particolare nell'ambito cui è dedicato questo studio, che pare necessario porlo alla base della presente analisi dei partiti politici.

Nella sua opera *“La democrazia, la sua natura, il suo valore”* egli espone la propria critica a Rousseau, e costruisce la sua visione della democrazia su basi assai differenti da quelle del filosofo francese.

Egli respinge, considerando illusorio ed impossibile, lo schema rousseauviano, che ha per obiettivo quello di provare scientificamente la verità, e costruisce l'insieme del proprio sistema filosofico su uno scetticismo assoluto.

Egli respinge parimenti la dottrina rousseauviana della rappresentazione: per ciò che riguarda la minoranza, infatti, Kelsen ritiene ch'essa continuerà naturalmente a cercare di far trionfare le proprie idee, allo scopo di diventare a sua volta maggioranza.

L'esistenza d'una minoranza è quindi inevitabile, ed al contempo necessaria per una migliore rappresentatività del popolo. Per questo motivo è necessario proteggerla dal dominio della maggioranza, cosa che dev'essere assicurata nel quadro del parlamentarismo.

Vi sono allora due elementi che bisogna sottolineare:

- a) non si può provare scientificamente la verità, e
- b) bisogna proteggere la minoranza, quale ch'essa sia.

A proposito dei partiti politici, poi, Kelsen li considera come “uno degli elementi più importanti della democrazia reale”. Egli constata che ogni questione politica ha un certo numero di risposte possibili, differenti se non opposte.

Se queste risposte non vengono ben definite e strutturate, il dibattito non sarà possibile, poiché, nel caos, la volontà generale non può emergere.

Sicché, allo scopo di far trionfare una risposta, i cittadini che la sostengono debbono imperativamente raggrupparsi.

Se resta isolato, infatti, l'individuo non può acquisire nessuna influenza reale sulla formazione della volontà generale.

Anziché dividerli, dunque, i partiti politici riuniscono i cittadini sulle problematiche da affrontare, cosa necessaria per permettere a ciascun cittadino di scegliere.

Per Kelsen, perciò, la democrazia ha per conseguenza inevitabile la costituzione di uno Stato di partiti (*Parteienstaat*); questo è uno degli aspetti maggiormente innovatori del pensiero kelseniano.

Con il *Parteienstaat* egli rompe radicalmente con la rappresentazione classica: per Kelsen, infatti, lungi dall'essere un ostacolo/filtro fra il popolo sovrano e le istituzioni, i partiti politici sono una cinghia di trasmissione, la quale permette una relazione nei due sensi.

Grazie ai partiti politici l'individuo non è più isolato, e può così influenzare la volontà generale, e, nel senso inverso, grazie all'intermediazione dei partiti l'individuo è informato dei grandi dibattiti, il che gli permette di formarsi un'opinione e di partecipare alla costruzione della volontà generale.

Grazie ai partiti, la cui presenza è indispensabile alla democrazia, la relazione fra cittadino ed organi pubblici funziona bidirezionalmente.

Poiché l'individuo isolato non può esercitare alcuna influenza, però, il partito politico può fargli acquistare un'influenza reale sulla formazione della volontà generale, e ciò costituisce appunto una delle funzioni proprie ai partiti<sup>12</sup>.

Quest'ultimo elemento influenzerà Carl Schmitt, che, nella *“Teoria della Costituzione”*, scriverà: “Non c'è democrazia senza partiti, ma unicamente perché non c'è democrazia senza opinione pubblica e senza il popolo continuamente presente”.

Ma, anche se voleva basare la democrazia sui partiti, Kelsen era consapevole del fatto che i partiti non hanno sempre un funzionamento interno democratico, “si gioca ancora alla disciplina di partito”, facendo così riferimento ai lavori di William Robert Michels<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Cfr. R. PELLOUX, *Les partis politiques dans les constitutions d'après-guerre*, in RDP, 1934, pp. 242 ss.; W. VITZTHUM, *La démocratie des partis politiques en Allemagne*, in RFDC, 1996, pp. 408 ss.; P. AVRIL, *Essais sur les partis politiques*, Paris, 1990, pp. 110 ss.

<sup>13</sup> William Robert Edward Michels (1876, Colonia, 1936, Roma) è stato un sociologo italo-tedesco, uno dei padri fondatori della moderna scienza politica, teorico della legge ferrea dell'oligarchia. Il suo scritto principale è probabilmente lo studio, del 1911, sul sistema dei partiti politici: qui Michels sviluppa le teorie della legge ferrea dell'oligarchia: lo spostamento del potere politico, anche se viene fatto in nome di ideali, in realtà consiste solo nel trasferimento da un gruppo di potere ad un altro. Visse poi in Italia, fu docente all'Università di Torino. Una delle figlie sposò Mario Einaudi, co-fondatore dell'omonima Casa editrice e figlio di Luigi Einaudi, Presidente della Repubblica.

Sue opere: *Zur Soziologie des Parteiwesens in der modernen Demokratie. Untersuchungen über die oligarchischen Tendenzen des Gruppenlebens*, Leipzig, 1910 (Stuttgart 1989); *Masse, Führer, Intellektuelle*, Campus-Verlag, Frankfurt/Main, 1933; *Historisch-Kritische Untersuchungen zum politischen Verhalten der Intellektuellen*, in: *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich*, Jg. 57, 1933, I, pp. 807–836; *Umschichtungen in den herrschenden Klassen nach dem Kriege*, Stuttgart/Berlin 1934.

Per Kelsen, dunque, il *Parteienstaat* può funzionare democraticamente solo se il funzionamento democratico è assicurato all'interno dei partiti, il cui ruolo, come già detto, è per lui essenziale per la democrazia; su quest'ultimo aspetto, infine, occorre ricordare la diversità d'impostazione teorica fra Kelsen e Schmitt: essi "hanno opinioni del tutto diverse: il primo, infatti, li considera fattori ineliminabili della moderna democrazia, il secondo elementi dissolutori di ogni sistema politico"<sup>14</sup>.

Dopo la seconda guerra mondiale, in effetti, sono state inserite in varî testi costituzionali norme che riconoscessero non solo l'insieme dei partiti, ma anche il loro concorso nella formazione della volontà popolare.

In questo modo i partiti si presentano non solo come unità operative della vita politica, ma anche come istituzioni giuridiche che sono riuscite a monopolizzare la manifestazione della volontà del corpo elettorale ed ad esercitare, grazie all'intermediazione della loro organizzazione, un'influenza più che considerevole sulla formazione di questa volontà, incanalandola secondo gli obiettivi ch'essi perseguivano.

*Ex art. 2 della legge tedesca sui partiti politici, del 24 luglio 1967, "i partiti sono associazioni di cittadini che, senza limiti di tempo o per un lungo periodo, influiscono sulla formazione della volontà politica a livello di Bund o di un Land, e vogliono partecipare alla rappresentanza del popolo al Bundestag o nel Parlamento di un Land, a condizione che l'insieme delle loro caratteristiche specifiche, come l'ampiezza e la consistenza della loro organizzazione, il numero dei loro membri e la loro attività sulla scena pubblica, presentino una garanzia sufficiente di serietà per questi obiettivi. Solo le persone fisiche possono far parte d'un partito. Un'associazione perde il suo status giuridico di partito se, nel corso di 6 anni, non ha presentato candidati né ad un'elezione al Bundestag, né ad un'elezione per un Parlamento d'un Land. Non sono partiti politici le associazioni politiche i cui membri, o il cui comitato direttivo, siano in maggioranza stranieri, o la cui sede o la cui direzione si trovino al di fuori del campo d'applicazione della presente legge".*

---

Su di lui, v. H. BLUHM – S. KRAUSE, *Robert Michels' Soziologie des Parteiwesens*, Wiesbaden, 2012; T. GENETT, *Antiquierter Klassiker? Zum ideengeschichtlichen Status von Robert Michels' „Soziologie des Parteiwesens“*, in BLUHM – FISCHER – LLANQUE (a cura di), *Ideenpolitik*, Berlin, 2011, pp. 383 ss.

<sup>14</sup> Cfr. G. STELLA, *Parlamentarismo e governabilità in Carl Schmitt*, in *Lo Stato*, 1/2012, p. 98. Occorre, peraltro, ricordare che Kelsen viveva l'esperienza del *Parteienstaat* austriaco, ossia di quello che poteva considerarsi il sistema di partiti più forte all'epoca in Europa, mentre Schmitt osservava la fenomenologia partitica disgregatrice della Germania di Weimar.

In Germania, infatti, la trasformazione del ruolo dei partiti in strumento indispensabile al funzionamento della democrazia costituisce un'innovazione importante non solo nel diritto costituzionale, ma nella vita politica stessa.

L'art. 21 del GG, in effetti, e la giurisprudenza della Corte costituzionale federale di Karlsruhe consacrano la posizione dei partiti, che non sono organi di potere, ma che svolgono un ruolo importante, non solo a livello parlamentare, ma nell'insieme della vita politica.

Secondo l'art. 21, infatti, articolo posto significativamente all'inizio della parte istituzionale del GG, "1. I partiti concorrono alla formazione della volontà politica del popolo. La loro creazione è libera. L'organizzazione interna del partito dev'essere conforme ai principî democratici. Essi devono rendere conto pubblicamente della provenienza delle loro risorse. [...] 3. Leggi federali regoleranno le modalità di tutto ciò".

L'art. 21 riguarda dunque la formazione della volontà politica del popolo, cosa che lascia abbastanza nettamente i partiti al di fuori dell'ambito statale in senso stretto; alcuni autori, comunque, ritengono che quest'oggetto non si limiti alle sole elezioni, ma si estenda a tutto ciò che riguardi la vita parlamentare ed anche al Governo.

Il *BVerfG* ha chiarito la questione nel 1952, affermando chiaramente che i partiti sono integrati nell'ordinamento costituzionale. Nel 1957, poi, la Corte affermò che i partiti hanno la qualità d'organi costituzionali, e che possono essere perciò anche parti d'un conflitto fra organi costituzionali.

Esso, peraltro, in un'importante sentenza del 1966, ha anche stabilito che i partiti politici non dovessero essere finanziati dallo Stato, poiché l'opinione pubblica deve formarsi al di fuori d'ogni organizzazione finanziata dallo Stato, sicché i partiti possono ricevere finanziamenti dallo Stato solo per la loro partecipazione alle campagne elettorali.

La sentenza del 9 aprile 1992, infine, sottolinea chiaramente un *revirement* nella giurisprudenza sul piano dei principî, relativamente al soggetto dei rapporti fra Stato e partiti: la Corte afferma che i partiti politici possono beneficiare dell'aiuto finanziario dello Stato non solo per le elezioni, ma anche per l'insieme delle loro attività, trattandosi d'attività di formazione civica.

Qual è, dunque, la natura dei partiti secondo il GG?

I partiti politici tedeschi rappresentano al contempo il popolo e lo Stato, la volontà della maggioranza e della minoranza. Ma non si può parlare d'un sistema di *'Parteienstaat'* puro: il GG adotta la definizione intermedia di 'democrazia dei partiti', i quali non sono statizzati, e lo Stato non è partitico, anche se la volontà e l'azione statale dipendono sempre ed in tutti i settori dalle decisioni dei partiti stessi.

Al posto della supremazia dei partiti sui cittadini e lo Stato, tuttavia, i teorici della società civile (*Bürgergesellschaft*) propongono e promuovono la supremazia dei cittadini sui partiti e sullo Stato.

In ogni modo, però, i partiti politici restano in una posizione stranamente anfibia: in quanto organismo liberi e pubblici, infatti, essi si collocano in una zona transitoria, al contempo statale e non statale.

Essi non sono né uffici statali, ma sono egualmente fondamentali per lo Stato, vale a dire per il funzionamento reale dello Stato costituzionale in Germania: questo ruolo dei partiti è stato confermato dalla legge 24 luglio 1967, secondo il cui art. 1 "i partiti sono un elemento costitutivo, necessario in diritto costituzionale, dell'ordine fondamentale liberale e democratico.

Partecipando liberamente ed in maniera permanente alla formazione della volontà politica del popolo, essi adempiono una missione pubblica che spetta loro in virtù del GG, e che la presente legge garantisce".

Il secondo comma precisa: "I partiti concorrono alla formazione della volontà politica del popolo in tutti i settori della vita pubblica, e specialmente: influenzando la formazione dell'opinione pubblica, stimolando ed approfondendo l'educazione politica, incoraggiando la partecipazione attiva dei cittadini alla vita pubblica, formando cittadini capaci d'assumersi responsabilità pubbliche, partecipando – con la presentazione di candidati – alle elezioni a livello di *Bund, Länder*, comuni, influenzando l'evoluzione politica in Parlamento ed al Governo, introducendo gli obiettivi politici ch'essi hanno elaborato nel processo di formazione della volontà statale e garantendo un legame costante fra il popolo e gli organi dello Stato".

Se questi, dunque, sono i partiti politici 'integrati', come riconoscere, invece (per citare Eco), quelli 'apocalittici'?

Secondo Löwenstein, in primis, ‘antisistema’ sono i partiti che preparano una ribellione, una sedizione o un colpo di Stato, i partiti che compiono atti di alto tradimento verso lo Stato, le sue istituzioni od i suoi valori fondanti, che hanno formazioni militari, che fanno propaganda volta a suscitare odio contro alcune categorie d’individui, che fanno l’apologia di atti *contra legem*, che sobillano alla rivolta le Forze Armate, che favoriscono ed aiutano la propaganda politica straniera<sup>15</sup>.

La dottrina del bando per i nemici della Costituzione è poi, *in secundis*, un *Leit-Motiv* di Carl Schmitt, fin dalla nascita della Repubblica di Weimar.

Essa appare già nel suo libro del 1921 sulla dittatura: egli rimprovera ai costituenti weimariani d’aver trascurato la problematica del nemico politico, e dunque d’aver dimenticato di proteggersi contro gli avversari della democrazia.

In ‘Legalità e legittimità’, del 1932, poi, viene sostenuta la stessa tesi del bando, ed essa prende ora la forma della proibizione dei partiti nemici della Costituzione, venendo paradossalmente sviluppata nell’esposizione del ‘principio d’eguaglianza delle *chances*’: si tratta, in effetti, d’un’interpretazione singolare: tradizionalmente, in effetti, si tratta d’un principio liberale secondo il quale la competizione per accedere al potere dev’essere aperta a tutti.

Descrivendo, invece, la situazione di Weimar, Schmitt sostiene la proibizione dei partiti politici ‘nemici dello Stato o della Costituzione’, arrivandovi con la subordinazione del principio d’eguaglianza delle *chances* ad un altro principio, ch’egli inventa *ex novo*, che potremmo chiamare il ‘principio di reciprocità’, o del ‘mutuo riconoscimento’.

Secondo lui, infatti, non si deve concedere l’eguaglianza delle *chances* a chi si non la lascerebbe ad altri.

Conseguenza logica di questo punto di vista è che si dovrebbe impedire di beneficiare di questo principio a chi non si è sicuri che l’applicherà a propria volta, qualora raggiungesse il potere.

Questa tesi della proibizione dei partiti anticostituzionali si basa su un’analisi machiavellica della politica, ed è illustrata dalle due espressioni di ‘vantaggio politico’ e di ‘plusvalore politico’.

---

<sup>15</sup> K. LÖWENSTEIN, *Contrôle législatif de l’extrémisme politique dans les démocraties européennes*, in RDP, 1938, pp. 295 ss.

Queste due espressioni indicano, secondo Schmitt, il triplo vantaggio speciale attribuito al possessore legale del potere, consistente nell'esercizio del potere discrezionale, nella presunzione di legalità e nel privilegio dell'esecuzione.

Il vantaggio politico, in altre parole, implica che nell'ambito d'una forma politica concreta ed effettiva vi è un'istanza capace, in circostanze eccezionali, di usare la legittimità contro la legalità, vale a dire d'utilizzare concetti indeterminati come l'ordine pubblico, il pericolo, lo stato di necessità, i crimini contro lo Stato o la Costituzione, gli interessi vitali del Paese *etc.*

Si comprenderebbe così perché l'arrivo al potere d'un partito anticostituzionale sarebbe pericoloso per la Costituzione stessa: questo partito, giunto al potere, disporrebbe a sua volta del plus-valore politico, sicché, se si lasciasse arrivare al potere un partito anticostituzionale, sarà poi troppo tardi per intervenire in difesa della Costituzione.

La teoria di Schmitt lo induce a privilegiare la sicurezza sulla libertà dei partiti, ed influenzerà profondamente la dottrina tedesca.

Essa si pone spesso la domanda se uno Stato liberale possa vietare, senza snaturarsi, un partito per le opinioni che questo propagandasse.

La proibizione dei partiti antisistema si inserisce, sempre secondo Schmitt, nel quadro fondamentale relativo al problema dell'ordine e della libertà, ma nel caso dei partiti politici si ha una forma particolarissima di situazione, dato che i partiti hanno il monopolio della partecipazioni alle elezioni e la rappresentanza del popolo, sicché un atteggiamento antisistema da parte loro potrebbe mettere gravemente in pericolo il buon funzionamento delle istituzioni, ed è perciò preferibile difendere l'ordine pubblico ed il sistema stesso, anche al prezzo della libertà di pensiero e d'azione dei membri del partito proibito.

Vietando alcuni partiti le istituzioni vogliono difendersi, ma al contempo difendere il popolo minacciato nella sua libertà.

Ciò implica che alcuni aspetti delle costituzioni non sarebbero modificabili, cosa che è contraria ai principî della democrazia assoluta come conosciuta da Weimar, e secondo la quale lo Stato è naturalmente in perpetua modifica.

Vietando alcune modifiche, però, il costituente viola la sovranità del popolo degli anni successivi, cosa che potrebbe anche portare ad una rivoluzione.

### III.2. *La legislazione speciale*

Per quanto riguarda la Germania, poi, la Costituzione del 1919 non parla espressamente dei partiti, ma si osserva una certa evoluzione rispetto al diritto costituzionale imperiale, che li ignorava totalmente, eccezion fatta per il diritto della pubblica sicurezza (*Polizei-recht*), che prevedeva il controllo di polizia per i partiti politici.

C'è soltanto l'art. 130 della Costituzione di Weimar (WRV) a dire che “i funzionari pubblici sono al servizio della collettività e non di un partito” (“*Die Beamten sind Diener der Gesamtheit, nicht einer Partei*”).

Nonostante ciò, tuttavia, sotto Weimar i partiti politici, quantunque non riconosciuti, potevano egualmente venir disciolti, come ogni altra associazione: l'art. 124 della costituzione dice, appunto, che “tutti i tedeschi hanno il diritto di creare associazioni i cui obiettivi non siano contrari al diritto penale”.

Fu appunto per violazioni di questo tipo che la *NSDAP* fu vietata in vari *Länder* fra il 1922 ed il 1925, ed il *KDP* dal novembre 1923 al marzo 1924.

Dopo la nomina di Hitler a cancelliere si ebbe la legge del 26 maggio 1933, che prevedeva la confisca dei beni del Partito comunista e delle sue organizzazioni satelliti, disposizioni poi estese al Partito socialdemocratico, e poi la legge 16 luglio 1933, che semplicemente e puramente riconosceva l'*NSDAP* come unico partito, sciogliendo automaticamente tutti gli altri<sup>16</sup>.

Dopo la sconfitta e la capitolazione del *Reich*, però, si avrà l'art. 21 GG, entrato in vigore il 24 maggio 1949, secondo il quale “i partiti che come scopo loro specifico o per attività dei loro aderenti cercano di ledere l'ordine fondamentale libero e democratico, e rovesciarlo o a compromettere l'esistenza della Repubblica Federale tedesca, sono incostituzionali. La Corte costituzionale federale giudica sulla questione della loro incostituzionalità”.

La definizione di ‘scopo’ è stata data dal *BVerfG* relativamente al proprio giudizio sulla *KPD*: lo scopo d'un partito politico è ciò che esso pensa di poter fare nella sua azione all'interno dello Stato.

---

<sup>16</sup> V. M. AUBRY, *Les modifications apportées par le régime national-socialiste aux institutions politiques du Reich et des Pays allemands*, in *RDP*, 1934, pp. 488 ss.

Secondo la dottrina “bisogna separare molto nettamente la teoria politica dallo scopo politico: la frontiera fra teoria scientifica e scopo politico viene meno solo nel momento in cui la prima è considerata dal secondo come scopo ideologico della sua azione. Ma, anche in questo caso, non è tanto la teoria in quanto tale che è condannata: non si può rimproverare ad un partito di sostenere questa o quella teoria... Lo scopo del partito è determinato dalla sua azione pratica, ovvero ciò ch'esso intenda realizzare una volta al potere... Se la teoria in quanto tale non può essere considerata lo scopo del partito, la prova del carattere incostituzionale degli scopi del partito si può trovare nella teoria, nella misura in cui il partito, nella propria azione, vi faccia espressamente riferimento”<sup>17</sup>.

Più concretamente: lo scioglimento colpisce *in primis* i partiti politici che si propongono determinati scopi, come la violazione dell'ordine democratico, liberale e sociale.

Karlsruhe precisò, nella sentenza SRP, cosa si dovesse intendere per ordine democratico e liberale: “L'ordine democratico e liberale è un ordine che elimina ogni potere basato sulla forza ed ogni potere arbitrario. È un ordine che riconosce lo Stato di diritto e il principio di libera determinazione del popolo, secondo la volontà delle maggioranze mutevoli, e che rispetta l'eguaglianza e la libertà. Bisogna annoverare, fra i principî essenziali di quest'ordine, il rispetto dei diritti umani, e soprattutto del diritto della personalità alla vita ed ad un libero sviluppo per la persona umana, la sovranità popolare, la separazione dei poteri, la responsabilità governativa, la legalità dell'amministrazione pubblica, l'indipendenza dei tribunali, il multipartitismo e la parità di *chances* per tutti i partiti col diritto di costituirsi e di esercitare un'opposizione conforme alla Costituzione”.

Ne deriva che un partito potrebbe tranquillamente essere contrario a numerosi aspetti della Costituzione, militando a favore della sua revisione, a condizione di non violare i valori fondamentali, che costituiscono il ‘nocciolo duro’ del GG tedesco.

### III.3. *L'iter per lo scioglimento*

Il controllo giurisdizionale di scioglimento dei partiti politici fa parte dell'*iter* in Germania: è per questo che il filo logico del ragionamento seguito dal *BVerfG* è importante per comprendere il meccanismo dello scioglimento dei partiti politici tedeschi.

---

<sup>17</sup> G. PEISER, *L'institutionnalisation des partis politiques dans la RFA*, in *RDP*, 1959, pp. 684 ss.

Allo scopo di giudicare sull'anticostituzionalità d'un partito, dunque, il *BVerfG* dev'essere interpellato dal Governo federale, dal *Bundestag* o dal *Bundesrat*, se si trattasse di partiti presenti in più *Länder*; qualora, invece, si trattasse di partiti presenti solo in un *Land*, allora questi poteri spettano al Governo di quel *Land* o al suo *Landtag*.

Solo il *BVerfG* può dichiarare che un partito sia anticostituzionale: “Finché il *BVerfG* non abbia proclamato l'incostituzionalità d'un partito, infatti, o non l'abbia sottoposto a restrizioni temporanee, esso beneficia a pieno titolo della protezione del *GG*”<sup>18</sup>.

Non sarà il *BVerfG*, però, a disporre lo scioglimento del partito riconosciuto come incostituzionale, spettando tale compito al Ministro federale per gli Interni: questi avrà, in merito, un potere discrezionale, oppure no?

Se la richiesta fosse partita dal Governo federale, in effetti, la questione logicamente non si dovrebbe porre, ma se, invece, il richiedente fosse il Governo d'un *Land* o il *Bundesrat*, *ad ex.*, la questione si potrebbe porre.

Nello spirito dei costituenti, peraltro, era implicito il fatto che il Ministro non avesse nessuna discrezionalità al riguardo, una volta che il *BVerfG* avesse sentenziato, mentre da quando il potere di presentare la richiesta di vaglio di costituzionalità è diventato discrezionale, ecco che l'opportunità politica è diventata un elemento determinante, sia nel decidere di sottoporre la questione al *BVerfG*, sia di chiedere l'applicazione di quanto Karlsruhe avesse disposto.

Tutto ciò sempreché non sia stato il *BVerfG* stesso a disporre la dissoluzione, come accadde negli unici due casi presentatisi in Germania, il che rende tutta la questione abbastanza teorica, sì, ma non irrilevante: un conto è permettere l'esistenza a un partito sospettato d'essere anticostituzionale, altro è permettere ad un partito giudicato anticostituzionale di proseguire la propria attività.

Nel corso dei due processi, relativi al bando verso la *KPD* e la *SRP*, infatti, il *BVerfG* si servì d'un materiale considerevole: per determinare gli obiettivi del partito esso fece appello al programma, alle dichiarazioni dei capi, agli scritti ufficiali, al materiale di propaganda, al suo stile, al comportamento degli aderenti.

---

<sup>18</sup> OVG LÜNENBURG, 3 novembre 1953.

Il *BVerfG* è stato estremamente chiaro nelle sue valutazioni: qualora le dichiarazioni ufficiali dei capi ed il programma ufficiale del partito avessero un carattere moderato e lealista verso il *GG*, infatti, è necessario valutare se non si tratti di meri stratagemmi per camuffare i veri scopi del partito, che potrebbero essere anticostituzionali.

Laddove, poi, il partito avesse un programma formalmente non anticostituzionale bisognerebbe valutare la costituzionalità dei mezzi con cui esso venga perseguito.

Così la sentenza contro la *KPD*, estremamente motivata essendo lunga ben 393 pagine, e quella contro la *SRP*, meno motivata estendendosi per sole 79 pagine, sono probabilmente fra le più importanti della giurisprudenza costituzionale tedesca.

Sappiamo che il problema dello scioglimento dei partiti politici è *in primis* un problema politico.

Dopo gli scioglimenti dei partiti *SRP* e *KPD*, infatti, l'art. 21 comma 2 del *GG* non venne più applicato per parecchi decenni,

Nel 1964 nacque un nuovo partito d'estrema destra, il Partito Nazionale-Democratico Tedesco (*NPD*), che restò inizialmente un semplice gruppuscolo, ma che all'epoca della *Große Koalition* (1966-1969) ottenne buoni risultati elettorali (il 7,4% in Baviera, il 7,9% in Assia, l'8 a Brema, il 9,8% nel Baden-Württemberg), cosa che lasciava prevedere sarebbe entrato anche nel *Bundestag* nel 1969, nonostante fosse chiaramente un partito neonazista.

Nel 1966, con la nascita del Governo di *Große Koalition*, *CDU* e *SPD* chiesero varie volte che venisse avviata la procedura per lo scioglimento, ma il Governo continuò a rinviarla; il problema si risolse poi da solo, giacché alle successive politiche l'*NPD* non riuscì a superare il *quorum*, restando fuori dal *Bundestag*.

Negli stessi anni, dopo lunghe discussioni, venne riammesso anche il Partito comunista: il 26 settembre 1968, infatti, fu fondata la *Deutsche Kommunistische Partei*, che pure, dal punto di vista giuridico, era altrettanto anticostituzionale del precedente.

Nel 1978 il *BVerfG*, in una sentenza sul diritto d'accesso ai mezzi televisivi, riconobbe incidentalmente che tre partiti d'estrema sinistra fossero anticostituzionali, mentre, nel 1994, sempre il *BVerfG* respinse la richiesta congiunta di Governo federale e *Bundesrat* volta a chiedere lo scioglimento del Partito dei lavoratori tedeschi, chiaramente neonazista.

Recentissima, infine, è una sentenza del *BVerfG* contro il Partito neonazista NPD: la 2 BvE 11/12 del 20 marzo 2013, nella quale la Corte di Karlsruhe ha, dal punto di vista procedurale, respinto la richiesta di valutazione sulla costituzionalità del Partito, giacché era stata avanzata da quest'ultimo, mentre la legge prevede che tali richieste possano provenire solo da *Bundesrat*, *Bundestag* e Governo federale (per i Partiti a diffusione nazionale).

Karlsruhe, però, si è anche comunque espressa nel merito della questione, precisando e ridefinendo meglio il concetto di partito antisistema: per tutti i Partiti politici vale la presunzione di costituzionalità, fino a prova contraria e conseguente sentenza del *BVerfG*; i Partiti politici debbono assolutamente porsi, conformemente ai loro doveri, fra cui cooperare ad una proficua espressione della volontà politica del popolo, in pubblica competizione reciproca. Parte della pubblica competizione reciproca è costituita da dichiarazioni sulla valutazione d'un partito come costituzionale; tali dichiarazioni possono e debbono venir contrastate dal Partito interessato con i mezzi della battaglia d'idee. Nella misura in cui la contrapposizione politica verte intorno a cariche pubbliche, però, debbono assolutamente essere rispettati i limiti che la Costituzione pone ai Partiti. Ciò vale anche per le pubbliche discussioni, nel caso in cui un Partito violasse un valore costituzionale. Una violazione dei diritti *ex art. 21 comma 1 GG* deve venir valutata complessivamente come possibile manifestazione dei veri scopi e delle vere intenzioni del Partito. Ciò significa che i documenti ufficiali non sono decisivi, giacché potrebbero essere stati artatamente scritti per esprimere una fittizia adesione ai valori costituzionali ed evitare che il Partito in questione venisse sciolto dal *BVerfG*, il quale deve, invece, prendere in esame soprattutto i concreti comportamenti tenuti ed i discorsi espressi dai dirigenti del Partito in esame.

L'argomento risulta d'indubbia rilevanza, meritevole d'un approfondimento che ci riserviamo di fare, dato che "il mondo democratico è sotto attacco. USA ed Europa riaffermano la propria identità storica rivendicando il primato della democrazia [...la quale] se non è esportabile, va tuttavia difesa, lì dove c'è, anche perché rappresenta il più evidente valore identitario dell'Occidente.

Del resto la democrazia, al di là di ogni dissertazione filosofica, è percepita comunemente come un valore assoluto, un modo di convivenza irrinunciabile.

Lo stesso Giovanni Paolo II, nelle riflessioni raccolte nel volume *Memoria e identità*, afferma che il sistema democratico, inteso «non soltanto come sistema politico, ma anche come atteggiamento mentale e costume» risponde «alla natura razionale e sociale dell'uomo e, in definitiva, alle esigenze della giustizia sociale». Per questo i «presupposti democratici di un sistema» rivestono «valore anche etico-sociale»<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> G. GUIDI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo tra libertà e autorità*, cit., p. 122.

*Conclusioni*

Superando i limiti d'una (semplice) questione di diritto costituzionale, la problematica del partito antisistema riconduce alla realizzazione d'un equilibrio fra due potenti istinti della natura umana, nello specifico manifestata attraverso i partiti: l'istinto della libertà e quello del potere.

L'aspirazione dell'uomo alla libertà porta, quando si sviluppa senza controllo e senza freni, all'anarchia ed al caos istituzionale; l'aspirazione al potere sfocia, al contrario, se portata all'estremo, nella tirannia e nel Terrore rivoluzionario.

È nella Costituzione che si sia dato un Paese – vale a dire nella forma d'un ordine giuridico fondato sul rispetto del diritto e *summa* dei valori nazionali – che si trova il miglior mezzo possibile per imporre i limiti necessari all'equilibrio del sistema.

Il sistema democratico, basato sul rispetto del diritto e della libertà individuale, offre la possibilità d'un dialogo politico sempre aperto fra uomini e gruppi sociali, permettendo così lo sviluppo pacifico delle trasformazioni economiche e sociali, e per questa ragione pare saggio dotarlo precauzionalmente degli strumenti normativi idonei affinché possa difendersi da chi non già fosse fautore di interessi nuovi e differenti, per il trionfo dei quali si battesse comunque all'interno e nel rispetto del quadro di regole *de quo*, bensì da chi volesse stravolgere il sistema stesso.

Proprio in tale direzione si muovono le due esperienze costituzionali esaminate, che ci dimostrano come effettivamente questi due Paesi abbiano previsto l'ipotesi della presenza di partiti antisistema, dotandosi d'uno strumento (vuoi nella Costituzione, come in Germania, vuoi nella legislazione ordinaria, come in Francia), per evitare che questi ultimi possano, per così dire, giungere a sabotare le fondamenta dell'edificio democratico-istituzionale che li accogliesse.

Tuttavia, come rilevato, differenti sono le soluzioni adottate: quella tedesca garantisce indubbiamente maggiori garanzie per i movimenti minacciati di scioglimento, giacché la decisione viene presa da un organo terzo, il *BVerfG*, e fino a quando questo non si fosse pronunciato l'organizzazione dissolvenda potrà continuare a svolgere attività politica; quella francese, viceversa, è indubbiamente più celere, permettendo un intervento tempestivo ed immediato per bloccare il partito ritenuto 'pericoloso' per il sistema, ma meno garantista,

giacché la decisione di scioglimento viene presa dal Governo, e l'organo terzo (il *Conseil d'Etat*) interviene solo in un secondo momento, e con tempi sostanzialmente affidati all'arbitrio del Governo stesso, pur se la legislazione francese è molto più precisa: essa, ossia la legge del 1936, prevede scopi concreti con un contenuto concreto<sup>20</sup>: forma repubblicana, provocazione alla discriminazione ed all'odio, intelligenza e cospirazione col nemico, attentato all'ordine sociale.

Relativamente, in particolare, a quest'ultima fattispecie, lo scioglimento è previsto, *ex lege* del 1972, per quei partiti ed associazioni che propagandano idee o teorie contrarie ai valori costituzionali.

Differenze che, peraltro, non si limitano ai soli meccanismi giuridici predisposti per la difesa della Costituzione, ma che emergono anche con riguardo al ruolo riconosciuto ai partiti: massimale quello riconosciuto dal GG tedesco e minimale quello della Costituzione francese.

La portata dell'art. 4 di quest'ultima si evidenzia dalla sua comparazione con l'art. 21 GG del 1949, che ispirò gli autori del testo francese: concorrere alla formazione della volontà politica del popolo significa adempiere alla duplice funzione di suo portavoce permanente ed educatore politico, mentre invece concorrere all'espressione del suffragio significa semplicemente canalizzare i voti.

Forse anche per queste ragioni, contrariamente a quanto si potrebbe pensare (data l'immagine maggiormente 'aperturista' di cui gode la Francia), sono enormemente più numerosi i casi di scioglimento avvenuti in Francia di quelli prodottisi in Germania, come dimostrato dalla tabella qui di seguito allegata.

Camerino, maggio 2013

---

<sup>20</sup> Onde evitare che il partito al Governo possa lasciarsi tentare dall'idea di dichiarare 'antisistema', e quindi mettere fuori legge, un partito che in realtà non lo fosse, solo per sbarazzarsi d'un potenziale pericoloso avversario elettorale.

*Francia*

Anno	Partito politico	Base normativa
1936	Ligue d'action française, Fédération nationale des camelots du roi	Decreto del 13 febbraio 1936, <i>ex l.</i> 10 gennaio 1936
	Mouvement social français des Croix de feu, Parti national populaire, Parti franciste, Parti national corporatif républicain	Decreto del 18 giugno 1936, <i>ex l.</i> 10 gennaio 1936
1937	L'étoile nord-africaine	Decreto del 26 gennaio 1937, <i>ex l.</i> 10 gennaio 1936
1939	Parti des Alsaciens-Lorrains (Jungmannschaft)	Decreto del 21 aprile 1939, <i>ex l.</i> 10 gennaio 1936
	Parti du peuple algérien,	Decreto del 26 settembre 1939, <i>ex l.</i> 10 gennaio 1936
	Parti communiste	Decreto del 26 settembre 1939, <i>ex l.</i> 19 marzo 1939 che accordava i pieni poteri al Governo Daladier
	Parti national breton	Decreto del 19 ottobre 1939, <i>ex l.</i> 10 gennaio 1936
	Parti 'Le Front de la Patrie' (Heimatfront), Parti des ouvriers et paysans, Parti-Landespartei	Decreto-legge del 19 ottobre 1939, <i>ex l.</i> 19 marzo 1939 che accordava i pieni poteri al Governo Daladier
1944	Parti franciste, Rassemblement	Art. 10 dell'ordinanza sul ristabi-

	national populaire, Mouvement social-révolutionnaire, Parti populaire français	limento della legalità repubblicana sul territorio continentale
1947	Parti national malgache, Mouvement démocratique de la rénovation malgache	Decreto del 10 marzo 1947, <i>ex l.</i> 10 gennaio 1936
1949	Mouvement socialiste d'unité française	Decreto del 5 marzo 1949, <i>ex l.</i> 10 gennaio 1936
1954	Mouvement pour le triomphe des libertés démocratiques	Decreto del 5 novembre 1954, <i>ex l.</i> 10 gennaio 1936
1955	Parti communiste algérien	Decreto del 12 settembre 1955, <i>ex l.</i> 10 gennaio 1936
1957	Mouvement national algérien, Front de libération nationale	Decreto del 29 giugno 1957, <i>ex l.</i> 10 gennaio 1936
1958	Front d'action nationale, Phalanxe française, Parti patriote révolutionnaire	Decreto del 15 marzo 1958, <i>ex l.</i> 10 gennaio 1936
1959	Parti nationaliste	Decreto del 13 febbraio 1959, <i>ex l.</i> 10 gennaio 1936
1961	Mouvement national révolutionnaire	Decreto 26 luglio 1961, <i>ex l.</i> 10 gennaio 1936 come modificata dall'ordinanza 60-1386 del 22 dicembre 1960
1962	Regroupement national	Decreto del 20 marzo 1962, <i>ex l.</i> 10 gennaio 1936 come modificata dall'ordinanza 60-1386 del 22 dicembre 1960

1963	Regroupement démocratique des populations tahitiennes	Decreto del 5 novembre 1963, <i>ex l.</i> 10 gennaio 1936
1967	Parti du mouvement populaire de la Côte française des Somalies	Decreto 13 luglio 1967, <i>ex l.</i> 10 gennaio 1936
1968	Parti communiste internationaliste	Decreto del 12 giugno 1968, <i>ex l.</i> 10 gennaio 1936
1970	Gauche prolétarienne	Decreto del 27 maggio 1970, <i>ex l.</i> 10 gennaio 1936
1973	Ordre nouveau, Ligue communiste	Decreto del 28 giugno 1973, <i>ex l.</i> 10 gennaio 1936
1974	Mouvement Enbata, Front de libération de la Bretagne, Front de libération de la Bretagne pour la libération nationale et le socialisme	Decreto 30 gennaio 1974, <i>ex l.</i> 10 gennaio 1936
1975	Action pour la renaissance de la Corse	Decreto 27 agosto 1975, <i>ex l.</i> 10 gennaio 1936
1980	Fédération d'action nationale et européenne	Decreto 3 settembre 1980, <i>ex l.</i> 10 gennaio 1936
1982	Service d'action civique	Decreto del 3 agosto 1982, <i>ex l.</i> 10 gennaio 1936
	Action directe	Decreto del 24 agosto 1982, <i>ex l.</i> 10 gennaio 1936
1983	Front de libération nationale de la Corse	Decreto del 5 gennaio 1983, <i>ex l.</i> 10 gennaio 1936
1984	Alliance révolutionnaire caraïbe	Decreto del 9 maggio 1984, <i>ex l.</i> 10 gennaio 1936

*I partiti politici 'antisistema'*

1985	Fédération d'action nationale et européenne	Decreto del 24 gennaio 1985, <i>ex</i> l. 10 gennaio 1936
1987	Mouvement corse pour l'autodétermination	Decreto del 22 gennaio 1987, <i>ex</i> l. 10 gennaio 1936
	Fédération d'action nationale et européenne	Decreto del 17 settembre 1987, <i>ex</i> l. 10 gennaio 1936
1993	Heimattreue Vereinigung Elsass	Decreto del 2 settembre 1993
1993	Yekkom Kurdistan	Decreto del 2 dicembre 1993
1993	Comité du Kurdistan	Decreto del 2 dicembre 1993
2002	Unité radicale	Decreto del 6 agosto 2002
2005	Elsass Korps	Decreto del 19 maggio 2005
2006	Tribu Ka	Decreto del 28 luglio 2006
2009	Jeunesse Kémi Séba	Decreto del 15 luglio 2009
2012	Forsane Alizza	Decreto del 1 marzo 2012

*Germania*

Anno	Partito politico	Base normativa
1952	Sozialistische Reichspartei (SRP)	BVerfGE, 23 ottobre 1952, <i>ex</i> art. 21 comma 2 GG
1956	Kommunistische Partei (KPD)	BVerfGE, 17 agosto 1956, <i>ex</i> art. 21 comma 2 GG



FRANCESCA CAROCCIA

*La responsabilità per danno da prodotto farmaceutico\**

*Sommario:* 1. Al crocevia di logiche diverse: il problema del danno da prodotto farmaceutico. – 2. L’ambito oggettivo della ricerca: i medicinali e i dispositivi medici. – 3. Il farmaco (e il dispositivo medico) come prodotto. – 4. Quale responsabilità? – 5. La tutela preventiva: il principio di presunzione di conformità del prodotto certificato. – 6. La tutela successiva: una duplicazione degli strumenti di accesso al risarcimento del danno? – 7. Le implicazioni di una possibile applicazione della disciplina in tema di danno da prodotti difettosi. – 8. Gli itinerari giurisprudenziali tra vecchi e nuovi contesti normativi. – 9. Quale soluzione per il problema del danno da farmaco difettoso? La via “comunitaria” alla tutela della salute dei consumatori.

*1. Al crocevia di logiche diverse: il problema del danno da prodotto farmaceutico*

Il titolo di questo intervento contiene in sé una precisa indicazione sulla questione che ci si trova ad affrontare. Responsabilità per danno da prodotto farmaceutico: cioè a dire, se sia possibile considerare il farmaco un prodotto come tutti gli altri e, nel caso, se questo incida, e in che modo incida sotto il profilo della responsabilità per i danni causati dal farmaco stesso.

Al crocevia di questo problema si scontrano logiche diverse. Innanzi tutto, la logica giuridica e la logica medica: il giurista, da una parte, abituato a ragionare in termini di sicurezza/certezza, nel tentativo di fornire risposte esaustive sia al paziente che debba assumere un farmaco, sia al produttore che deve conoscere in anticipo le eventuali conseguenze del proprio operato, nell’ambito di una più generale strategia di riduzione del rischio; il medico dall’altra parte, abituato a ragionare in termini di costi/benefici, nella consapevolezza che probabilmente non esiste in natura un farmaco assolutamente sicuro. E poi, nell’ambito

---

\* Lo scritto costituisce la relazione al Convegno su “La responsabilità degli operatori sanitari”, organizzato dall’Università degli Studi di Camerino, Camerino-Osimo 9-10 maggio 2013.

della stessa logica giuridica, uno scontro tra una prospettiva di mercato e una prospettiva di tutela della persona<sup>1</sup>. Quest'ultima formula risulta, probabilmente, eccessivamente generica, o eccessivamente semplificatrice: ma, come tutte le semplificazioni, ha il pregio della chiarezza. Si vuol sottolineare, ricorrendo ad essa, che, in relazione ai farmaci, per ragioni evidenti, entrano in gioco sia esigenze di produzione e di libera circolazione dei prodotti, sia esigenze di tutela della salute (e ancora una volta della sicurezza): si tratta di conciliare la necessità di assicurare un livello accettabile di competitività alle imprese, con il dovere di garantire un livello massimo di protezione ai pazienti.

Orbene, è proprio con riferimento a tali opposte esigenze che si segnala una certa difficoltà, da parte soprattutto della giurisprudenza, a seguire una direzione univoca: nelle considerazioni che seguiranno si tenterà di evidenziare come, se a livello nazionale può dirsi ormai fondamentalmente riconosciuto il primato delle esigenze di tutela del paziente – quando sia in gioco la sua salute – a livello comunitario tali esigenze si incontrano (e si scontrano) con una maggiore tenuta delle esigenze del mercato e della produzione.

## 2. *L'ambito oggettivo della ricerca: i medicinali e i dispositivi medici*

Occorre innanzi tutto premettere che le considerazioni che seguiranno riguardano in primo luogo la categoria dei farmaci; esse possono, tuttavia, essere estese anche ad un ambito differente, ma contiguo: l'ambito dei dispositivi medici.

È pertanto opportuno delimitare, preliminarmente, l'ambito oggettivo della ricerca, chiarendo cosa si intenda per “farmaco” e per “dispositivo medico”: e qui vengono in soccorso riferimenti normativi specifici.

La definizione di “farmaco” è contenuta nell'art. 1 d.lgs. 24 aprile 2006, n. 219, che, attuando la Direttiva 2001/83/CEE, come modificata e integrata dalla Direttiva 2003/63/CE, ha introdotto nel nostro ordinamento il Codice comunitario concernente i medicinali per uso umano. Secondo tale definizione, deve intendersi per medicinale ogni

---

<sup>1</sup> Sul rapporto, sovente configurabile in termini oppositivi, tra esigenze della persona ed esigenze del mercato, è d'obbligo il rinvio all'opera di PIETRO PERLINGIERI, diffusamente ed in particolare al suo *Il diritto dei contratti tra persona e mercato*, Napoli, ESI, 2003.

sostanza o associazione di sostanze presentata come avente proprietà curative o profilattiche delle malattie umane, o anche utilizzata con finalità di diagnosi<sup>2</sup>.

Con l'espressione "dispositivo medico" si intende invece una categoria molto ampia di prodotti, destinati ad essere impiegati nell'uomo o sull'uomo a scopo di diagnosi, prevenzione, controllo, terapia; attenuazione o compensazione di ferite o handicap; studio, sostituzione o modifica di un processo fisiologico; controllo del concepimento<sup>3</sup>.

Come si vede, le due categorie – farmaci e dispositivi medici – non sono affatto omogenee, né coincidenti; va avvertito, in particolare, che il principale fattore distintivo tra di esse è costituito da quell'intrinseca pericolosità che, se sussiste sempre (o quasi sempre) nel medicinale, non è invece sempre riscontrabile nel dispositivo medico (basti pensare che anche i semplici cerotti rientrano nella categoria dei dispositivi medici). Tale fattore non è irrilevante: l'intrinseca pericolosità del medicinale, infatti, costituisce uno degli argomenti utilizzati per proporre e giustificare un peculiare trattamento dei relativi casi, elaborando principi e regole *ad hoc*. Tuttavia, a condizione che si tenga conto di tale premessa, e che quindi si valuti caso per caso la possibilità di un accostamento delle due categorie, può af-

---

<sup>2</sup> Art. 1, d.lgs. 24 aprile 2006, n. 219: «Ai fini del presente decreto, valgono le seguenti definizioni: a) prodotto medicinale o medicinale, di seguito indicato con il termine "medicinale": 1) ogni sostanza o associazione di sostanze presentata come avente proprietà curative o profilattiche delle malattie umane; 2) ogni sostanza o associazione di sostanze che può essere utilizzata sull'uomo o somministrata all'uomo allo scopo di ripristinare, correggere o modificare funzioni fisiologiche, esercitando un'azione farmacologica, immunologica o metabolica, ovvero di stabilire una diagnosi medica». Appare qui utile introdurre una precisazione: da un punto di vista strettamente tecnico, i termini "farmaco" e "medicinale" non sono equivalenti, come si evince dalla stessa disciplina comunitaria appena richiamata, che utilizza la parola "medicinale" per indicare la sostanza o l'insieme di sostanze, e riferisce l'aggettivo "farmacologico", piuttosto, all'azione esercitata dal medicinale. Nell'uso corrente, tuttavia, le due espressioni vengono frequentemente utilizzate come sinonimi: ed in tal senso se ne è fatto uso, anche nel presente testo.

<sup>3</sup> Art. 1, comma 2, d. lgs. 14 dicembre 1992, n. 507: «Ai fini del presente decreto si applicano le definizioni seguenti:

a) dispositivo medico: qualunque strumento, apparecchio, impianto, software, sostanza o altro prodotto, utilizzato da solo o in combinazione, compresi gli accessori tra cui il software destinato dal fabbricante ad essere impiegato specificamente con finalità diagnostiche o terapeutiche e necessario al corretto funzionamento del dispositivo stesso, destinato dal fabbricante ad essere impiegato sull'uomo a fini di:

- 1) diagnosi, prevenzione, controllo, trattamento o attenuazione di malattie;
- 2) diagnosi, controllo, trattamento, attenuazione o compensazione di una ferita o di un handicap;
- 3) studio, sostituzione o modifica dell'anatomia oppure di un processo fisiologico;
- 4) controllo del concepimento, che non eserciti nel o sul corpo umano l'azione principale cui è destinato con mezzi farmacologici, immunologici o mediante processi metabolici, ma la cui funzione possa essere coadiuvata da tali mezzi».

La medesima definizione è dettata dall'art. 1, comma 2, del d.lgs. 24 febbraio 1997, n. 46, nonché dall'art. 1, comma 1, del d.lgs. 8 settembre 2000, n. 332.

fermarsi che, soprattutto in tema di responsabilità, molti dei principi che sono stati espressi in relazione all'una potrebbero essere estesi ed applicati anche all'altra.

Il che può essere agevolmente spiegato, alla luce della *ratio* che sottende i provvedimenti normativi e gli interventi giurisprudenziali in materia: in entrambe le ipotesi, si configurano quelle esigenze di rispetto dei principi e delle regole della concorrenza, da una parte, e di riduzione del rischio e tutela della salute, dall'altra parte, alle quali più volte sin qui abbiamo fatto riferimento.

### 3. *Il farmaco (e il dispositivo medico) come prodotto*

Torniamo dunque all'interrogativo iniziale: se sia possibile considerare il farmaco – o il dispositivo medico – come un prodotto, alla stregua degli altri prodotti, e quali conseguenze una eventuale risposta positiva a tale quesito produrrebbe sul piano della responsabilità.

Per lungo tempo, in assenza di una disciplina specifica riguardante tali prodotti, essi venivano sostanzialmente assimilati a tutti gli altri tipi di prodotti. L'interrogativo che si è qui posto ha dunque avuto inizialmente una risposta positiva, o più esattamente una mancata risposta<sup>4</sup>. Ciò non toglie che si discutesse comunque sul fatto se fosse possibile applicare anche a queste categorie le regole comuni in tema di responsabilità, anche alla luce di alcuni segnali provenienti da altri ordinamenti.

Il riferimento è volto, in particolare, al vivace dibattito che si era sviluppato, in argomento, già in tempi risalenti e con esiti molto diversi, sia in ambiente americano che in ambiente tedesco.

Nel primo caso – quello degli Stati Uniti – il *leading case* è rappresentato dalla celebre pronuncia della Court of Appeals di New York, nel caso *Thomas vs. Winchester* (1852)<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Cfr. quanto affermava, prima degli interventi comunitari volti a disciplinare specificamente la materia, G. ALPA, in AA.VV., *La responsabilità in materia sanitaria*, Atti del convegno nazionale tenuto a Bologna il 16 dicembre e a Ravenna il 17 dicembre 1983, Milano, Giuffrè, 1984, p. 42: «il farmaco come “prodotto” dell'impresa non è considerato (a parte i controlli di carattere amministrativo) come un prodotto speciale che richiede una particolare disciplina. Questa assenza di specificità induce a ritenere che in questa materia si debbano applicare le norme di carattere generale o, più esattamente, di *diritto comune*».

<sup>5</sup> *Thomas v. Winchester*, Court of Appeals of New York, 6 N.Y. 397 (1852). Nel caso di specie, il sig. Thomas aveva acquistato dal sig. Winchester un farmaco per la moglie, che le era stato prescritto dal medico. Il farmaco, tuttavia, non era stato preparato direttamente dal sig. Winchester, bensì da un suo dipendente; esso conteneva un'alta percentuale di veleno, che aveva provocato la morte della signora. Almeno due ostacoli impedi-

La questione era sorta in relazione alla preparazione, vendita e somministrazione di un farmaco che si era rivelato altamente tossico, provocando la morte della paziente. Nel chiedersi se anche in questo caso potessero trovare applicazione le regole comuni in materia di responsabilità per i difetti della cosa venduta, i giudici americani formularono per la prima volta la «*imminent danger to human life doctrine*»: se una delle parti del contratto «*puts human life in imminent dangers*», essa è responsabile nei confronti del consumatore finale, anche ove quest'ultimo sia un terzo, non parte del medesimo contratto. In tale occasione, la Corte affermò dunque una presunzione di responsabilità a carico del venditore-produttore, formulando, già all'epoca, il principio di inversione dell'onere della prova<sup>6</sup>.

Nel secondo dei casi citati a titolo esemplificativo, relativo all'ordinamento tedesco, il dibattito si è invece sviluppato in tempi più recenti, in relazione ai danni prodotti da un altro farmaco, il talidomide (tristemente noto anche in Italia per le gravi malformazioni prodotte sui neonati). In tale occasione, l'esigenza di assicurare un risarcimento alle vittime di danni da prodotti farmaceutici difettosi ha condotto alla formulazione di una regola di responsabilità oggettiva del produttore di farmaci, collegata all'obbligo, per i produttori di farmaci, di stipulare un contratto di assicurazione<sup>7</sup>.

---

vano, dunque, una condanna per responsabilità nei confronti del sig. Winchester: l'atto dannoso non era stato compiuto da lui personalmente, ma da un suo dipendente; il danno era stato subito non dalla controparte contrattuale, ma da un terzo. In tale occasione, la Corte osservò: «Every man who, by is culpable negligence, causes the death of another, although without intent to kill, is guilty of manslaughter...and this rule applies not only where the death of one is occasioned by the negligent act of another, but where it is caused by the negligent omission of a duty of that other (2 Car. & Kir., 368, 371). Although the defendant Winchester may not be answerable criminally for the negligence of his agent, there can be no doubt of his liability in a civil action, in which the act of the agent is to be regarded as the act of the principal». Da allora, la riflessione americana sull'argomento ha naturalmente avuto ulteriori, interessanti sviluppi, che non è tuttavia possibile analizzare in questa sede. Sia tuttavia consentito citare il *Comment K, Section 402 A*, del *Restatement (Second) of Torts* (1965), che prevede essenzialmente la necessità di una valutazione, da parte delle Corti, del rapporto costi-benefici. Si prevede, in particolare, una esimente per i prodotti *unavoidably unsafe* (ad es. proprio i medicinali), quando l'utilità che alla società deriverebbe dal loro utilizzo sia maggiore dei pericoli cui è esposto chi utilizza il prodotto (come, ad esempio, nel caso dei vaccini). Ciò, naturalmente, a condizione che il prodotto sia di per sé correttamente preparato e che il consumatore sia stato avvertito di ogni rischio legato al consumo dello stesso (cfr. *Calabrese v. Trenton State College*, 162, NJ Super., 145, 392, A2d 600, 604 (1978)).

<sup>6</sup> Cfr. ancora G. ALPA, in AA.VV., *La responsabilità in materia sanitaria*, cit., pp. 42-43, il quale ricorda come, per la formulazione di un analogo principio in Italia, bisognerà attendere più di un secolo: il riferimento è, naturalmente, alla sentenza della Cass., 25 maggio 1964, n. 1265 (caso Saiwa), pubblicata, tra l'altro, in G. ALPA e M. BESSONE, *La responsabilità del produttore*, Milano, 1980, p. 20.

<sup>7</sup> Cfr. il *Gesetz zur Neuordnung des Arzneimittelrechts*, 1 settembre 1976, n. 110, su cui si veda U. CARNEVALI, *La responsabilità del produttore di medicinali in una recente legge della Repubblica Federale Tedesca*, in *Riv. dir. ind.*, 1977, I, p. 476 ss.

Emerge dunque, già da questi primi, sommari cenni, la consapevolezza della natura affatto particolare del prodotto-farmaco, e la conseguente necessità di tutelare con maggiore incisività i consumatori-pazienti: la risposta dei diversi ordinamenti risente naturalmente degli equilibri e degli assetti istituzionali propri di ciascun paese, che inducono a cercare risposte nell'interpretazione dei giudici, in un caso, nell'intervento del legislatore, nell'altro; comune, in ogni caso, è lo sforzo diretto a individuare soluzioni più favorevoli ai pazienti.

Lo scenario sin qui descritto ha tuttavia subito, negli ultimi anni, una profonda trasformazione, dovuta essenzialmente all'introduzione, a livello comunitario, a partire dagli anni Novanta, di una disciplina piuttosto dettagliata, sia in tema di farmaci che di dispositivi medici, nella raggiunta consapevolezza della natura particolare di tali beni.

Il quadro normativo di riferimento, per i farmaci, è ora rappresentato dalla citata Direttiva 2001/83/CEE, come modificata e integrata dalla Direttiva 2003/63/CE, che ha introdotto nel nostro ordinamento il Codice dei medicinali per uso umano, e dal Reg. 1394/2007/CE, sui prodotti medicinali per terapie avanzate (ATMPs), recante modifiche alla direttiva 2001/83/CE e al Reg. 726/2004<sup>8</sup>. Tale ultimo regolamento si è reso necessario per garantire standard più elevati di sicurezza e qualità, anche grazie all'inserimento di alcuni prodotti (p. es. i tessuti) all'interno della categoria dei medicinali.

Per i dispositivi medici, invece, occorre far riferimento ad un insieme di 5 Direttive, di cui una generale, che si applica ove non trovino applicazione le direttive di carattere speciale (Direttiva 93/42/CEE, come modificata dalla Direttiva 2001/104/CE); e le altre 4 riguardanti, rispettivamente: il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri, relative ai dispositivi impiantabili attivi (90/385/CEE; si intende per dispositivi impiantabile attivo un dispositivo che necessita di una energia che non sia quella del corpo umano, ad es. il peace maker.); i dispositivi medico-diagnostici *in vitro* (98/79/CE, si tratta dei dispositivi destinati dal fabbricante ad essere impiegati in vitro per l'esame di campioni provenienti dal corpo umano, inclusi sangue e tessuti donati, unicamente o principalmente allo scopo di fornire

---

<sup>8</sup> Cfr. Direttiva 2001/83/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 novembre 2001 recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano; Direttiva 2003/63/CE della Commissione del 25 giugno 2003 che modifica la precedente; Reg. (CE) n. 1394/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 novembre 2007 sui medicinali per terapie avanzate recante modifica della Direttiva 2001/83/CE e del regolamento (CE) n. 726/2004.

informazioni); i dispositivi medici fabbricati con tessuti di origine animale (2003/32/CE); i dispositivi che incorporano sostanze emoderivate (2000/70/CE)<sup>9</sup>.

Dalla copiosità e dal livello di dettaglio di questa disciplina si evince chiaramente che il farmaco non è considerato un prodotto come tutti gli altri, ma si prende anzi in considerazione la sua intrinseca pericolosità.

#### *4. Quale responsabilità?*

Chiarito dunque che il discorso si svolge in relazione a prodotti “speciali”, dobbiamo ora interrogarci, proseguendo nel percorso tracciato dal titolo di questo intervento, su quali siano le conseguenze, sul piano della responsabilità, della asserita natura intrinsecamente pericolosa del farmaco.

Il primo interrogativo è se si possa agire sia sul piano della responsabilità contrattuale che sul piano della responsabilità extracontrattuale.

La risposta è naturalmente positiva: è senz'altro possibile, a fronte di un danno provocato dall'uso di un farmaco difettoso, ricorrere all'applicazione di entrambe le discipline, eventualmente anche in concorso tra loro. La strada della responsabilità contrattuale è stata, tuttavia, nei fatti, poco frequentata. Deve richiamarsi, qui, il dibattito svolto, più in generale, in relazione ai rimedi configurabili a seguito di un danno da prodotto difettoso. Com'è noto, una prima soluzione – che chiameremo la soluzione “contrattuale” – mirava essenzialmente ad estendere le garanzie sul contratto di vendita al caso dei prodotti (e, nel caso specifico, dei farmaci)<sup>10</sup>. In sostanza, si proponeva di assimilare il produttore al venditore, e quindi di ritenerlo responsabile per i vizi della cosa venduta nei confronti del compratore. Ma è proprio questa assimilazione tra produttore e venditore che suscitava delle perplessità, perché evidentemente le due figure svolgono ruoli profondamente diversi: come è stato ampiamente sottolineato, tale disegno appare condivisibile solo nell'ambito di un contesto

---

<sup>9</sup> Cfr. Direttiva 93/42/CEE del Consiglio, 14 giugno 1993, concernente i dispositivi medici; Direttiva 90/385/CEE del Consiglio, del 20 giugno 1990, per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati Membri relative ai dispositivi medici impiantabili attivi; Direttiva 98/79/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 ottobre 1998, relativa ai dispositivi medico-diagnostici in vitro; Direttiva 2000/70/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 novembre 2000, che modifica la direttiva 93/42/CEE del Consiglio per quanto riguarda i dispositivi medici che incorporano derivati stabili del sangue o del plasma umano.

<sup>10</sup> Cfr. C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1993, spec. p. 942 ss.; ma si veda anche la ricostruzione operata da C. CASTRONOVO, *Problema e sistema del danno da prodotti*, Milano, Giuffrè, 1979.

sociale molto diverso da quello attuale, nel quale il produttore non assume una fisionomia autonoma e si identifica essenzialmente con chi gestisce anche la successiva fase della vendita (*vendeur-fabricant*)<sup>11</sup>.

Sotto il profilo qui considerato, la strada della responsabilità contrattuale è stata dunque sostanzialmente messa in secondo piano, in favore di una diversa soluzione, che fa perno sulla responsabilità extracontrattuale. A questa scelta hanno peraltro contribuito almeno due fattori, oltre a quello, già segnalato, della profonda trasformazione delle dinamiche della produzione: da una parte, la circostanza dell'approvazione della specifica disciplina comunitaria in materia di farmaci e di dispositivi medici, alla quale si è già fatto riferimento; dall'altra parte, più in generale, l'avvenuta approvazione (e il successivo recepimento) della direttiva sulla responsabilità da prodotti difettosi.

Ciò non toglie, ovviamente, che, sulla base di diversi presupposti, la soluzione basata sul ricorso alle regole di responsabilità contrattuale sia comunque percorribile, anche in concorso con la responsabilità extracontrattuale. È anzi questa una prospettiva concreta di sviluppo, per una più efficace tutela dei pazienti danneggiati, come del resto dimostrano le più recenti tendenze giurisprudenziali.

##### 5. *La tutela preventiva: il principio di presunzione di conformità del prodotto certificato*

La consapevolezza della particolare natura del prodotto-farmaco e dell'intrinseca pericolosità di esso ha dunque condotto il legislatore – innanzi tutto quello comunitario – a dettare la più volte sin qui richiamata disciplina di settore, al fine di tener conto di tali peculiarità.

Ove si scorra, tuttavia, il testo delle fonti comunitarie, ci si avvede che la disciplina in esse contenuta è sì molto dettagliata, ma è volta essenzialmente a regolare il momento preventivo - potremmo dire la fase *ex ante* -, cioè la situazione che precede (e possibilmente evita) la produzione del danno. Il che è dovuto al fatto che il legislatore comunitario, consapevole della intrinseca pericolosità del prodotto farmaceutico, tenta di introdurre una disciplina che induca chi quei farmaci produce, distribuisce o utilizza ad adottare comportamenti fortemente prudentziali.

---

<sup>11</sup> Cfr. G. ALPA, in AA.VV., *La responsabilità in materia sanitaria*, cit., p. 43 ss.

Sostanzialmente, nella fase preventiva ai produttori viene imposto il rispetto di specifici obblighi, sia relativi al processo di produzione che alla fase informativa. Per quanto riguarda il processo di produzione, il fabbricante deve rispettare alcune procedure dettagliatamente predeterminate per ottenere una certificazione che lo autorizza a circolare sul mercato; per quanto riguarda la fase informativa, egli deve avvertire il consumatore o più in generale chi utilizzerà il prodotto farmaceutico di tutti gli eventuali pericoli e controindicazioni connessi all'uso.

In questa fase sono dunque coinvolti una serie di soggetti: vengono in considerazione non solo gli obblighi del produttore, ma anche degli organismi di certificazione (ad es. AIFA) e di tutto il personale medico e sanitario.

Naturalmente, anche in relazione a questa fase emergono rilevanti profili sul piano della responsabilità. Gli operatori sanitari che utilizzino dispositivi medici sono ad esempio tenuti all'obbligo di verificare gli allegati tecnici del prodotto per accertarne la destinazione specifica e l'uso corretto e sono tenuti anche a specifici obblighi di sorveglianza e di comunicazione di eventuali malfunzionamenti o inadeguatezze anche nelle istruzioni, da cui potrebbero derivare il decesso o il grave peggioramento delle condizioni di salute di un paziente o di un operatore: ove essi violassero tali obblighi, e da tale violazione dovesse derivare un danno al paziente, sarebbe senz'altro configurabile una forma di responsabilità. Quanto agli organismi di certificazione, è notizia di cronaca recente l'azione intentata da un avvocato contro l'AIFA, per avere questa autorizzato la messa in commercio di un farmaco contro il Parkinson che blocca gli inibitori della dipendenza da gioco, senza obbligare il produttore a segnalare adeguatamente tali rischi.

Ed è proprio sotto questo profilo che emerge il diverso atteggiamento tra diritto interno e diritto comunitario. Ci limiteremo, qui, a citare due casi di riferimento, alquanto significativi.

Nel primo caso (noto come caso Medipac, Corte Giust. 14 giugno 2007, Causa C-6/05) un ospedale greco aveva bandito una gara d'appalto per la fornitura di materiali di sutura, ma aveva escluso l'offerta della società Medipac, alla luce delle molteplici segnalazioni fatte pervenire alla direzione dell'ospedale da parte del personale medico, che aveva lamentato in diverse occasioni che quel materiale di sutura era insoddisfacente ed inadatto all'uso.

Il Consiglio di Stato greco ha allora rimesso alla Corte di giustizia la questione se fosse ammissibile l'esclusione diretta dalla gara d'appalto di dispositivi che avevano il marchio CE e rispondevano alle caratteristiche tecniche richieste dal bando, adducendo obiezioni sostanziali sulla loro inidoneità qualitativa.

Ebbene, la Corte ha affermato chiaramente che se i dispositivi medici ricevono la marcatura devono presumersi sicuri, idonei all'uso e idonei a circolare liberamente. Non è pertanto legittimo che la singola struttura li escluda da una gara, perché ciò equivarrebbe ad ammettere che il singolo ospedale possa contestare la valutazione di conformità espressa dall'organo europeo di certificazione. Quello che lo Stato può fare, in questi casi, è solo attivare la procedura di salvaguardia, peraltro obbligatoria in presenza di possibili rischi per la salute dei pazienti. Tale procedura è prevista dall'art. 8 della Direttiva 93/42, intitolato appunto "Clausola di salvaguardia", ove si dispone che se uno Stato membro constata che un dispositivo, installato ed utilizzato correttamente secondo la sua destinazione e oggetto di manutenzione regolare, può compromettere la salute e/o la sicurezza dei pazienti, degli utilizzatori o eventualmente di terzi, deve adottare le misure provvisorie necessarie per ritirare tale dispositivo dal mercato, vietarne o ridurne l'immissione in commercio o la messa in servizio. Lo Stato membro deve poi comunicare immediatamente tali misure alla Commissione, indicando dettagliatamente i motivi della sua decisione. Tutto dunque si svolge a livello centrale, a livello della Commissione.

Nel secondo caso, la Svezia aveva vietato a un'azienda svedese di esportare a fini commerciali amalgami per uso dentistico contenenti mercurio, per motivi di tutela della salute e dell'ambiente. Anche in questo caso, la Corte di giustizia (19 novembre 2009, causa C-288/08) ha ribadito quanto affermato nella precedente pronuncia, dichiarando che la disciplina comunitaria in materia osta all'adozione di misure che possano costituire un ostacolo alla libera circolazione dei dispositivi certificati, e che l'unico strumento per introdurre limitazioni in tal senso è rappresentato dall'attivazione della citata procedura di salvaguardia.

È utile analizzare con precisione le motivazioni della Corte, perché da esse emerge chiaramente la contrapposizione di logiche cui si è fatto riferimento, e che è al fondamento della disciplina comunitaria.

Nelle difese relative al primo dei casi qui richiamati, la Medipac osserva che la direttiva 93/42/CE impone che gli Stati membri non possono «vietare, limitare o ostacolare la commercializzazione di dispositivi medici che siano conformi alle disposizioni di tale direttiva e che siano muniti della marcatura CE». Essa sostiene, argomento ripreso dalla Commissione, che «i dispositivi medici dotati di tale marcatura rispondono a tutti i requisiti di conformità e di sicurezza richiesti dalla legislazione comunitaria». Ne risulta che la marcatura introduce una presunzione di conformità dei prodotti che ne sono muniti che può essere contestata solo ricorrendo alla apposita procedura di salvaguardia.

In una prospettiva diametralmente opposta, il governo ellenico, rileva, invece, che la direttiva 93/42 ha lo scopo di garantire che i dispositivi medici offrano un livello elevato di protezione ai pazienti, agli utilizzatori e ai terzi. Se ne deve dedurre che, nel caso in cui un'offerta di dispositivi medici certificati conformi a tale direttiva si rivelasse ciò nondimeno tecnicamente insufficiente, un'autorità aggiudicatrice sarebbe legittimata ad escludere direttamente tali dispositivi dalla procedura di acquisto. Fermo restando che poi tale autorità avrebbe il dovere di avvertire lo Stato membro perché si adottino i provvedimenti provvisori del caso e si attivi la clausola di salvaguardia. Il governo ellenico sostiene inoltre che la direttiva stabilisce solo i requisiti minimi che un dispositivo medico deve soddisfare per poter accedere alla marcatura, mentre un'autorità aggiudicatrice è libera di imporre requisiti di qualità che vadano oltre il minimo richiesto a livello comunitario per la marcatura.

Orbene, di fronte a queste opposte letture del contenuto e della *ratio* della disciplina comunitaria, la Corte di giustizia si schiera, essenzialmente, a favore della prima. I giudici di Strasburgo osservano, infatti, che obiettivo della direttiva è l'armonizzazione dei requisiti essenziali che i dispositivi medici devono soddisfare. Ma tali dispositivi, una volta che siano certificati conformi alle norme di armonizzazione, devono presumersi conformi ai requisiti essenziali, e, di conseguenza, adeguati all'uso. Inoltre, tali dispositivi devono poter circolare liberamente in tutta la Comunità: «in tale contesto, la necessità di conciliare la libera circolazione dei dispositivi con la tutela della salute dei pazienti implica che, in caso di comparsa di un rischio connesso ai dispositivi certificati conformi, lo Stato attivi la clausola di salvaguardia, senza che altri organi non autorizzati possano decidere direttamente e unilateralmente altre misure».

Nella seconda sentenza richiamata, la Corte ribadisce le stesse motivazioni, affermando ancora più chiaramente che la marcatura stabilisce una presunzione di conformità che può essere confutata solo con la procedura di salvaguardia, e che la direttiva 93/42 costituisce un provvedimento di armonizzazione adottato in applicazione dell'art. 100 A del Trattato CE, ora art. 95 CE, quindi finalizzata a favorire la libera circolazione dei prodotti rimuovendo eventuali ostacoli.

Come si vede, nella prospettiva comunitaria il rispetto dei protocolli e delle regole dettate a presidio di una tutela preventiva, in un'ottica di riduzione del rischio relativo alla fase di fabbricazione, fanno sì che il produttore di un farmaco o di un dispositivo possa ottenere la certificazione di idoneità e l'autorizzazione alla messa in commercio, senza che sia possibile, per singole strutture sanitarie o per singoli Stati membri, contestare o ostacolare tale circolazione. In sostanza, la CE si impegna a garantire, attraverso l'imposizione di procedure e di obblighi, che nella fase che precede e che accompagna la messa in commercio del farmaco o del dispositivo vengano adottate una serie di regole prudenziali che riducono il rischio di danno. Ove, tuttavia, tali regole vengano rispettate dal produttore, gli organismi di certificazione centrali e nazionali rilasciano una certificazione che in sostanza non può essere contestata, se non attraverso una apposita procedura (procedura di salvaguardia). È la tutela della libera circolazione che prevale, in questo caso, sul principio di tutela della salute del paziente<sup>12</sup>.

#### 6. *La tutela successiva: una duplicazione degli strumenti di accesso al risarcimento del danno?*

Occorre ora prendere in considerazione la seconda, delle situazioni dianzi individuate: occorre cioè riflettere sulle conseguenze della produzione di un danno, dovuto alla messa in circolazione ed al conseguente utilizzo di un farmaco difettoso (ciò che si è indicato come momento *ex post*).

L'interprete, in questo caso, si trova di fronte alla possibilità di intraprendere due differenti percorsi.

---

<sup>12</sup> È comunque opportuno precisare che anche l'ottenimento della certificazione non costituisce, di per sé, motivo di esonero da responsabilità: cfr., in argomento, A. QUERCI, *I danni da vaccinazioni tra indennizzo e risarcimento*, in A. BELVEDERE, S. RIONDATO, *Le responsabilità in medicina*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Milano, Giuffrè, 2011, in part. P. 488 ss.

Una prima soluzione – che potremmo qualificare come “classica” – è quella offerta dall’art. 2050 c.c., in tema di responsabilità per l’esercizio di attività pericolose.

Il ricorso a una simile soluzione comporta:

- innanzi tutto, un passaggio logico, dalla pericolosità del bene alla pericolosità dell’attività che ha ad oggetto quel bene. In altre parole, i giudici devono dedurre dalla difettosità, o pericolosità del prodotto, la pericolosità dell’attività che ha ad oggetto quel prodotto. È quel che è accaduto, in passato, con il caso degli emoderivati: dal fatto che fossero stati immessi in commercio dei lotti di prodotto potenzialmente infetto dal virus dell’epatite B, si è dedotta la qualificazione in termini di pericolosità dell’attività di chi si occupava della produzione di tale prodotto (e la conseguente applicabilità al caso dell’art. 2050 c.c.): sul punto si avrà modo di tornare più avanti;

- in secondo luogo, rilevanti conseguenze in termini di riparto dell’onere probatorio, che si rivela molto favorevole al paziente. Per evitare di risarcire il danno, infatti, chi eserciti un’attività pericolosa deve provare di “avere adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno”. Il che si traduce, nel caso di specie, nell’onere di provare che, al momento in cui il farmaco è stato messo in circolazione, non ci fosse neppure una minima possibilità di individuare, neanche con procedimenti scientifici nuovissimi e non ancora normalmente applicati nella prassi, la contaminazione o la difettosità del farmaco. Non basta. Anche dopo che il farmaco sia stato immesso in circolazione, il produttore avrà l’obbligo di monitorare lo stato della scienza e della tecnica, adottando tutte le necessarie misure di sicurezza, fino a ritirare il prodotto dal mercato, ove questo si riveli, in base ai progressi scientifici, pericoloso.

Possiamo però prendere in considerazione anche un secondo itinerario, che si presenta all’interprete nel caso in cui un farmaco difettoso provochi un danno al paziente: possiamo cioè tentare di sussumere tale ipotesi nell’ambito della disciplina generale in tema di *responsabilità per danno da prodotto difettoso*.

Vengono dunque qui in considerazione gli artt. 114-127 c. cons.<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> Per quel che qui interessa, possono citarsi, in particolare: l’art. 115, che definisce prodotto “ogni bene mobile, anche se incorporato in altro bene mobile o immobile”; l’art. 117, che specifica quando un prodotto può essere considerato difettoso: quando, cioè, esso “non offre la sicurezza normalmente offerta dagli altri esemplari della medesima serie”. In particolare, “un prodotto è difet-

In effetti, non sembrano sussistere ostacoli all'applicazione di tale disciplina al caso del danno prodotto da farmaco o da dispositivo medico difettoso: la stessa definizione di prodotto offerta dal codice di consumo comprende "ogni bene mobile", quindi certamente anche i medicinali.

*7. Le implicazioni di una possibile applicazione della disciplina in tema di danno da prodotti difettosi*

La conseguenza più rilevante dell'applicazione della normativa sul danno da prodotti difettosi, in luogo dell'art. 2050 c.c., si riscontra su due piani: il piano della ripartizione del rischio e, conseguentemente, il piano della ripartizione dell'onere probatorio.

Gli artt. 117 e 118 c. cons., infatti, affermano che un farmaco non può essere considerato difettoso solo perché un altro farmaco migliore ("più perfezionato") è stato immesso in circolazione. Inoltre, il produttore non risponde (tra le altre ipotesi) quando lo stato delle conoscenze tecniche e scientifiche, al momento in cui il produttore ha messo in circolazione il prodotto, non permetteva ancora di considerare il prodotto come difettoso. E, secondo l'art. 120 c. cons., ai fini dell'esclusione della responsabilità è "sufficiente dimostrare che, tenuto conto delle circostanze, è *probabile* che il difetto non esistesse ancora nel momento in cui il prodotto è stato messo in circolazione".

Si tocca qui il tema del c.d. rischio da sviluppo, cioè del rischio in cui incorre il fabbricante di non poter prevedere, allo stato della scienza e della tecnica esistente al momento in cui il prodotto veniva ideato, realizzato e messo in circolazione, la possibilità che il pro-

---

toso quando non offre la sicurezza che ci si può legittimamente attendere tenuto conto di tutte le circostanze, tra cui: a) il modo in cui un prodotto è stato messo in circolazione...le istruzioni e le avvertenze fornite"; (...)

c) il tempo in cui il prodotto è stato messo in circolazione. Il fattore temporale è particolarmente rilevante ai fini della qualificabilità del prodotto come difettoso: il comma 2 del medesimo art. 117 specifica che "un prodotto non può essere considerato difettoso per il solo fatto che un prodotto più perfezionato sia stato in qualunque tempo messo in commercio";

l'art. 118, che esclude la responsabilità "...b) se il difetto che ha cagionato il danno non esisteva quando il produttore ha messo il prodotto in circolazione; c) se il produttore non ha fabbricato il prodotto per la vendita o per qualsiasi altra forma di distribuzione a titolo oneroso (questa disposizione deve essere tenuta ben presente nelle considerazioni che svolgeremo)...; e) se lo stato delle conoscenze tecniche e scientifiche, al momento in cui il produttore ha messo in circolazione il prodotto, non permetteva ancora di considerare il prodotto come difettoso;

infine, l'art. 120, che precisa, con riferimento alla lett. b) del citato art. 118, che ai fini dell'esclusione della responsabilità è "sufficiente dimostrare che, tenuto conto delle circostanze, è probabile che il difetto non esistesse ancora nel momento in cui il prodotto è stato messo in circolazione".

dotto avrebbe arrecato un disturbo ai pazienti. Il rischio, quindi, che il farmaco venga immesso sul mercato anche se non si esclude (è solo probabile) che quel prodotto immesso in circolazione non sia difettoso. Tale rischio, in base alla normativa comunitaria (successivamente tradotta nel codice di consumo), non ricade sul produttore del farmaco<sup>14</sup>. Ma il problema, a questo punto, si sposta sul significato della locuzione “non aver potuto prevedere”: quale significato attribuire ad essa? Nella logica dell’art. 2050 c.c., come si è accennato, l’espressione dovrebbe essere intesa in un senso estremamente restrittivo: il produttore dovrebbe dimostrare di aver fatto tutto quanto in suo potere per evitare di immettere in circolazione o di mantenere in commercio un farmaco difettoso, anche ricorrendo a procedure molto rare e molto costose. Nella logica comunitaria (*rectius* nella logica del codice del consumo), invece, alla locuzione “non aver potuto prevedere” sembrerebbe doversi attribuire una portata meno severa: interpretando tale espressione alla luce di una direttiva in tema di tutela della qualità dell’aria (in Italia attuata con d.P.R. 24 maggio 1988, n. 203), essa significa ricorrere alla “migliore tecnologia disponibile”, cioè ad un “sistema tecnologico adeguatamente verificato e sperimentato...sempreché l’applicazione di tali misure non comporti costi eccessivi”.

Appare evidente la distanza tra le due soluzioni, in termini di *favor* per il produttore. E tale distanza ha una specifica spiegazione.

La soluzione basata sull’art. 2050 c.c. è evidentemente volta alla massimizzazione della tutela del paziente, con particolare riferimento al bene-salute. L’attuale interpretazione dell’art. 2050 c.c. fa di questo articolo una regola di responsabilità oggettiva: chi esercita

---

<sup>14</sup> In verità, il dibattito sul rischio da sviluppo ha implicato una riflessione sul significato stesso di una simile qualificazione: non è mancato chi ha osservato come, sul piano della prevedibilità (e dunque della possibilità di calcolare a priori l’ammontare dei danni), tale categoria non si discosti da quella relativa ai difetti di fabbricazione. Sul punto, si veda, per un primo esame della questione, C.M. VERARDI, *Art. 6. Esclusione della responsabilità*, in AA.VV., *La responsabilità per danno da prodotti difettosi*, Milano, Giuffrè, 1990, in part. p. 84 ss. La dottrina, d’altra parte, ha espresso posizioni molto distanti sull’argomento: senza alcuna pretesa di esaustività, si richiamano qui la posizione di chi, in relazione al problema, ha proposto un irrigidimento dei criteri di imputazione della colpa, accompagnato da un perfezionamento del sistema di previdenza obbligatoria (P. TRIMARCHI, *La responsabilità del fabbricante nel progetto di statuto dell’impresa*, in *Quadrimestre*, 1985, p. 207 ss., in part. p. 215; di chi ha evidenziato come una soluzione di maggior rigore potrebbe stimolare le imprese all’adozione di strategie di prevenzione del danno maggiormente efficaci (C. CASTRONOVO, *Problema e sistema del danno da prodotti*, Milano, 1979, p. 753); di chi ha sottolineato, al contrario, che un sistema di responsabilità oggettiva condurrebbe inevitabilmente a prescindere dalla stessa esistenza di un difetto del prodotto, con l’effetto di ridurre la competitività e gli investimenti in ricerca da parte delle aziende farmaceutiche (U. CARNEVALI, *La responsabilità del produttore*, Milano, 1979, p. 230 ss.).

un'attività pericolosa sa che corre il rischio di dover risarcire i danni che tale attività reca con sé, e che potrà evitare di risarcire il danno solo dimostrando la sopravvenienza del caso fortuito. Ciò garantirebbe, secondo una parte della dottrina, un effetto di *deterrence* (chi esercita l'attività pericolosa adotterà tutte le misure idonee ad evitare il danno ed il conseguente risarcimento) e, al contempo e soprattutto, la sicurezza, da parte del danneggiato (nel nostro caso, del paziente), di essere risarcito. Si tratta, evidentemente, di una forma di tutela rafforzata, che tiene conto non solo, in generale, della natura pericolosa dell'attività, ma anche, con specifico riferimento al caso dei farmaci, del fatto che tale attività mette in gioco un bene particolare: la salute umana.

Com'è evidente, si tratta di una scelta di politica legislativa.

Nel caso della direttiva sulla responsabilità per danno da prodotto difettoso (oggi traspunta nel codice del consumo), al contrario, quel che il legislatore ha inteso tutelare è sì la salute del consumatore, ma anche le esigenze della produzione e la competitività delle imprese europee sul mercato internazionale. La direttiva risente senz'altro, sotto questo profilo, del periodo in cui fu approvata: non può negarsi che la costruzione di un sistema di mercato competitivo e l'abolizione delle barriere alla circolazione dei prodotti fossero inizialmente un obiettivo prioritario del diritto comunitario, rispetto al tema della salute e del rispetto per i valori della persona.

In sostanza, se uno Stato membro avesse optato per la soluzione che fa gravare il rischio da sviluppo sul consumatore-danneggiato, avrebbe penalizzato le imprese interne e posto ostacoli alla circolazione di quei prodotti, rispetto alle imprese e ai prodotti che avessero optato per la soluzione opposta. Ed è stato espressamente evidenziato come tale soluzione sia stata, tra l'altro, il frutto delle pressioni proprio delle case farmaceutiche, che paventavano eventuali ritardi ed ostacoli nella ricerca, ove si fosse fatto ricadere su di loro un rischio così imprevedibile<sup>15</sup>. Si affermava infatti (e si afferma tuttora) che l'assicurazione dei *development risks* sarebbe possibile solo a costi altissimi, insostenibili per la maggior parte delle imprese.

---

<sup>15</sup> C. CASTRONOVO, voce *Danno da prodotti (diritto italiano e straniero)*, in *Enc. giur.* Treccani, X, Roma, 1995, p. 12. È stato peraltro sottolineato come la difficoltà di applicare a tale settore il modello del rischio di impresa (e forme di responsabilità oggettiva) si spiega anche alla luce del particolare rapporto, che qui si configura, tra «costi sociali e classe di bisogni soddisfatti»: così U. RUFFOLO, *La tutela individuale e collettiva del consumatore*, I, Milano, Giuffrè, 1989, p. 135.

*8. Gli itinerari giurisprudenziali, tra vecchi e nuovi contesti normativi*

V'è da chiedersi, di fronte a questi due possibili modelli alternativi, quale sia la soluzione prescelta dalla giurisprudenza. Da una analisi dei casi concreti, appare netta la preferenza per il modello di tutela delineato in base al citato art. 2050 c.c.

Come è stato giustamente sottolineato, tale preferenza ha una ragion d'essere, prima di tutto, storica. In Italia, il *leading case* in materia è stato rappresentato dalla vicenda del Trilergan: utilizzando gammaglobuline fabbricate da un'azienda americana, una società europea aveva prodotto e messo in commercio lotti di emoderivati difettosi, che avevano portato alcuni pazienti ad essere contagiati dal virus dell'epatite B.

Orbene, tali casi si presentarono per la prima volta all'attenzione delle corti nazionali quando ancora non era entrato in vigore il d.p.r. n. 224/1988, di attuazione della direttiva sulla responsabilità per danni da prodotti difettosi: la scelta, da parte dei giudici, di far ricorso alla disciplina di cui all'art. 2050 c.c. fu, inizialmente, per così dire, obbligata<sup>16</sup>.

L'argomento "storico", tuttavia, non appare più sufficiente, in relazione alle controverse che si sono presentate alla giurisprudenza successivamente all'entrata in vigore del d.p.r. 224/1988.

Se si prescinde dal caso specifico dell'impiego di emoderivati difettosi – rispetto al quale va detto che la responsabilità del produttore, in base all'art. 118 c. cons., potrebbe essere esclusa anche in ragione della circostanza che il sangue umano usato a fini trasfusionali "non è fabbricato per la vendita o per qualsiasi altra forma di distribuzione a titolo oneroso", e questa circostanza costituisce per espresso dettato normativo un motivo di esenzione da responsabilità – abbiamo visto come l'attuale configurazione della disciplina della responsabilità per danno da prodotto difettoso (e, parallelamente, l'interpretazione che viene data dell'art. 2050 c.c.) appaia comunque più favorevole al consumatore-paziente, ed è dunque normalmente preferita nelle strategie di difesa di questi ultimi. A tal proposito, vi è

---

<sup>16</sup> Cfr. Cass., 15 luglio 1987, n. 6241, in *Foro it.*, 1988, I, c. 144; Trib. Milano, 19 novembre 1987, in *Foro it.*, 1988, I, c. 144. Non mancarono, per vero, pronunce di segno contrario, rispetto al problema dell'applicabilità dell'art. 2050 c.c.: cfr. Trib. Napoli, 9 ottobre 1986, in *Resp. civ. prev.*, 1988, p. 407, che ebbe occasione di affermare: «non è da considerarsi pericolosa ai sensi dell'art. 2050 c.c. l'attività di produzione di farmaci, neppure quando sia diretta alla manipolazione di sostanze particolarmente delicate (nella specie, emoderivati) per la quale la legge impone doverose cautele». In dottrina, cfr. D. CARUSO, *Quando il rimedio è peggiore del male: emoderivati infetti e responsabilità civile*, in *Foro it.*, I, 1988, c. 144 ss.; G. TASSONI, *Responsabilità del produttore di farmaci per "rischio da sviluppo" e art. 2050 c.c.*, in *Rass. dir. farmaceutico*, 1988, p. 549.

chi ha parlato chiaramente, in relazione alla disciplina sulla responsabilità per danno da prodotto difettoso, di “un’arma spuntata”, fondata essenzialmente su logiche di mercato<sup>17</sup>.

9. *Quale soluzione per il problema del danno da farmaco difettoso? La via “comunitaria” alla tutela della salute dei consumatori*

È necessario, a questo punto, interrogarsi sulla idoneità e sulla efficacia, in termini di interessi da tutelare, di ciascuna delle possibili soluzioni sin qui proposte.

Deve chiedersi, innanzi tutto, se sia effettivamente giustificata la disciplina di maggior favore per il produttore, in un ambito, quale è quello del mercato dei farmaci e dei dispositivi medici, nel quale l’eventuale produzione di un danno provoca dirette conseguenze su situazioni soggettive affatto particolari, direttamente connesse con la salute e la qualità della vita e la stessa esistenza del paziente.

Tale interrogativo si pone con tanta più forza oggi, alla luce dei progressi tecnologici, che hanno condotto a creare prodotti e tecnologie dalle conseguenze spesso imprevedibili, e le cui potenzialità non erano comunque ancora conosciute quando fu adottata, a livello comunitario, la scelta di far ricadere il c.d. rischio da sviluppo sul consumatore.

D’altra parte, come si è accennato, la scelta del modello fondato sul concetto stesso di rischio da sviluppo è stata criticata, proprio perché considerata inadatta ad alcuni settori (quello farmacologico, quello alimentare). Un farmaco è spesso, di per sé, un prodotto potenzialmente pericoloso: è sulla base di un calcolo costi/benefici, oltre che di specifiche precauzioni, che esso viene immesso in commercio, nonostante la sua potenziale dannosità. Se si condivide tale assunto, se ne deve dedurre logicamente che la circolazione di tali prodotti richiederebbe criteri di valutazione dei comportamenti più severi rispetto allo standard comune: l’esonero da responsabilità non rappresenta, sotto questo profilo, una soluzione efficace. Del resto, un dibattito analogo si svolge da tempo anche negli Stati Uniti, ove si è

---

<sup>17</sup> L. CABELLA PISU, *Cittadini e consumatori nel diritto dell’Unione europea*, in *Contratto e impr./Europa*, 2007, p. 684. Si segnala un unico caso, nel quale la strategia difensiva fondata sull’art. 2050 c.c. venne disattesa: riguardava un farmaco antiobesità, che aveva provocato gravi disfunzioni cardiache al paziente. Gli avvocati di quest’ultimo invocarono in effetti l’applicazione del d.p.r. 224/1988, ma convenendo erroneamente in giudizio la società italiana importatrice del farmaco, che veniva invece prodotto in Francia: cfr. Trib. Roma, 20 aprile 2002, in *Resp. civ. prev.*, 2002, 1107. La pronuncia è segnalata in A. QUERCI, *Bioteologie e scienze della vita nelle recenti normative di origine comunitaria: le nuove frontiere della responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, pp. 219 ss., in part. 231, nota 73.

discusso della possibilità o meno applicare ai farmaci le regole sulla responsabilità da prodotto difettoso.

Deve però anche chiedersi, da un punto di vista opposto, se il ricorso all'art. 2050 c.c. possa essere ancora giustificato, anche in presenza di una normativa specificamente dettata in tema di responsabilità per danno da prodotti difettosi.

La "clausola di salvezza", finora, è stata rappresentata dall'art. 127 c. cons., secondo il quale l'adozione di tale disciplina non "esclude né limita i diritti attribuiti al danneggiato da altre leggi" (disposizione che traduce l'art. 13 della direttiva 85/374/CE, secondo il quale "La presente direttiva lascia impregiudicati i diritti che il danneggiato può esercitare in base al diritto relativo alla responsabilità contrattuale o extracontrattuale o in base ad un regime speciale di responsabilità esistente al momento della notifica della direttiva").

Nel caso italiano, dunque, la disciplina di maggior favore per il paziente-consumatore, assicurata dall'art. 2050, potrebbe continuare ad essere applicata proprio in virtù della richiamata tale clausola.

Occorre tuttavia riflettere sulla diversa prospettiva che sembra essere suggerita dalle istituzioni comunitarie. In particolare, diverse pronunce della Corte di Giustizia sembrano andare decisamente in una direzione opposta: la Corte ha già sanzionato in varie occasioni (tra l'altro, proprio in tema di danno da emoderivati) altri Stati membri che avevano applicato la disciplina interna più favorevole al consumatore-paziente e non la Direttiva sui prodotti difettosi, perché tale comportamento ostacolerebbe proprio quella libera circolazione dei prodotti e quell'armonizzazione delle discipline, che costituiscono uno degli obiettivi primari della direttiva stessa. In particolare, proprio in relazione all'art. 13 della direttiva 85/374/CEE, la Corte ha fornito una interpretazione fortemente restrittiva della disposizione, affermando chiaramente che essa: «deve essere interpretata nel senso che i diritti attribuiti dalla normativa di uno Stato membro ai danneggiati a causa di un prodotto difettoso, in forza di un regime generale di responsabilità basato sullo stesso fondamento della disciplina attuata dalla suddetta direttiva, possono essere limitati o ristretti in seguito al recepimento di quest'ultima nell'ordinamento giuridico interno del suddetto Stato»<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> Cfr. Corte di Giustizia CE, sez. V, 25 aprile 2002, n. C-183/00, in *Foro it.*, 2002, IV, c. 294, con nota di A. PALMIERI e R. PARDOLESI, *I difetti del prodotto e del diritto privato europeo*. In senso conforme, Corte di Giustizia CE, 25 aprile 2002, n. C-52/00.

Appare dunque ormai necessario abbandonare il modello costruito sull'art. 2050 c.c., in favore della generale applicazione delle regole, recepite nel codice del consumo, in materia di responsabilità per danno da prodotto difettoso<sup>19</sup>.

In questa direzione si è peraltro già mossa la nostra Corte di cassazione<sup>20</sup>, applicando tale disciplina in un caso riguardante la rottura di una protesi mammaria. Il problema riguardava, dunque, un dispositivo medico e non un farmaco; tuttavia, quel che qui rileva è il principio affermato, in tale occasione, dalla Corte, secondo la quale «il d.P.R. 24 maggio 1988, n. 224, art. 8, comma 1 (“Il danneggiato deve provare il danno, il difetto e la connessione causale tra difetto e danno...”)) va interpretato nel senso che detto danneggiato deve provare (oltre al danno ed alla connessione causale predetti) che l'uso del prodotto ha comportato risultati anomali rispetto alle normali aspettative e tali da evidenziare la sussistenza di un difetto...; invece il produttore deve provare (ex art. 6 ed 8 del d.P.R. citato) che è probabile che il difetto non esistesse ancora nel momento in cui il prodotto è stato messo in circolazione».

Come si vede, i giudici di legittimità riconoscono senza difficoltà l'applicabilità della disciplina in tema di danno da prodotto difettoso; tuttavia, essi interpretano tale disciplina in modo più favorevole al consumatore-danneggiato, con particolare riferimento alla distribuzione dell'onere della prova. Si afferma, infatti, che la risarcibilità del danno è esclusa solo se si prova che il danneggiato abbia avuto contezza e del difetto del prodotto e del pericolo che possa derivare dal suo utilizzo. Ciò che vale a dire che, ai fini del riconoscimento della responsabilità del produttore, il consumatore può non solo fornire la prova che il difetto del prodotto è fondato su un vizio intrinseco, ma anche che c'è stata una frustrazione rispetto ad una legittima aspettativa di sicurezza.

---

<sup>19</sup> Alla medesima conclusione giunge M. FRANZONI, *Responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva*, in AA.VV., *Scritti in onore di Marco Comporti*, a cura di S. Pagliantini, E. Quadri e D. Sinesio, Milano, Giuffrè, 2008, in part. p. 1322, ove si osserva: «non nego che sia affascinante la soluzione proposta da chi ritiene necessario far fronte al rischio da sviluppo nel settore farmaceutico in modo diverso dal ricorso al criterio della responsabilità. È ben vero che in tale settore sia da privilegiare il rischio introdotto dalla sperimentazione rispetto al pericolo di danni con esso creato. Tuttavia la soluzione va trovata nella corretta applicazione delle norme vigenti, e nel caso in esame ritengo che il produttore di farmaci o di prodotti chimici debba essere considerato un produttore assoggettato al d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206».

<sup>20</sup> Cfr. ad es. Corte Cass., 8 ottobre 2007, n. 20985, su [www.uretgiuridica.it](http://www.uretgiuridica.it), segnalata, tra l'altro, in A. GENOVESE, *Il mercato dei dispositivi medici. Precauzione, sicurezza, responsabilità*, in *Contratto e impresa*, 2010, p. 321 ss.

D'altra parte, anche nella giurisprudenza comunitaria, ove pure, come s'è visto, l'applicazione della disciplina in parola non è mai stata messa in dubbio, si registrano notevoli aperture, sul piano interpretativo, in favore del paziente-consumatore. Ne è un esempio Corte giust. 10 maggio 2001 (causa C-203/99): si trattava, in questo caso, di un errore nella procedura di conservazione di un rene, nella fase che precede il trapianto sul paziente. Il liquido di perfusione utilizzato per l'irrorazione dell'organo, peraltro prodotto da un ospedale pubblico danese per un altro ospedale pubblico, si era rivelato difettoso. La Corte era dunque chiamata a pronunciarsi su questioni diverse.

Innanzitutto sul significato dell'espressione "prodotto messo in circolazione". La Corte osserva, in proposito, che l'esenzione prevista dalla legge in favore del produttore rileva nei casi nei quali il prodotto ha circolato contro la sua volontà (ad es., il procedimento di fabbricazione non è ancora concluso). Pertanto, «un prodotto è immesso in circolazione quando è utilizzato in occasione della prestazione concreta di un servizio medico ed il danno causato è conseguenza della difettosità di tale servizio». A nulla rilevando, peraltro, che il prodotto sia stato fabbricato e poi impiantato all'interno dello stesso istituto.

In secondo luogo, sull'applicabilità della direttiva anche ai casi nei quali il prodotto non sia stato fabbricato per fini di lucro. La Corte osserva che la circostanza che i prodotti fabbricati per una prestazione medica concreta non pagata direttamente dal paziente, ma il cui finanziamento è garantito da fondi pubblici versati dai contribuenti, non può essere tale da far venir meno il carattere economico e professionale della fabbricazione di tali prodotti. Infatti non si tratta di un'attività di carattere non retribuito (che avrebbe potuto giustificare l'esenzione). La Corte conclude, pertanto, che «l'esenzione per mancanza di attività a scopo economico non si applica al caso di un prodotto fabbricato nell'ambito di una prestazione medica interamente finanziata con fondi pubblici e per la quale i pazienti non devono versare alcun corrispettivo».

Infine, sulla stessa nozione di danno: a parte il problema del danno morale (su cui ogni Stato potrà applicare la normativa interna), i singoli Stati membri non possono limitare i tipi di danno materiale che saranno risarciti.

In questo modo, la Corte ha sostenuto che la responsabilità da prodotto difettoso si applica anche agli enti ospedalieri, indipendentemente dalla condotta del personale medico,

se la prestazione fornita non risponde agli standard necessari. Indipendentemente dalla responsabilità medica, cioè, si afferma che l'assistenza ospedaliera è di per sé un prodotto che non può essere difettoso, pena l'applicazione della direttiva<sup>21</sup>. In questo modo, si trasferisce sull'azienda ospedaliera (e non si fa ricadere sul paziente) il rischio del danno causato da un difetto della strumentazione o dei dispositivi utilizzati.

Sembra dunque che la strada da percorrere sia quella del ricorso alla disciplina comunitaria, come oggi recepita nel codice del consumo, ma con i necessari temperamenti in favore dei pazienti-consumatori. Si tratta cioè, in definitiva, di fornire una interpretazione della normativa specificamente dettata in argomento, che tenga conto dei particolari interessi coinvolti e dei beni da proteggere, anche in relazione alla valutazione che di tali interesse è stata fatta a livello costituzionale. Solo attraverso tale percorso ermeneutico si potrà assicurare un corretto contemperamento tra le esigenze della ricerca e della produzione e la tutela dei diritti fondamentali delle persone.

L'Aquila, luglio 2013

---

<sup>21</sup> Va detto che una simile soluzione era stata da tempo suggerita anche dalla nostra dottrina, che aveva proposto di richiamare la normativa sulla responsabilità da prodotto difettoso per dare concretezza alla nozione di struttura sanitaria efficiente: cfr. G. IUDICA, *Danno alla persona per inefficienza della struttura sanitaria*, in *Resp. civ. prev.*, 2001, p. 3 ss.

TIZIANA CROCE

*L'informatica giuridica e le tecnologie della società dell'informazione e della comunicazione\**

*Sommario:* Premessa. - 1. Nascita dell'informatica giuridica. - 2. L'informatica giuridica negli anni '90. - 3. L'informatica giuridica nella società dell'informazione e della comunicazione.

*Premessa*

Assistere ad una *lectio magistralis* del Prof. Renato Borruso<sup>1</sup> costituisce sempre un momento che definirei eccezionale per la passione e per la competenza con cui il Professore si dedica allo studio del computer per ottimizzarne l'uso nell'applicazione del diritto, nella convinzione che la connessione tra computer, giurisprudenza e legge sia, anche e soprattutto, d'ordine filosofico, basandosi sul presupposto che l'informatica giuridica ha il compito di far capire che l'elaboratore ha al suo interno un messaggio scritto, il software, attraverso il quale può realizzare qualsiasi funzione<sup>2</sup>. Il messaggio scritto costituisce la *parola*

---

\* Il presente elaborato è frutto di alcune mie riflessioni sull'ulteriore sviluppo che avrà l'informatica giuridica in relazione alle inarrestabili ed imprevedibili innovazioni che le tecnologie dell'informazione e delle comunicazioni ci offriranno nel terzo millennio, riflessioni fatte in occasione della *lectio magistralis* tenuta dal prof. Renato Borruso, nel maggio 2010, presso la Facoltà di Giurisprudenza della nostra Università per la presentazione dell'ultima sua opera: *L'informatica per il giurista: dal bit a Internet*, Milano, 2009, nel quale, in modo innovativo spiega le tecnologie informatiche nella maniera più congeniale alla forma mentis del giurista, partendo dalle nozioni di base in modo che una volta acquisite, la soluzione giuridica delle questioni che l'informatica pone, maturi in modo piano e pressoché sequenziale.

<sup>1</sup> Renato Borruso, Presidente Aggiunto onorario della Corte di Cassazione, già Direttore del Centro elettronico di documentazione della Corte di Cassazione, è stato uno degli autori del sistema "Italgire-find" per la ricerca computerizzata della documentazione giuridica, realizzato presso il Centro Elettronico di Documentazione della Corte suprema di Cassazione e per molti anni professore a contratto titolare dell'insegnamento di Informatica generale e Sistemi di elaborazione dell'informazioni presso la Facoltà di Lettere e filosofia dell'Università degli Studi di Urbino "Carlo Bo".

<sup>2</sup> Il programma per elaboratore o software è definito come un insieme organizzato di istruzioni redatte organicamente secondo un determinato linguaggio che mettono un computer nelle condizioni di eseguire un intero ciclo di operazioni.

che lo guida, e quindi il computer ha la capacità di leggere quanto il programmatore scrive per esso e solo per esso, e di dedurre da determinati presupposti determinate conseguenze secondo regole ed istruzioni determinate che nel linguaggio matematico e informatico si chiamano algoritmi<sup>3</sup>, immediatamente applicabili senza che occorra alcuna interpretazione<sup>4</sup>. Da ciò consegue che il giurista deve necessariamente, oltretutto obbligatoriamente, studiare le funzioni essenziali del computer che, afferma, *...servono per approfondire lo studio dell'uomo e, in particolare, per chiarire quali siano le possibilità, ma anche i limiti della sostituibilità del computer all'uomo. ... Il giurista non può ritenere che questo confronto non riguardi il diritto..* Aggiungendo che nei confronti del computer è preferibile parlare di autarchia, anziché di autonomia perché, etimologicamente, autarchico significa che "dà ordini a se stesso" e questo il computer lo fa quando dalla sua "unità di governo" scatta, in base al programma, un comando diretto ad altri organi del computer stesso; autonomo significa, invece, che detta legge a se stesso e questo il computer non lo fa, perché può fare solo ciò che una volontà esterna (cioè quella del programmatore) gli impone di fare<sup>5</sup>.

L'insigne maestro è un illustre studioso dell'Informatica giuridica e assertore della obbligatorietà dell'insegnamento nella processo di formazione del giurista nella società dell'informazione.

*L'informatica giuridica può svolgere diverse funzioni nelle attività del giurista: accrescere l'efficienza del lavoro giuridico, la razionalizzazione delle attività giuridiche, l'efficacia assiologica (ovverosia certezza del diritto, controllo sulla attività decisoria, partecipazione informata alle scelte pubbliche, comunicazione e cooperazione tra professionisti del diritto e tra questi e i cittadini....*<sup>6</sup>

Le brevi note che andrò a presentare sull'informatica giuridica e le tecnologie dell'informazione, non possono prescindere dall'illustrare la nascita della disciplina, i contenuti, le applicazioni, per poi proseguire sulle prospettive e sul ruolo che essa avrà nello sviluppo delle tecnologie delle informazioni e delle comunicazioni in una società che, seppu-

<sup>3</sup>L'algoritmo viene definito come un complesso di regole, generali ed astratte, formulabili ex ante, complete, inequivoche, specifiche, applicando le quali chiunque arriva infallibilmente al risultato voluto; vedi: R. BORRUSO, R.M. DI GIORGI, L. MATTIOLI, M. RAGONA, *L'informatica del diritto*, Milano, 2004, pp.361-363.

<sup>4</sup>R. BORRUSO, R.M. DI GIORGI, L. MATTIOLI, M. RAGONA, *op.cit.*, Milano, 2004, pag. 296, ed inoltre aggiunge che il giurista può ignorare i linguaggi simbolici e le tecniche di reverse *engineering*, ma non può ignorare, ad esempio, cosa sia un algoritmo, né può ignorare che il computer è l'unica macchina che si guida con la parola (software).

<sup>5</sup>R. BORRUSO, R.M. DI GIORGI, L. MATTIOLI, M. RAGONA, *op. cit.* 120.

<sup>6</sup>Così G. SARTOR, *L'informatica giuridica e le tecnologie dell'informazione. Corso di informatica giuridica*, Milano, 2012, p. 54.

re sempre capace di far propri i cambiamenti non predispone in tempi rapidi mezzi adeguati ed incisivi per meglio cogliere le opportunità che le ICT offrono.

### 1. *Nascita dell'informatica giuridica*

L'informatica giuridica nasce, come disciplina autonoma, in Italia intorno agli anni 60 del secolo scorso, sebbene storicamente il processo di avviamento era avvenuto negli Stati Uniti d'America, ove già nel 1949, con l'articolo *Jurimetrics*, pubblicato nella rivista *Minnesota Law Review*, il giurista Lee Loevinger intuiva la possibilità di applicare i metodi delle scienze esatte anche alle scienze giuridiche.<sup>7</sup>

Lo studio dell'informatica applicata al diritto assume nel corso degli anni ed a secondo dell'approccio denominazioni diverse: cibernetica<sup>8</sup>, giurimetria<sup>9</sup>, giuscibernetica<sup>10</sup>, giuritecnica<sup>11</sup>.

---

<sup>7</sup> D.A. LIMONE, R. CORTESE, C. JACOBazzi, *Manuale di Informatica giuridica*, Rimini, 1985, p.12.

<sup>8</sup> N. WIENER, *Cybernetics, or control and communication in the animal and the machine*, 1948 La cibernetica termine coniato da Norbert Wiener che nei suoi studi individuava la possibilità teorica di ampliare il campo dell'applicazione elettronica dagli impianti industriali ai meccanismi di funzionamento del diritto. Per Norbert Wiener, i sistemi fisici e sociali sono soggetti ai principi della regolazione e della controinformazione (feedback) e quindi al principio dell'omeostasi (equilibrio). Secondo lo studioso i problemi giuridici sono per loro natura problemi relativi al regolato e ripetibile governo di certe situazioni critiche (*The human Use of the Human Beings*, Houghton Mifflin Company, Boston, 1950). Il diritto, secondo tale approccio, si presenta come "regolatore" della società. All'approccio cibernetico si rifanno la teoria generale dei sistemi, la ricerca operativa, la robotica, l'intelligenza artificiale.

<sup>9</sup> L. LOEVINGER, *Jurimetrics. The next Step Forward*, in *Minnesota Law Review*, 949. Nell'articolo Lee Loevinger per la prima volta conia un termine che esprime l'applicazione al diritto dei metodi di misurazione utilizzati nelle scienze esatte al fine di fondare la stessa certezza del diritto su tali metodi. La giurimetria ossia la *Scientific Investigation of Legal Problems* (l'applicazione al diritto di metodi scientifici e quantitativi), perseguiva come suo obiettivo, soprattutto nell'area giuridica di common law la previsione della decisione giudiziaria attraverso la registrazione e l'elaborazione di un congruo numero di precedenti giurisprudenziali, come se l'elaborazione statistica dei casi potesse determinare la prevedibilità del comportamento del giudice. Intorno agli anni cinquanta negli Stati Uniti la scienza giuridica era circoscritta allo studio del comportamento giudiziale e quindi la giurimetria doveva indicare quali fossero gli elementi che guidavano e condizionavano una decisione giudiziale; quindi secondo l'approccio metodologico-oggettivo la decisione era determinata dai fatti reali che stanno alla base delle controversie legali; secondo l'approccio assiologico la decisione era determinata dalla personalità del giudice e dal suo sistema di valori; secondo l'approccio psicologico la decisione era determinata dall'esperienza personale dei giudici. Conseguenza di questo atteggiamento era che la scienza giuridica diveniva una scienza del comportamento sociale al cui studio si devono applicare metodi rigorosi, tratti per la maggior parte dalla statistica e per questo facilmente elaborabili da un computer. La sistematizzazione di tale teoria viene effettuata da Hans W.Baade (*Jurimetrics*, New York, London, 1963) con la definizione di tre aree di analisi e di applicazione: la previsione dei comportamenti nelle sentenze dei giudici (approccio behavioristico-previsionale); l'utilizzo dei computers per la costruzione di banche dati giuridici (approccio documentario); applicazione della logica formale al diritto.

<sup>10</sup> M. G. LOSANO, *Giuscibernetica in Nuovi sviluppi della sociologia del diritto*, a cura di R.Treves, Milano, 1968, propone di abbandonare l'originaria ripartizione della giurimetria e di suddividere l'intera materia (giusciberneti-

Negli stessi anni, in Francia, veniva coniato dall'ingegnere Philippe Dreyfus, il termine *informatica*, frutto della crasi delle due parole *Information e Automatique*.

Il neologismo venne adottato dall'Académie Française per indicare la “scienza del trattamento razionale, in particolare per mezzo di macchine automatiche, dell'informazione, considerata come il supporto delle conoscenze e delle comunicazioni dei settori tecnico, economico e sociale”.<sup>12</sup>

Per altri il sostantivo *informatica*, invece, costituiva il risultato dell'aggiunta del suffisso *ique* al sostantivo *information*, e quindi l'*informatica* veniva intesa come *scienza dell'informazione*<sup>13</sup>, e così, sempre di derivazione francese, con l'aggiunta dell'aggettivo *juridique* al sostantivo *informatique* fu coniato il sintagma *informatique juridique* ovvero *informatica giuridica*.

È essenziale ora darne la definizione *per Informatica giuridica si intende quelle insieme di teorie, metodologie e tecniche per conoscere, produrre, gestire, modificare, utilizzare il diritto, con l'obiettivo di garantire la certezza del diritto stesso, di rendere efficaci i servizi dell'azienda giustizia, di contribuire a fare del diritto una speciale funzione sociale di integrazione, di equilibrio e di evoluzione culturale del sistema sociale*.<sup>14</sup>

L'*informatica giuridica* si caratterizza per il suo approccio interdisciplinare in quanto si basa su concetti tipici dell'*informatica* e del diritto; rispetto all'*informatica* generale,

ca) in diversi settori corrispondenti ai diversi modi di confronto tra diritto e cibernetica: l'approccio della filosofia sociale che considera il diritto come un sottosistema di quello sociale, l'approccio del diritto inteso come settore separato dal resto della società, l'approccio dell'applicazione della logica e di altre tecniche di formalizzazione al diritto; l'approccio riguardante l'uso dell'elaboratore, cioè l'apprendimento delle tecniche necessarie per poterlo usare nel settore giuridico. Successivamente l'autore in *Giuriscibernetica. Macchine e modelli cibernetici nel diritto*, Torino, 1969, muovendo da un ambito prettamente teorico e prendendo in considerazione i primi due approcci tenterà di costruire modelli formalizzati muovendosi in un ambito più pratico.

<sup>11</sup>VITTORIO FROSINI, *Cibernetica, diritto e società*, Milano, 1968. L'autore avvia una riflessione sistematica sul diritto e le tecnologie informatiche e nel 1975 introduce il termine di “giuritecnica” intesa come tecnologia giuridica con riferimento diretto alle metodologie operative nel campo del diritto, risultanti dall'applicazione di strumenti e di procedimenti tecnologici. La tecnologia e non la tecnica (mera applicazione di strumenti per una finalità pratica) si fonda sul riconoscimento di una funzione conoscitiva della tecnica, ponendosi come il risultato della compenetrazione fra scienza e tecnica, come conoscenza e scienza della tecnica.

<sup>12</sup> Quindi è la scienza che studia l'informazione e i modi di elaborarla; l'Académie Française usando l'avverbio *notamment* (tradotto “in particolare”) lascia intendere come la scienza dell'informazione possa costituirsi e svilupparsi anche senza l'utilizzo delle macchine automatiche, ovvero senza che le informazioni subiscano un trattamento automatico, meccanico o elettronico, così M. Cossutta, *Questioni sull'informatica giuridica*, Torino, 2003, p. 44 e ss-

<sup>13</sup> M. COSSUTTA, *op.cit.*, p.45, questa seconda ipotesi non è meno importante perché il suffisso *ique* al termine *information* designa la scienza dell'informazione *tout court* e non solo l'informazione trattata automaticamente.

<sup>14</sup> D.A. LIMONE, *L'insegnamento dell'informatica giuridica*, Napoli 1990, p.25.

L'informatica giuridica utilizza i concetti di dati, informazione e conoscenza, in particolare, l'informatica giuridica si rifà ai diversi aspetti, settori, metodologie e concetti dell'informatica teorica, dell'informatica tecnica e dell'informatica applicata.<sup>15</sup>

L'informatizzazione del sistema giuridico deve far riferimento alla teoria kelseniana della validità formale della norma per la definizione del diritto vigente, infatti per Kelsen il diritto vigente è solo il diritto posto mediante atti formalmente validi (la sentenza rispetto alle norme processuali, il negozio giuridico rispetto alle disposizioni del c.c.,...), *la norma inferiore è valida e quindi vigente in quanto posta da una norma superiore che ne prevede i modi di produzione*; questa teoria promuove la certezza del diritto, la individuazione del sistema normativo chiaro, determinato e chiuso, suscettibile, quindi, di applicazioni informatiche.<sup>16</sup>

Oggetto dell'informatica giuridica è il diritto, ne consegue che è possibile ricomprendere nella disciplina varie accezioni ovvero l'informatica giuridica come raccolta, organizzazione ed accesso all'informazione giuridica (norme, giurisprudenza, dottrina e prassi): è l'informatica giuridica documentaria sviluppatasi negli anni '70 con la creazione di archivi elettronici legislativi, giurisprudenziali e dottrinali.<sup>17</sup>

Il progresso tecnologico permette di implementare, per migliorare e per facilitare il reperimento delle informazioni, banche dati fattuali<sup>18</sup> e programmi di Information Retrieval.<sup>19</sup>

---

<sup>15</sup> D.A. LIMONE, R. CORTESE, C. JACOBACCI, *Manuale di Informatica giuridica*, op. cit., p. 14..

<sup>16</sup> G. TADDEI. ELMI, *Corso di Informatica giuridica*, Napoli, 2010, p. 108-

<sup>17</sup> Così G. SARTOR, *Corso di informatica giuridica*, Torino, 2008, p.28 “ ..vengono realizzati, in Europa, sistemi centralizzati per la documentazione giuridica, l'utilizzo di tali sistemi trova impulso in una innovazione tecnologica: la possibilità di accedere alle banche dati a distanza, utilizzando dapprima collegamenti diretti, e poi le linee telefoniche (si tratta del primo incontro tra informatica e telecomunicazioni, nell'ambito dell'informatica giuridica, incontro che avrà una crescente importanza negli anni successivi). In Italia i collegamenti a distanza consentono l'accesso al sistema Itagiure Find non solo agli uffici della Corte di Cassazione, ma anche alle sedi giudiziarie decentrate, e poi alle pubbliche amministrazioni e alle università.

<sup>18</sup> R. BIN, N. LUCCHI, *Informatica per le scienze giuridiche*, Padova, 2002, p. 17: le banche dati fattuali sono banche dati di informazione primaria (*source data base*), ovvero sia forniscono direttamente l'informazione stessa, quella elaborabile per produrre nuova conoscenza.

<sup>19</sup> L'Information Retrieval, termine coniato da Calvin Mooers nella seconda metà del secolo scorso:

” IR is the name for the process or method whereby a prospective user of information is able to convert his need for information into an actual list of citations to documents in storage containing information useful to him. (...). IR embraces the intellectual aspects of the description of information and its specification for search, and also whatever systems, techniques, and machines that are employed to carry out the operation”. Questa tecnica presuppone un sistema di identificazione dell'informazione all'interno dei testi ove si svolge la ricerca; il metodo più semplice è l'uso delle *key words* o parole chiavi, ossia parole significative all'interno di un testo usata come descrittore, che individuano l'informazione da ricercare, e quindi il software di I.R. confronta la stringa di ricerca digitata con i termini contenuti nei documenti del database.

‘L’Information Retrieval (letteralmente recupero dell’informazione) è definita come *la disciplina informatica che si occupa della memorizzazione e del reperimento di documenti; il cui obiettivo è la realizzazione di sistemi software che permettano la memorizzazione di ingenti quantità di documenti in un archivio ed un’efficiente reperimento dei documenti rilevanti alle necessità informative degli utenti?*’.

Gli studiosi dell’Information Retrieval affermano che nella realizzazione dei programmi e delle tecniche di ricerca concorrono, pur con aspetti epistemologici diversi, più discipline, quali la psicologia cognitiva, l’architettura informativa, la filosofia, il comportamento umano sull’informazione, la linguistica, la semiotica, la scienza dell’informazione e l’informatica.

Le tecniche dell’Information Retrieval riescono a gestire basi di dati contenenti migliaia di record e tabelle (queste costituiscono strutture articolate di dati), i collegamenti fra i diversi volumi di una stessa opera, i sinonimi contenuti in un testo, i termini che descrivono i contenuti e quant’altro, e determinano le regole per le interrogazioni degli archivi digitali, regole basate sul modello booleano o su metodi statistico-probabilistici, stabilendo i parametri che permettono di dare la misura dell’efficacia di un sistema di Information Retrieval, quali il *richiamo* che esprime il rapporto tra la quantità di documentazione rilevante recuperata ed il numero di documenti rilevanti; la *precisione* che indica il rapporto tra la mole di documentazione rilevante recuperata e la quantità di documentazione recuperata; il *rumore* rappresenta il recupero, di documentazione elettronica considerata non rilevante; il *silenzio* rappresenta la mole di documenti rilevanti non recuperati.<sup>20</sup>

E’ il bisogno informativo dell’utente (*information need o topic*) che sottende il processo di ricerca e recupero: l’utente costruisce e sottopone al data base un’interrogazione (*query*), utilizzando due o più termini sintatticamente legati da *boolean operators*<sup>21</sup> o da *pattern ma-*

<sup>20</sup> Dal loro studio si percepisce quanto delicato ed al contempo accurato debba essere il processo di individuazione di un giusto compromesso tra i parametri richiamo e precisione, è ovvio che all’aumentare del richiamo la precisione diminuisce mentre al diminuire del richiamo la precisione tende ad aumentare.

<sup>21</sup> Con l’aiuto degli Operatori Booleani, vari termini possono essere combinati per specificare meglio cosa si sta cercando, limitando le pagine trovate ad un numero accettabile. Gli operatori AND, OR, NOT specificano relazioni tra concetti. AND (e) indica che due o più termini devono essere presenti contemporaneamente nel documento cercato; OR (o) indica che la presenza di qualunque dei termini è sufficiente per selezionare un documento; NOT (non) indica termini che NON devono essere presenti nella pagina cercata. La ricerca attraverso gli operatori booleani consente inoltre di utilizzare una tecnica particolare chiamata *nesting*. Il *nesting* permette di costruire sequenze di comandi complessi, specificando meglio quello che serve.

*ching*.<sup>22</sup> L'interrogazione viene elaborata da un motore di ricerca (*search engine*) che gestisce un *inverted file*, l'indice invertito costituisce la principale struttura di dati utilizzata per la ricerca ed il calcolo della rilevanza.<sup>23</sup>

In questo contesto l'informatica giuridica documentaria diviene, potenzialmente, strumentale al contenimento della ipertrofia e contraddittorietà della legge, dovuta ad interventi stratificati di disposizione normative succedutesi nel tempo, ma costituisce anche uno strumento che rende possibile, in tempi molto brevi e puntuali, anche la conoscenza dell'evoluzione delle giurisprudenze in merito.

Negli anni 80 l'implementazione dei sistemi di automazione dell'ufficio legale ovvero il *legal office automation*, determina, accanto alle applicazioni informative, la creazione di programmi redazionali e di programmi manageriali.<sup>24</sup>

Nel momento in cui l'intelligenza artificiale interviene come metodo di elaborazione dell'informazione giuridica, come supporto alla redazione di provvedimenti amministrativi, alla redazione automatica delle decisioni giurisprudenziali, l'informatica giuridica compie un salto di qualità, con l'implementazione dei sistemi esperti che possono sviluppare sillogismi e implicazioni logiche: è l'informatica giuridica cognitiva o decisionale.<sup>25</sup>

---

<sup>22</sup> Il *Pattern matching* consiste nella ricerca effettuata secondo determinati criteri di una determinata sottostringa all'interno di una sequenza di caratteri.

<sup>23</sup> Così S.MORNATI, A. MARCHITELLI, *Information Retrieval*: concetti di base in *Bollettino del Cilea* n. 118 Dicembre 2011.

<sup>24</sup> G. TADDEI ELMI, *Corso di Informatica giuridica*, op. cit., p.194 e ss.

<sup>25</sup> Il termine Intelligenza Artificiale è stato coniato da John McCarthy nel 1956, in occasione di un seminario, da lui organizzato al Dartmouth College di Hanover, New Hampshire, USA che ebbe il merito di far conoscere tra loro 10 studiosi (su teoria degli automi, reti neurali e intelligenza) statunitensi, e di dare l'imprimatur al termine "Intelligenza Artificiale" come nome ufficiale del nuovo campo di ricerca. L'IA si è affermata ed evoluta; oggi è riconosciuta come branca autonoma, sebbene connessa a informatica, matematica, scienze cognitive, neurobiologia e filosofia. Molte definizioni sono state date di questa materia; esse differiscono per i compiti svolti dalle macchine che l'IA cerca di costruire, e cioè: macchine che pensano o agiscono, e macchine che simulano gli umani. In tutto quattro classi, a seconda che le macchine: pensino come umani, agiscano come umani, pensino razionalmente, agiscano razionalmente. Quattro approcci distinti alla ricerca nel campo dell'IA, dunque, tutti attivamente perseguiti. L'obiettivo dell'approccio "macchine che pensano come umani" è quello di riprodurre il ragionamento umano nelle macchine. Può essere fatto a due livelli: imitando i metodi di ragionamento o replicando il funzionamento del cervello. Nel primo caso, la scienza cognitiva ci fornisce un importante punto di partenza, ottenuto mediante introspezione ed esperimenti psicologici. Nel secondo caso, è la neurobiologia a fornirci un modello adeguato. Questo primo criterio si occupa quindi di produrre macchine automi che, oltre a comportarsi come umani, "funzionino" come umani. L'obiettivo dell'approccio "macchine che si comportano come umani" è quello di realizzare macchine indistinguibili dagli uomini. Questa proprietà è stata meglio definita da Alan Turing che, in un suo articolo del 1950, ha proposto il test che prende il suo nome: un "giudice" ha la facoltà di porre a un "soggetto" domande per iscritto e, in base alle risposte, deve decidere se si tratta di un uomo o di una macchina. Al fine di superare il test di Turing, una mac-

La creazione del sistema esperto avvia la possibilità di riprodurre automaticamente i processi intellettuali che il giurista compie nell'applicazione delle norme, nel processo di *sussunzione* del fatto concreto alla fattispecie astratta prevista dalla norma generale, e quindi l'interpretazione, l'analogia, i ragionamenti logici, le argomentazioni, le valutazioni "politiche".<sup>26</sup>

L'intelligenza artificiale utilizza sia l'approccio semantico che l'approccio casistico per rappresentare la conoscenza<sup>27</sup>, approcci che il giurista segue nell'interpretazione, ma la rap-

china deve esibire le seguenti capacità: 1) elaborazione del linguaggio naturale, al fine di comunicare efficacemente nella lingua del giudice; 2) rappresentazione della conoscenza, per memorizzare quello che sa o impara; 3) ragionamento automatico, per inferire (produrre), a partire dalla propria conoscenza, le risposte al giudice; 4) apprendimento automatico, per aumentare la propria base di conoscenza. Il test di Turing non prevede interazione fisica tra il giudice e la macchina, non essendo necessaria. Volendo, si può pensare a un test di Turing totale in cui, invece delle risposte scritte, il giudice riceve un segnale audio-video, ed ha la possibilità di passare degli oggetti alla macchina attraverso una feritoia. In questo caso la macchina deve esibire anche le seguenti capacità: 1) visione artificiale, per riconoscere gli oggetti ricevuti; 2) robotica, per manipolarli; 3) elaborazione del linguaggio parlato, per comprendere le domande del giudice e per rispondere. L'approccio "macchine che pensano razionalmente" non si preoccupa che le macchine realizzate funzionino come umani, ma solo che seguano ragionamenti razionali, dove "razionale" è definito in maniera precisa dalla matematica, anche tramite tecniche che gli esseri umani naturalmente non usano. Ad esempio la logica, cioè lo studio di come effettuare ragionamenti inattaccabili. La logica svolge un importante ruolo nell'IA, anche se le aspettative iniziali sono state ridimensionate dai limiti pratici del suo uso, soprattutto in situazioni di conoscenza incompleta e/o incerta. L'approccio "macchine che agiscono razionalmente" usa la definizione di "azione razionale" fornita dall'economia, ossia: selezione delle azioni che portano al migliore risultato, o al migliore risultato atteso nel caso ci siano elementi di improcedibilità. L'obiettivo di questo approccio è quello di realizzare un agente, un'entità in grado di agire in un ambiente al fine di raggiungere uno o più obiettivi. L'agente utilizzerà il ragionamento razionale per scegliere quali azioni compiere, ma in alcuni casi dovrà reagire agli stimoli ambientali in maniera tanto veloce da "scavalcare" la scelta (ad esempio quando una inazione mettesse a rischio la sua esistenza). Se si tocca qualcosa che scotta, si reagisce ritirando immediatamente la mano, senza un ragionamento cosciente; allo stesso modo l'agente, in certe situazioni, deve poter agire senza svolgere un ragionamento. Gli agenti possono essere di due tipi: solo software, e in questo caso si chiamano softbot, o sia hardware che software, chiamati allora robot. Nel caso dei softbot, l'ambiente esterno in cui operano è rappresentato da Internet, dove interagiscono con esseri umani e altri softbot. Questo, al momento, è l'approccio maggiormente perseguito, in quanto quello che promette i risultati di maggior utilità pratica.

<sup>26</sup> G. TADDEI ELMI, *Corso di informatica giuridica, op. cit.*, p. 137: un sistema esperto è un sistema composto da una base di conoscenza rappresentata in modo formale e un motore inferenziale che stabilisce il modo di utilizzare tale conoscenza.; implicazioni logiche del tipo "se allora" legano le varie parti di conoscenza formalizzata. Una conoscenza formalizzata combinata da implicazioni logiche è una conoscenza formalizzata da regole di produzione. La regola di produzione consente di muovere una conoscenza statica e la rende dinamica, consente di produrre conoscenza nuova. A partire da una serie di premesse formalizzate, attraverso regole di produzioni del tipo "se allora", si giunge a conclusioni che costituiscono nuova conoscenza.

<sup>27</sup> M. IASELLI, *Compendio di Informatica Giuridica*, Napoli, 2007, illustra in modo puntuale i sistemi esperti legali (SEL). Questi nascono dalla convergenza tra formalizzazione logica del diritto e modellizzazione giuridica, da un lato, ed elaborazione informatica dei dati giuridici, dall'altro. I SEL sono realizzati, il più delle volte, sotto forma di colloquio tra utente e computer secondo le tecniche classiche dell'istruzione programmata, che i computer più recenti rendono sempre più ricca di possibilità, creando così, una connessione, di fondamentale valore per l'evoluzione del diritto, tra logica, informatica e diritto. L'analisi del processo di costruzione di tali sistemi va rapportata, quindi, da un lato, alla molteplicità e complessità delle caratteristiche fondamentali che

presentazione del diritto è possibile solo e se l'informazione giuridica viene formalizzata per assumere precisione e significato univoco in modo che possa essere rappresentata in formato digitale, comprensibile dall'elaboratore e quindi una rappresentazione univoca, scevra da ambiguità lessicali e sintattiche, tale che si possa asserire che *in claris non fit interpretatio*<sup>28</sup>,

---

essi devono possedere e, dall'altro alla varietà degli strumenti cui è possibile ricorrere. Quanto alle prime occorre tener presente che il sistema esperto possiede un tipo di conoscenza basato sulla rappresentazione e manipolazione simbolica non solo delle regole e dei principi fondamentali del dominio d'interesse, ma anche dei fatti del mondo esterno, per cui il problema descritto dall'utente deve essere riformulato e convertito in una rappresentazione interna adatta all'elaborazione. Da questa struttura deriva sia la capacità del sistema di svolgere ragionamenti validi ed efficaci, sia l'abilità a fornire spiegazioni e/o giustificazioni dei ragionamenti effettuati. La rapida evoluzione delle tecnologie informatiche, i continui progressi ottenuti nella realizzazione di software di alto livello, facilmente accessibile anche da parte di utenti non specializzati, hanno reso di recente disponibile una notevole quantità di strumenti di supporto alla realizzazione di sistemi esperti, che spaziano dai linguaggi di programmazione generali a prodotti applicativi finiti. In questa varietà di strumenti, a livelli progressivamente sempre più specifici si collocano determinate categorie di programmi denominate *toolkit* (ambienti di sviluppo) e *shell* (gusci). Tali programmi sono dedicati esclusivamente alla presentazione ed esplicazione di altri programmi di Intelligenza Artificiale più complessi. I *toolkit* mettono a disposizione metodi di rappresentazione della conoscenza, meccanismi inferenziali, interfacce con l'utente e supporti tecnici di sviluppo, tutti opportunamente integrati tra loro in ordine alla risoluzione di tipologie più o meno definite di problemi. Gli *shell*, rispetto ai *toolkit*, presentano una struttura più rigida, ma riescono di più semplice impiego, consentendo anche al non esperto di familiarizzare con le tecniche di costruzione dei sistemi esperti e con le principali problematiche connesse. Lo sviluppo degli *shell* si basa sulla considerazione che, anche se non è possibile ricorrere a sistemi di impiego universale, sono realizzabili sistemi che rispondano ai requisiti comuni ad un certo insieme di compiti. A questi sistemi può essere aggiunta la conoscenza specializzata relativa a compiti determinati. In particolare, è importante che la conoscenza aggiuntiva, relativa ad ogni compito specifico, sia solo o prevalentemente la conoscenza dichiarativa, la descrizione del compito da svolgere e del suo contesto.

<sup>28</sup> Così M. IASELLI, *ibidem*, prosegue affermando che la costruzione di un sistema basato sulla conoscenza richiede una *formalizzazione del dominio* del problema da affrontare, cioè dell'ambito nel quale il sistema dovrà operare. La formalizzazione presuppone, a sua volta, la *costruzione di un modello* cioè la delimitazione dei contenuti che il dominio comprende, l'individuazione delle strutture caratteristiche di quei contenuti e la scelta del formalismo nel quale rappresentare quel modello. Tra i principali modelli sviluppati dalla filosofia e dalla teoria del diritto, cui si possono collegare le applicazioni dell'intelligenza artificiale in campo giuridico vi sono: — *i modelli normativistici* — *i modelli decisionistici* — *i modelli istituzionalistici* — *i modelli dell'intuizione giuridica* — *i modelli i cd. Sincretistici* — *i modelli dell'argomentazione giuridica*. La realizzazione di applicazioni informatiche richiede una formalizzazione; l'elaboratore, infatti, non attribuisce un significato intuitivo alle strutture simboliche che costituiscono la sua base di conoscenza: esso comprende le strutture simboliche solo mediante le regole formali che definiscono la sintassi e le possibili manipolazioni di tali strutture. Pertanto, la scelta del formalismo nel quale rappresentare la conoscenza ha un'importanza fondamentale nelle applicazioni giuridiche dell'intelligenza artificiale. Esistono prospettive interessanti per le applicazioni giuridiche dell'intelligenza artificiale sia per il miglioramento della decisione giuridica che dell'informazione giuridica. Il computer non serve, se lo scopo è semplicemente decidere dei casi. A questo fine, non serve neppure il giurista: qualsiasi persona con un sentimento giuridico retto è in condizione di decidere un caso. Le difficoltà insorgono solo quando si pretenda di decidere il caso secondo il diritto: a tal fine bisogna individuare la legge da applicare, interpretarla, far rientrare il caso nell'ambito della previsione legislativa. La legge, contiene concetti astratti che hanno la funzione di consentire all'uomo di trattare in modo unidimensionale una molteplicità illimitata di casi concreti. Anche le definizioni giuridiche non risolvono il problema in quanto sono state sviluppate a partire dai casi normali, con la considerazione di casi problematici e si limitano a consentire la ripetizione della elaborazione unidimensionale di singoli concetti che a loro volta definiscono altri concetti generali ed astratti. Inoltre non esiste il caso normale, ma solo un insieme complesso di casi normali più o meno simili tra loro, il

ciò determina la possibilità di una applicazione automatica della legge e la sua rappresentazione in modelli di ragionamento adatti ai sistemi informatici e, di converso, la creazione di disposizioni giuridiche conformi ai modelli del ragionamento informatico.<sup>29</sup>

La formalizzazione del linguaggio non può prescindere dalla normalizzazione che consiste nella scomposizione del testo in enunciati elementari, attraverso l'uso del linguaggio naturale, legando con una implicazione logica le conseguenze alle premesse; alla scomposizione succede la formalizzazione e quindi la rappresentazione in un linguaggio simbolico ove tutte le deduzioni, rappresentate rigorosamente con simboli, possono essere oggetto di elaborazione informatica il cui presupposto applicativo è l'uso di un linguaggio rigoroso ed univoco, ove ogni segno ha una ed una sola funzione.<sup>30</sup>

---

cd. *tipo*. Invece, le molteplici regole che esprimono la disciplina delle particolari circostanze di ogni caso concreto, possono essere riformulate in una regola sistematica, che può essere espressa solo con linguaggi matematici e può essere applicata solo con l'ausilio dell'elaboratore. Questa regola sistematica deve unificare le regole interiorizzate ed applicate intuitivamente dal giudice che pensa per tipo. Applicando tali regole un sistema informatico potrebbe indicare all'utente se una fattispecie concreta appartenga a casi normali, tipici, o, invece, ad una zona limite suscettibile di consenso e, quindi, debba essere affrontata con metodi per il trattamento dell'incertezza (ad esempio, con strumenti statistici). Anche nell'ambito dell'informazione giuridica è possibile una trasformazione radicale del rapporto del giurista con l'ordinamento giuridico. Da una situazione dove si può parlare di un «*beneficio del dimenticare*» (poiché non è possibile elaborare l'eccesso di informazione disponibile) è possibile passare ad una situazione dove si deve parlare, invece, «*dell'utilità del ricordare*» (in quanto gli strumenti informatici rendono possibile memorizzare, organizzare e usare tutte le informazioni giuridiche). In questo campo la costruzione di sistemi esperti legali viene vista soprattutto come forma di «controllo di plausibilità» dell'operato del giurista. Questo controllo non assicura affatto l'esattezza di ciò che si sta facendo (cioè la mancanza di qualsiasi errore) ma, più modestamente, soltanto la mancanza di determinati errori (quelli tenuti presenti da programmatore). Ciò perché, per garantire l'esattezza del risultato di un sistema esperto legale occorrerebbe costruirlo tenendo presente non soltanto il limitato «corpus» di leggi che regola specificamente una determinata materia, ma l'intero ordinamento giuridico, impresa questa pressoché impossibile oggi, almeno in Italia, data la quantità delle norme e l'incertezza sulla loro vigenza. L'intelligenza artificiale al riguardo, sarebbe di grandissimo aiuto, favorendo ed in particolare ottimizzando le seguenti operazioni che, altrimenti, sarebbero gravosissime: 1. la compilazione di un dizionario giuridico (*thesaurus*), costituito da tutte le parole usate dal legislatore, in tutto l'ordinamento, con l'indicazione, per ciascuna di esse, di tutti gli articoli di legge in cui è usata, nonché di tutte le altre parole, pur esse usate dal legislatore, che appaiano sinonimie, affini o legate da un rapporto «genere-specie»; 2. l'individuazione delle leggi desuete, di quelle cioè, che, molto presumibilmente, negli ultimi trenta anni non sono state mai applicate in sede giudiziaria e che, conseguentemente, costituiscono, molto spesso, nient'altro che una sorta di mina vagante, insidiosissima per il giurista come per il semplice cittadino. Esse dovrebbero essere subito abrogate esplicitamente; 3. l'individuazione delle norme che, al contrario, hanno provocato, negli ultimi anni, troppo rumore in sede giudiziaria prestandosi ad interpretazioni divergenti. Anch'esse dovrebbero essere, se ancora in vigore, subito abrogate e sostituite con norme più chiare. Il sistema esperto potrebbe essere fondamentale per una efficace gestione delle informazioni.

<sup>29</sup> Così M. COSSUTTA, *op. cit.*, p. 110.

<sup>30</sup> Ciò si attua sia attraverso l'esigenza di rigore e coerenza logica delle norme e delle proposizioni giuridiche che costituiscono l'*input* di un sistema informatico, sia attraverso un processo cibernetico di *feedback* o regressione, quale controllo a posteriori delle incoerenze o delle ambiguità degli stessi testi giuridici che formano l'*output* del sistema; così A. E. PÉREZ LUÑO, *Saggi di Informatica giuridica*, Milano, 1998.

Accanto all'informatica giuridica decisionale o cognitiva, si sviluppa l'informatica giuridica redazionale che implementa sistemi redazionali ovvero la formulazione automatica di atti giuridici: atti processuali, negozi giuridici, atti normativi e atti decisori.<sup>31</sup>

In questo ambito assume un ruolo importante la legistica: l'informatica interviene nella fase anteriore alla produzione delle norme, nella fase di produzione, e nella fase di applicazione della norma operando un monitoraggio sugli effetti derivanti dall'entrata in vigore della legge e sulla sua effettiva efficacia potendo prevedere e predisporre le eventuali modifiche e correzioni.

L'applicazione delle tecnologie telematiche alle tecniche di redazione di testi legislativi conia il neologismo *legimatica*<sup>32</sup>, che è definita come la scienza che sperimenta l'intersezione di numerose discipline informatiche come supporto delle tecniche legislative.<sup>33</sup>

La tecnica legislativa ovvero le tecniche di redazione di un testo normativo è costituita da un insieme di regole linguistiche, da regole concettuali che a loro volta si distinguono in regole logiche e regole metagiuridiche, questo insieme di regole costituisce la *trama su cui la legimatica costruisce modelli testuali formalizzati normativi..... ..la legimatica definisce modelli di testi normativi rappresentabili in sistemi formali utilizzando procedure inferenziali per trasformarli in algoritmi e, quindi, gestibili da un computer*.<sup>34</sup>

Il modello viene definito come rappresentazione formale di una entità, a sua volta l'entità è scomponibile in parti o elementi, tra entità ed elementi si stabiliscono dei rapporti

---

<sup>31</sup>M. COSSUTTA *op. cit.*, p. 144: l'evoluzione dei programmi di video scrittura o *word processing* e degli *editor* di testo, ha influito in modo determinante allo sviluppo dei sistemi redazionali, diventando dei potenti e sofisticati sistemi di elaborazione che hanno la capacità di distinguere il linguaggio e la struttura formale e di intervenire per eventuali correzioni ortografiche, terminologiche, sintattiche e quant'altro, e allo stesso tempo intervenire sulle componenti formali dell'atto da redigere.

<sup>32</sup>G. SARTOR, *Elementi di legimatica*, Padova, 1993, p.98. La legimatica si occupa della modellizzazione del ragionamento e delle procedure relative alla produzione legislativa, quindi, della redazione dei testi legislativi, dell'attività politico-decisionale, dell'analisi della fattibilità, della verifica d'efficacia e così via. Si rifà alla teoria normativa del diritto, utilizza metodologie logiche, linguistiche e pragmatiche per l'analisi dei testi legislativi. Ha per scopo l'informatizzazione del processo di produzione normativa. Si propone di offrire conoscenze e strumenti informatici alle assemblee legislative e più in generale a tutti i produttori di norme.

<sup>33</sup> Così G. TADDEI ELMI, in *Legimatica: informatica per legiferare*, (a cura di) C. BIAGIOLI, P.MERCATALI E G. SARTOR, Napoli 1995, p. 148.

<sup>34</sup> Così P. MERCATALI, *Legimatica: definizione, classificazione, ambiti di applicazione*, in *Diritto e tecnologie-Verso le scienze sociali computazionali- Attualità e orizzonti dell'Informatica giuridica*, Napoli, 2011, p.43

o connessioni-relazioni<sup>35</sup>; la struttura rappresenta l'organizzazione di elementi e relazioni all'interno dell'entità.<sup>36</sup>

Il ricorso a strumenti informatici per le operazioni di *drafting* normativo concorrono a gestire, anche e soprattutto, le criticità della produzione normativa statale dovute alle enormi quantità di disposizioni normative modificative di norme preesistenti; al proliferare di decreti *omnibus*, atti normativi dal contenuto eterogeneo; alla mancanza di qualità del testo normativo; alla previsione in un testo di legge di pochi articoli, ma, al contrario, la previsione di un numero abnorme di commi che rendono il testo difficoltoso per l'analisi delle disposizioni, per l'interpretazione e per l'applicazione.<sup>37</sup>

Oltre alla qualità dei testi, gli strumenti informatici possono concorrere a realizzare un vero controllo sull'impatto fattuale del testo di legge relativo agli obiettivi ed ai destinatari delle norme in esso contenute.<sup>38</sup>

La legimatica, in tal senso, può contribuire anche ad *una integrazione tra regole sostanziali, procedurali ed interpretativi, da un canto, e strumenti cognitivi, modelli computazionali e tecniche applicative, d'altro, per l'attuazione di una concreta applicazione dei principi di proporzionalità, ragionevolezza e adeguatezza*.<sup>39</sup>

## 2. L'informatica giuridica negli anni '90

<sup>35</sup> Per ulteriori approfondimenti P. MERCATALI, *Legimatica: definizione, classificazione, ambiti di applicazione*, op. cit....

<sup>36</sup> A tal proposito sono stati individuati quattro livelli di modi di rappresentazione della realtà: 1. un livello monadico dove ogni informazione è trattata separatamente e in modo indipendente l'una dall'altra come unità a sé stante, autosufficienti a rappresentarsi (i computer eseguono solo operazioni di confronto, il c.d. *temple matching*); 2. un livello strutturale dove l'informazione è considerata unità complessa formate da unità singole, organizzate secondo certe regole. L'elaboratore verifica la correttezza degli enunciati e la loro coerenza all'interno del *corpora jura*; 3. un livello contestuale in cui la rappresentazione non si limita ad analizzare l'organizzazione dei dati, ma necessita di ulteriori informazioni provenienti dal contesto esterno; 4. un livello cognitivo o epistemico dove l'informazione è vista come complementare o supplementare a un sistema concettuale che rappresenta la conoscenza dell'elaboratore dell'informazione; così P. Mercatali in G. Taddei Elmi, *Corso di informatica giuridica*, op. cit., p. 179.

<sup>37</sup> Così A. T. POLCINI, *Scienze e tecnologie dell'informazione e della comunicazione oltre lo schema della legge: per un uso funzionale del diritto nei processi legislativi* in *Diritto e tecnologie-Verso le scienze sociali computazionali- Attualità e orizzonti dell'Informatica giuridica*, Napoli, 2011, p. 29 e ss.

<sup>38</sup> *Ibidem*.

<sup>39</sup> *Ibidem*.

Gli anni 90, anni in cui viene definita la terza generazione dell'informatica giuridica<sup>40</sup>, sono gli anni della diffusione di Internet.<sup>41</sup>

Le tecnologie informatiche hanno contribuito alla più grande invenzione del secolo trascorso, tale invenzione ha segnato il passaggio al nuovo millennio: la rete Internet.<sup>42</sup>

Essa rappresenta la grande opportunità di condivisione di conoscenze ed esperienze per l'intera umanità e a differenza di altre invenzioni tecnologiche e scientifiche si è diffusa rapidamente in ogni angolo del pianeta, a ciò ha contribuito sicuramente ed in modo determinante la libera circolazione delle informazioni e la neutralità della rete rispetto ai contenuti.

L'apertura e la neutralità dell'architettura di Internet hanno determinato, inoltre, l'implementazione di nuove ed originali applicazioni dalla posta elettronica al Word Wide Web.<sup>43</sup>

Il Word Wide Web<sup>44</sup> e l'ipertesto<sup>45</sup> costituiscono i nuovi strumenti per il l'organizzazione, la gestione e il reperimento di ogni tipologia di informazione anche della

---

<sup>40</sup> G. TADDEI ELMI, *Corso di Informatica giuridica, op.cit.*, p.196.

<sup>41</sup> Si fa risalire la nascita di Internet intorno agli anni 60 del secolo scorso ad opera del Dipartimento della Difesa degli Stati Uniti che sviluppò la rete ARPANET. L'idea di base era il collegamento di più calcolatori mediante la creazione di reti in modo che si potessero compiere elaborazioni distribuite utilizzando risorse di altri calcolatori. La rete doveva funzionare anche quando singoli collegamenti o nodi non fossero operativi, quindi era necessario che ogni nodo fosse capace di elaborazione e fosse collegato ad altri nodi direttamente o indirettamente. Il sistema di comunicazione è la *commutazione a pacchetti*, che differisce in modo sostanziale dalla *commutazione di linea* utilizzata nell'ordinaria rete telefonica; difatti una linea telefonica rimane a disposizione della sola comunicazione tra due telefoni collegati per la durata della telefonata e quindi la capacità della linea non viene sfruttata al massimo. La trasmissione a pacchetti permette di utilizzare la rete per più comunicazioni contemporanee, ciò è dovuto alla scomposizione del messaggio in pacchetti, di unità di lunghezza fissa, che contengono anche le indicazioni per indirizzare il pacchetto all'indirizzo di destinazione, quando tutti i pacchetti sono arrivati a destinazione il messaggio viene ricomposto rimettendo in ordine i pacchetti che contengono anche la posizione ed informazioni di controllo. Le regole che sono alla base dello scambio, invio e ricezione dei pacchetti e l'indirizzamento degli stessi nella rete costituiscono il protocolli TCP (Transmission Control Protocol) e IP (Internet Protocol).

<sup>42</sup> G. SARTOR, *Corso di informatica giuridica, op.cit.*, Torino, 2008 p.167.

<sup>43</sup> E' significativo ricordare che Internet predispone molti servizi utilizzando diversi protocolli: il protocollo TELNET (TELEcommunication NETwork) consente di interagire con un calcolatore remoto come opererebbe un terminale collegato con un cavo al calcolatore remoto; il protocollo FTP (File Transferr Protocol) consente di scambiare file: si accede al sistema di file del calcolatore remoto e si può trasferire file nel proprio calcolatore e viceversa; il protocollo SMTP (Simple Mail Transfer Protocol) viene utilizzato per il trasferimento della posta elettronica in combinazione con i protocolli POP o IMAP per ciò che attiene alla ricezione della posta. Per quanto riguarda il Web i protocolli sono: URL (Universal Resouce Identifier) che designa gli oggetti che compongono il Web; HTML (Hyper Text Markup Language) il linguaggio standard utilizzato per predisporre i documenti ipertestuali; HTTP (HyperText Transfer Protocol) disciplina l'interazione fra il calcolatore cliente, che richiede pagine web, e il calcolatore server, che le fornisce.

informazione giuridica, ma *con la rete è cambiato il concetto di sistema informativo, passato da una dimensione locale ad una globale, e si è anche allargato il significato di informazione, non più intesa come equivalente al documento, ma, grazie agli ipertesti, comprensiva di una soggettiva concatenazione di concetti*.<sup>46</sup>

Il luogo ove organizzare, gestire e reperire l'informazione è un luogo non tangibile, virtuale; la condivisione dei dati e delle informazioni costituiscono il *modus operandi* degli utilizzatori delle nuove tecnologie. In questo nuovo contesto l'accessibilità dei cittadini all'informazione costituisce oltremodo anche la misura della democrazia di uno Stato: l'accesso all'informazione giuridica e quindi la possibilità di conoscerla da parte del cittadino può contribuire alla convinzione che determinati comportamenti siano leciti e che altri non lo siano, e d'altro canto, può anche costituire uno strumento che, in certi casi, aiuta il

---

<sup>44</sup> [http://it.wikipedia.org/wiki/World\\_Wide\\_Web](http://it.wikipedia.org/wiki/World_Wide_Web): Il World Wide Web è uno spazio elettronico e digitale di Internet destinato alla pubblicazione di contenuti multimediali (testi, immagini, audio, video, ipertesti, ipermedia, ecc.) nonché uno strumento per implementare particolari servizi come ad esempio il download di software (programmi, dati, applicazioni, videogiochi, ecc.). Tale spazio elettronico e tali servizi sono resi disponibili attraverso particolari computer di Internet chiamati server web.

<sup>45</sup> G. SARTOR, *Corso di informatica giuridica*, op. cit. L'ipertesto è un sistema che consente all'utente di visualizzare documenti e di spostarsi ad altri documenti ad esso collegati seguendo collegamenti (hyperlinks) di diverso tipo. Il primo ipertesto fu creato da Vannevar Bush negli anni 40 del secolo scorso, con il progetto Memex, un dispositivo meccanico capace di estrarre copie di documenti da una libreria di microfilm e di seguire automaticamente i riferimenti tra diversi documenti. Da questa intuizione negli anni 60 furono creati i primi sistemi ipertestuali; successivamente furono creati dei software per la realizzazione di ipertesti, un esempio è Hypercard per piattaforme Apple.

<sup>46</sup> Così M. IASELLI, op. cit.: «...in tale contesto il contributo dell'intelligenza artificiale si colloca nella cd. *estrazione di conoscenza* che è una tecnica che consente di filtrare, navigando nella rete, solo le informazioni pertinenti ad un dato settore di interesse (ad esempio solo le informazioni finanziarie); gli strumenti si basano su due tipici paradigmi di intelligenza artificiale: i nuclei concettuali (*conceptual cluster*) ed i *parser* del linguaggio naturale. Con i primi vengono descritti gli elementi della materia di interesse mediante tutte le possibili espressioni e forme linguistiche (ad esempio società, capitali, azioni, stock, interesse, ratei, profitto ecc.), segnalando anche quali caratteristiche ci si aspetta dai dati che si cercano, ad esempio, in notizie di carattere finanziario ricorrono i nomi di società quotate in borsa, di organismi finanziari, di quote azionarie ecc. Con il secondo strumento si filtrano (*parsing*) le stringhe di parole in modo da rintracciare all'interno le «parole civetta». Una tecnica più raffinata di intelligenza artificiale da applicare sempre in tale settore è il *data mining*, letteralmente *mining* è l'attività del minatore, cioè lo scavo, l'estrazione di materiali preziosi da materiali di scarto: nel *data mining* il materiale prezioso da rintracciare è la conoscenza, cioè informazioni nuove e originali su determinati fenomeni, estratte da grandi quantità di dati. La conoscenza scoperta con il *data mining* è qualcosa di più del risultato di analisi statistiche, in quanto dovrebbe evidenziare non solo la frequenza di certi fenomeni, ma i modi in cui vengono a concatenarsi circostanze o fattori (*association rules*). Data una grande quantità di dati, si tratta di individuare combinazioni di dati o attribuzioni di valori che si ripetono con continuità, per stabilire dipendenze o connessioni (ad esempio dai dati sulle vendite di un prodotto è possibile individuare le classi di consumatori ecc.).

cittadino stesso a risolvere le questioni giuridiche concrete a tutela di un suo interesse non avvalendosi della assistenza di esperti.<sup>47</sup>

Ma l'accesso alle tecnologie informatiche e alla condivisione delle nuove forme della comunicazione e dell'informazione non è possibile a tutti, ciò è dovuto a fattori sociali, *in primis* l'analfabetismo digitale, o alle capacità economiche dell'utente, come i contratti di accesso ritenuti molto onerosi per determinate fasce di reddito, ma anche alle politiche di spesa pubblica, quali ad esempio la mancanza di investimenti in infrastrutture.

In questa ottica il diritto di accesso alle nuove tecnologie costituisce un nuovo diritto sociale alla pari degli altri diritti costituzionalmente garantiti come il diritto all'istruzione, alle cure mediche, al diritto alla libera circolazione ecc.<sup>48</sup>

L'impossibilità di esercitare questo diritto determina un complesso di disuguaglianze significative, un fenomeno meglio conosciuto come *digital divide*.<sup>49</sup>

La disponibilità degli strumenti informatici e telematici oggi è ritenuta indispensabile per la partecipazione culturale, sociale, politica ed economica alla vita di una nazione e soprattutto per evitare che le nuove disuguaglianze diventino un rischio per la democrazia.<sup>50</sup>

La rete è un immenso spazio virtuale ove viene veicolata una enorme quantità e varietà di informazioni, a questo caos informativo le tecnologie informatiche approntano de-

---

<sup>47</sup> Così G. TADDEI ELMI, *Informatica e informatica giuridica*, in *Diritto e tecnologie-Verso le scienze sociali computazionali-Attualità e orizzonti dell'Informatica giuridica*, op. cit. p. 139

<sup>48</sup> Così nella relazione all'incontro "La libertà su Internet", Roma 13 ottobre 2010, di V. ZENO ZENCOVICH, pubblicato all'indirizzo: [www.key4biz.it/News/2010/10/14/Policy/internet\\_Liberta\\_vincenzo:zeno\\_zencovich](http://www.key4biz.it/News/2010/10/14/Policy/internet_Liberta_vincenzo:zeno_zencovich).

<sup>49</sup> L'espressione è stata utilizzata negli Stati Uniti, per la prima volta negli anni 90, dai rapporti della *National Telecommunications and Information Administration* per rappresentare la differenza esistente tra le zone rurali e i centri urbani statunitensi rispetto alla disponibilità e all'utilizzo di radio, telefono e computer. Ben presto iniziò ad essere impiegata, soprattutto nei documenti delle organizzazioni internazionali, per descrivere il deficit registrabile, tra il nord e il sud del mondo, nella diffusione delle reti e nella penetrazione di internet. Oggi, riferendosi al *digital divide*, si allude oramai ad un'ampia serie di fenomeni, talmente diversi tra loro da indurre più di uno studioso a preferire il riferimento ai *divides*, quali distinte linee di frattura che, secondo traiettorie distinte e con profondità variabili, segnano sempre di più la distanza fra persone, imprese, istituzioni e interi paesi in ragione del loro grado di assimilazione delle risorse offerte dalle ICT.

<sup>50</sup> V.Z.ZENCOVICH, *La libertà su Internet*, op. cit., afferma che occorre rapportarsi alla questione della libertà su Internet con una visione "olistica": occorre superare *la solida tradizione ottocentesca, che si è tramandata fino ad oggi, ove le libertà individuali (espressione, corrispondenza, circolazione, riunione, associazione) erano separate fra loro. Nel mondo di Internet queste distinzioni hanno poco senso: chi accede ad Internet si esprime, corrisponde, naviga, si unisce e si riunisce, in forme sempre variabili e lasciate alla scelta individuale*". Dunque riesce "impossibile separare le diverse facoltà, anche perché esse vengono esercitate con lo stesso mezzo, la rete, e nello stesso tempo o in tempi assai ravvicinati".

gli strumenti di ricerca ovvero dei *motori di ricerca semanticamente più evoluti e portali che organizzano i siti per materia, e programmi che rendono uniformi le informazioni immesse nella rete*<sup>51</sup>.

Al web tradizionale si contrappone il web semantico, ossia un insieme di software e di dati strutturati contenenti informazioni utili sia nella fase rappresentativa della conoscenza, sia nella fase di reperimento dell'informazione<sup>52</sup>. Difatti il web semantico rappresenta il documento (testo, immagine, video...) attraverso la marcatura semantica utilizzando i cosiddetti linguaggi di marcatura (XML, RDF)<sup>53</sup>, legandolo ontologicamente agli altri documenti, ovvero viene indicato l'insieme dei concetti che richiamano quel documento e le relazioni tra di essi<sup>54</sup>.

In questo contesto vengono implementati programmi informatici in grado di agire autonomamente in aree complesse, essi vengono denominati *agenti esperti* o *digitali*<sup>55</sup>; questi sono il risultato della confluenza sia dei principi che attengono alla programmazione ad oggetti, alla robotica, all'intelligenza artificiale, sia ai principi della scienza cognitiva computazionale e della scienza cognitiva neurale<sup>56</sup>.

L'agente software utilizza una base di conoscenza interna o appresa per svolgere operazioni o per prendere decisioni per conto dell'utente, può essere programmato per la ricerca di informazioni nelle reti ed in Internet, per poi gestirle, elaborarle ed organizzarle.<sup>57</sup>

L'autonomia, la reattività, l'adattabilità, l'intelligenza, la mobilità, la comunicazione e la collaborazione con altri agenti sono le caratteristiche di un agente software<sup>58</sup>. Notevoli

<sup>51</sup> G. TADDEI ELMI, *Corso di informatica giuridica*, op.cit p. 196

<sup>52</sup> R. BORRUSO, R.M. DI GIORNI, L. MATTIOLI, M.RAGONA, *L'informatica del diritto*, Milano, 2004, p. 210.

<sup>53</sup> Extensible Markup Language (XML) e Resource Description Framework (RDF) sono linguaggi di marcatura, essi consentono di individuare le componenti di un documento testuale racchiudendole all'interno di etichette (tag), riconoscibili automaticamente e di inserire ulteriori informazioni, i metadati, all'interno del documento stesso.

<sup>54</sup> Una ontologia può avere vari livelli di formalizzazione, ma deve includere un vocabolario di termini con associate definizioni e relazioni tassonomiche

<sup>55</sup> Anche l'Unione europea nella Decisione del Consiglio 2002/834/CE indica i sistemi basati su agenti tra le priorità di ricerca per la creazione e l'organizzazione di spazi virtuali della conoscenza quali ad esempio memorie collettive e biblioteche digitali

<sup>56</sup> G. SARTOR, *Gli agenti software: nuovi soggetti del ciberdiritto?*, in *Contratto e Impresa*, 2002, vol. II, p. 465.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 478. La rete ci offre una enorme quantità di documenti, ciò comporta una enorme difficoltà a reperire i contenuti che più soddisfano l'esigenza di una puntuale ed esaustiva quantità di informazione e il più delle volte la ricerca casuale non offre questa possibilità. La ricerca per parole testuali, anche se logicamente connesse, evidenzia i propri limiti. Ecco l'esigenza di software intelligenti in grado di scernere le informazioni pertinenti, e di operare in ambienti virtuali diversi, il più delle volte non noti nel funzionamento all'utente.

<sup>58</sup> G. TADDEI ELMI, *Soggettività artificiali e diritto*, <http://www.altalex.com>, 2004, nega la fondatezza delle asserzioni di Giovanni Sartor che, accogliendo le tesi di Dennett, ritiene che i sistemi intelligenti operanti nella

sono le questioni giuridiche che implica l'uso di questi software, questioni relative alla responsabilità contrattuale, alla tutela proprietà intellettuale, ma anche alla responsabilità penale in cui può incorrere l'azione dell'agente, e da non sottovalutare i profili di sicurezza e protezione dei dati personali, oltre a quelli che riguardano l'autenticazione dell'agente su reti aperte.

Nell'analisi del ragionamento giuridico si contestualizza un ambito ben definito il *problem solving*, implementando Sistemi di Intelligenza artificiale integrati costituiti dal sistema esperto e da basi di dati documentarie contenenti le sentenze e la dottrina sull'argomento trattato dal sistema esperto.

L'informatica giuridica ha la possibilità di creare una nuova logica giuridica formale, più estesa dei tradizionali modelli deduttivi e su questa base sviluppare software per la ricerca e l'elaborazione dell'informazione giuridica. Nell'arco di qualche anno la ricerca ha implementato studi sulla base di precedenti, oppure su regole e casi, oppure sulla logica delle disposizioni normative e quant'altro, ma oggi vi è un ulteriore spunto ossia sviluppare nuovi modelli formali dell'argomentazione giuridica<sup>59</sup>.

---

rete hanno un intenzionalità nel senso che tendono con razionalità ad un obiettivo, avrebbero degli stati psicologici simili a quelli umani perché tendono apparentemente in modo ragionevole ad un obiettivo, sono molto autonomi, molto imprevedibili e dotati di una, se pure estrinseca, discrezionalità; l'autore sostiene che pur essendo in grado di sviluppare funzioni evolute quali la percezione, il ragionamento, la capacità di scelta, la tensione razionale verso un obiettivo, la intenzionalità ed anche la volontà di ottenere risultati, ma tutto questo in uno stato di incoscienza. Sono al massimo dei sonnambuli che si comportano in modo identico ad un soggetto umano ma lo fanno in modo robotico in assenza di consapevolezza di se e dei loro atti.

<sup>59</sup> G. SARTOR, *L'informatica giuridica e le tecnologie dell'informazione. Corso di informatica giuridica, op.cit.*, p.304 afferma che quando la soluzione ad un problema giuridico controverso è presentata quale risultato di una deduzione da regole giuridiche date, la spiegazione non è completa... chi intende giustificare una decisione giudiziale o una soluzione dottrinale solo mediante un sillogismo è costretto a non descrivere proprio il nucleo del processo razionativi – argomentativo, di conseguenza la giustificazione rimane insufficiente e monca. Intervengono, quindi, due diversi tipi di ragionamento e di inferenze: schemi conclusivi e schemi defaessible, prevedendo l'uno necessariamente l'accettazione delle conclusioni se si accettano le premesse, l'altro la non necessaria accettazione delle conclusioni sebbene siano state accettate le premesse. Si ricorre al ragionamento defaessible quando le premesse sono generalizzazioni empiriche o norme suscettibile di eccezione.<sup>60</sup> Il Consiglio Europeo di Lisbona di marzo 2000 fissò un ambizioso obiettivo strategico per l'Europa: diventare l'economia basata sulla conoscenza più competitiva e dinamica del mondo, in grado di realizzare una crescita economica sostenibile con nuovi e migliori posti di lavoro e una maggiore coesione sociale. In questo contesto viene evidenziato il ruolo centrale delle tecnologie ICT per lo sviluppo dell'innovazione al servizio del raggiungimento degli obiettivi di sviluppo dell'economia e della società. Due strategie si ritennero fondamentali per la realizzazione di questo obiettivo: il sostegno e la promozione dell'innovazione e la realizzazione di una Società dell'Informazione per tutti.

### 3. *L'informatica giuridica nella società dell'informazione e della comunicazione*

La società dell'informazione è il nuovo contesto tecnologico, economico e sociale prodotto dallo sviluppo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (ICT).<sup>60</sup>

L'uso delle nuove tecnologie viene implementato anche nella pianificazione, nella direzione e nel controllo delle diverse funzioni sociali pubbliche e private, fenomeno meglio definito come *e-governance*, e quando coinvolge gli apparati pubblici si fa riferimento alla nozione di *e-government* o *governo elettronico*.

L'informazione costituisce il valore aggiunto nella nuova società e le nuove tecnologie la elaborano e la diffondono attraverso interconnessioni fra sistemi diversi ma convergenti.

La tecnologia digitale costituisce una funzione fondamentale nel processo di convergenza, essa rende possibile la conversione di molti tipi di informazione (testi, voci, suoni, immagini in movimento) in messaggi binari codificati, che possono essere combinati, immagazzinati, manipolati e trasmessi velocemente su ogni tipo di rete.<sup>61</sup> Ma il termine convergenza descrive un fenomeno più complesso in base al quale le tre piattaforme tradizionali su cui si fonda il sistema di telecomunicazione, e quindi la società dell'informazione, ovvero radiotelevisione, telefonia, internet si avvicinano fino a sovrapporsi.<sup>62</sup> Il fenomeno della convergenza tecnologica rompe *la corrispondenza tra mezzi e servizi che, sino a pochi anni or sono, ha rappresentato l'asse portante dell'impianto normativo delle telecomunicazioni*<sup>63</sup>, infatti il codice postale e delle telecomunicazioni del 1973, distingueva tre tipi di servizi: telegrafia, telefoni-

---

<sup>60</sup> Il Consiglio Europeo di Lisbona di marzo 2000 fissò un ambizioso obiettivo strategico per l'Europa: diventare l'economia basata sulla conoscenza più competitiva e dinamica del mondo, in grado di realizzare una crescita economica sostenibile con nuovi e migliori posti di lavoro e una maggiore coesione sociale. In questo contesto viene evidenziato il ruolo centrale delle tecnologie ICT per lo sviluppo dell'innovazione al servizio del raggiungimento degli obiettivi di sviluppo dell'economia e della società. Due strategie si ritennero fondamentali per la realizzazione di questo obiettivo: il sostegno e la promozione dell'innovazione e la realizzazione di una Società dell'Informazione per tutti.

<sup>61</sup> Commissione europea Libro verde- *Convergenza tra i settori delle telecomunicazioni, dell'audiovisivo e delle tecnologie dell'informazione e sulle sue implicazioni normative. Verso un approccio alla società dell'informazione*, Bruxelles, 3 dicembre 1997, nel quale si definisce la convergenza come: a) la capacità di differenti piattaforme di rete di gestire servizi di tipo fondamentali simili, o b) l'unificazione di apparecchiature di largo consumo, telefono, televisione e computer.

<sup>62</sup> V. FRANCESCHELLI, *Convergenza*, Milano, 2009, p. 12.

<sup>63</sup> P. CARETTI, *Diritto dell'informazione e della comunicazione. Stampa, radiotelevisione, telecomunicazioni, teatro e cinema*, Bologna 2005, p.179.

a, radio telecomunicazioni, di conseguenza è stato necessario adeguare l'assetto normativo-giuridico alle novità proposte dalle nuove tecnologie.

Le norme europee (le direttive degli anni 90<sup>64</sup>, le cinque direttive del 2002<sup>65</sup> e l'ultima riforma del 2009<sup>66</sup>) e la normativa nazionale di recepimento hanno dato attuazione al cambiamento del mercato eliminando i monopoli e le asimmetrie nelle comunicazioni elettroniche.

In questo contesto la telematica, le reti a fibra ottica e satellitari ove viaggiano segnali numerico-digitali, danno la possibilità di ricevere qualsiasi tipo di informazione (fonia, dati e immagini) utilizzando qualsiasi apparecchio terminale: televisione, telefono cellulare o computer, oggi anche smartphone e tablet. Tutto ciò, reso possibile grazie alla neutralità tecnologica e alla convergenza dei mercati, comporta delle conseguenze sia da un punto di vista economico, che da un punto di vista giuridico.<sup>67</sup>

Ma il terzo millennio è caratterizzato anche da processi decentrati di produzione normativa, non a caso si parla di globalizzazione del diritto; la produzione delle norme non è solo prerogativa dei legislatori statuali, ma di diversi operatori che regolano alcuni settori della vita sociale.<sup>68</sup>

---

<sup>64</sup> F. CARDARELLI, V. ZENO-ZENCOVICH, *Il diritto delle telecomunicazioni. Principi, normativa. eggiurisprudenza*, Bari, 1997, p. 61 e ss. La direttiva Open Network Provision (ONP), 90/387/CEE del 28 giugno 1990, mira alla graduale eliminazione dei provvedimenti nazionali diretti a riservare la prestazione dei servizi e la gestione delle reti a singoli operatori; la direttiva sull'armonizzazione, 90/388/CEE del 28 giugno 1990, tende a creare condizioni omogenee all'interno del mercato comune, stabilendo regole unitarie che consentano agli operatori di usufruire in regime di concorrenza delle medesime opportunità per lo svolgimento delle proprie attività.

<sup>65</sup> Il pacchetto Telecom 2002 costituisce un complesso di misure che hanno ridisegnato il quadro generale e le correlate attività di regolazione, disciplinando le autorizzazioni, l'interconnessione e l'accesso, il servizio universale, la protezione dei dati personali e lo spettro radio. Le numerose innovazioni tecnologiche che avevano trasformato il settore delle telecomunicazioni hanno determinato l'esigenza di procedere all'elaborazione di un nuovo assetto regolatorio neutrale valido per ogni tipo di tecnologia o servizio.

<sup>66</sup> Il nuovo quadro giuridico del 2009 che apporta modifiche alle direttive del 2002 ed istituisce l'Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche, ha l'intento di accrescere la concorrenza nel mercato europeo delle comunicazioni elettroniche, di garantire un più adeguato utilizzo dello spettro radio, di incrementare i livelli di tutela dei diritti degli utenti dei servizi di comunicazione elettronica, stabilendo il diritto di fruire i servizi di internet, considerato come l'esercizio di una libertà fondamentale.

<sup>67</sup> G. PASCUZZI, *op.cit.*, p. 17. Nei confronti dei nuovi servizi quali : *pay tv*, le *chat lines*, le *mailling lists* e i *newsgroups* è ancora possibile la distinzione tra gli articoli 17 e 21 della Costituzione, il primo fa riferimento alla libertà e alla segretezza della corrispondenza relativamente ai principi che regolamentano le telecomunicazioni fra soggetti determinati; al secondo alle manifestazioni di pensiero rivolte ad una pluralità indeterminata di soggetti? o per meglio dire quale dei due principi possono essere applicati ai nuovi servizi?

<sup>68</sup> G. PASCUZZI, *op. cit.*, p. 193, le aree sono quelle della *lex mercatoria*, delle imprese multinazionali, dei diritti umani, del diritto del lavoro.

La creazione del nuovo web denominato Web 2.0<sup>69</sup>, le cui caratteristiche sono costituite dalla interazione e dalla partecipazione, in contrapposizione alla staticità del web 1.0, ha determinato la possibilità, attraverso alcuni siti quali, tra gli altri Amazon e Wikipedia, di contribuire, di partecipare, di confrontare le proprie idee e conoscenze utilizzando, a volte, anche le tecnologie *open source*<sup>70</sup> o le licenze *creative commons*<sup>71</sup>, ed essere attori dell'architettura di un sito web. La facilità d'uso è basata sull'interfaccia grafica del web, quindi tutte le applicazioni condividono la stessa impostazione grafica e ciò permette il loro utilizzo anche senza la necessità di leggere un manuale.

L'utente può esprimersi e generare nuovi contenuti ed ogni nuovo contenuto è accessibile immediatamente all'intera comunità di Internet; l'indicizzazione dei contenuti mediante parole chiave permette di individuare più facilmente i contenuti rilevanti; la versione finale dei contenuti è il risultato dell'interazione tra una comunità di utenti che ha un ruolo attivo nel processo di creazione, di commento e di condivisione. Uno degli strumenti critici del Web 2.0 sono i *social network*, gli strumenti del Web 2.0 che consentono di creare, allargare e connettere reti sociali.<sup>72</sup>

---

<sup>69</sup> Definizione di Wikipedia: il Web 2.0 è un termine utilizzato per indicare uno stato di evoluzione del World Wide Web, rispetto a una condizione precedente. Si indica come Web 2.0 l'insieme di tutte quelle applicazioni online che permettono un elevato livello di interazione tra il sito web e l'utente come i blog, i forum, le chat, i wiki, le piattaforme di condivisione di media come Flickr, YouTube, Vimeo, i social network come Facebook, Myspace, Twitter, Google+, LinkedIn, Foursquare, ecc. ottenute tipicamente attraverso opportune tecniche di programmazione Web afferenti al paradigma del Web dinamico.

<sup>70</sup> Open source è il sintagma utilizzato per indicare, in contrapposizione al software proprietario, il software non soggetto alle norme sul diritto d'autore; viene considerato un movimento, fondato dall'americano Richard Stallman, egli definì il software libero come quel programma informatico ai cui utenti fossero garantiti diverse libertà: libertà di eseguire il programma per qualsiasi scopo, libertà di studiare il funzionamento del programma e adattarlo alle proprie necessità (l'accesso al codice sorgente ne è un prerequisito); libertà di ridistribuire copie in modo da aiutare il prossimo; libertà di migliorare il programma e distribuirne pubblicamente i miglioramenti apportati, in modo tale che tutta la comunità ne tragga beneficio.

<sup>71</sup> Le licenze creative commons permettono ai creatori di scegliere e comunicare quali diritti riservarsi e a quali diritti rinunciare a beneficio dei destinatari. Le licenze forniscono un modo semplice e standardizzato per dare pubblicamente il permesso di condividere e utilizzare il lavoro creativo in base alle condizioni stabilite dai creatori. La missione di Creative Commons è ben rappresentata dal logo dell'organizzazione (CC), che rappresenta una via di mezzo tra il rigido modello del copyright (C) (*Tutti i diritti riservati, All rights reserved*) e quello invece di pubblico dominio (PD) (*Nessun diritto riservato, No rights reserved*), introducendo il nuovo concetto appunto di *Alcuni diritti riservati (some rights reserved)*.

<sup>72</sup> M. MURERO, *Interdigital Communication Theory*, 2012. Negli ultimi dieci anni internet e il web si sono evoluti; miliardi di persone in tutto il mondo "interconnesso" comunicano con modalità nuove, si informano, scambiano contenuti e restano in contatto usando media sempre più "sociali", dinamici, multimediali, interattivi, interdipendenti, multisensoriali, convergenti e mobili. In un contesto in rapidissimo mutamento e dai contorni straordinari e incerti, nasce una nuova teoria della comunicazione interdigitale, mette in luce il processo di-

A tal proposito nella economia della Rete Internet si parla, sempre più spesso, di *asimmetria nell'informazione*, ovvero di una notevole differenza qualitativa e quantitativa tra le conoscenze in possesso di chi fornisce un prodotto e le conoscenze di chi lo utilizza, ciò implica, il più delle volte, l'impossibilità del fruitore di selezionare, tra più prodotti, il prodotto che da le migliori prestazioni. E bisogna ricordare anche l'altra accezione cosiddetta *selezione avversa* ovvero l'incapacità dell'utente di distinguere i servizi buoni dai servizi scadenti.<sup>73</sup>

Queste devianze attengono non tanto al fenomeno precedentemente citato del *digital divide*, quanto agli aspetti negativi dell'*effetto di rete* "che, seppur benefico, può ostacolare le migliori soluzioni tecnologiche a vantaggio di chi riesce a realizzare per primo la rete più ampia..."<sup>74</sup>.

In questo contesto le tecnologie del terzo millennio tendono alla virtualizzazione ossia allo sviluppo di nuovi modi di implementare i sistemi informativi, determinando il passaggio da sistemi distribuiti dell'informazione a sistemi centralizzati, percorso inverso rispetto a ciò che era successo negli anni 90<sup>75</sup>.

La virtualizzazione dei sistemi informatici viene definita *cloud computing*, letteralmente elaborazione nella nuvola, essa è costituita dalle risorse informatiche disponibili su Internet che assumono una realtà senza dimensione fisica, alla quale si può accedere da qualsiasi luogo. La realtà virtuale è costituita da hardware e software e da infrastrutture ad alta tecnologia ed affidabilità, offre funzionalità avanzate per archiviazione e recupero dei dati e per la sicurezza, ed ottimizza l'accesso alle risorse condivise a più utenti.<sup>76</sup>

---

namico, sincrono e asincrono, che avviene tra due o più agenti interdigitali connessi in rete, nello spazio mobile o fisso.

<sup>73</sup> G. SARTOR, *L'informatica giuridica e le tecnologie dell'informazione*, op. cit., 2012, p. 12.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 10.

<sup>75</sup> Negli anni 90 furono sostituiti i grandi elaboratori con piccoli calcolatori in grado di compiere le stesse operazioni, oggi si verifica la situazione inversa, i server di piccola e media grandezza vengono virtualizzati da macro-calcolatori. Nascono i cosiddetti *computer cluster* ossia infrastrutture informatiche composte da un insieme di calcolatori, collegati da reti locali ad altissima velocità, che operano come se si trattasse di un unico elaboratore.

<sup>76</sup> G. SARTOR, *L'informatica giuridica e le tecnologie dell'informazione*, op. cit., 2012, p. 62. L'autore afferma che nel modello del cloud-computing trova piena applicazione l'idea del passaggio dalla proprietà ai diritti di accesso, quale modello organizzativo e giuridico atto a governare l'utilizzo delle risorse nell'era digitale, modello valido non solo per i contenuti informativi, ma anche per i servizi e le infrastrutture informatiche: come possiamo prelevare l'acqua dalla rete idrica o l'elettricità dalla rete elettrica, sulla base di contratti di somministrazione

Sebbene siano enormi i vantaggi del nuovo modello tecnologico e costituisca sicuramente una grande opportunità anche per la gestione dell'informazione giuridica, sono state avanzate diverse preoccupazioni come la possibilità di determinare distorsioni nel libero mercato rilevando l'esistenza di oligopoli, di creare una grande concentrazione di dati nell'infrastruttura del fornitore di servizi *cloud computing*, di determinare la perdita del controllo sul proprio sistema di elaborazione.

Notevoli sono le fonti di cognizione del diritto sulla rete internet, sia di enti pubblici quali assemblee legislative, uffici giudiziari, autorità indipendenti, che siti professionali privati, organizzazioni, associazioni, i cui contenuti non attengono solo alla normativa e alla giurisprudenza, ma anche a dibattiti dottrinali, oppure *blog*, gruppi di discussione e siti monotematici relativi a questioni giuridiche di particolare attualità; la quantità di informazioni giuridiche disponibile quindi è enorme, le ricerche sono complesse anche perché il più delle volte la strutturazione dei documenti e le tecniche di ricerca sono differenti, da ciò consegue una informazione frammentata. Una soluzione per porre rimedio a tale situazione potrebbe essere la creazione una unica piattaforma documentale pubblica di dati giuridici (legislazione, giurisprudenza e dottrina), l'adozione di un unico standard condiviso, stabilire con legge il valore di pubblicità legale dei documenti pubblicati nell'archivio digitale.

Accanto al *cloud computing* si sviluppa l'*Open Data*, letteralmente *dati aperti*, il fenomeno attiene, in particolar modo, ai dati delle pubbliche amministrazioni e sta ad indicare la necessità che alcune tipologie di dati siano rese liberamente accessibili a tutti sul Web, senza restrizioni di diritto d'autore, brevetti o altre forme di controllo che ne limitino la riproduzione.

Le amministrazioni che aderiscono all'*Open-government* devono far in modo che le informazioni siano facilmente aperte, quindi reperibili e riutilizzabili, in attuazione anche del principio della trasparenza dell'azione amministrativa e della possibilità di attuare la partecipazione attiva del cittadino nei processi decisionali, in modo da determinare quindi un

---

ne che correlano consumo e corrispettivo, così possiamo prelevare capacità e funzionalità informatiche da Internet sulla base di analoghi schemi contrattuali (cosiddetto *utility model*).

monitoraggio della qualità del servizio pubblico nei confronti degli utenti i cosiddetti stakeholder<sup>77</sup>.

Il progetto “Norme In Rete” (NIR), ha avuto un ruolo fondamentale ed ha rappresentato un importante esempio della gestione di documenti giuridici basata su standard condivisi, ed ha costituito un importante motore di ricerca per l'accesso alle informazioni giuridiche contenute all'interno dei siti web pubblici. L'opera fu avviata dall'Autorità per l'Informatica nella Pubblica Amministrazione (Aipa), oggi Agenzia per l'Italia digitale, in collaborazione con il Ministero della Giustizia nel 2001<sup>78</sup>, il principale obiettivo era, appunto, quello di definire una architettura distribuita, basata su standard documentali sia per l'identificazione che per la descrizione dei contenuti<sup>79</sup>; ha avuto anche lo scopo di un maggiore controllo sul sistema di pubblicazione elettronica delle norme e di supporto al drafting legislativo, mirava anche a rendere disponibili documenti a case editrici e ad altri soggetti interessati al riuso e alla redistribuzione del documento<sup>80</sup>, ha avuto un enorme successo, e sebbene abbia costituito un modello per altri paesi, inaspettatamente è stato oscurato e sostituito da “Norma Attiva”, che sembra utilizzerà gli standard utilizzati da Norme In Rete, ma che costituisce *una raccolta centralizzata delle fonti del diritto rinunciando quindi all'aspetto federativo che aveva caratterizzato Norme In Rete*<sup>81</sup>.

L'*Open Data* e il *cloud computing* potrebbero costituire i due strumenti attraverso i quali l'informazione giuridica degli organi legislativi e giurisdizionali potrà essere fruibile dal cittadino e dal professionista del diritto utilizzando una unica interfaccia, priva di regole sintattiche o di facile uso; si eviterebbe, in tal modo, le molteplici regole di interrogazione che

---

<sup>77</sup> Un'amministrazione trasparente è più controllata, più affidabile, più aperta; la partecipazione dei cittadini alle scelte della Pubblica Amministrazione aumenta l'efficacia dell'azione amministrativa e migliora la qualità delle decisioni dell'Amministrazione.

<sup>78</sup> Hanno fatto parte del gruppo di lavoro anche l'Istituto di Teoria e Tecniche dell'Informazione Giuridica del CNR (ITTG - CNR), l'Università di Bologna, il Senato, la Camera dei Deputati e la Corte suprema di Cassazione.

<sup>79</sup> Gli standard utilizzati per la rappresentazione dei documenti giuridici sono l'XML, di cui è stata spiegata l'accezione nelle note precedenti e l'URN che consente di definire uno standard per l'identificazione dei documenti giuridici sulla base della tecnica dei nomi uniformi, tale standard permette di stabilire collegamenti (hyperlink) stabili fra documenti a prescindere dalla loro collocazione fisica.

<sup>80</sup> Attuazione anche del principio stabilito dalla Direttiva 2003/98/CE, e previsto dall'art. 2 del D.Lgs. n. 82 del 2005 (Codice dell'amministrazione digitale), del riutilizzo dell'informazione pubblica, ossia gli enti pubblici devono rendere disponibili i propri documenti in formato elettronico, ad un costo non superiore a quello sostenuto per la loro produzione e distribuzione.

<sup>81</sup> Così G. SARTOR, *L'informatica giuridica e le tecnologie dell'informazione*, *Corso di informatica giuridica*, *op.cit.*, p. 268.

sono inevitabili se si accede a più sistemi informativi di autorità diverse per soddisfare l'esigenza informativa.

L'Agenda Digitale Europea, i cui pilastri è bene ricordare sono la realizzazione del mercato digitale unico, di Internet veloce e superveloce, dell'interoperabilità e standard, della fiducia e sicurezza informatica, della ricerca e innovazione, dell'alfabetizzazione informatica e l'ICT per la società, rappresenta una delle iniziative individuate nella più ampia "Strategia Europea 2020", finalizzata a una crescita inclusiva, intelligente e sostenibile dell'Unione attraverso una maggiore diffusione e un uso più efficace delle tecnologie digitali<sup>82</sup>, obbliga di Stati aderenti a far proprie le politiche comunitarie ed a recepire le disposizioni normative qualora non siano direttamente applicabili, e, relativamente a ciò di cui ora ci occupiamo, stabilisce l'obbligo di mettere a disposizione dei cittadini e delle imprese i dati e le informazioni pubbliche. Quindi anche lo Stato italiano necessariamente ha previsto nella propria Agenda digitale e ribadito nel provvedimento Crescita 2.0 che ha introdotto il nuovo principio dell'*open by default*<sup>83</sup>, la realizzazione dell'*open data* ossia: *i dati e le informazioni forniti dalla pubblica amministrazione dovranno essere obbligatoriamente pubblicati in formato aperto. In questo modo sarà possibile ampliare fortemente l'accesso a informazioni di pubblica utilità, favorendone il riutilizzo per analisi, servizi, applicazioni e soluzioni, con sensibili ricadute dal punto di vista della crescita economico-sociale. Tali dati avranno una licenza d'uso aperta e saranno dunque utilizzabili – in primis da persone affette da forme di disabilità sensoriali - senza alcun tipo di restrizione.*<sup>84</sup> E quindi nulla questo per l'open data.

Recentemente La Corte Costituzionale ha rilasciato il proprio patrimonio informativo in open data; con il portale "Dati.senato.it" il Senato della Repubblica rende pubblico, fruibile e riutilizzabile il patrimonio informativo sulla propria attività istituzionale e politica (di-

---

<sup>82</sup> L'Agenda Digitale è stata presentata dalla Commissione Europea nel maggio 2010 con lo scopo di sfruttare al meglio il potenziale delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (TIC o ICT) per favorire l'innovazione, la crescita economica e la competitività. L'obiettivo principale dell'Agenda è ottenere vantaggi socio-economici sostenibili grazie a un mercato digitale unico basato su Internet veloce e superveloce e su applicazioni interoperabili.

<sup>83</sup> Il provvedimento Crescita 2.0 è stato approvato dal Consiglio dei Ministri il 4 ottobre 2012, è stato pubblicato sul Supplemento Ordinario n. 194 alla Gazzetta Ufficiale – Serie Generale n. 245 del 19 ottobre 2012, il Decreto-Legge 18 ottobre 2012, n. 179, in esso sono previste le misure per l'applicazione concreta dell'Agenda Digitale Italiana.

<sup>84</sup> Agenda digitale Italiana: art. 9 Pubblicazione dati e informazioni in formato aperto.

segni di legge, gruppi parlamentari, votazioni, etc.) in formato *linked open data*.<sup>85</sup> E l'archivio elettronico della Corte suprema di Cassazione?

Ma la tecnologia *cloud* può essere utilizzata da una pubblica amministrazione? Ovvero, la pubblica amministrazione può utilizzare la tecnologia *cloud* che offre il mercato o deve necessariamente implementare un proprio *cloud*? E qualora sia possibile come organizzare le attività tra le pubbliche amministrazioni centrali e le amministrazioni regionali?

L'art. 117, lettera r della Costituzione, attribuisce allo Stato la potestà legislativa esclusiva in tema di coordinamento informatico<sup>86</sup>; a tal proposito la Corte costituzionale definisce il coordinamento informatico come “comunanza di linguaggi, di procedure e di standard omogenei, in modo da permettere la comunicabilità tra sistemi informatici della pubblica amministrazioni”<sup>87</sup>, e quindi è possibile l'implementazione di uno o più *cloud* per la gestione dei servizi, fra amministrazioni centrali e locali, in cooperazione applicativa, nel rispetto delle autonomie e delle regole tecniche previste dal Codice dell'Amministrazione Digitale e dell'art. 63, comma 3.

L'architettura *cloud computing* costituisce evidentemente una opportunità per la realizzazione e gestione dei servizi pubblici dell'area delle ICT. La complessità e la natura integrata del sistema induce a soluzioni condivise di gestione delle risorse hardware e software, la virtualizzazione determina l'aggregazione di istanze diverse provenienti da vari soggetti, l'architettura condivisa certamente porta alla eliminazione di soluzioni personalizzate e favorisce i processi di standardizzazione e certificazione.

Sotto il profilo giuridico i processi di integrazione ed aggregazione sicuramente possono rimuovere diversi ostacoli per l'attuazione delle complesse norme previste dal Codice dell'Amministrazione Digitale; la necessità di determinare i ruoli fra fornitori del servizio ed

---

<sup>85</sup> Fonte: dati.gov.it Tutti i dati possono essere scaricati in tre diversi formati - CSV (Comma separated values), JSON (JavaScript Object Notation) o XML (eXtensible Markup Language) – o in alternativa essere interrogati attraverso *query* (Endpoint SPARQL). Le informazioni sono liberamente scaricabili e riutilizzabili per qualsiasi scopo, la licenza applicata è la (CC BY SA 3.0) (la licenza *attribution* della famiglia Creative Commons).

<sup>86</sup> Art. 117 della Costituzione: La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali. Lo Stato ha legislazione esclusiva nelle seguenti materie: a) ..... r) pesi, misure e determinazione del tempo; coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale; opere dell'ingegno;.....

<sup>87</sup> Corte Costituzionale, sentenza 17/2004.

amministrazione potrebbe dare la possibilità, in tema di trattamento dei dati personali, di predisporre modelli comuni di organizzazione delle responsabilità. Sicuramente le dinamiche dei flussi informativi, essendo pubbliche amministrazioni, sia per la conservazione che per la cancellazione dei dati, hanno delle prerogative più cogenti; ma la criticità più importante è l'utilizzo di tecnologie *cloud* al di fuori dei confini comunitari, in questo caso necessariamente norme contrattuali interverranno per la definizione delle modalità di trattamento dei dati conformemente a quanto richiesto dalla normativa comunitaria; d'altra parte è anche vero che utilizzando diversi *cloud* per i flussi di dati, si porrebbero “problemi di interoperabilità fra i sistemi, nonché di portabilità dei dati, condizionati dai rischi di lock-in di mercato e dalla mancanza di standard tecnici uniformi.”<sup>88</sup>

Le informazioni giuridiche pubbliche costituiscono, alla pari delle informazioni economiche, Big data<sup>89</sup>, e come è stato sollecitato da più parti, così anche dalla Commissione Europea, che in sede di revisione della Direttiva 2003/98/CE<sup>90</sup>, sebbene abbia evidenziato che il riutilizzo dell'informazione pubblica sia in forte crescita, perché si dia piena attuazione all'effettiva liberalizzazione dei dati occorre che vengano soddisfatti alcuni parametri: i dati devono essere pubblicati tutti ed essere completi e primari, la pubblicazione deve avvenire nel più breve tempo possibile, devono essere aggiornati, l'accesso deve essere rapido, e per facilitarne il riuso tutti i dati devono essere strutturati per consentirne l'elaborazione automatizzata e quindi renderli disponibili in un formato non proprietario. Devono essere accessibili e riutilizzabili anche in riferimento alle eventuali limitazioni imposte da licenze restrittive a tutela del diritto d'autore e dalle imposizioni di tariffe. La direttiva, sopra citata, esorta gli stati membri ad adottare licenze standard, disponibili in formato digitale, suscettibili di elaborazione, a che prevedano condizioni di riutilizzo eque e trasparenti.<sup>91</sup>

Nella Relazione annuale 2012 l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni evidenzia come lo sviluppo delle comunicazioni, l'accentuata dinamica della convergenza tecnologica

<sup>88</sup>Così A. MANTEREO, *Cloud computing e pubblica amministrazione: criticità e vantaggi*, relazione al Convegno “Public Private Cloud, Pontecchio Marconi (Bo), 28 giugno 2011.

<sup>89</sup> Il Big data – che consentono di gestire, elaborare e visualizzare grandi aggregazioni di dati provenienti anche da fonti differenti al fine di trarne informazioni significative – si sta affermando come una delle metodologie più interessanti per trovare nuovo valore dall'informazione strutturata in generale e dai dati pubblici in particolare.

<sup>90</sup> Direttiva 2003/98/CE, GUCE L 345/90, 31 dicembre 2003.

<sup>91</sup> B. COCCAGNA, G. ZICCARDI, *Open data, trasparenza elettronica e codice aperto*, in *Manuale di informatica giuridica e diritto delle nuove tecnologie*, Torino, 2012, p. 395 e ss.

e la forte spinta all'integrazione dei mercati dei media e delle telecomunicazioni determinano la creazione di un ecosistema digitale<sup>92</sup>, dovuto soprattutto alla crescita esponenziale di relazioni e scambi tra operatori di rete e fornitori di servizi internet a valore aggiunto (particolarmente il mobile everywhere), servizi in modalità *cloud* e lo stoccaggio di *Big data* ove si affermano gli "Over The Top" (Google, Amazon, Microsoft e Facebook), la creazione di un ecosistema digitale facilita il percorso di aziende e cittadini per produrre e fruire di contenuti digitali.<sup>93</sup> Gli Ecosistemi Digitali sono anche un progetto della Commissione Europea nato nel 2002 con l'obiettivo di consentire alle piccole e medie imprese di creare, offrire e condividere frammenti di servizi e conoscenza che si integrano e si adattano ai bisogni locali, attraverso una "P2P open-source knowledge-and service-oriented technological infrastructure".

L'informazione giuridica costituisce una conoscenza primaria anche nell'ecosistema digitale e, alla pari delle conoscenze informatiche, essere una componente essenziale e "indefettibile". L'informatica giuridica è *l'alveo naturale* attraverso il quale studiare l'applicazione di nuove tecniche di gestione e trasformarle in *app* per smartphone e tablet.

Camerino, maggio 2013

---

<sup>92</sup> L'ecosistema digitale è oggetto di numerosi studi e non è rinvenibile una definizione univoca, benché gli assi portanti sono costituiti dal settore delle telecomunicazioni, dalla radio-televisione e all'editoria, da internet, a cui si associano altri settori a partire dall'industria manifatturiera ICT, ivi compresi i prodotti hardware e software.

<sup>93</sup> Relazione annuale 2012 Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM) in <http://www.agcom.it/Default.aspx?message=viewrelazioneannuale&idRelazione=28>



SERAFINA LAROCCA

*L'intervento del legislatore in materia di riabilitazione  
del debitore pluriprotestato: era proprio necessario?*

*Sommario:* 1. Determinazione del tema di indagine. – 2. L'art. 17, l. 7 marzo 1996, n. 108 e le successive modifiche. – 3. Un caso emblematico. – 4. Le condizioni per la riabilitazione. – 5. I dubbi interpretativi. – 6. Dall'interpretazione letterale a quella sistematica.

*1. Determinazione del tema di indagine*

La legge n. 3 del 27 gennaio 2012 rubricata «Disposizioni in materia di usura e di estorsione, nonché di composizione delle crisi da sovraindebitamento»<sup>1</sup> ha apportato modifiche agli artt. 14, 15, 16 e 17 della legge n. 108 del 7 marzo 1996 recante «Disposizioni in materia di usura»<sup>2</sup>. Quel testo legislativo, come risulta dalla rubrica, è diviso in due capi: il

---

<sup>1</sup> In G.U., 30 gennaio 2012, n. 24, «Disposizioni in materia di usura e di estorsione, nonché di composizione delle crisi da sovraindebitamento».

<sup>2</sup> In Suppl. ordinario alla G.U., 9 marzo 1996, n. 58, «Disposizioni in materia di usura».

Sul tema, oltre alla manualistica per i profili penalistici, per gli aspetti di interesse civilistico, cfr., tra gli altri, E. QUADRI, *Indicizzazione, interessi e usura (nuove prospettive per un vecchio problema)*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, p. 507 ss.; ID., *La nuova legge sull'usura ed i suoi diversi volti*, in *Corr. Giur.*, 1996, 4, p. 363, ss.; ID., *Profili civilistici dell'usura*, in *Foro it.*, 1995, V, c. 337; G. ALPA, *Usura: problema millenario, questioni attuali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, II, p. 181 ss.; G. BONILINI, *La sanzione civile dell'usura*, in *Contratti*, 1996, p. 223 ss.; S. PROSDOMICI, *La nuova disciplina del fenomeno usurario*, in *Studium Iuris*, 1996, p. 771 ss.; L. FERRONI, *La nuova disciplina del contratto di mutuo ad interessi usurari*, Napoli, 1997; G. COLLURA, *La nuova legge sull'usura e l'art. 1815 c.c.*, in *Contr. impr.*, 1998, p. 601, ss.; D. MANZIONE, *Usura e mediazione creditizia*, Milano, 1998; A. GENTILI, *I contratti usurari: tipologie e rimedi*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 353, ss.; L. CRISTOFANO, *Usura: la tutela civile e penale dei danneggiati*, Padova, 2001; F. MACARIO – A. MANNA, *Mercato del credito e usura*, Milano, 2002; G. PICA, voce *Usura*, in *Enc. dir.*, VI agg., 2002, p. 1137 ss.; M. CATANIA, *Usura: profili penali e civili*, Torino, 2006; C. BONORA, *L'usura*, Padova, 2007; R. SPINA, *L'usura*, Padova 2008; P. DAGNA, *Profili civilistici dell'usura*, in B. INZITARI (a cura di), *Il diritto degli affari*, Padova, 2008; P. PERLINGIERI, *Sui contratti iniqui*, intervento alla Tavola Rotonda “Usura: il fenomeno e la disciplina”, Salerno, 1 febbraio 2011, in *Rass. dir. civ.*, 2013, p. 480 ss., che inserisce il contratto usurario tra i contratti iniqui, *melius* non proporzionati.

Sulle conseguenze dell'intervento del legislatore che con la legge del 28 febbraio 2001, n. 24 ha effettuato l'interpretazione autentica della legge 7 marzo 1996, n. 108, recante disposizioni in materia di usura, si vedano,

primo apporta modifiche alla legislazione vigente in materia di usura e di estorsione; il secondo ai procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento e di liquidazione del patrimonio<sup>3</sup>.

In considerazione del contesto economico, è evidente l'intento del legislatore di offrire al c.d. debitore civile (tanto il consumatore ed il professionista, quanto l'imprenditore non assoggettabile alle procedure concorsuali per ragioni di dimensione) uno strumento per regolare il proprio indebitamento, attraverso un procedimento negoziale di composizione della crisi.

Ancora in considerazione dell'aspetto dimensionale dell'area imprenditoriale del sistema economico nazionale, che è costituito da imprese medio-piccole, e dell'esigenza di tutelare il piccolo imprenditore ed il debitore civile, appariva non più procrastinabile una regolamentazione della loro crisi «che avrebbe certamente agevolato la soluzione dei conflitti e influito favorevolmente sul mercato»<sup>4</sup>.

È opportuno precisare, sin da ora, che non saranno oggetto di questo lavoro le norme relative ai soggetti ed alle procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento che investono i consumatori e i debitori non assoggettabili a procedure concorsuali.

Ad una prima lettura del testo di legge si comprende ciò che accomuna questa seconda parte della legge alla prima, che è relativa a modifiche alla normativa in tema di usura, e si comprende anche perché il legislatore è tornato ad occuparsi del debitore protestato ed in particolare di quello pluriprotestato. Si è notato che ciò che accomuna il debitore pluriprotestato e riabilitato ed il debitore insolvente non assoggettabile alle procedure concorsuali, la cui crisi è in qualche modo composta dalle norme contenute in questa legge, è la

---

tra gli altri, F. DI MARZIO, *Il trattamento dell'usura sopravvenuta tra validità, illiceità e inefficacia della clausola interessi*, in *Giust. civ.*, 2000, 12, p. 3103 ss.; G. LA ROCCA, *L'usurarietà sopravvenuta tra regole di responsabilità e di validità*, Napoli, 2001; V. CARBONE, *La Corte legittima l'intervento del legislatore a favore delle banche: scompaiono gli interessi divenuti usurari*, in *Corr. giur.*, 2002, p. 612; A. CIATTI, *Successioni di leggi, usura e ragionevolezza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 1101, ss.

<sup>3</sup> Per una prima lettura del testo legislativo, v., M. FABIANI, *Crescita economica, crisi e sovraindebitamento*, in *Corr. Giur.*, 2012, 4, p. 449 ss.

<sup>4</sup> G. LO CASCIO, *L'ennesima modifica alla legge sulla composizione della crisi da sovraindebitamento (L. 27 gennaio 2012, n. 3)*, in *Il Fallimento*, 2013, p. 813 ed *ivi* ampi riferimenti bibliografici. Nel commentare criticamente l'ultima versione della legge P.A. precisa (p. 814) che «Sotto il profilo interpretativo, il contenuto della disciplina dettata per regolare la composizione delle crisi da sovraindebitamento desta non poche perplessità e interrogativi» a causa dell'eccessivo appesantimento di una disciplina che lascia l'iniziativa al solo debitore e che rende molto difficoltoso l'iter procedimentale.

circostanza per la quale sia la riabilitazione sia la composizione della crisi sono finalizzate a «reimmettere nel circuito economico un soggetto e così ampliando il mercato di fatto si traduc[ono] in uno strumento di agevolazione indiretta dello sviluppo delle imprese»<sup>5</sup>.

2. *L'art. 17, l. 7 marzo 1996, n. 108 e le successive modifiche*

Nonostante questo nuovo testo normativo sia particolarmente interessante nella sua seconda parte<sup>6</sup>, ciò che sollecita attenzione e nello stesso tempo solleva perplessità è il comma 4 dell'art. 1 che ha modificato l'art. 17 della legge 108/1996, aggiungendovi il comma 6 *ter*.

L'art. 17 al primo comma prescrive che «Il debitore protestato che abbia adempiuto all'obbligazione per la quale il protesto è stato levato e non abbia subito ulteriore protesto ha diritto ad ottenere, trascorso un anno dal levato protesto, la riabilitazione». La riabilitazione del debitore protestato, soprattutto nell'ipotesi in cui i protesti fossero stati più di uno, ha dato origine a contrasti giurisprudenziali e dottrinali.

Conviene procedere per gradi. La disposizione di cui si tratta ha subito diversi interventi del legislatore tra i quali, primo in ordine cronologico, quello che ha aggiunto il comma 6 *bis*<sup>7</sup>, che ha riconosciuto il diritto<sup>8</sup>, al debitore protestato e riabilitato, alla cancellazio-

---

<sup>5</sup> In generale, nel senso del testo, M. FABIANI, *Crescita economica, crisi e sovraindebitamento*, cit. p. 449, che, comunque, solleva perplessità sull'efficienza di questo strumento (p. 456). Ritiene, in contrario, G. LO CASCIO, *L'ennesima modifica alla legge sulla composizione della crisi da sovraindebitamento (L. 27 gennaio 2012, n. 3)*, cit., p. 814, che la composizione della crisi da sovraindebitamento non raggiunga questo risultato, non essendo in grado di sopperire «né alle lacune emerse dalla riforma della legge fallimentare, né a quelle dell'esecuzione individuale alla quale continuano ad essere assoggettati i debitori gravati da debiti scaduti e preda delle iniziative usuraie ed estorsive di creditori con poco scrupolo».

<sup>6</sup> Su questa problematica in data 20-21 settembre 2013 si è svolto a Camerino un convegno dal titolo «Attività di liquidazione e tutela dei creditori» con una intera sessione dedicata esclusivamente alla tematica della liquidazione nelle crisi da sovraindebitamento. V., anche, F. PARENTE, *Sovraindebitamento familiare e legittimazione alla proposta di ristrutturazione*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, p. 725 ss.

<sup>7</sup> Comma aggiunto dall'art. 3, l., 18 agosto 2000, n. 235, in G.U., 28 agosto 2000, n. 200, «Nuove norme in materia di cancellazione dagli elenchi dei protesti cambiari», a decorrere dal 28 dicembre 2000; successivamente modificato dall'art. 45, l., 12 dicembre 2002, n. 273. Anche se dalla rubrica della legge sembrerebbe essere preso in considerazione soltanto il protesto cambiario, l'art. 3 della stessa, aggiungendo il comma 6 *bis* all'art. 17, l. 7 marzo 1996, n. 108, ne estende l'applicazione, ovviamente previa riabilitazione, anche all'ipotesi di emissione di assegni sprovvisti di copertura.

<sup>8</sup> Sostiene Cass., Sez. Un., 25.2.2009, n. 4464, in *Foro it.*, 2009, 5, c. 1410 ss. con nota di E. SCODITTI, *Giudice ordinario e tutela costitutiva nei confronti degli atti della pubblica amministrazione (nota a Cass., Sez. Un., 25.2.2009, n. 4464)* e in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 5, p. 1137, in una pronuncia che non risulta avere precedenti, che «è qualificabile come diritto soggettivo pieno la posizione giuridica del debitore che, avendo provveduto al pagamento della cambiale o del vaglia cambiario protestati nel rispetto dei tempi e degli adempimenti prescritti dalla di-

ne definitiva dei dati relativi al protesto anche dal registro informatico di cui all'articolo 3 *bis*, del d. l., 18 settembre 1995, n. 381, convertito, con modificazioni, dalla l., 15 novembre 1995, n. 480. L'ultimo (soltanto cronologicamente, non per importanza) intervento legislativo ha aggiunto l'ulteriore comma, il 6 *ter*, in base al quale «Ove sussistano tutte le condizioni indicate nel comma 1, è consentita la presentazione di un'unica istanza di riabilitazione anche in riferimento a più protesti, purché compresi nello spazio temporale di un triennio».

I contrasti cui si è sopra fatto cenno traevano origine, nella maggior parte dei casi, in relazione alla richiesta di riabilitazione del debitore pluriprotestato avanzata con una sola istanza. Accadeva sovente che a tale istanza venissero date soluzioni diametralmente opposte, nonostante gli organi giudicanti dichiarassero di aver fatto ricorso, ai fini della decisione, all'individuazione e applicazione della *ratio* dell'unica norma applicabile, quella di cui all'art. 17, l., 7 marzo 1996, n. 108<sup>9</sup>.

L'intervento legislativo di cui ci si occupa, decisamente ritardatario anche se risolutivo dei contrasti dottrinali e giurisprudenziali<sup>10</sup> nel frattempo succedutisi, sembrerebbe, a prima vista, attribuire una sorta di inutilità a questo scritto. Tuttavia, si ritiene di dover puntare l'attenzione sulla risposta ad una ragionevole domanda che a seguito della introduzione del comma 6 *ter* all'art. 17, l. n. 108/1996 viene spontanea: c'era proprio bisogno dell'intervento del legislatore per risolvere il problema applicativo di una norma<sup>11</sup> oppure

---

sciplina prevista nell'art. 4 della legge n. 77 del 1955 (come sostituito dall'art. 2 della legge n. 235 del 2000), proponga istanza, in sede amministrativa, al responsabile dirigente dell'ufficio protesti della competente Camera di commercio per ottenere la cancellazione del proprio nominativo dal registro informatico dei protesti».

<sup>9</sup> A titolo esemplificativo si vedano, tra le ultime, le contrapposte decisioni di Trib. Camerino, 28.5.2008 (decreto inedito), che ha respinto il ricorso di un debitore pluriprotestato che chiedeva la riabilitazione da più protesti con una unica istanza e di App. Ancona, 21.1.2009 (decreto inedito), che, invece, ha riformato il provvedimento del Tribunale di Camerino. Si vedano, anche, Trib. Pisa, 14.6.2001 (decreto), che ha negato la riabilitazione al pluriprotestato e App. Firenze, 2.10.2001 (decreto) che, invece, in riforma del Tribunale di Pisa, l'ha concessa, entrambi in *Banca borsa tit. credito*, 2003, II, p. 375 ss., con nota di P. OLIVA.

<sup>10</sup> Ad onor del vero risultano edite poche pronunce, circostanza questa che deporrebbe per la non necessità dell'intervento del legislatore; tuttavia, tra queste poche decisioni le une contrastano con le altre. Lo stesso deve dirsi relativamente all'interesse della dottrina in ordine a questa problematica che ha prodotto pochi e contrastanti interventi.

<sup>11</sup> Sostiene G. PERLINGIERI, *Sul giurista che come «il vento non sa leggere»* in *Rass. dir. civ.*, 2010, 2, p. 392, che «quello che più preoccupa [...], non è tanto la qualità della legge, ma la qualità degli interpreti, i quali spesso rifugono da interpretazioni adeguate o costituzionalmente orientate [...]».

allo stesso risultato si sarebbe ugualmente giunti se soltanto si fosse fatta una corretta utilizzazione dei canoni ermeneutici?<sup>12</sup>

### 3. *Un caso emblematico*

Si ritiene opportuno riportare la brevissima descrizione di una vicenda, relativamente recente, che può essere assunta a paradigma dell'incertezza interpretativa che avvolgeva, in considerazione delle implicazioni pratiche che ne potevano derivare, le decisioni relative alle istanze di riabilitazione dei debitori pluriprotestati che chiedevano la loro riabilitazione.

Il Signor I. R., dopo il protesto di un primo assegno, a distanza di due mesi aveva subito il protesto di altri quattro assegni nell'arco di quindici giorni per un importo totale di € 850,00; circa un anno e mezzo dopo aveva depositato a propria firma<sup>13</sup> l'istanza di riabilitazione da protesti rivolta al Presidente del Tribunale competente<sup>14</sup>, corredandola della documentazione, necessaria e sufficiente, prescritta dalla legge. Il provvedimento del Giudice (emesso senza contraddittorio e senza l'intervento del P. M.) è stato di reiezione dell'istanza fondata sull'affermazione che «la volontà del legislatore appare contraria ad accordare la riabilitazione ai debitori pluriprotestati» e che «la ratio della legge conferma l'interpretazione letterale della norma<sup>15</sup>, nel senso di condizionare l'ammissibilità del beneficio in oggetto alla

---

<sup>12</sup> Si deve ricordare, a questo proposito e relativamente ad una vicenda che presentava le stesse problematiche interpretative, il preconizzante scritto di P. PERLINGIERI, *Interpretazione abrogante dell'art. 2823 Cod. Civ.?* (In tema di iscrizione d'ipoteca «su beni futuri»), in *Riv. giur. edil.*, 1968, II, p. 17 ss.; in *Studi in onore di Gioacchino Scaduto. Diritto civile*, II, Padova 1970, p. 311 ss.; in *Scritti II*, Camerino, 1972, p. 47 ss. L'A. partendo dalla constatazione e contestazione che altra dottrina si era trovata a disagio nell'individuare la *ratio* del divieto d'iscrizione d'ipoteca su un bene futuro (e, in particolare, su un edificio da costruire, ipotesi più frequente), in considerazione della impossibilità di descrivere il bene, evidenzia come, in realtà, la difficoltà di descrivere il bene, ai fini della specialità dell'ipoteca, fosse divenuta la *ratio* del divieto. Nonostante la dimostrata incompatibilità logica tra l'interpretazione data all'art. 2823 c.c. e la presenza, nell'ordinamento degli artt. 566 e 1028 c. nav. (che, invece, consentono l'iscrizione d'ipoteca sia sulla nave sia sull'aeromobile in costruzione), si è dovuto attendere l'intervento del legislatore che soltanto nel 1996 ha introdotto l'art. 2825 *bis*, che consente di iscrivere ipoteca «su edificio o complesso condominiale, anche da costruire».

<sup>13</sup> Nel procedimento camerale per la riabilitazione la parte può stare in giudizio senza il ministero del difensore. Sembra favorire questa interpretazione lo stesso comma 3, art. 17, l. n. 108/1996 in cui è previsto che «l'interessato» possa proporre istanza. In giurisprudenza, tra le prime pronunce, Trib. Roma, 19.8.1998, in *Giur. It.*, 1999, p. 2084, s., ed *ivi*, in nota, riferimenti giurisprudenziali e dottrinali favorevoli e contrari; *contra*, Trib. Roma, 3.9.1996, in *Fallimento*, 1997, p. 218.

<sup>14</sup> Si trattava del Tribunale di Camerino, cit., che, vale la pena ricordare, aveva predisposto un modulo, per tali istanze, nel quale potevano essere indicati fino ad otto titoli protestati.

<sup>15</sup> Sembra davvero eccessivo questo plauso all'*in claris non fit interpretatio*. Su questa problematica, v. ampiamente P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006,

[...] mancata levata di altro protesto». In definitiva, a giudizio del Presidente del Tribunale, «nel caso di specie fa, quindi, difetto, quantomeno la seconda condizione di legge sopra richiamata che richiede l'assenza di "ulteriore protesto"»<sup>16</sup>.

Avverso questo provvedimento di diniego, secondo il disposto del comma 3, dell'art. 17, l. n. 108/1996, il Signor I. R., a ministero del difensore, ha proposto reclamo alla Corte di appello<sup>17</sup>. In questa sede, il Giudice del reclamo, con una pronuncia decisamente scarna, premesso che non ha ritenuto condivisibile il punto di vista del Tribunale<sup>18</sup>, ha accolto l'opposizione sul presupposto che «invece, la ratio della disposizione ex art. 17 L. 108/96 è nel senso finalistico di consentire la riabilitazione del debitore, permettendone il rientro fisiologico nel circuito fiduciario del mercato, pur in presenza di pluralità di protesti»<sup>19</sup>.

Giova evidenziare che le fattispecie relative alla riabilitazione del debitore pluriprotestado non hanno mai potuto essere sottoposte all'esame della Suprema corte. Infatti, sull'opposizione avverso il decreto emesso dal Presidente del Tribunale decide la Corte di Appello in camera di consiglio in un procedimento non contenzioso che si apre

pag. 573 ss.; tra gli ultimi, M. PENNASILICO, *Metodi e valori nell'interpretazione dei contratti. Per un'ermeneutica contrattuale rinnovata*, Napoli, 2011, p. 43 ss., 220 ss. e 425 ss.

<sup>16</sup> Così, il Presidente del Tribunale di Camerino nel decreto del 28.5.2008.

<sup>17</sup> Corte di appello di Ancona, competente a norma del comma 3 dell'art. 17, che è stato sostituito dall'art. 34, comma 15, lettera a), del d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150 (in G.U., 21 settembre, n. 220), «Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'articolo 54 della legge 18 giugno 2009, n. 69». La precedente versione prevedeva che «Avverso il diniego di riabilitazione il debitore può proporre reclamo, entro dieci giorni dalla comunicazione, alla corte di appello che decide in camera di consiglio»; quella attuale prevede che «Avverso il diniego di riabilitazione il debitore può proporre opposizione. L'opposizione è disciplinata dall'articolo 13 del decreto legislativo 1 settembre 2011, n. 150» che, rubricato «Dell'opposizione ai provvedimenti in materia di riabilitazione del debitore protestato», conferma la competenza della corte di appello ma modifica i termini per la proposizione dell'opposizione, allungandoli a trenta giorni dalla comunicazione del provvedimento di diniego di riabilitazione o dalla pubblicazione del decreto di riabilitazione e, al comma 4, prevede, inoltre, che il provvedimento che accoglie il ricorso venga pubblicato nel registro informatico dei protesti cambiari.

<sup>18</sup> Sottolinea P. PERLINGIERI, *Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare*, in *Riv. dir. comm.*, 1969, I, p. 455 ss.; in, *Scritti II*, Camerino, 1972, p. 30, che producono disorientamento e sfiducia e sono espressione di una crisi non solo della giustizia, ma anche del diritto «il meccanico consolidarsi delle decisioni, l'assenza della motivazione che troppo spesso si esaurisce nel rinvio ad autorevoli precedenti».

<sup>19</sup> Decreto della Corte di appello di Ancona del 21.1.2009 secondo cui non è condivisibile il punto di vista del Tribunale, il quale «ha rigettato la istanza, interpretando la normativa vigente nel senso di escludere la riabilitazione con riferimento ad ipotesi di pluralità di protesti, dato che, invece, la "ratio" della disposizione ex art. 17 L. 108/96 è nel senso finalistico di consentire la riabilitazione del debitore, permettendone il rientro fisiologico nel circuito fiduciario di mercato, pur in presenza di pluralità di protesti, sul solo presupposto che il debitore abbia adempiute tutte le obbligazioni nascenti dal titolo in funzione del quale il protesto era stato levato e di non aver subito altri protesti nell'ultimo anno, decorrente dal più recente protesto, fermo restando che le predette condizioni possono essere accertate unitariamente anche a seguito di unica istanza concernente più protesti, purché non sia intervenuto ulteriore protesto nell'ultimo anno».

nell'interesse dell'opponente e si conclude con un provvedimento del Giudice che, nell'esercizio del potere-dovere di controllo e di verifica dei presupposti per la concessione della riabilitazione (al di fuori di alcuna controversia sul punto), si conclude con un provvedimento che non ha alcuna attitudine al giudicato<sup>20</sup>, non essendo destinato a risolvere alcun conflitto tra diritti contrapposti<sup>21</sup>. Tuttavia, nonostante nella motivazione delle pronunce della Cassazione fosse statuito che i provvedimenti dei giudici di merito non erano ricorribili in Cassazione in quanto non destinati a risolvere alcun conflitto tra diritti contrapposti, dovendo il giudicante semplicemente effettuare una «verifica giudiziale della sussistenza delle condizioni cui la legge condiziona la riabilitazione»<sup>22</sup>, nelle ipotesi concrete si è spesso giunti a soluzioni decisamente diverse che «dipendevano semplicemente», se così si può dire, da quali criteri ermeneutici venivano utilizzati dal primo o dal secondo giudice per la verifica della sussistenza delle condizioni richieste dalla legge. Tutto ciò, ovviamente, aveva la conseguenza di tutelare in modo diverso situazioni identiche con una evidente e irragionevole disparità di trattamento<sup>23</sup> ma, soprattutto, con buona pace della certezza del diritto<sup>24</sup>.

A distanza di ben sedici anni dall'entrata in vigore della legge 108/1996, il legislatore ha introdotto il comma 6 *ter* all'art. 17, che, nello statuire che se il debitore ha adempiuto l'obbligazione per la quale fu levato il protesto e se non ne ha subito altro nell'ultimo anno

---

<sup>20</sup> In proposito, per una sintesi delle posizioni giurisprudenziali e dottrinarie, sia consentito il rinvio a S. LARROCCA, sub *art. 2909 c.c.*, in G. PERLINGIERI (a cura di), *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Napoli, 2010, p. 769 ss.

<sup>21</sup> Sul tema, tra le altre, cfr., Cass., 6.12.2004, n. 22789, in *Mass. Giust. civ.*, 2005, 4; Cass., 24.9.2004, n. 19235, in *Mass. Giust. civ.*, 2004, 9; Cass., 22.9.2005, n. 18639, in *Mass. Giust. civ.*, 2005, 6.

<sup>22</sup> In motivazione di Cass., 28.3.2006, n. 7020, in *Dvd Juris data*.

<sup>23</sup> Sostiene E. DEL PRATO, *Ragionevolezza e bilanciamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 24 che nelle decisioni la ragionevolezza rappresenta un criterio di giudizio. Precisa l'A. che poiché uno dei caratteri dell'ordinamento giuridico è la coerenza, cioè la mancanza di contraddizioni «la ragionevolezza è un mezzo affinché la non contraddizione in senso formale rispecchi i valori che improntano l'ordinamento. Quindi non è solo razionalità nella logica formale: è valutazione di adeguatezza di una regola generale a rispecchiare un valore nel caso concreto. In questa prospettiva essa rileva come parametro di valutazione delle diversità di trattamento di situazioni identiche o analoghe, e serve per stabilire se la diversità sia giustificata e, perciò, non menomi l'uguaglianza, la generalità e l'astrattezza che caratterizzano la norma giuridica».

<sup>24</sup> È opinione di V. CARBONE, *Le difficoltà dell'interpretazione giuridica nell'attuale contesto normativo: il diritto vivente*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 153 ss. e spec. p. 160, che «tutti gli studiosi di diritto, accademici, avvocati e giudici sono “formanti” di una responsabile interpretazione delle norme sia sostanziali che processuali, al passo con i tempi e con le mutate realtà economiche e sociali, nel contesto di uno sviluppo europeo e non solo italiano»; pertanto «se non si collabora tutti, costruttivamente, per andare avanti, nell'interpretazione del singolo testo, tenendo conto del mutato contesto normativo globale [...] il rischio è l'incertezza costellata da contrasti interpretativi che ritardano gravemente la risposta di giustizia attesa dal cittadino [...]».

ha diritto ad ottenere, con un'unica istanza, la riabilitazione, ha eliminato in radice (forse!) qualsiasi incertezza interpretativa<sup>25</sup>.

#### 4. *Le condizioni per la riabilitazione*

L'art. 17, l. 108/1996 ha introdotto una nuova forma di riabilitazione «speciale» per i debitori che non siano imprenditori. Inoltre, poiché questa norma, è indirizzata al «debitore protestato» senza ulteriori precisazioni, sancisce il diritto alla riabilitazione, parificando, al protesto della cambiale, quello dell'assegno<sup>26</sup>, per il debitore che avendo adempiuto l'obbligazione, non abbia subito ulteriori protesti nel corso dell'anno precedente la richiesta di riabilitazione<sup>27</sup>. Il decreto di riabilitazione [emesso o dal Presidente del Tribunale oppure dalla Corte di Appello in camera di consiglio in sede di reclamo (ora opposizione) avverso il decreto di rigetto dell'istanza] viene pubblicato nel bollettino dei protesti cambiari e produce l'effetto, previsto dal sesto comma dell'art. 17, di considerare il protesto come mai avvenuto.

Secondo la disposizione di cui al primo comma dell'art. 17, le condizioni che devono sussistere al momento in cui viene richiesta la riabilitazione sono che il debitore protestato

---

<sup>25</sup> Sostiene P. PERLINGIERI, *Editoriale*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 1 che «La civiltà di un ordinamento sta non tanto nella perfezione formale delle sue leggi quanto nella sensibilità e nella cultura dei suoi interpreti secondo che abbiano o no la consapevolezza dei fondamenti storico-politici degli istituti giuridici ed il gusto di partecipare al dibattito sui grandi temi della civile convivenza non in forma astratta ma immersi nella realtà di ogni giorno».

<sup>26</sup> Nonostante il broccardo *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*, le problematiche derivanti dalla circostanza che soltanto il debitore cambiario protestato e non anche l'emittente un assegno bancario potesse chiedere la cancellazione dall'elenco dei protesti hanno richiesto diversi interventi della Corte costituzionale che ha sempre reputato conforme la normativa speciale agli artt. 3 e 24 cost. Cfr., Corte cost., 19.1.1993, n. 14, in *Giur. it.*, 1993, I, p. 891 ss., con nota di G. SICCHIERO, *La terza decisione della Corte costituzionale sulla pubblicazione del protesto di assegni bancari (nota a sent. C. cost. 19 gennaio 1993 n. 14)*; Corte cost., 5.7.1990, n. 317, in *Giust. civ.*, 1990, I, p. 2492 s.; Corte cost., 25.2.1988, n. 208, in *Foro it.*, 1988, I, c. 1807 s. Tra le pronunce di merito: Trib. Venezia, 24.2.1988, in *Giur. it.*, 1988, I, 2, p. 385; App. Milano, 10.3.1990, in *Giust. civ.*, 1990, I, p. 1607; Trib. Venezia, 30.8.1990, in *Giur. it.*, 1991, I, 2, p. 1, con nota di G. SICCHIERO, *Sulla legittimazione del traente di assegno bancario a chiedere la cancellazione del nome dal bollettino dei protesti*; Trib. Roma, 19.8.1998, cit. In dottrina: E. NTUK, *Brevi riflessioni sulla riabilitazione cambiaria*, in *Giur. it.*, 1998, p. 480; F. FIORUCCI, *Appunti in tema di cancellazione dei protesti cambiari per avvenuta riabilitazione (art. 17 L. 108/1996)*, 2005, consultabile in [www.tidona.com/rivistaneb.htm](http://www.tidona.com/rivistaneb.htm).

<sup>27</sup> V. CARBONE, *La nuova disciplina del protesto: la riabilitazione, il risarcimento*, in *Danno e resp.*, 1996, p. 323; E. NTUK, *Brevi riflessioni sulla riabilitazione cambiaria*, cit., p. 480.

abbia adempiuto all'obbligazione per la quale fu levato il protesto e che non ne abbia subìti altri, trascorso un anno dal suddetto protesto, o dall'ultimo, in caso di pluralità di protesti<sup>28</sup>.

Nessuna incertezza interpretativa è mai sorta relativamente alla circostanza che il debitore debba provvedere all'adempimento delle obbligazioni pecuniarie per le quali sono stati levati i protesti. Inoltre, e ovviamente, l'istanza deve essere corredata da idonei documenti giustificativi che si ritiene debbano essere identificati nella quietanza ovvero in un «documento equipollente proveniente dal creditore, non potendosi però dare la prova dell'adempimento attraverso altri mezzi di prova, né testimoniale né per presunzioni *ex art. 2729, 2° comma, c.c.*»<sup>29</sup>. Del pari, nessun dubbio sussisteva nell'ipotesi in cui un debitore avesse subìto un solo protesto.

### *5. I dubbi interpretativi*

Le dispute, sia dottrinarie che giurisprudenziali, si sono appuntate sulla circostanza se il debitore avesse il diritto di chiedere e di ottenere, a seguito di una sola istanza, la riabilitazione da più protesti, ferma restando sempre la necessità che non ne avesse subìto alcuno nei dodici mesi dall'ultimo<sup>30</sup>.

L'interpretazione dell'art. 17, l. 7.3.1996, n. 108 ferma alla lettera della disposizione, in parte della dottrina e in una parte minima della giurisprudenza sembrava condurre alla necessaria lettura del termine «protesto» al singolare, e, quindi, secondo tale ricostruzione la

---

<sup>28</sup> Così espressamente Trib. Venezia, 23.4.1998, in *Giur. merito*, 1998, I, p. 617, ma anche nelle pronunce della Cassazione citate *retro* alle note 14 e 15. In dottrina, cfr. A. LAUDONIO, *Lettera e ratio dell'art. 17 l. n. 108 del 1996 sulla riabilitazione del debitore protestato: un contrasto insanabile?*, in *Giur. merito*, 2005, I, p. 1531.

<sup>29</sup> In motivazione di App. Torino, 23.4.1997 (decr.), in *Giur. it.*, 1998, p. 481, in cui il giudice ha rigettato il reclamo del debitore, la cui istanza era stata precedentemente respinta dal Presidente del Tribunale di Cuneo in data 25.3.1997, in quanto lo stesso debitore aveva ritenuto di aver fornito la prova dell'avvenuto pagamento delle obbligazioni con la semplice produzione in giudizio delle cambiali e non anche delle dichiarazioni dei creditori che davano atto dell'avvenuto pagamento. Relativamente ai documenti che il debitore deve produrre nel giudizio per la riabilitazione è intervenuta una circolare dell'allora Ministero di Grazia e Giustizia – Direzione Generale Affari Civili e Libere Professioni, Prot. N. 1/32-FG-9(97)3327 – Ufficio I, del 5.3.1998, consultabile in *www.difesa.it*, voce “protesti cambiari”, per la quale i documenti giustificativi «sono unicamente quelli idonei a provare il fatto obiettivo dell'avvenuto adempimento dell'obbligazione relativa al titolo (o ai titoli) in protesto. Pertanto tali documenti non devono necessariamente comprendere i titoli originari protestati, i quali, per i motivi più svariati, possono anche non essere più in possesso dei debitori che li hanno sia pure tardivamente onorati. È sufficiente invece che gli atti esibiti dimostrino l'adempimento della obbligazione di riferimento perché quest'ultimo è l'unico presupposto richiesto dalla legge per la concessione della riabilitazione al debitore protestato che abbia successivamente effettuato il pagamento del debito».

<sup>30</sup> La sussistenza di questo presupposto può essere data dalla produzione in giudizio di una visura della Camera di Commercio nella quale si attesta che non si sono subìti protesti nell'ultimo anno.

riabilitazione non avrebbe potuto essere accordata a chi avesse subito più protesti<sup>31</sup>. In realtà e sempre dalla lettera della disposizione *de qua*, non si deduce in modo inequivoco che questa sia destinata ad essere applicata soltanto nel caso del debitore che ha subito un unico protesto, così come neppure si può riscontrare un espresso divieto o preclusione ad ottenere la riabilitazione mediante unica istanza per colui che sia incorso in più protesti<sup>32</sup>.

Infatti, deve essere rilevato che il primo provvedimento emanato a distanza di un anno dall'entrata in vigore della legge in materia di usura, anch'essa utilizzando un'interpretazione «grammaticale della norma», risolve in modo decisamente diverso il problema interpretativo del dettato dell'art. 17<sup>33</sup>. Infatti, è stato deciso che il comma 6 della norma citata prevede che «per effetto della riabilitazione il protesto, si considera, a tutti gli effetti, come mai avvenuto», con la conseguenza che «il debitore dovrebbe essere tenuto a richiedere e avrebbe il diritto di ottenere, dopo un primo decreto di riabilitazione concernente l'ultimo protesto, un secondo decreto per il penultimo e così di seguito sino al primo, così ipotizzandosi la necessità di una sorta di meccanismo procedimentale a ritroso mirato ad ottenere la riabilitazione per ognuno e per tutti i protesti [...] e tanto si porrebbe in radicale ed insanabile contrasto con l'ineludibile principio dell'economia dei procedimenti giudiziali»<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> In tal senso, App. Catanzaro, 31.1.2005, in *Giur. merito*, 2005, I, p. 1528 s. con nota critica di A. LAUDONIO, *Lettera e ratio dell'art. 17 l. n. 108 del 1996 sulla riabilitazione del debitore protestato: un contrasto insanabile?*

<sup>32</sup> Precisa, in motivazione, App. Firenze, 2.10.2001, cit., p. 376, che non sembra che «da norma in questione, per il fatto di far sempre riferimento al “protesto” al singolare – in mancanza di ogni specificazione del tipo “solo protesto”, “unico protesto” o simili – debba essere interpretata nel senso che la riabilitazione non possa comunque essere concessa anche a chi abbia subito altri (precedenti) protesti, o per una pluralità di protesti; la lettera della norma non appare infatti sicuramente univoca in tal senso [...]». Identici dubbi applicativi sono stati sollevati in dottrina da E. NTUK, *Brevi riflessioni sulla riabilitazione cambiaria*, cit., p. 480 s. L'A., prendendo atto che esiste un problema interpretativo dato che non è stato esplicitato se sia possibile o meno ottenere la riabilitazione in relazione a più protesti, scrive che «la lettura della norma potrebbe essere anche nel senso che in caso di pluralità di protesti debba essere trascorso (almeno) un anno dall'ultimo protesto; in tal caso la riabilitazione potrebbe essere concessa qualora il debitore dia la prova di avere adempiuto tutte le obbligazioni per le quali il protesto venne levato. La riabilitazione, sanerebbe e renderebbe *tamquam non esset* tutti i (precedenti) protesti». Ciò nonostante, abbraccia l'opposta interpretazione ritenendola più fedele al «dettato letterale della legge».

<sup>33</sup> Trib. Vibo Valentia, 20.3.1997, in *Giust. civ.*, 1997, I, p. 1961.

<sup>34</sup> Così in motivazione di Trib. Vibo Valentia, 20.3.1997, cit. Questo capo della pronuncia viene ripreso e criticato da Trib. Pisa, 14.6.2001, cit., p. 376, per il quale, il Trib. di Vibo Valentia per aver concesso la riabilitazione per più protesti a seguito di una unica istanza, dimostra «sostanzialmente di curare solo problemi di economia processuale, [...] ma sfugge al dettato normativo» per il quale il protesto, per il quale si chiede la riabilitazione, deve essere visto come un «incidente di percorso serio ma isolato».

Inoltre, e sempre in considerazione del comma 6, a nulla vale l'opposizione per la quale se può essere concessa la riabilitazione per l'ultimo protesto, sicuramente non potrebbe essere concessa per il penultimo dato che mancherebbe per questo il requisito dell'assenza di ulteriori protesti nell'anno. Infatti, deve essere osservato che, proprio in considerazione della disposizione per la quale l'effetto della riabilitazione consiste nel considerare il protesto come mai avvenuto, ben potrebbe il debitore chiedere la riabilitazione per l'ultimo protesto e poi, eliminato ogni effetto di questo, chiedere la riabilitazione per il penultimo e così via. Pertanto, «non si vede perché non possa ritenersi che abbia diritto di chiedere ed ottenere, congiuntamente, la riabilitazione per entrambi»<sup>35</sup>.

Dall'esiguo e scarso studio della dottrina su tale questione si evince che questa, pur non del tutto ostile alle pronunce favorevoli alla riabilitazione del debitore pluriprotestato, ritiene più aderente alla lettera della norma<sup>36</sup> una interpretazione «restrittiva» dell'art. 17, che consentirebbe la riabilitazione soltanto al debitore che abbia subito un solo protesto<sup>37</sup>.

Ha tentato di imprimere una precisa direzione alle dispute che cominciavano ad affacciarsi intorno all'applicazione dell'art. 17 la circolare del Ministero di Giustizia del 5 marzo 1998 la quale espressamente precisa «nel caso in cui la riabilitazione venga chiesta dal debitore che abbia subito più protesti per obbligazioni che siano state da lui successi-

---

<sup>35</sup> In motivazione di App. Firenze, 2.10.2001, cit. p. 376 s.

<sup>36</sup> Occorre ricordare, a questo proposito, l'opposto insegnamento di E. BETTI, *L'interpretazione della legge e degli atti giuridici. (Teoria generale e dogmatica)*, Milano, 1949, p. 17 s. per il quale «nell'interpretazione giuridica di un ordinamento in vigore il giurista non si può arrestare a rievocare il senso originario della norma – come se si trattasse di un'entità storica, di un fatto del passato, avente un senso in sé conchiuso –, ma deve fare un passo avanti: perché la norma, lungi dall'esaurirsi nella sua primitiva formulazione, ha vigore attuale in una con l'ordinamento di cui fa parte integrante, ed è destinata a passare e a trasformarsi nella vita sociale, alla cui disciplina deve servire»; inoltre l'A. precisa (p. 34 s.) che l'ordinamento giuridico «non è qualcosa di bell'e fatto [...], né un organismo che si sviluppi da sé per mera legge naturale: è qualcosa che non è, ma si fa, in accordo con l'ambiente sociale storicamente condizionato, proprio per opera assidua d'interpretazione».

<sup>37</sup> In tal senso, E. NTUK, *Brevi riflessioni sulla riabilitazione cambiaria*, cit., p. 481, per il quale pur essendo la diversa interpretazione «perfettamente coerente con la ratio della disciplina», conclude sostenendo che sembra più fedele al dettato letterale della legge l'interpretazione «per la quale il decreto di riabilitazione può essere emesso in relazione ad un solo protesto»; V. CARBONE, *La nuova disciplina del protesto: la riabilitazione, il risarcimento*, cit. p. 323 secondo cui «la ratio della disciplina, eliminando il protesto, intende spingere gli istituti di credito a riaprire i conti correnti a favore di chi ha sbagliato una sola volta»; A. CIACCIA, *Prima lettura della l. 18 agosto 2000, n. 235 recante «nuove norme in materia di cancellazione dagli elenchi dei protesti cambiari»*, in *Banca borsa tit. credito*, 2002, I, p. 122, nota 23, che, pur affrontando questo specifico problema incidentalmente, ritiene che la riabilitazione deve essere concessa nel caso in cui il debitore abbia subito un solo protesto; A. D'ANGELO, *nota a Trib. Napoli, 7.7.1999, in*, 2001, II, p. 196 ss., che precisa che soltanto «il monoprotestato che abbia fatto domanda ha [...] diritto alla riabilitazione»; P. OLIVA, *nota a Trib. Pisa, 14.6.2001 e ad App. Firenze, 2.10.2001, cit.*

vamente adempite, la relativa domanda può essere contenuta in una sola istanza; e in tal caso dalla stessa prende vita un unico procedimento. Ciò perché la presentazione contestuale di più domande rivolte allo stesso giudice è da ritenere consentita in linea di principio. Inoltre la riabilitazione è espressamente riferita dalla legge in questione al debitore e non ai titoli. Essa quindi può essere richiesta in via cumulativa e può essere concessa con un solo decreto per i diversi protesti elevati in epoca antecedente l'ultimo anno»<sup>38</sup>.

Nonostante tale circolare sia stata emanata sin dal 1998, si è avuto modo di notare come nei successivi anni l'applicazione della norma *de qua*, in un modo o in un altro e op-  
posto, sia dipesa da una non corretta utilizzazione dei canoni ermeneutici<sup>39</sup>.

Appare evidente che i contrasti interpretativi ed applicativi illustrati, lungi dal porre soltanto, come pure è stato profilato, un problema di economia processuale, hanno posto precisi problemi di giustizia sostanziale che avrebbero potuto essere evitati o, comunque risolti, indipendentemente dal recente intervento del legislatore, attraverso una interpretazione sistematica ed assiologica e non meramente letterale di questa forma di riabilitazione<sup>40</sup>.

Si ritiene che per individuare la *ratio* della norma di cui ci si sta occupando si debba innanzitutto guardare alla collocazione della stessa nell'ambito di un testo normativo volto alla repressione del fenomeno dell'usura. Sembra, ad una prima lettura, che il fatto che il legislatore abbia inserito l'art. 17 in un testo legislativo il cui obiettivo è dato dal contrasto al fenomeno dell'usura, sia incorso in una svista. In realtà, è stato affermato, correttamente, che il legislatore ha affidato a questa norma la «funzione strumentale di facilitare,

<sup>38</sup> V. *retro*, nota 22: Ministero di Grazia e Giustizia – Direzione Generale Affari Civili e Libere Professioni, Prot. N. 1/32-FG-9(97)3327 – Ufficio I, del 5.3.1998, consultabile in *www.difesa.it*, voce “protesti cambiari”.

<sup>39</sup> A mero titolo di esempio, si ricordano, tra le decisioni più recenti, App. Catanzaro, 31.1.2005, cit., che ha negato la possibilità di ottenere la riabilitazione per più protesti, e Trib. Pescara, 24.9.2007, in *Giur. merito*, 2008, p. 138 s., che, al contrario, ha fatto propri sia la citata circolare del Ministero, sia il percorso argomentativo della dottrina che aveva criticato il decreto della Corte di Appello di Catanzaro, ed ha pronunciato la riabilitazione del debitore pluriprotestato richiesta con unica istanza.

<sup>40</sup> P. PERLINGIERI, *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il broccardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 990 ss., ora in ID., *Interpretazione e legalità costituzionale. Antologia per una didattica progredita*, Napoli, 2012, p. 127 ss., per il quale l'interpretazione si presenta per definizione come logico-sistematica e teleologico-assiologica (finalizzata in particolare all'attuazione dei nuovi valori costituzionali e dei nuovi principi). Intesa in questo modo essa rappresenta il superamento storico e culturale dell'interpretazione letterale ed esige che venga bandito l'insegnamento dell'*in claris non fit interpretatio*. Per una puntuale ricostruzione dell'istituto, V. RIZZO, *Fonti del diritto, 'Interpretazione' ed 'applicazione' della legge. Interpretazione ed applicazione del contratto*, Università degli studi di Camerino- Centro Teoria dell'Interpretazione 'E. Betti', Napoli-Bologna, 1991, p. 68 ss., spec. p. 113.

almeno tendenzialmente, il ricorso al mercato ufficiale del credito, eliminando uno dei fattori che, rendendone problematico l'accesso, avrebbero potuto spingere i soggetti in difficoltà economico-finanziaria verso operatori illegali»<sup>41</sup>.

È pacifico che, normalmente, gli imprenditori operano sul mercato ricorrendo principalmente al credito bancario ed una loro temporanea mancanza di liquidità, eventualmente sfociata in diversi protesti, potrebbe condurre, se si optasse per una lettura restrittiva della norma, non soltanto verso una irreversibile situazione di insolvenza ma anche, e soprattutto più verosimilmente, verso il ricorso al credito usurario<sup>42</sup>.

L'interpretazione contraria, che non ha correttamente utilizzato i canoni ermeneutici, oltre a condurre ad una applicazione della norma divergente dalla *ratio legis*, la priverebbe di qualsiasi utilità in quanto il debitore pluriprotestato, anche nel caso in cui si sia adoperato, sia pure tardivamente, per adempiere le proprie obbligazioni, potrebbe ottenere la riabilitazione soltanto per l'ultimo dei protesti, con la conseguenza che non verrebbero rimossi gli ostacoli all'accesso al credito bancario e, tanto meno, verrebbe scongiurato il pericolo di cadere nelle mani degli usurai.

In proposito sembra corretto e ragionevole affermare che «non sarebbe né logico né coerente con il predetto spirito della legge riconoscere meritevole di riabilitazione soltanto chi in ipotesi abbia emesso sì un solo assegno scoperto ma di rilevantissimo importo (poi “saldato” ex art. 17 L. Usura) e non anche chi abbia emesso in ipotesi due assegni scoperti di modestissimo importo (in ipotesi ad un unico creditore ed a saldo di una unica obbligazione<sup>43</sup>) poi prontamente “onorati”»<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> F. MUCCIARELLI, *L. 7 marzo 1996, n. 108, Disposizioni in materia di usura*, in *Leg. pen.*, 1997, f. 3, II, p. 593. Similmente, D. MANZIONE, *Usura e mediazione creditizia*, cit. In tal senso, in motivazione, App. Firenze, 2.10.2001, cit. p. 376, per la quale, è contraria allo spirito della legge che, emanata per contrastare il fenomeno dell'usura, persegue anche il fine di agevolare l'accesso al credito ordinario eliminando gli effetti dei protesti che, di fatto, ne impediscono l'accesso. È più recente, Trib. Pescara, 24.9.2007, cit., che ha statuito che «la finalità dell'art. 17 L. n. 108/1996 è quella di evitare che il debitore protestato in condizioni di difficoltà economica ricorra ad usurai poiché non ha altrimenti accesso al mercato del credito [...]. L'inserimento di questo particolare procedimento riabilitativo nell'ambito della cd. Legge anti-usura dimostra infatti come il legislatore non abbia voluto considerare con sfavore la posizione del debitore pluriprotestato».

<sup>42</sup> In tal senso, A. LAUDONIO, *Lettera e ratio dell'art. 17 l. n. 108 del 1996 sulla riabilitazione del debitore protestato: un contrasto insanabile?*, cit., che a p. 1530 afferma «Paradossalmente, l'interpretazione che qui si critica potrebbe addirittura rendere più pressante il ricorso al credito usurario».

<sup>43</sup> Aveva precisato, sin dal 1998, la circolare del Ministero (citata alle note n. 22 e 31), che «la riabilitazione è espressamente riferita dalla legge in questione al debitore e non ai titoli».

<sup>44</sup> In motivazione di Trib. Pescara, 24.9.2007, cit. p. 139.

Perfino la dottrina contraria arriva a sostenere che «questa interpretazione sarebbe perfettamente coerente con la *ratio* della disciplina posto che per rimuovere le difficoltà che impediscono all'imprenditore pluriprotestato di avere accesso al credito "ordinario" sarebbe illusorio poter vanificare soltanto l'ultimo di una pluralità di protesti»<sup>45</sup>.

Perché, allora, insistere con l'interpretazione c.d. letterale e non applicare la norma secondo la sua *ratio*?

#### 6. Dall'interpretazione letterale a quella sistematica

Si deve, pertanto, osservare che appare quanto meno strano che, pur riconoscendo la stessa *ratio* alla norma, si sia comunque giunti a soluzioni applicative opposte. Si imponeva la necessità di operare un controllo di congruenza del risultato delle interpretazioni nel momento in cui l'applicazione della norma *de qua* produceva una regola chiara ma «assurda». «"Capire" la norma non è, non può essere, il risultato dell'esegesi puramente letterale, ma l'individuazione della sua logica e della sua giustificazione assiologica; e questo è impossibile senza alzare lo sguardo verso il resto dell'ordinamento e dei principi che lo sorreggono»<sup>46</sup>.

Quindi, alla luce di queste considerazioni, ci si può, ragionevolmente, chiedere se, fintanto che non c'è stato l'intervento del legislatore, sia stata correttamente individuata la *ratio* della c.d. riabilitazione cambiaria<sup>47</sup>. Ancora, vale la pena chiedersi se, per come era interpretato ed applicato l'art. 17, esisteva congruità tra il fine che si voleva fosse raggiunto e lo strumento messo a disposizione del debitore pluriprotestato. In realtà, è emersa una contraddizione tra l'intento del legislatore che voleva apprestare uno strumento di tutela per il

<sup>45</sup> E. NTUK, *Brevi riflessioni sulla riabilitazione cambiaria*, cit. p. 481.

<sup>46</sup> P. PERLINGIERI, *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il broccardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 990 ss., ora in ID., *Interpretazione e legalità costituzionale. Antologia per una didattica progredita*, cit. p. 148 e p. 153.

<sup>47</sup> Sulla ricerca della *ratio* originaria della norma, indispensabile, ma non sufficiente, per individuare la valutazione degli interessi da essa effettuata, v. E. BETTI, *Attualità di una teoria generale dell'interpretazione*, in *Ann. Fac. Giur. Univ. Camerino*, 1967, p. 104. In merito alla verifica se la *ratio* della norma è rimasta immutata nel momento in cui l'interprete svolge la sua attività, cfr. F. MILANI, *L'interpretazione evolutiva*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1950, p. 339.

debitore pluriprotestato e l'effettiva tutela che questo (fortunatamente non sempre) otteneva dopo aver chiesto la riabilitazione<sup>48</sup>.

Si ritiene<sup>49</sup> che l'interpretazione lungi dal consistere in una semplice esplicazione filologico-semantiche di testi<sup>50</sup>, consiste nel porre a raffronto, in un approccio unitario, fatti e norme, la *quaestio facti* e la *quaestio iuris*; così facendo sarà possibile individuare il senso di un testo determinandone il campo di applicazione con riferimento a fatti concreti<sup>51</sup>. Seguendo tale impostazione si manifesta l'esigenza di fare riferimento ai criteri dell'adeguatezza<sup>52</sup>, della ragionevolezza<sup>53</sup>, della proporzionalità<sup>54</sup>, della coerenza, della congruenza che, in quanto incompatibili con qualsiasi formalismo e dogmatismo, consentono, non soltanto di alimentare l'esperienza dei casi concreti, ma anche di attribuire al testo un significato appropriato ad una determinata circostanza di fatto. Di conseguenza la dottrina del diritto è chiamata a proporre soluzioni concretamente utilizzabili<sup>55</sup> nel rispetto della *ratio* della norma. Ovvia-

---

<sup>48</sup> Afferma F. MUCCIARELLI, *L. 7 marzo 1996, n. 108, Disposizioni in materia di usura*, cit. p. 594, che alla positiva verifica dell'esistenza dei presupposti legali previsti il legislatore attribuisce «un particolare e positivo valore sintomatico circa la riacquistata “relativa affidabilità” economico-finanziaria del debitore protestato».

<sup>49</sup> In generale sull'interpretazione della legge, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 563 ss.

<sup>50</sup> P. PERLINGIERI, *Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa*, p. 29 ss. e *Introduzione a «La comprensione dei testi giuridici» di Joachim Hruschka*, p. 182 ss., entrambi in *Scuole, tendenze e metodi*, Napoli, 1989.

<sup>51</sup> Sull'interpretazione del fatto ed in particolare del negozio giuridico, cfr. ampiamente, V. RIZZO, *Interpretazione del contratto e relatività delle sue regole*, Napoli, 1985; cfr. anche V. DONATO, *La dottrina e la giurisprudenza italiana in tema di interpretazione evolutiva dei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 674.

<sup>52</sup> Scriveva dei principi di adeguatezza o di proporzionalità, anche se con riferimento alla penale, G. GORLA, *Il contratto*, I, Milano, 1955, p. 259 s.

<sup>53</sup> Relativamente all'operatività della ragionevolezza, cfr., P. PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, p. 84 ss., ora in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi di diritto civile*, Napoli, 2003, p. 238 ss. E. DEL PRATO, *Ragionevolezza e bilanciamento*, cit., p. 25, per il quale la ragionevolezza è anche criterio per valutare l'applicazione di una norma e, continua l'A., p. 27, «sarebbe errata una contrapposizione tra “razionalità” e “ragionevolezza”, che releghi la prima nel campo del sillogismo avulso dalla realtà, e la seconda nel novero dei giudizi dove è concesso un margine di arbitrio. Il fatto è che il ragionamento che porta alla soluzione di un caso è scelta tra più soluzioni: una scelta in cui la ragionevolezza è espressione della razionalità». Sulla funzione della ragionevolezza, di recente, E. GIORGINI, *Ragionevolezza e autonomia negoziale*, Napoli, 2010, p. 37, per la quale, la funzione della ragionevolezza discende dall'attività interpretativa, correttamente calata nel contesto in cui il dato normativo deve operare e che, perciò, non è mera applicazione delle regole della logica.

<sup>54</sup> Sulla rilevanza del principio di proporzionalità nel diritto civile, cfr. P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 334 ss., ora in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi di diritto civile*, cit., p. 441 ss. V. anche F. CASUCCI, *Il sistema giuridico «proporzionale» nel diritto privato comunitario*, Napoli, 2001, p. 378 ss., e L. DI NELLA, *Mercato e autonomia contrattuale nell'ordinamento comunitario*, Napoli, 2003, p. 237 ss., il quale annovera tra i principi che costituiscono la struttura del mercato interno anche quello di proporzionalità.

<sup>55</sup> Cfr., nel senso del testo, P. PERLINGIERI, *Dialogando con due filosofi, ermeneuti del diritto*, in *Studi in memoria di Vincenzo Ernesto Cantelmo*, II, Napoli, 2003, p. 423 s.

mente questa attività trova attuazione nel momento in cui si va a verificare l'esistenza della caratteristica dell'adeguatezza di una norma rispetto ad una data situazione, della proporzionalità tra fattispecie concreta e disciplina giuridica e della ragionevolezza «che non soltanto vieta il trattamento differente di fattispecie eguali e il trattamento eguale di fattispecie differenti ma impone anche la verifica della congruità della norma rispetto al suo fine e alle ragioni dell'ordinamento nel suo complesso»<sup>56</sup>. Nella consapevolezza che la *quaestio iuris* non è separabile dalla *quaestio facti*, l'attività ermeneutica dovrà effettuare il controllo di ragionevolezza, secondo i criteri o i principi di adeguatezza e di proporzionalità che postulano la conoscenza approfondita anche delle peculiarità del caso concreto. Si può, quindi, dire che «il principio di proporzionalità impone sempre una valutazione di congruità tra interessi perseguiti e strumenti utilizzati da una norma, e non solo quando dall'eventuale incongruità derivino discriminazioni tra soggetti»<sup>57</sup>.

È quasi inquietante dover notare che, nel decidere sull'istanza di riabilitazione di un debitore pluriprotestato ancora si affermava che «anche la ratio della legge conferma l'interpretazione letterale della norma»<sup>58</sup>, la Corte di giustizia ed il Tribunale di primo grado europei<sup>59</sup> da tempo proponevano di non arrestarsi, nella determinazione della regola giuridica, al pur rilevante criterio esegetico testuale ritenuto primario, ma di utilizzare anche il canone ermeneutico della totalità della ricerca di senso<sup>60</sup>. Questa, in quanto supremo interprete del sistema normativo dell'Unione europea, pur accordando ancora all'interpretazione letterale (*all'act clair*) una sorta di primato, ha saputo trasporre ed applicare, sia pure adattandoli al contesto europeo, principi e metodi ermeneutici consolidati, tratti dalle tradizioni

<sup>56</sup> Ancora P. PERLINGIERI, *o.l.u.c.*, p. 425 s.

<sup>57</sup> N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000, p. 179, nota 339. Sulla possibilità di una rilettura della disciplina relativa all'azione surrogatoria anche alla luce del principio di proporzionalità, S. LAROCCA, *Profilo dell'azione surrogatoria*, Camerino, 2005, p. 40 ss.

<sup>58</sup> V., *retro*, nota 16.

<sup>59</sup> Corte giust., 21 maggio 1980, c. 125/79, Bernard Denilauler c. Snc Couchet Frères; Corte giust., 27 marzo 1990, c. 372/88, Milk Marketing Board of England and Wales c. Cricket St Thomas Estate; Corte giust., 2 aprile 1998, c. 296/95 The Queen c. Commissioners of Customs and Excise (EMU Tabac SARL, The Man in black Ltd, John Cunningham) e Imperial Tobacco Ltd; Corte giust., 3 aprile 2008, c. 187/07, procedimento penale contro Dirk Eendenijk; Trib. primo grado, 16 dicembre 2004, c. T-11/02, Spyridon de Athanassios Pappas c. Commission des Communautés européennes, tutte consultabili in <http://europa.eu/en-law/case-law/index.it.htm>

<sup>60</sup> V. SCALISI, *Interpretazione e teoria delle fonti nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 416 s. ed *ivi*, ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali; E. RUSSO, *L'interpretazione dei testi normativi comunitari*, in *Tratt. Indica-Zatti*, Milano, 2008, p. 195 ss.

giuridiche nazionali degli Stati membri. Pertanto, a meno di non voler rinvigorire in ambito europeo l'ormai superato broccardo dell'*in claris non fit interpretatio*, deve essere riaffermato il primato del metodo assiologico-sistematico che va oltre il tenore letterale del testo normativo<sup>61</sup>.

Afferma da tempo la dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale che «l'interprete non si può limitare a prendere atto della formula legislativa, ma deve indagare la *ratio iuris*; il suo compito non può variare secondo che sia chiamato ad applicare leggi «chiare» oppure leggi «ambigue»: la chiarezza non è un *prius* (il presupposto), ma è un *posterioris* (il risultato) dell'interpretazione»<sup>62</sup>.

Pertanto, le problematiche sulla chiarezza o no di un testo legislativo non hanno origine soltanto a seguito della rigidità o no del linguaggio del legislatore ma, soprattutto, nella qualità degli interpreti, dato che «di là dalla rigidità del dettato letterale, l'irragionevolezza delle soluzioni spesso è per lo più imputabile alla classe dei giuristi incapaci di ragionare sul dettato normativo e di rifuggire dall'*in claris non fit interpretatio* [...]»<sup>63</sup>.

Appare di tutta evidenza che la vicenda della riabilitazione del debitore pluriprotestato doveva essere considerata nella sua interezza al fine di evitare che attraverso la frammentazione dei diversi segmenti della fattispecie che compongono il complessivo assetto di interessi, si potesse giungere ad una elusione del principio di proporzionalità e, conseguentemente, del principio di uguaglianza, con la realizzazione di decisioni non eque, contrarie alla *ratio* della norma. Questa attività non doveva «compiersi in astratto ma sempre in concreto con riferimento a una ben individuata e specifica situazione di interessi, della quale solo l'interprete – il cui compito è “la concretizzazione della legge nel caso particolare, e cioè

---

<sup>61</sup> Precisa V. SCALISI, *Interpretazione e teoria delle fonti nel diritto privato europeo*, cit., p. 417 che «Il principio guida sarebbe rappresentato in ogni caso, secondo il Supremo giudice comunitario, dal *metodo teleologico*, quale criterio cardine di una nuova sistematica fondante, consistente nell'attribuzione finalisticamente orientata del senso effettivamente più utile al raggiungimento degli obiettivi e degli scopi fissati dai Trattati: tra i quali da sempre il mercato prima comune e ora unico, ma anche –grazie soprattutto al costante e decisivo apporto pretorio della stessa Corte di giustizia- la persona umana e i suoi diritti fondamentali [...]». Cfr., su questo punto, Corte giust., 6 ottobre 1982, c. 283/81, Srl Cilfit c. Ministero della Sanità e Lanificio di Gavardo S.p.A. c. Ministero della Sanità; Corte giust., 13 aprile 2000, c. 420/98, W.N. c. Staatssecretaris van Financiën, entrambe in <http://europa.eu/eu-law/case-law/index.it.htm>

<sup>62</sup> P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 579.

<sup>63</sup> G. PERLINGIERI, *Sul giurista che come «il vento non sa leggere»*, cit. p. 395. Osserva l'A. (p. 411 e nota 76 per riferimenti dottrinali) che «E' ora di considerare tacitamente abrogato l'art. 12 delle disp. prel. c.c., che propone una fuorviante ed a-sistematica interpretazione per gradi (abrogazione auspicata con rara coerenza da oltre trent'anni dalla dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale) [...]».

l'applicazione" può avere conoscenza immediata e diretta». Il compito dell'interprete consiste non soltanto nello scoprire la normatività racchiusa nel fatto che è portatore dell'interesse per il quale si chiede tutela, ma anche nell'adattare, «conformare il senso del testo normativo oggetto di interpretazione, al fine di definitivamente determinare e fissare la regola più appropriata all'interesse cui si tratta di dar tutela»<sup>64</sup>.

Si può, pertanto, affermare che la disposizione relativa alla riabilitazione del debitore pluriprotestato nelle decisioni in cui era stata valutata non nel suo mero tenore letterale<sup>65</sup>, ma interpretata sistematicamente e nel rispetto dei principi di proporzionalità, di adeguatezza, di congruità e di uguaglianza, aveva prodotto il risultato coerente con il sistema che ora (sempre che non intervengano altre ambiguità sui criteri ermeneutici) si conseguirà ugualmente ma soltanto a seguito dell'intervento del legislatore.

Conclusivamente, si può, facilmente, concordare con chi afferma che è «meglio una legge mal fatta interpretata da un bravo giurista (che, *a differenza del vento*, sa leggere il sistema e conseguentemente sa attribuire alla legge il senso più ragionevole), che una legge ben fatta interpretata *come il vento*, ovvero dal giurista che non sa leggere»<sup>66</sup>.

Camerino, novembre 2013

<sup>64</sup> V. SCALISI, *Interpretazione e teoria delle fonti nel diritto privato europeo*, cit., p. 429 e p. 436.

<sup>65</sup> È stato precisato che «in riferimento ad una questione concreta, vanno realizzate interpretazioni, delle disposizioni e dei fatti, sistematiche ed assiologiche, utilizzando il metodo del temperamento degli interessi e del bilanciamento dei valori per come si prospettano nell'insieme delle fonti e avendo, soprattutto, ben presente il primato del valore della persona, della sua dignità», v. P. PERLINGIERI, *Prefazione*, in *L'ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi di diritto civile*, Napoli, 2006, p. x.

<sup>66</sup> G. PERLINGIERI, *Sul giurista che come «il vento non sa leggere»*, cit. p. 393. L'A. precisa (p. 385) che il titolo del saggio è stato ispirato, in occasione della presentazione, dal sottotitolo del volume di F. LUCARELLI e L. PAURA, *Diritto privato e diritto pubblico tra solidarietà e sussidiarietà. Il vento non sa leggere*, Napoli, 2008. Gli Autori attraverso il sottotitolo (il vento non sa leggere) intendono riferirsi a quei giuristi che sono incapaci di cogliere il senso del dettato costituzionale e di utilizzarlo per risolvere i casi concreti e, a tal fine, utilizzano i versi di una antica poesia giapponese che dice «Sul cartello è scritto: non cogliere questi fiori! Ma per il vento è inutile, perché il vento non sa leggere».

MARIA PAOLA MANTOVANI

*Il contratto di assicurazione nel diritto europeo*

*Sommario:* 1. Il diritto europeo delle assicurazioni: verso una disciplina comune nel settore assicurativo. — 2. Il contratto di assicurazione: riflessioni di diritto comparato. — 3. Il modello francese. — 4. Il modello inglese. — 5. Le Autorità di vigilanza del mercato assicurativo. — 6. Rilievi conclusivi.

*1. Il diritto europeo delle assicurazioni: verso una disciplina comune nel settore assicurativo*

Il processo di integrazione europea invita a riflettere sul ruolo svolto dalla scienza giuridica di matrice civilistica, in particolare nella redazione di un quadro di principi per la disciplina dei rapporti privati<sup>1</sup>. L'elaborazione di un diritto privato europeo segue l'idea di un'Europa come integrazione tra Stati che, oltre una certa misura, non può realizzarsi senza un'integrazione normativa<sup>2</sup>.

La genesi e lo sviluppo di un nuovo modo di intendere il rapporto contrattuale è giustificata dalla necessità di fornire un'adeguata tutela ai contraenti che si trovano in condizioni di disparità contrattuale<sup>3</sup>, sul piano normativo, economico e sociale<sup>4</sup>. Così, si

---

<sup>1</sup> V. SCALISI, *Il nostro compito nella nuova Europa*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, p. 239 ss. che, acutamente, avverte: «E non vi è dubbio che l'Europa chiama oggi anche il pensiero giuridico a una nuova sfida, a una nuova e più impegnativa assunzione di responsabilità: fornire quell'indispensabile contributo di proposte e di idee in grado di portare a compimento il processo di costruzione di un *commune ius civile* europeo, da tempo ormai nei voti dell'Unione».

<sup>2</sup> C. CASTRONOVO, *L'utopia della codificazione europea e l'oscura realpolitik di Bruxelles dal DCFR alla proposta di regolamento di un diritto comune europeo della vendita*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 837.

<sup>3</sup> V. SCALISI, *Il nostro compito nella nuova Europa*, cit., p. 248. «La normativa europea si è dimostrata particolarmente sensibile a tale esigenza e ha reagito sia nei c.d. contratti del consumatore sia in quelli d'impresa, ricorrendo spesso a misure espropriative del potere contrattuale di dettare regole e queste il più delle volte hanno attratto nell'orbita conformativa e modellatrice della norma oppure ne ha disposto l'integrazione e/o la correzione, in nome del c.d. equilibrio contrattuale o di un non meglio identificato principio di equa negoziazione, sovente per il tramite dell'uso spregiudicato, in versione protettiva, dell'antico rimedio della nullità».

rende necessario l'uso di un quadro di principi e regole adottati in modo uniforme dagli Stati europei che aspiri ad essere una disciplina generale, costruita su principi e clausole generali espressione di valori e diritti, sull'esempio dei *Principi Lando* e di quelli *Unidroit*<sup>5</sup>. Tra le iniziative adottate a livello europeo in materia di diritto dei contratti, si annoverano i *Principles of European Contract Law* (PECL), frutto dell'iniziativa promossa dalla *Commission on European Contract Law*, ora parte integrante del lavoro redatto dallo *Study Group*<sup>6</sup>. A tale progetto si aggiunge il *Code Européen des Contrats* redatto dall'*Académie des Privatistes Européens*, prendendo a modello il Libro IV del Codice civile italiano<sup>7</sup>. Diversamente dai PECL, tale progetto si caratterizza per l'adozione di una tecnica di stampo legislativo, che fa da sfondo all'attività di codificazione. Tra le iniziative promosse a livello europeo, è opportuno segnalare l'attività svolta dall'*European Centre of Tort and Insurance Law* (ECTIL), con sede a Vienna<sup>8</sup> che ha dato vita ai *Principles of European Tort Law*, destinati a costituire una possibile base per una futura codificazione del diritto europeo nel settore della responsabilità civile<sup>9</sup>. A tali progetti, di segno accademico, si affiancano altri progetti di

<sup>4</sup> F. GALGANO, *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, in *Contr. impr. Eur.*, 2005, p. 509. G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 21 ss.

<sup>5</sup> V. SCALISI, *Il nostro compito nella nuova Europa*, cit., p. 265, ove pone in evidenza che dal punto di vista costruttivo il problema di fondo resta quello di fissare il livello positivo dell'unità. A soddisfare tale esigenza «potrebbe essere sufficiente lo strumento di un ben articolato e opportunamente orientato *Common Frame of Reference* (CFR), di recente rilanciato e messo a punto dalla Commissione, purché sostenuto dalla più ampia partecipazione rappresentativa (niente tecnocrati e burocrati) come pure da forme di massimo e corale coinvolgimento della cultura giuridica (no a *elites* non designate dalla comunità scientifica) e in ogni caso non limitato al solo diritto contrattuale e inoltre a carattere vincolante (*hard*) e non semplicemente opzionale (*soft*)».

<sup>6</sup> R. ZIMMERMANN, *Le droit comparé et l'europeanisation du droit privé*, in *Rev. tr. dr. civ.*, 2007, p. 451 ss., spec. 456. La commissione Lando e lo *Study Group* si fondano su delle iniziative private, essi non hanno alcuno statuto ufficiale né forma di legittimazione politica. «Il constituant des formes spécifiques de coopération universitaire internationale et peuvent ainsi être considérés comme les manifestations d'une europeanisation de la science juridique».

<sup>7</sup> A. MANIACI, *Contrats bancaires, financiers, de garantie et d'assurance dans les colloques de l'académie des privatistes européens*, in *Rev. int. dr. comp.*, 2008, p. 763 ss. descrive l'attività svolta dall'Accademia dei giusprivatisti pavesi che ha redatto il Libro primo del Code européen des contrats in tre edizioni (2001, 2002 e 2004), il Libro secondo nel 2006 e, da ultimo, nel 2007 il gruppo di lavoro si è riunito per avviare una sessione dedicata ai contratti di garanzia personale e assicurativi. L'A. pone in rilievo: «Quant aux contrats d'assurance, on a remarqué que la diffusion de certaines nouvelles formes techniques d'assurance sur la vie, dans lesquelles la composante financière prévaut sur la composante d'assurance, suggère l'opportunité [...] d'encadrer ces contrats au sein des contrats bancaires et financiers, en considération de leur affinité socio-économique».

<sup>8</sup> R. ZIMMERMANN, *Le droit comparé et l'europeanisation du droit privé*, cit., p. 471, che pone in evidenza il successo ottenuto dalla Commissione Lando sul piano delle collaborazioni, che si è esteso fino all'area della responsabilità civile.

<sup>9</sup> M. BUSSANI, *Diritto privato europeo*, in *Enc. Dir., Annali*, II, 2, Milano, 2008, p. 426. «Nella redazione di questi principi, l'*European Group on Tort Law* ha intenzionalmente negletto di selezionare le regole maggiormente diffuse presso le giurisdizioni europee, preferendo piuttosto ricercare la soluzione volta a volta considerata

matrice istituzionale, in particolare quello volto a favorire una revisione dell'*acquis* comunitario in materia di diritto europeo dei contratti, al fine di assicurare maggiore coerenza al diritto contrattuale europeo, mediante l'elaborazione di un piano d'azione che coinvolga i referenti istituzionali, la comunità degli operatori del diritto e i rappresentanti di gruppi interessati. È in tale contesto che è stato costituito l'*Acquis Group*, al fine di elaborare un quadro di Principi di diritto comunitario in materia contrattuale. Tale articolato ha visto la luce nel 2008 ed il suo nucleo fondamentale è stato, successivamente, incorporato nel «*Common Frame of Reference*»<sup>10</sup>. L'articolato di principi denominato *Draft Common Frame of Reference*<sup>11</sup> si fonda sulla finalità di favorire il processo di europeizzazione<sup>12</sup> del diritto privato<sup>13</sup>. Il progetto segue le linee tracciate dai *Principles of European Contract Law*, elaborati dalla Commissione Lando, ed opera come strumento opzionale nel campo del diritto contrattuale europeo<sup>14</sup>. Di segno diverso è il Progetto che ispira l'iniziativa intitolata *The Common Core of European Private Law* che si prefigge lo scopo di individuare un nucleo comune del diritto privato europeo, basandosi sulla tecnica del *factual approach*, mediante un confronto diretto delle soluzioni adottate nei diversi sistemi giuridici degli Stati membri dell'Unione<sup>15</sup>.

---

“migliore” – anche quando essa non corrispondeva ad una pratica condivisa, od anche solo esistente, tra le giurisdizioni europee».

<sup>10</sup> Ampi riferimenti in G. ALPA, G. CONTE e L. ROSSI CARLEO, *La costruzione del diritto dei consumatori*, in *I diritti dei consumatori*, I, a cura di G. ALPA, Torino, 2009, p. 2 ss., spec. 102. «Il Draft, come è noto, non nasce da una penna sola, ma risulta dalla confluenza di più ricerche, di più testi, di più iniziative, aventi molti protagonisti e finalità diverse tra loro. L'albero genealogico del corpo di regole che gli stakeholders sono chiamati a valutare risale per una parte ai principi dell'*acquis communautaire* (ACQP), dall'altra ai principi del *European Civil Code* (PECC); a loro volta entrambi questi progetti discendono dai PECL; i PECL si ispirano ai PICC, ed entrambi si ispirano ai principi della CISG». S. MAZZAMUTO, *La nuova Direttiva sui diritti del consumatore*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 861 ss.

<sup>11</sup> H. HEISS, «*I Principi di diritto europeo del contratto di assicurazione*» (PDECA), in *Resp. civ. prev.*, 2011, p. 5 ss., spec. 16, ove scrive: «Il dibattito accademico internazionale in Europa potrebbe poggiare sulle norme comuni tratte dal Quadro Comune di Riferimento. Questo strumento potrebbe, entro certi limiti, fornire all'Europa un linguaggio giuridico comune, alla stregua del significato assunto dal latino sino a quando le codificazioni nazionali sostituirono lo *ius commune*».

<sup>12</sup> D. MAZEAUD, *Le droit européen des contrats et ses influences sur le droit français*, in *Eur. Rev. Contr. Law*, 2010, p. 1 ss.

<sup>13</sup> W. DORALT, *Diritto europeo dei contratti: rischi e opportunità del regime opzionale*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, p. 1205 ss., spec. 1215.

<sup>14</sup> G. AJANI, *Acquis comunitario*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ., Agg.*, Torino, 2009, p. 3.

<sup>15</sup> M. BUSSANI, *Diritto privato europeo*, cit., p. 442. L'a. che, unitamente a Ugo Mattei, dirige l'iniziativa, scrive: «La metodologia adottata dal *Common Core* poggia essenzialmente sul cosiddetto approccio fattuale e sulla dissociazione dei formanti. Alla base del *Common Core* vi è, cioè, l'idea che non si possa ottenere una conoscenza approfondita di un dato sistema affidandosi esclusivamente alle descrizioni che i giuristi nazionali

Di particolare interesse è l'attività svolta dal gruppo di lavoro diretto dal Prof. Helmut Heiss che ha coordinato un progetto finalizzato a promuovere l'adozione di un articolato di Principi di diritto europeo in materia di contratto di assicurazione, c.d. *Principles of European Insurance Contract Law* (PEICL)<sup>16</sup>. Tale gruppo ha operato un *Restatement* del diritto europeo, al fine di favorire un processo di unificazione, a livello sovranazionale, dei rapporti contrattuali assicurativi<sup>17</sup>. Fondamentale, in tale prospettiva, è la creazione di una rete europea di diritto privato, «CoPECL Network» che si muove sulla scia di un'iniziativa adottata dalla Commissione europea, avente ad oggetto alcune proposte di riforma in diverse materie, fra cui quella relativa alla riformulazione del diritto europeo del contratto di assicurazione.

I PEICL, pubblicati nell'agosto del 2009, si traducono in una serie di regole generali volte a favorire lo sviluppo di un diritto comune europeo in materia di contratti assicurativi.

I Principi di diritto europeo dei contratti di assicurazione si muovono nel solco dell'articolato normativo del *Draft Common Frame of Reference* e si prefiggono l'obiettivo di introdurre una disciplina coerente ed unitaria dei contratti di assicurazione<sup>18</sup>. L'opera di «*Restatement of European Insurance Contract Law*», si è, dunque, tradotta nell'elaborazione dei *Principles of European Insurance Contract Law* (PEICL), primo modello di strumento opzionale nel diritto contrattuale europeo in materia assicurativa. I Principi di diritto contrattuale europeo delle assicurazioni si suddividono in quattro parti, la prima dedicata alle disposizioni comuni, la seconda alla copertura assicurativa, la terza relativa alla disciplina delle assicurazione di somme fisse e l'ultima parte riservata alle disposizioni speciali.

Nell'articolato normativo dei PEICL particolare rilievo è assegnato ai principi di buona fede e lealtà, ponendo a carico dei contraenti l'obbligo specifico di adottare una

---

offrono di esso. [...] I partecipanti al *Common Core* si sono dati il compito di stendere una "mappa" affidabile del diritto privato europeo e cercano di "disegnare" su quella carta i risultati della comparazione».

<sup>16</sup> J. BASEDOW, J. BIRDS, M. CLARKE, H. COUSY, H. HEISS, (a cura di), *Principles of European Insurance Contract Law*, Munich, 2009.

<sup>17</sup> H. HEISS, «I Principi di diritto europeo del contratto di assicurazione» (PDECA), cit., p. 10. «Dalla sua fondazione, nel 1999, il Gruppo di Progetto ha elaborato i Principi di Diritto Europeo del Contratto di Assicurazione. Modellati sui «*Restatements of the Law*» statunitensi, al pari di quanto aveva fatto precedentemente la c.d. Commissione Lando. [...] In riferimento a ciò, si segnala che i Principi di Diritto Contrattuale Europeo si pongono alla stregua di *lex generalis* rispetto ai Principi di Diritto europeo dei Contratti di Assicurazione».

<sup>18</sup> C. ARMBRÜSTER, *The Principles of European Insurance Contract Law*, in *Dir. econ. ass.*, 2010, p. 1029 ss.

condotta improntata alla correttezza contrattuale, sia nella fase delle trattative che nell'esecuzione del contratto.

Rilevante, in tal senso, è la previsione di cui all'art. 2:101<sup>19</sup> che si colloca sotto la sezione (*Applicant's Pre-contractual Information Duty*), e concerne l'adempimento degli obblighi informativi, il c.d. *Duty of Disclosure*, nel momento della formazione del contratto di assicurazione. Tale disposizione si traduce concretamente nel dovere, da parte dell'assicurato, di informare l'assicuratore della presenza di circostanze ed elementi che possono incidere sulla determinazione del contenuto del contratto, in particolare in riferimento al rischio contrattuale. L'art. 2:102 riconosce all'assicuratore il diritto di proporre una modifica ragionevole del contratto o di chiederne la risoluzione nel caso in cui vi sia stata violazione degli obblighi di informazione incombenti sull'assicurato, ai sensi dell'art. 2:101.

Nei *Principles of European Insurance Contract Law*<sup>20</sup> entrambi i contraenti devono improntare la loro condotta al rispetto dei principi di correttezza e ragionevolezza<sup>21</sup>, quali canoni ermeneutici dell'agire contrattuale. In tale prospettiva, più che affidarsi a criteri di natura soggettiva, verificando di volta in volta quale sia il parametro da adottare per integrare il concetto di ragionevolezza, sarebbe forse più opportuno richiamare l'operatività dei principi generali del diritto dei contratti, fra cui spicca il dovere di buona fede, privilegiando un approccio oggettivo, al fine di operare un controllo sui termini del regolamento contrattuale, in caso di violazione degli obblighi informativi da parte dell'assicurato<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> Article 2:101. Duty of Disclosure: (1) When concluding the contract, the applicant shall inform the insurer of circumstances of which he is or ought to be aware, and which are the subject of clear and precise questions put to him by the insurer.

<sup>20</sup> C. CASTRONOVO e S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano 2007, p. 1009 ss. spec. 1013. «Il diritto del contratto di assicurazione presenta convergenze molto significative nei vari Stati, anche esterni agli spazi europei. Le convergenze fanno premio sulle divergenze, quanto meno per quanto riguarda le regole di base e i principi fondamentali».

<sup>21</sup> P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 3<sup>a</sup> ed., 2006, p. 491, fa notare come il parametro della ragionevolezza si espliciti quale principio fondamentale anche all'interno del dettato costituzionale: «Misure del mercato finanziario, valutario, creditizio, di politica tributaria non possono non essere discrezionali, anch'esse necessariamente sottoposte al vaglio della ragionevolezza costituzionale». E. DEL PRATO, *Ragionevolezza e bilanciamento*, in *Diritto comunitario e sistemi nazionali: pluralità delle fonti e unitarietà degli ordinamenti*, Atti del 4<sup>o</sup> Convegno nazionale S.i.s.d.i.c., Napoli, 2010, p. 187. ID., *Ragionevolezza e bilanciamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, p. 23 ss. E. GIORGINI, *Ragionevolezza e autonomia negoziale*, Napoli, 2010. A. RICCI, *Il criterio della ragionevolezza nel diritto privato*, in *Contr. impr.*, 2005, p. 643.

<sup>22</sup> G. VOLPE PUTZOLU, *Il contratto di assicurazione nella prospettiva europea: il punto di vista del civil lawyer*, in *Verso una disciplina europea del contratto di assicurazione?*, in *Contr. impr. Eur.*, 2006, p. 417.

## 2. Il contratto di assicurazione: riflessioni di diritto comparato

Il contratto di assicurazione<sup>23</sup> è, per sua natura, un modello negoziale a forte vocazione transnazionale destinato a regolare, mediante meccanismi assicurativi di garanzia, i rapporti fra contraenti aventi sedi e nazionalità diverse. Il processo di europeizzazione del diritto privato ha fortemente inciso sulla fisionomia dei contratti di assicurazione, contribuendo a ridisegnarne i confini normativi. L'evoluzione che ha interessato i contratti di assicurazione<sup>24</sup>, si spiega sia alla luce della necessità di far fronte alle esigenze delle moderne contrattazioni, sia nella volontà di rendere la disciplina dei contratti assicurativi<sup>25</sup> più vicina all'attuale contesto socio-economico<sup>26</sup>.

La stessa linea di demarcazione che, tradizionalmente, separa il modello di *common law*<sup>27</sup> da quello di *civil law* sembra assumere, nella disciplina dei contratti assicurativi, contorni sempre più sfumati<sup>28</sup>. *Common law* e *civil law* non sono ovviamente due fatti naturali, ma nemmeno due fatti storici: sono, al contrario, due classificazioni che i giuristi occidentali hanno dato<sup>29</sup>. L'esistenza di categorie dogmatiche distinte tra i sistemi di *common law* e *civil*

<sup>23</sup> Sul tema, ampiamente, O. CLARIZIA, *Indennizzo diretto e prestazione assicurativa*, Napoli, 2009.

<sup>24</sup> L. DESIDERIO, *La riforma della disciplina del contratto assicurativo nel progetto di Codice delle assicurazioni*, in *Dir. econ. ass.*, 2011, p. 605 ss. L'a. si domanda se «si sia perduta un'occasione di ammodernamento di quella disciplina, sottraendone la possibilità alla legge delega con la quale è stato emanato il Codice delle assicurazioni».

<sup>25</sup> L. DESIDERIO, *op. cit.*, p. 606, fa notare che di tanto fervore riformistico, «sostanzialmente resta nel Codice la sola disposizione dell'art. 165 secondo cui i contratti di assicurazione, coassicurazione e riassicurazione vengono disciplinati dalle norme del Codice civile, tuttavia "fermo restando quanto diversamente disposto dal presente Codice"».

<sup>26</sup> Numerosi sono le riflessioni e i contributi di recente prodotti in materia di mediazione e conciliazione nei contratti assicurativi. P. NEGRI e C. STOLFI, *La mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali. Riflessi del nuovo istituto nell'ambito del settore assicurativo*, in *Dir. econ. ass.*, 2011, p. 907 ss. F. MANIARI, *Mediazione e assicurazione: cogliere le opportunità*, in *Dir. econ. ass.*, 2011, p. 993 ss. M.C. PAGNI e G. BONIVENTO, *La mediazione: esempi di successo nel settore assicurativo e riassicurativo*, in *Dir. econ. ass.*, 2011, p. 983 ss. Si veda, in generale: F. CUOMO ULLOA, *La mediazione nel processo civile riformato*, Bologna, 2011, p. 54 ss. che osserva: «Il riferimento alla materia civile e commerciale rivela chiaramente l'influsso comunitario che sta alla base della nuova disciplina, la quale rappresenta l'attuazione della direttiva europea relativa a taluni aspetti della mediazione civile e commerciale. Il riferimento alla materia civile e commerciale è del resto tipico della legislazione comunitaria che individua, in questa materia, un settore strategico per le politiche promozionali del mercato interno. Quel riferimento deve essere adattato all'ordinamento italiano nel quale il binomio civile-commerciale, privo di valore formale dopo l'ormai remota unificazione dei codici, ha assunto una portata "specializzante" e "professionalizzante"».

<sup>27</sup> M. BUSSANI, *Faut-il se passer du common law (européen)? Réflexions sur un code civil continental dans le droit mondialisé*, in *Rev. int. dr. comp.*, 2010, p. 7 ss., spec. p. 14.

<sup>28</sup> M. BUSSANI, *op. cit.*, p. 16 che osserva, a proposito delle differenze tra le due aree giuridiche: «Ces dernières sont cependant mieux connues des comparatistes et des praticiens du droit du commerce international que de toute autre figure juridique».

<sup>29</sup> A. GAMBARO, *Common law e civil law: evoluzione e metodi di confronto*, in *Due iceberg a confronto: le derive di common law e civil law*, in *Riv. trim.*, 2009, p. 7 ss.

*law* non deve, tuttavia, indurre a ritenere eccessivamente distanti tali modelli giuridici, il progressivo avvicinamento tra questi sistemi si può cogliere proprio nel processo di armonizzazione promosso dal diritto privato europeo<sup>30</sup>. La contrapposizione, riconducibile alla suddivisione fra diritto codificato e diritto giurisprudenziale ha, dunque, progressivamente assunto contorni più sfumati<sup>31</sup>. Lo stesso modo di intendere i rapporti tra *civil law* e *common law* in termini non più solo di contrapposizione, ma anche di distinzione inclusiva favorisce il venir meno di un'incompatibilità che, tradizionalmente, si riconduceva a culture antagoniste<sup>32</sup>.

I sistemi giuridici di *civil law* e di *common law* «rispondono a modi culturalmente caratterizzati e orientati di concepire e praticare il diritto»<sup>33</sup>, anche se appare sempre più evidente che la cornice europea prospetta uno scenario differente, ove la dicotomia *civil law* – *common law* è destinata, sul piano giuridico, «a cedere il passo in favore di un sapere giuridico – che al giorno d'oggi non può mancare di farsi – sempre più dialettico e problematico, nel senso di essere orientato verso temi e problemi a base della (di ogni) esperienza giuridica»<sup>34</sup>.

---

<sup>30</sup> F. ZENATI-CASTAING, *La proposition de refonte du livre II du code civil*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2009, p. 211 ss., spec. 243, ove, a proposito del rapporto tra *common law* e *civil law*, scrive: «Remonter plus en arrière, à la recherche du droit romain préromaniste, c'est, contre toute attente, le moyen de jeter un pont sur la Manche, car si la *common law* est totalement étrangère au droit romain du Moyen-âge, elle est curieusement très proche, dans son architecture et ses concepts, de la logique romaine originelle». In argomento si veda: F. CARPI, *Introduzione*, in *Due iceberg a confronto: le derive di common law e civil law*, in *Riv. trim.*, 2009, p. 2. «Con le prospettive dell'armonizzazione e le riforme processuali moderne, le distinzioni fra le vecchie categorie si stanno spezzando. I giudici di *common law* stanno diventando più attivi ed interventisti; l'interesse per l'oralità del dibattito sta aumentando nei paesi di *civil law* (salvo che in Italia!)».

<sup>31</sup> A. GAMBARO, *Common law e civil law: evoluzione e metodi di confronto*, cit., p. 12, secondo cui: «Il contrapporre i sistemi di *common law* a quelli di *civil law* solo sulla base del fatto che i primi riconoscono al diritto giurisprudenziale il ruolo ed il rango di fonte del diritto non fa senso alcuno. Vi sono troppi dati che non quadrano con tale assunto. [...] il diritto delle obbligazioni e dei contratti è stato in Germania più diritto giurisprudenziale che beghebeano, tant'è che la riforma dello *Schuldrecht* del 2002 è stata un *restatement* della giurisprudenza oltre che una sistemazione del diritto di origine comunitaria; la responsabilità civile è settore affidata al diritto giurisprudenziale in Francia ed in Italia, al punto che in quest'ultimo Paese la giurisprudenza si permette di abrogare, o comunque riscrivere *funditus* una norma cardine del sistema codicistico come il 2059 poiché essa non è più allineata con l'evoluzione del diritto giurisprudenziale». Sulla stessa linea V. VARANO, *Civil law e common law: comparazione e cultura*, in *Due iceberg a confronto: le derive di common law e civil law*, in *Riv. trim.*, 2009, p. 41. «È ormai assai diffusa, fra i comparatisti non solo italiani, la tendenza ad attenuare la netta "contrapposizione" fra *civil law* e *common law*».

<sup>32</sup> L. MOCCIA, *Comparazione giuridica, diritto e giurista europeo: un punto di vista globale*, in *Riv. trim.*, 2011, p. 773 che rileva: «In questo senso, la stessa contrapposizione *civil law*-*common law* cessa di essere solo e soprattutto la linea di confine tra culture antagoniste geograficamente collocate o collocabili, per essere – se così posso dire – interiorizzata come componente dialettica di ogni esperienza giuridica, all'interno della quale – cioè – vive sia l'anima di *civil law*, sia l'anima di *common law*».

<sup>33</sup> L. MOCCIA, *op. cit.*, p. 774.

<sup>34</sup> L. MOCCIA, *op. cit.*, p. 775.

In effetti, la differenza tra i sistemi di *civil law* può essere maggiore rispetto a quella esistente fra il diritto francese e il diritto inglese o il diritto tedesco e il diritto inglese<sup>35</sup>. La stessa espressione *common law* che, tradizionalmente, viene contrapposta al diritto continentale, rafforza l'idea che una struttura statutale che voglia incarnare in qualche modo l'idea di unità ha bisogno di un diritto comune: *common law* appunto<sup>36</sup>. Da sempre uno dei terreni di elezione della comparazione giuridica è il confronto fra il modello di *civil law* e *common law*<sup>37</sup>. In tale prospettiva, risulta decisivo l'apporto del diritto comparato<sup>38</sup>, sia per superare rigidi schematismi concettuali fra aree giuridiche, sia per favorire quel processo di europeizzazione del diritto privato di cui tanto si discute<sup>39</sup>. Così, il diritto comparato rappresenta lo strumento per dare un senso, una direzione al diritto privato europeo, affrancandolo da un eccessivo tecnicismo istituzionale, al fine di promuovere un'interazione fra modelli giuridici nazionali e modello europeo<sup>40</sup>.

In materia di contratti assicurativi l'apporto del diritto comparato è particolarmente utile<sup>41</sup>, funzionando come strumento in grado di far conoscere la disciplina normativa adottata nei diversi modelli giuridici<sup>42</sup>, al fine di favorire l'elaborazione di soluzioni che potrebbero avere un elevato grado di compatibilità a livello europeo<sup>43</sup>.

<sup>35</sup> R. ZIMMERMANN, *Le droit comparé et l'eupéanisation du droit privé*, cit., p. 467.

<sup>36</sup> Così, C. CASTRONOVO, *L'utopia della codificazione europea e l'oscura realpolitik di Bruxelles dal DCFR alla proposta di regolamento di un diritto comune europeo della vendita*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 837 ss.

<sup>37</sup> G. GORLA, *Diritto comparato*, in *Enc. dir.*, Milano, 1964, p. 928.

<sup>38</sup> B. FAUVARQUE-COSSON, *Deux siècles d'évolution du droit compare*, in *Rev. int. dr. comp.*, 2011, p. 527 ss., spec. 538. «Qu'il s'agisse de la formation du droit européen ou International, la comparaison des droits nationaux demeure indispensable. [...] Dans cet environnement juridique complexe, le comparatiste découvre les interactions et superpositions des sources de droit; il tâche de les redonner et, parfois, entreprend d'unifier le droit afin de mettre fin à certains conflits de lois, au moins dans une région donnée». Si veda inoltre: A. VON BOGDANDY, *Le sfide della scienza giuridica nello spazio giuridico europeo*, in *Dir. Un. Eur.*, 2012, p. 225 ss.

<sup>39</sup> R. ZIMMERMANN, *Le droit comparé et l'eupéanisation du droit privé*, cit., p. 457. «L'idée que l'eupéanisation du droit privé dépend de façon décisive d'une eupéanisation de la formation des juristes dans les différentes universités à travers l'Europe est aujourd'hui largement acceptée».

<sup>40</sup> A. WIJFFELS, *Le droit comparé à la recherche d'un nouvel interface entre ordres juridiques*, in *Rev. int. dr. comp.*, 2008, p. 228 ss. A. MANSOURI, *Approche méthodologique et fonctionnelle du droit comparé*, in *Rev. dr. int. dr. comp.*, 2006, p. 173 ss. B. JALUZOT, *Méthodologie du droit compare. Bilan et prospective*, in *Rev. int. dr. comp.*, 2005, p. 29 ss.

<sup>41</sup> R. SACCO, *Codificazione, ricodificazione, decodificazione*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ., Agg.*, Torino, 2010, p. 319 ss. Su tale aspetto: O. SANDROCK, *Significato e metodo del diritto civile comparato*, trad. it. di R. FAVALE, Napoli, 2009, p. 45 ss. In argomento P. LERNER, *A proposito dell'armonizzazione, del diritto comparato e delle loro connessioni*, in *Riv. trim.*, 2005, p. 489 ss. «Il diritto comparato è una espressione intellettuale della disciplina giuridica che, partendo da una base teorica, spazia più per analizzare realtà giuridiche diverse».

<sup>42</sup> R. SACCO, *La diversità nel diritto (a proposito dei problemi di unificazione)*, p. I., *Diversità, variazione e diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, p. 15 ss. Fondamentale, in tale ottica, il legame che si instaura fra diritto e lingua, che già rilevava: H. CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, Parigi, 1930, p. 7 ss. «La langue juridique est la première

### *3. Il modello francese*

In Francia il diritto delle assicurazioni si caratterizza per una pluralità di statuti, ciascuno corrispondente ad un diverso tipo contrattuale<sup>44</sup>. Si va dal contratto di assicurazione contro i danni, all'assicurazione sulla vita, all'assicurazione per l'esercizio dell'attività edile, per la quale sussiste l'*assurance dommages-ouvrage* che prevede, prima della realizzazione dell'opera di costruzione, la stipula di un contratto di assicurazione<sup>45</sup>.

Fondamentale, nel tracciare il quadro ricostruttivo del contratto di assicurazione nel modello francese, è una riflessione sull'apporto della giurisprudenza nella materia del contratto di assicurazione, in particolare in materia di rischio assicurato e di responsabilità per condotta dolosa. Sulla dichiarazione di rischio, la *Cour de cassation* ha ritenuto sussistente una responsabilità dell'assicuratore nel caso di produzione in giudizio del questionario recante informazioni non veritiere circa la natura o l'entità del rischio assicurato<sup>46</sup>, salva l'ipotesi di dichiarazione fatta dall'assicurato, esclusivamente di sua iniziativa, prima della conclusione del contratto<sup>47</sup>. Il contenuto della dichiarazione incide direttamente sulla determinazione del rischio assicurato. In tale ottica, assume particolare rilievo, ai fini della valutazione della condotta dell'assicurato, accertare se egli abbia agito in buona o mala fede, con evidenti

---

enveloppe du droit, qu'il faut nécessairement traverser pour aborder l'étude de son contenu». S. CHATILLON, *Droit et langue*, in *Rev. int. dr. comp.*, 2002, p. 687 ss.

<sup>43</sup> M. BUSSANI, *Diritto privato europeo*, in *Enc. Dir., Annali*, II, 2, Milano, 2008, p. 420, ove scrive: «Gli esiti di queste ricerche si traducono poi in un articolato, corredato di note esplicative circa la funzione attribuita alle singole norme e da un commento centrato sul confronto tra quelle norme e le regole vigenti a livello nazionale».

<sup>44</sup> H. GROUDEL, F. LEDUC, P. PIERRE e M. ASSELAIN, *Traité du contrat d'assurance terrestre*, Parigi, 2008.

<sup>45</sup> Per un quadro ricognitivo generale, si veda: H. GROUDEL, *Droit des assurances terrestres*, in *Rec. Dalloz*, 2011, p. 1926 ss.

<sup>46</sup> In tal senso: Cass. 15 febbraio 2007, n. 05-20.865, in *Dalloz*, 2007, p. 1635, con nota di D. NOGUÉRO.

<sup>47</sup> Cass. 19 febbraio 2009, n. 07-21655, in *Dalloz*, 2009, p. 2788, con nota di C. MÉZEN. Il caso concreto su cui si fonda la pronuncia della *Cour de cassation* del 2007, riguardava una società di gestione portafoglio che al momento di sottoscrivere un'assicurazione per responsabilità professionale, aveva omesso di dichiarare che era stata promossa dinanzi alla Commissione per le operazioni di borsa un'azione disciplinare contro la medesima società. La Corte d'appello aveva dichiarato la nullità del contratto, sul presupposto che non era stato rilevato che l'assicuratore aveva posto una clausola che imponeva all'assicurato il dovere di dichiarare la procedura di controllo. La Corte d'appello in sede di rinvio, a seguito di annullamento della sentenza da parte della Suprema Corte, ha confermato il *decisum* della Corte di cassazione, con sentenza del 3 giugno 2010, n. 09-14876. L'assicuratore sosteneva che vi fosse un vizio del consenso, supponendo una condotta dolosa dell'assicurato, invocando l'operatività della previsione *ex art. 1116 code civil*, in quanto l'assicuratore aveva, volontariamente, omesso di informare l'assicurato delle modifiche intervenute a livello professionale. Da ultimo, si segnala, in argomento, la sentenza della Cass. 13 gennaio 2011, n. 10-12806.

riflessi sul piano applicativo. Sull'assicurato incombe l'obbligo di informare correttamente e pienamente l'assicuratore, obbligo che incide direttamente sulla conformazione del contenuto del contratto, in particolare in riferimento alla determinazione del rischio assicurato, e costituisce una diretta esplicitazione del più generale dovere di buona fede in materia contrattuale (art. 1134, comma 3, *c.c.*). L'accentuarsi degli obblighi informativi nei contratti di assicurazione investe sia la fase precontrattuale che contrattuale<sup>48</sup>. La giurisprudenza, da circa una trentina d'anni, ritiene che l'assicuratore non può far valere la nullità del contratto nel caso in cui sia a conoscenza della falsa dichiarazione resa dall'assicurato<sup>49</sup>. Ne consegue che l'assicuratore non può rilevare la nullità del contratto di assicurazione, ai sensi dell'art. 113-8 *Code des assurances*, nel caso in cui il suo mandatario sia a conoscenza della falsa dichiarazione prestata dall'assicurato.

Il *Code des assurances* prevede, inoltre, all'art. 112-4, che le clausole di polizza che sanciscono nullità, decadenze o esclusioni non sono valide se non sono adeguatamente poste in evidenza. Appare chiaro che, in tale ambito, si pone un problema sia di individuazione della clausola in termini di riconoscibilità della stessa, sia di controllo del suo contenuto, al fine di accertare la sua validità e proteggere il contraente assicurato, *partie faible* nel rapporto negoziale.

Dai profili giurisprudenziali indagati emerge il potere riconosciuto, in Francia, al giudice, che non solo è chiamato ad interpretare la *regula iuris* ma, nel ricondurre la norma al caso concreto, realizza, mediante l'attività ermeneutica, una funzione evolutiva della disciplina legale<sup>50</sup>.

Nella circolazione dei modelli giuridici un ruolo fondamentale è svolto, allora, proprio dall'apporto creativo dei giudici che favorisce un meccanismo di circolazione delle idee<sup>51</sup>.

<sup>48</sup> Sia consentito il rinvio a: M.P. MANTOVANI, *La vendita dei beni di consumo*, Napoli, 2009, p. 229.

<sup>49</sup> Cass. 31 marzo 1981, n. 79-15707, in *Dalloz*, 1982, p. 97 con nota di C.-J. BERR e H. GROUDEL.

<sup>50</sup> Da qualche anno si registra un significativo filone giurisprudenziale che, proprio in materia di assicurazione per responsabilità professionale, ritiene necessario gestire il verificarsi di sopravvenienze relative a danni che, inevitabilmente, possono prodursi anche a distanza di tempo. In tal senso si veda: Cass. 22 settembre 2005, n. 04-17232, in *Dalloz*, 2006, p. 1784, con nota di H. GROUDEL.

<sup>51</sup> G. F. FERRARI e A. GAMBARO, *Le Corti nazionali ed il diritto comparato. Una premessa*, in *Corti nazionali e comparazione giuridica*, a cura di G. F. FERRARI e A. GAMBARO, Collana Cinquanta anni della Corte Costituzionale, Napoli, 2006, VIII.

#### 4. *Il modello inglese*

Se si guarda al modello di *common law* ed, in particolare, al diritto inglese, si possono cogliere significativi profili di convergenza rispetto al modello italiano<sup>52</sup>, in materia di obblighi informativi nel contratto di assicurazione<sup>53</sup>. L'informazione attiene al bagaglio culturale ed esperienziale del soggetto, e riveste particolare rilievo nel settore assicurativo<sup>54</sup>.

Nel *corpus* normativo del Codice delle assicurazioni private (D.Lgs. 7 settembre 2005, n. 209) sono regolati sia i prodotti assicurativi<sup>55</sup>, sia la disciplina della pubblicità dei prodotti assicurativi<sup>56</sup>. Tali previsioni sono state pensate al fine di eliminare le asimmetrie informative che caratterizzano il rapporto tra assicurato e impresa di assicurazione, squilibri che derivano proprio dal diverso grado e dalla diversa intensità delle conoscenze<sup>57</sup>. In tal

---

<sup>52</sup> Si veda: F. GALGANO e F. MARRELLA, *Diritto e prassi del commercio internazionale*, in *Tratt. dir. comm e dir. pubb. econ.*, diretto da F. GALGANO, Padova, 2010, p. 632, che fanno notare: «L'equilibrio causale del contratto può, fin dall'origine, essere alterato dalle dichiarazioni inesatte o dalla reticenza dell'assicurato, che traggono in inganno l'assicuratore sull'entità del rischio assunto e, quindi, sul rapporto tra questo e l'ammontare del premio [...]. Qui il codice protegge l'assicuratore con norme più esplicite dei principi di diritto comune sull'annullamento del contratto per errore (art. 1428 cod. civ. it.) o per dolo (1439 cod. civ. it.): se l'assicurato aveva agito con dolo o colpa grave, l'assicuratore può, entro tre mesi dalla scoperta dell'inesattezza della dichiarazione o della reticenza, chiedere l'annullamento del contratto (art. 1892 cod. civ. it.); se, invece, l'assicurato aveva agito senza dolo o colpa grave [...], l'assicuratore può, entro lo stesso termine, recedere dal contratto, e per il sinistro, eventualmente verificatosi prima della scoperta, è dovuto un indennizzo inferiore a quello contrattualmente previsto e adeguato al vero stato delle cose (art. 1893 cod. civ. it.)».

<sup>53</sup> S. NITTI, *Duty of disclosure nel contratto di assicurazione. Analisi comparata tra sistema italiano e sistema inglese*, in *Dir. econ. ass.*, 2010, p. 527 ss. «La materia del contratto di assicurazione, vuoi per la sua origine da ricondursi alla *lex mercatoria*, come noto da sempre, ha costituito una sorta di diritto speciale o corporativo a carattere transnazionale, vuoi per le sempre maggiori similitudini in materia contrattuale esistenti nel diritto europeo», mostra un fondo comune ai vari diritti nazionali.

<sup>54</sup> V. MELI, *L'applicazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette nel «macro settore credito e assicurazioni»*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2011, p. 334 ss., spec. 342. In ordine ai settori e alle attività svolte dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato vi è il macrosettore credito e assicurazioni e, a proposito dei provvedimenti relativi ai settori assicurativi, gioca un ruolo fondamentale il parametro del consumatore medio, «figura ipotetica da ricostruirsi sulla base di fattori sociali e culturali di carattere generale, prescindendo da ogni collegamento con la – eventuale – fattispecie concreta, e che, sostanzialmente è irrilevante che nei casi concretamente portati a conoscenza dell'Autorità la pratica abbia o non abbia avuto l'effetto di falsare il comportamento dei consumatori effettivamente coinvolti».

<sup>55</sup> C.G. CORVESE, *La pubblicità dei prodotti assicurativi: un tentativo di ricostruzione della disciplina*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 2130 ss.

<sup>56</sup> S. NITTI, *Duty of disclosure nel contratto di assicurazione. Analisi comparata tra sistema italiano e sistema inglese*, cit., p. 543, «La norma demanda all'Isvap il compito di emanare norme di dettaglio sul contenuto e sullo schema della nota informativa, con la possibilità di implementare, per le assicurazioni sulla vita e solamente per questo settore, lo standard informativo fissato dal legislatore. In particolare il legislatore conferisce all'Isvap il potere di fissare con un regolamento le informazioni supplementari, rispetto a quelle sopra elencate, che sono necessarie alla piena comprensione delle caratteristiche essenziali del contratto, ed in particolare quelle che riguardano i costi e i rischi e le operazioni in conflitto di interessi».

<sup>57</sup> C.G. CORVESE, *La pubblicità dei prodotti assicurativi: un tentativo di ricostruzione della disciplina*, cit., p. 2132. L'obiettivo di superare le asimmetrie informative nel rapporto assicurativo, è comune a tutte le norme

senso, appaiono fondamentali alcune previsioni introdotte nel Codice delle assicurazioni che hanno recepito la tendenza, manifestata a livello europeo<sup>58</sup>, diretta a garantire un'effettiva tutela della trasparenza e della corretta informazione in ambito contrattuale. In particolare, il tema delle mancate o inesatte informazioni assume rilievo sotto il profilo della condotta dell'assicurato che ha fornito all'assicuratore comunicazioni inesatte o non gli ha comunicato circostanze rilevanti<sup>59</sup>. Così, la responsabilità dell'assicurato sorge nel momento in cui l'assicurato non abbia adempiuto correttamente all'obbligo di informazione, particolarmente accentuato quando fra le parti vi siano asimmetrie informative e conoscitive significative<sup>60</sup>. L'assicurato è, dunque, gravato da un onere informativo più ampio rispetto a quello che investe i contraenti nella fase delle trattative, in quanto è tenuto a fornire all'assicuratore, in una logica di cooperazione e collaborazione, tutte le informazioni ritenute necessarie per definire i termini e le condizioni del contratto<sup>61</sup>.

Nel sistema giuridico inglese il contratto di assicurazione trae la sua regolamentazione dal formante giurisprudenziale, fondato sulla *case law*. Il diritto inglese in materia di contratto di assicurazione è tuttora considerato parte del *common law*.

---

presenti nel Titolo XIII del Codice delle assicurazioni private, «quindi non solo alla pubblicità ma anche agli obblighi di comportamento (art. 183), agli obblighi di comunicazione (art. 185) e all'interpello (art. 186), ma, con l'introduzione di regole sulla pubblicità, ivi compresa quella connessa a prodotti assicurativi, il legislatore ha fatto proprie le istanze provenienti dalle teorie meno benevole nei confronti della pubblicità cercando di raggiungere un obiettivo specifico: quello di evitare che il messaggio pubblicitario sia scorretto ossia contenga menzogne e sia, pertanto, ingannevole, e ciò è avvalorato dalla circostanza che al momento della diffusione del messaggio pubblicitario [...] non si conosce il soggetto cui il messaggio è diretto e quindi sarebbe difficile comprendere anche il livello delle asimmetrie informative in modo da fornire tutte le informazioni che possano equiparare il livello di conoscenza fra impresa ed assicurato».

<sup>58</sup> S. NITTI, *Duty of disclosure nel contratto di assicurazione. Analisi comparata tra sistema italiano e sistema inglese*, cit., p. 538, ove pone in evidenza: «Il Titolo XIII del Codice delle assicurazioni è dedicato proprio alla “Trasparenza delle operazioni e protezione dell'assicurato”».

<sup>59</sup> S. NITTI, *op. cit.*, p. 536.

<sup>60</sup> V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 169. «Vengono in gioco prima di tutto doveri d'informazione: particolarmente marcati quando fra le parti vi siano [...] asimmetrie informative. La parte che conosce (o dovrebbe conoscere) dati rilevanti per la valutazione del contratto, e sa (o dovrebbe sapere) che controparte invece li ignora, ha il dovere di informarne la controparte. È però importante delimitare ragionevolmente questo dovere, perché ogni reticenza fra le parti è illecita».

<sup>61</sup> S. NITTI, *Duty of disclosure nel contratto di assicurazione. Analisi comparata tra sistema italiano e sistema inglese*, cit., p. 537 ove osserva: «La tutela del contraente/consumatore non è certamente estranea al legislatore comunitario il quale, con varie disposizioni, ha veicolato il c.d. obbligo di trasparenza che si concretizza nel dovere, per il contraente forte, di fornire alla controparte informazioni nella fase precontrattuale attraverso il testo contrattuale e gli allegati dello stesso, in modo da consentire all'assicurato “una effettiva conoscibilità del regolamento contrattuale».

Nonostante la lunga tradizione giurisprudenziale in materia assicurativa e l'emanazione di *statutes* di regolazione di settore, manca nel diritto inglese una definizione univoca di diritto delle assicurazione<sup>62</sup>. Nel modello inglese, «le vicende del contratto di assicurazione hanno un fondamento affatto particolare, che impone ai giudici di leggere ogni “fonte” esterna alla luce del quadro di regole tramandate. Questo è probabilmente uno degli aspetti di maggiore interesse nella prospettiva dell'adattamento del diritto alle novità e ai fattori che incidono su mondo assicurativo»<sup>63</sup>.

Pur non essendo ancora pervenuti all'emanazione di una riforma organica del diritto dei contratti di assicurazione, il tema è fonte di un acceso dibattito non solo tra gli studiosi e le categorie di operatori economici interessati, ma anche a livello istituzionale<sup>64</sup>, e nell'ordinamento inglese è sempre più avvertita l'esigenza di elaborare un sistema di regole volto a disciplinare i contratti di assicurazione.

La diffusione dei contratti assicurativi si va affermando, progressivamente, nel mondo degli affari, ove la circolazione della ricchezza e il flusso di ingenti capitali ha imposto, al fine di garantire sicurezza ai traffici commerciali, la creazione di condizioni *standard* applicabili a tale categoria di contratti. L'assenza di *regulation* se da una parte garantisce una maggiore libertà nella disciplina dei contratti assicurativi, con evidenti benefici a favore degli assicurati in termini sia di coperture offerte che di costi<sup>65</sup>, dall'altra non appare in linea con le tendenze emergenti a livello europeo.

In tale prospettiva, significativa è la rilevanza assegnata al dovere di informazione (*Duty to disclose*), in particolare nei *Principles of European Contract Law* il dovere di informazione assurge a principio cardine nella materia contrattuale, applicabile sia alla fase delle trattative che dopo la conclusione del contratto<sup>66</sup>. Si va sempre più consolidando la tendenza alla contrattualizzazione dei doveri di informazione, in tal senso particolarmente significativo è l'art. 6:101 dei *Principles of European Contract Law* che prevede che la dichiarazione fatta da

---

<sup>62</sup> J. BIRDS e N.J. HIRD, *Birds' Modern Insurance Law*, 6 ed., London, 2004, p. 1 ss.

<sup>63</sup> M. GAGLIARDI, *Il contratto di assicurazione. Spunti di atipicità ed evoluzione del tipo*, Torino, 2009, p. 55.

<sup>64</sup> M. GAGLIARDI, *op. cit.*, p. 20.

<sup>65</sup> S. NITTI, *Duty of disclosure nel contratto di assicurazione. Analisi comparata tra sistema italiano e sistema inglese*, cit., p. 539. «Sino al dicembre 2001 la legislazione in materia assicurativa (in particolare la Companies Act 1974 e 1982) non contemplava una definizione di assicurazione o contratto di assicurazione. [...] In particolare il *Regulated activities Orders* 2001 contiene numerosi riferimenti al contratto di assicurazione».

<sup>66</sup> C. CASTRONOVO e S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, vol. II, Milano, 2007, p. 391 ss. spec. 448.

una parte prima o al momento della conclusione del contratto sia fonte di obbligazioni contrattuali, se l'altra parte così l'ha intesa<sup>67</sup>. Il diritto dei contratti attinge qui un forte elemento di originalità<sup>68</sup>, superando l'antica dicotomia tra responsabilità precontrattuale e contrattuale.

L'*acquis* comunitario pur non avendo, allo stato, recepito un generale dovere di informazione se non negli specifici ambiti dei contratti di tutela dei consumatori e in materia di prodotti finanziari sembra, tuttavia, aver raggiunto un significativo traguardo in merito all'uso del principio generale di buona fede e correttezza che, «in luogo del consueto dovere di “non nascondere”, impone il più pregnante dovere (di contenuto positivo) di non volgere in danno della controparte il proprio vantaggio informativo»<sup>69</sup>.

##### 5. *Le Autorità di vigilanza del mercato assicurativo*

Il mercato assicurativo si è, progressivamente, adeguato alle evoluzioni che si sono registrate a livello di diritto europeo delle assicurazioni. In tale ottica, è stata avvertita l'esigenza di rafforzare le attribuzioni pubbliche in materia di controllo del mercato assicurativo<sup>70</sup>. Tuttavia, la necessità di adottare un sistema di controllo sui contratti assicurativi<sup>71</sup> era già stata avvertita in epoca risalente, con l'istituzione di un apposito Istituto per la vigilanza delle assicurazioni private (Isvap)<sup>72</sup>, caratterizzato da un organico

<sup>67</sup> C. CASTRONOVO e S. MAZZAMUTO, *op. cit.*, p. 450, osservano: «Fuori da una espressa previsione normativa, e quando non lo richieda la causa del contratto e/o la natura della prestazione (contratti di consumo, prestazione di servizi finanziari), non ci si sente di affermare che il diritto europeo abbia ormai imboccato la via di una concezione collaborativa e solidaristica del contratto, sì da far ritenere parte dell'*acquis* comunitario un generale *duty to disclose*».

<sup>68</sup> R. ALESSI, *Diritto europeo dei contratti e regole dello scambio*, in *Eur. dir. priv.*, 2000, p. 978.

<sup>69</sup> C. CASTRONOVO e S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, cit., p. 451.

<sup>70</sup> G. CARRIERO, *Mercato assicurativo: contratto, impresa, controlli*, in *I contratti del mercato finanziario*, t. II, a cura di E. GABRIELLI e R. LENER, in *Tratt. contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, Torino, 2011, p. 1266. «L'istituto diviene unico titolare della funzione pubblica assegnatagli in punto di attività regolatoria, prescrittiva, autorizzatoria, accertativa, cautelare e repressiva. Residua, in capo al Ministero, l'adozione dei soli provvedimenti di carattere generale concernenti i requisiti di onorabilità e professionalità per gli esponenti aziendali e gli azionisti rilevanti, nonché di quelli relativi alla revoca delle autorizzazioni e alla sottoposizione dell'impresa ad amministrazione straordinaria o a liquidazione coatta amministrativa. [...] Emblematico è, a tale riguardo, la lettura incrociata delle norme di cui agli artt. 4 e 5 del codice».

<sup>71</sup> S. RODRIGUEZ, *Diritto pubblico vs. diritto privato: il fenomeno dell'autoregolazione*, in *Giur. it.*, 2010, p. 6 ss., che fa notare: «Accanto ad una rigida struttura di controlli - esercitati da Autorità di regolazione quali la Consob, Banca d'Italia e Isvap, [...] a partire dal decreto Eurosim [...] si è iniziata a registrare una sensibile trasformazione nel *law making process*, verso nuove forme di co-regolazione».

<sup>72</sup> Sulla ricostruzione del sistema delle fonti del diritto alla luce dell'attuale contesto normativo, si vedano le attente riflessioni di P. PERLINGIERI, *Il principio di legalità nel diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 164 ss. «Nella

assetto disciplinare e normativo<sup>73</sup>, volto a salvaguardare l'interesse pubblico alla gestione dei contratti aventi ad oggetto la materia assicurativa.

Dall'iniziale ruolo ancillare assegnato all'Isvap rispetto alle funzioni e ai poteri riconosciuti al Ministero dell'industria da cui l'Autorità di vigilanza dipendeva, si è passati, agli inizi degli anni Novanta, soprattutto in ragione delle azioni comunitarie tese a garantire la creazione di mercati regolativi della concorrenza, ad attribuire all'Autorità specifiche competenze di vigilanza e di controllo, nonché di natura consultiva e di segnalazione nei confronti del Governo e del Parlamento, ai quali l'Istituto è tenuto, annualmente, a relazionare. Il Codice delle assicurazioni private ha racchiuso in un testo organico la normativa relativa alla disciplina del settore assicurativo ed ha rafforzato il ruolo assegnato all'Isvap, quale organo dotato di funzioni di regolazione e di controllo degli operatori del mercato assicurativo<sup>74</sup>. Sul piano della natura giuridica, l'Isvap si qualifica come Autorità amministrativa indipendente<sup>75</sup>, in quanto è dotata di autonomia funzionale, essendo sottratta a qualsiasi potere di direttiva, vigilanza o controllo interno da parte dell'esecutivo, nonché di autonomia organizzativa, anche in punto di spese<sup>76</sup>.

In ragione dei poteri riconosciuti alle Autorità amministrative indipendenti, si fa sempre più forte la necessità di operare «un controllo sugli atti aventi valenza normativa

---

produzione delle fonti del diritto la prospettiva logistica risulta in forte crisi: si pensi agli arbitrati commerciali internazionali e all'uso dei principi Unidroit (che prendono origine dalla prassi, dalla *lex mercatoria*), alle fonti di autodisciplina e alla produzione normativa secondaria delle *Authorities*, dotate di competenze – normative, di vigilanza, di controllo, di gestione paragiurisdizionali – non certo in linea con la tradizionale divisione dei poteri».

<sup>73</sup> G. CARRIERO, *Mercato assicurativo: contratto, impresa, controlli*, in *I contratti del mercato finanziario*, cit., p. 1261 ss., ove scrive: «A conferma delle incertezze sull'estensione dell'intervento pubblico [...] l'Isvap assume la natura di "braccio operativo specializzato" del Ministero dell'industria nello svolgimento delle funzioni tecniche di vigilanza, con compiti meramente preparatori e strumentali rispetto al dicastero, ai cui poteri di direttiva e di vigilanza risultava sottoposto».

<sup>74</sup> Si veda, in argomento: M. ANGELONE, *Autorità indipendenti ed eteroregolamentazione del contratto*, Napoli, 2012, p. 128.

<sup>75</sup> M. CLARICH, *Le competenze delle autorità indipendenti in materia di pratiche commerciali scorrette*, in *Giur. comm.*, 2010, I, p. 688 ss. Sulla responsabilità degli organi amministrativi dell'impresa assicurativa si veda, Cass. 11 novembre 2011, n. 22911, in *Resp. civ. prev.*, 2011, p. 2546 ss. con nota di S. PIZZOTTI, *La responsabilità degli organi amministrativi dell'impresa assicurativa per inosservanza della circolare dell'Isvap*.

<sup>76</sup> C.G. CORVESE, *La pubblicità dei prodotti assicurativi: un tentativo di ricostruzione della disciplina*, cit., p. 2140. Per ottenere un'efficace applicazione delle disposizioni sulla pubblicità, che impongono ai destinatari determinati comportamenti, si devono promuovere «adeguati strumenti di controllo da parte dell'Autorità di vigilanza ed un altrettanto strumentario di sanzioni. Nella disciplina della pubblicità troviamo sia l'uno che l'altro: i poteri dell'ISVAP sono previsti all'interno del Codice all'art. 12 dal comma 3 al comma 6; le sanzioni si trovano in modo specifico nell'art. 318 del Codice».

che sono espressione di un potere non legislativo ed esercitato, per di più, senza adeguate garanzie. A tale scopo occorre prestare attenzione al complesso sistema ordinamentale: essi consentono un controllo non già limitato alla legittimità formale, ma esteso a quella sostanziale e contenutistica sia della legge sia degli atti di autonomia negoziale e collettiva»<sup>77</sup>. In tal senso, particolare interesse suscita l'introduzione di un sistema di controlli interni alle imprese di assicurazione<sup>78</sup>, che si muove nel dichiarato intento di promuovere un agire imprenditoriale improntato al rispetto di regole e procedure volte a consentire, attraverso un adeguato processo di identificazione, la gestione e il monitoraggio dell'impresa assicurativa<sup>79</sup>.

Nel modello giuridico d'oltralpe si assiste alla proliferazione delle *Autorités administratives indépendantes*<sup>80</sup>, cui è riconosciuta, essenzialmente, una funzione di regolazione dei mercati<sup>81</sup>, e di controllo su settori sensibili della vita sociale<sup>82</sup>.

Al fine di rafforzare il quadro regolativo e di controllo del mercato assicurativo a livello sovranazionale<sup>83</sup>, è stato elaborato un sistema europeo delle autorità di vigilanza in materia finanziaria<sup>84</sup> che prevede la creazione di un'autorità di vigilanza in materia

<sup>77</sup> P. PERLINGIERI, *Il principio di legalità nel diritto civile*, cit., p. 167.

<sup>78</sup> L. DESIDERIO, *La sana e prudente gestione nella disciplina dei controlli assicurativi*, in *Dir. econ. ass.*, 2010, p. 309.

<sup>79</sup> A. VICARI, *Il sistema dei controlli interni nelle imprese di assicurazioni*, in *Dir. econ. ass.*, 2011, p. 31 ss. Tale sistema è disciplinato dall'art. 30 CAP e dal Regolamento Isvap n. 20 del 2008. La normativa «reputa essenziale lo sviluppo dei sistemi di controllo interni quale presidio che si affianca al patrimonio di vigilanza nell'obiettivo di garantire la sana e prudente gestione dell'impresa di assicurazione».

<sup>80</sup> J.-PH. FELDMAN, *Les «autorités administratives indépendantes» sont-elles légitimes?*, in *Rec. Dalloz*, 2010, p. 2852 ss. «Il s'agit, expose la doctrine, de donner plus liberté et d'indépendance à certains services des administrations centrales de l'Etat du fait qu'ils ont la responsabilité de secteurs sensible: ceux relatifs aux droits et libertés des individus et des citoyens».

<sup>81</sup> J.-PH. FELDMAN, *op. cit.*, p. 2853, ove scrive: «Elle veut dire par là que le législateur est compétent, ainsi que l'exprime le Conseil constitutionnel, pour fixer en vertu de l'article 34 de la Constitution les règles relatives aux garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés».

<sup>82</sup> J.-PH. FELDMAN, *op. cit.*, p. 2857. «Telle serait d'ailleurs la raison de l'existence du pouvoir de sanction: le complément indispensable de la "regulation" pour qu'elle soit efficace, le pouvoir de sanction étant alors interprété comme un simple pouvoir de "regulation" parmi d'autres».

<sup>83</sup> In argomento si rinvia a: S. SCREPANTI, *La dimensione ultrastatale delle autorità indipendenti: i «sistemi comuni» europei e globali*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2009, p. 913.

<sup>84</sup> Sul settore dei controlli esercitati dalle Autorità amministrative, significativi sono i lavori svolti dal gruppo di esperti guidato da Jacques De Larosière, che ha redatto un rapporto per la Commissione, il Parlamento e il Consiglio europeo, il 25 febbraio 2009, che propone di creare un "Sistema europeo di supervisione finanziaria". In argomento si rinvia a: C. BORTOLANI, *LISVAP e le autorità di vigilanza europee: verso un efficiente riforma?*, in *Dir. econ. ass.*, 2009, p. 1229. AL. CANDIAN e A. TITA, *La compliance delle imprese assicurative nel quadro europeo, tra Solvency II, EIOPA e direttiva OMNIBUS*, in *Dir. econ. ass.*, 2011, p. 3 ss., spec. 6. «Dal quadro istituzionale prima schematicamente ricostruito è scaturita, in ragione dei limiti ora evidenziati, la nuova riforma De Larosière. Dal punto di vista decisionale, il nuovo sistema viene adottato attraverso una proposta

assicurativa «*European Insurance and Occupational Pension Authority*». La vigilanza sui singoli operatori rimane, invece, affidata alle autorità nazionali. La creazione di un sistema di *governance* multilivello si presenta come destinato a creare un riparto funzionale delle attività di supervisione nei diversi settori bancario, finanziario ed assicurativo. La scelta di adottare un meccanismo regolativo differenziato appare, dunque, tesa a tracciare diversi statuti imprenditoriali per i soggetti che operano nei settori bancari, finanziari ed assicurativi. Tale scelta, nel settore assicurativo e finanziario è stata indotta dalla recente crisi finanziaria, che ha imposto l'utilizzo di meccanismi maggiormente in linea con il ruolo anche sociale dell'impresa di assicurazione<sup>85</sup>. L'adozione di un sistema di controlli non comprime, dunque, l'esercizio delle libertà economiche, ma garantisce la loro corretta attuazione, e le stesse misure programmatiche e di controllo devono conformarsi ai principi di adeguatezza e ragionevolezza<sup>86</sup>. «Misure del mercato finanziario, valutario, creditizio, di politica tributaria non possono non essere discrezionali, ma anch'esse necessariamente sottoposte al vaglio della ragionevolezza costituzionale. [...] La funzione del mercato si desume dagli stessi valori che, immanentemente, dall'interno vincolano la libertà economica legittimandola come potere di rilevanza costituzionale. In ciò consiste il nesso inscindibile tra libertà di iniziativa economica e valori personalistici e solidaristici»<sup>87</sup>.

## 6. *Rilievi conclusivi*

---

della Commissione (27 maggio 2009 COM (2009) 252 FINAL), che ha fatto proprio il progetto di “riforma De Larosière”, datato 25 febbraio 2009».

<sup>85</sup> Cosí, G. CARRIERO, *Mercato assicurativo: contratto, impresa, controlli*, in *I contratti del mercato finanziario*, cit., p. 1282.

<sup>86</sup> P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 128, che, con acutezza, avverte: «Il giurista deve, dunque, dedicare adeguata attenzione ai principi, oggi di rilevanza normativa, della ragionevolezza e dell'adeguatezza dei contenuti normativi ai singoli fatti».

<sup>87</sup> In argomento si vedano le attente riflessioni di P. PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 491 ss. L'A. pone in evidenza il nesso inscindibile tra libertà di iniziativa economica e valori personalistici e solidaristici: «là dove “inviolabili” sono i diritti dell'uomo e “inderogabili” sono i doveri di solidarietà economica, politica e sociale; e là dove le situazioni patrimoniali – impresa, proprietà, contratto – non possono non avere una funzione socialmente rilevante e soprattutto non possono non realizzarsi in conformità ai valori della persona umana. [...] Ciò comporta che l'attività economica, categoria dell'avere, non può essere che strumentale alla realizzazione dei valori esistenziali, alla categoria dell'essere».

Dall'analisi del contratto di assicurazione emergono significativi profili di convergenza rispetto alla disciplina adottata nei diversi Paesi<sup>88</sup>; tale convergenza si fonda su diversi fattori, legati alla natura transnazionale dell'operazione economica, insita nel contratto di assicurazione, e alla diffusione di tale modello contrattuale, espressione del più tipico contratto di impresa, in quanto si tratta di un contratto la cui disciplina giuridica è fortemente influenzata dall'operazione economica sottostante, e la cui caratteristica essenziale va individuata nella compensazione dei rischi e nella reciproca influenza delle vicende e dei rischi assunti dalla medesima impresa<sup>89</sup>.

Nel contesto socio-economico attuale, si auspica un'armonizzazione della disciplina del contratto di assicurazione, unico mezzo per favorire la crescita di un mercato assicurativo a livello europeo. Tuttavia, la maggiore difficoltà alla creazione di un diritto europeo uniforme in materia assicurativa è dovuta alla presenza di norme imperative nelle legislazioni nazionali e alla resistenza degli Stati membri a modificare, per questo aspetto, la disciplina interna<sup>90</sup>.

Solo un costante e proficuo dibattito fra gli operatori del settore potrà garantire il perseguimento di un elevato grado di armonizzazione, a livello sovranazionale, dei mercati

---

<sup>88</sup> G. VOLPE PUTZOLU, *Il contratto di assicurazione nella prospettiva europea: il punto di vista del civil lawyer*, cit., p. 416 ove pone in rilievo: «Questo non significa che debbono essere sottovalutate le differenze tra le normative previste nei vari paesi. Il problema emerge principalmente nel confronto tra i sistemi di *common law* e i sistemi di *civil law*». C. CASTRONOVO e S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, cit., p. 1015, ove segnalano «Il problema emerge principalmente nel confronto tra i sistemi di *common law* e i sistemi di *civil law*, anche se, a ben vedere, i principi fondamentali non sono molto diversi nei due sistemi. Differenze significative sussistono, in particolare, in ordine ai rimedi, non solo per il differente impiego dei singoli istituti (nullità, annullabilità, risoluzione, recesso unilaterale) nella normativa speciale del contratto di assicurazione, ma anche e soprattutto per la connessione della norma speciale con la rispettiva norma generale del contratto».

<sup>89</sup> Così, C. CASTRONOVO e S. MAZZAMUTO, *op. cit.*, p. 1014 che osservano: «La compensazione dei rischi richiede la collaborazione delle imprese nella loro assunzione e ripartizione, non solo a livello nazionale, ma anche internazionale. Ci si riferisce, in particolare alla riassicurazione dei rischi assicurati che è essenziale per la corretta gestione dei rischi e, per questo motivo, è imposta alle imprese della disciplina di vigilanza. [...] La natura transnazionale del procedimento assicurativo spiega anche perché le direttive sull'esercizio dell'attività assicurativa siano così dettagliate e, in massima parte, contengano una disciplina già compiuta e sostanzialmente *self executing*. Un'armonizzazione così puntuale non sarebbe possibile se l'operazione assicurativa non fosse regolata dagli stessi principi fondamentali in tutti i paesi dell'unione europea». Si veda: G. VOLPE PUTZOLU, *op. cit.*, cit., p. 415.

<sup>90</sup> C. CASTRONOVO e S. MAZZAMUTO, *op. cit.*, p. 1015, «Va inoltre rilevato che è molto difficile giungere ad un'armonizzazione del diritto del contratto di assicurazione in assenza di una disciplina uniforme del diritto generale dei contratti. Il diritto del contratto di assicurazione, sebbene si caratterizzi, in tutti gli ordinamenti, per la presenza di numerose deroghe alla disciplina generale dei contratti, pur sempre, la presuppone ed è utopistico pensare che si possa giungere ad un'armonizzazione che prescindano dall'armonizzazione del diritto dei contratti in generale. Si pensi alle regole generali sulla formazione del contratto, sull'adempimento, sulla invalidità del contratto».

assicurativi e finanziari<sup>91</sup>. In tale prospettiva, non si deve ritenere che la disciplina adottata in materia assicurativa a livello europeo sia in grado di decostruire la base concettuale e normativa che, in tale ambito, ciascun ordinamento possiede<sup>92</sup>. Una disciplina europea del contratto di assicurazione potrà, concretamente, trovare applicazione solo se la sua regolamentazione non si ponga in contrasto con quel nucleo stabile di valori e di principi generali presenti in ciascun ordinamento giuridico, in grado di ricomporre la frattura culturale fra diritto interno e diritto europeo<sup>93</sup>.

Il mercato europeo delle assicurazioni sembra, attualmente, connotato da una marcata tendenza, registratasi negli sviluppi più recenti della legislazione comunitaria<sup>94</sup>, «a collocare la tutela del cliente sempre più al centro delle politiche di regolazione del mercato; a proteggere la parte debole delle relazioni asimmetriche di mercato non perché è un consumatore [...] ma perché è, appunto, un cliente»<sup>95</sup>. Significativi riscontri, in tal senso, si possono cogliere nella normativa europea ove, chiaramente, si persegue la finalità di garantire un adeguato livello protezione del cliente nei confronti del prestatore di servizi ritenuto il soggetto che possiede il controllo conoscitivo, tecnico, organizzativo del servizio stesso<sup>96</sup>. Lo strumento assicurativo rappresenta, sul piano applicativo, il mezzo mediante il

---

<sup>91</sup> C. CASTRONOVO e S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, cit., p. 1016. In argomento G. VOLPE PUTZOLU, *Il contratto di assicurazione nella prospettiva europea: il punto di vista del civil lawyer*, cit., p. 411 ss. «Sono molto scettica sulla possibilità di giungere, in questa fase di evoluzione della Comunità europea, ad un diritto europeo uniforme, vincolante. [...] Mi riferisco alla necessità di migliorare la normativa comunitaria esistente, prima di affrontare il problema della armonizzazione delle discipline nazionali sul contratto di assicurazione».

<sup>92</sup> C. CASTRONOVO e S. MAZZAMUTO, *op. cit.*, p. 1015, ove si pone in evidenza la difficoltà di: «giungere ad un'armonizzazione del diritto del contratto di assicurazione in assenza di una disciplina uniforme del diritto generale dei contratti».

<sup>93</sup> A. GENTILI, *I concetti nel diritto privato europeo*, cit., p. 781. Per quanto nel diritto europeo «la cultura di questo non coincida con quella dei codici, rientra comunque con essa nel comune patrimonio culturale che ha per medium il linguaggio naturale. È vero, il legislatore comunitario parla di ben altro, ma ne parla in ciascun ordinamento interno con le stesse lingue dei diritti nazionali. Se c'è un punto comune, è lì».

<sup>94</sup> Così N. ZORZI GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubb. econ.*, diretto da F. GALGANO, Padova, 2012. «Il diritto di recesso è stato poi previsto in materia di contratto di assicurazione sulla vita individuale. Il recesso dall'assicurazione sulla vita può essere esercitato entro un termine lungo di 30 giorni (mente per le altre assicurazioni rimane il termine di 14 giorni), ma esso è attribuito al “contraente” secondo il linguaggio usato oggi sia dalla direttiva di riferimento, sia dalla corrispondente norma di attuazione confluita nell'art. 177 del Codice delle assicurazioni private rubricato “diritto di recesso”. Il contraente è per così dire qualunque stipulante, controparte della compagnia assicuratrice, e tale non è solo il consumatore, persona fisica che agisce per fini privati, ma può anche essere il singolo individuo, professionista o imprenditore, o un qualsiasi ente collettivo».

<sup>95</sup> In argomento si veda: V. ROPPO, *Regolazione del mercato e interessi di riferimento: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, p. 19 ss., spec. 25.

<sup>96</sup> V. ROPPO, *op. cit.*, p. 26.

quale realizzare una socializzazione dei rischi connessi non soltanto alla produzione industriale ma anche all'area dei servizi, settore ormai trainante dell'economia avanzata<sup>97</sup>. In tal senso, fondamentale è garantire il corretto funzionamento dei contratti assicurativi, promuovendo la trasparenza, la chiarezza e la conoscibilità del contenuto del contratto<sup>98</sup>, al fine di superare il problema dell'asimmetria informativa<sup>99</sup>, mediante l'osservanza di regole di condotta che pongano un correttivo allo squilibrio negoziale nel rapporto tra impresa assicurativa e assicurato<sup>100</sup>.

Il diritto delle assicurazioni scaturisce da una pluralità di formanti<sup>101</sup> o fattori che vivono oltre la cornice normativa<sup>102</sup>, «giurisprudenza, dottrina e prassi rappresentano feno-

<sup>97</sup> M. GAZZARA, *Contratto di assicurazione e tutela dell'aderente*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, p. 461 ss.

<sup>98</sup> M. GAZZARA, *op. cit.*, p. 462, ove osserva: «È noto come nella moderna economia la contrattazione standardizzata costituisca lo strumento di gran lunga più frequente attraverso il quale si realizza la distribuzione e lo scambio di beni e servizi; nel mercato assicurativo – in particolare – la previsione di condizioni contrattuali uniformi costituisce un'esigenza imprescindibile dell'agire imprenditoriale, tenuto conto anche dell'elevato tecnicismo che caratterizza il contratto. Una visione complessiva e realistica del fenomeno impone di sindacare la validità delle clausole unilateralmente predisposte in una dimensione più ampia che non si esaurisca nel mero rapporto impresa – contraente: se, infatti, nell'ottica del rapporto assicuratore – assicurato il contratto realizza un trasferimento del rischio da un soggetto all'altro, in una prospettiva di insieme esso è diretto a realizzare una ripartizione del rischio attraverso la mutualità».

<sup>99</sup> A. FIORENTINO, *L'assicurazione contro i danni, Parte generale*, cit., p. 59, che fa notare: «In questo caso, le parti discutono e fissano di volta in volta solo le “clausole particolari” del contratto (c.d. “condizioni speciali di polizza”), quelle cioè che devono necessariamente essere diverse per ogni contratto, mentre le “clausole generali” [...] non possono essere dal contraente aderente, che accettate in blocco».

<sup>100</sup> V. SANTOCCHI, *La valutazione di adeguatezza e di appropriatezza nei rapporti contrattuali fra intermediario e cliente*, in *I contratti del mercato finanziario*, t. I, a cura di E. GABRIELLI e R. LENER, in *Tratt. contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, Torino, 2011, p. 281 ss. ove l'A. osserva, a proposito dei rapporti contrattuali tra intermediario e cliente: «Il recepimento della direttiva 2004/39/CE, intervenuto con il d.lg. n.164/2007, ha apportato significative modifiche in materia di servizi di investimento. Tra le novità introdotte viene solitamente annoverata la previsione di una valutazione di appropriatezza dell'operazione finanziaria, in sostituzione per alcuni servizi della già prevista valutazione di adeguatezza. [...] Il deficit cognitivo è la conseguenza della carenza di conoscenze tecniche e di una struttura imprenditoriale che consenta di superare gli alti costi derivanti dal reperimento delle informazioni, necessarie ad operare nei mercati finanziari. Ebbene, l'impossibilità per l'investitore non professionale di acquisire le informazioni necessarie e la sua incapacità, anche ove ciò accadesse, di decifrarle e di comprenderle, lo pongono in una condizione di subordinazione rispetto all'intermediario; quest'ultimo, al contrario, in possesso dei suddetti requisiti professionali, finisce per godere di una posizione preminente nel rapporto contrattuale, posto in condizione di poter agire perseguendo i propri interessi e non quelli del proprio cliente. È tale posizione di disparità nelle dinamiche contrattuali a giustificare l'esistenza di specifici doveri informativi, a carico del contraente più forte e del *need of protection* riconosciuto al risparmiatore».

<sup>101</sup> R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, 5ª ed., Torino, 1992, p. 147 ss.

<sup>102</sup> G. DI PLINIO, *Uso del «comparato» e problemi di legittimazione nelle dinamiche delle Corti costituzionali: lo stile spagnolo*, in *Corti nazionali e comparazione giuridica*, a cura di G. F. FERRARI e A. GAMBARO, Collana Cinquanta anni della Corte Costituzionale, Napoli, 2006, p. 63 ss., spec. 75. «È ingenuo pensare, specie nel contesto dei rapporti tra le Corti, che la circolazione dei modelli possa essere spiegata con il solo “effetto imitazione”».

meni che il giurista non può ignorare nel lavoro quotidiano di ricostruzione della regola giuridica»<sup>103</sup>. Il momento applicativo rappresenta, allora, lo strumento di concretizzazione del diritto<sup>104</sup> e concorre a formare il diritto vivente<sup>105</sup>.

Il contratto di assicurazione si innesta, come si è visto, in un quadro di regolamentazione non solo di diritto nazionale ma europeo ed internazionale. Significative, in tal senso, le iniziative adottate a livello sovranazionale per la regolamentazione del mercato assicurativo. Tali iniziative mostrano contorni ben delineati, in grado di rispondere alle esigenze che si manifestano in un'epoca, quale quella attuale, caratterizzata da una globalizzazione economica, giuridica e culturale<sup>106</sup> che non solo rafforza il potere normativo di apparati sovranazionali, ma contribuisce anche ad un fenomeno di auto-organizzazione dei privati<sup>107</sup>.

Le politiche perseguite a livello europeo per incentivare il settore assicurativo si fondano sull'effettiva piena attuazione della libertà di stabilimento e della libertà di prestazione di servizi, nell'ottica di favorire, fra le parti, la conclusione di contratti transfrontalieri, liberalizzando il mercato e fissando un insieme di regole indispensabili a garantire la correttezza degli operatori del settore assicurativo. La spinta verso la creazione «di un mercato assicurativo pienamente concorrenziale, liberando gli operatori da penetranti imposizioni e controlli preventivi, ha naturalmente comportato un ritorno dell'attenzione nei confronti delle

---

<sup>103</sup> R. FAVALE, *Il formalismo nel diritto dei consumatori*, in *Contr. impr./Eur.*, 2012, p. 1 ss. che considera la regola giuridica: «sì nella legge, ma non solo in quest'ultima: la norma scaturisce dal *lebendes Recht*, composto da una pluralità di fattori, ovvero formanti, che vivono oltre la legge, pur senza essere avulsi dalla legge».

<sup>104</sup> P. PERLINGIERI, *Fonti del diritto e «ordinamento del caso concreto»*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, p. 7 ss., spec. 8, ove, acutamente, avverte: «Questa riflessione evoca la nozione di “interpretazione a fini applicativi” utile per riaffermare la centralità della dimensione fattuale, ossia della valutazione del fatto quale “motore” e non “accidente” del fenomeno giuridico. Il diritto vive in sede applicativa; la fonte è riconoscibile come tale soltanto nella sua applicazione-interpretazione; interpretazione e applicazione non sono distinguibili né logicamente né cronologicamente».

<sup>105</sup> F. SANTORO PASSARELLI, *A proposito del «diritto vivente»*, in *Iustitia*, 1993, p. 54. L. MENGONI, *Diritto vivente*, in *Dig. Disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1990, p. 445.

<sup>106</sup> Sul tema il rinvio obbligato è a: M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, 2000. F. GALGANO, *Globalizzazione dell'economia e universalità del diritto*, in *Pol. dir.*, 2009, p. 177 ss.

<sup>107</sup> F. VIGLIONE, *I «confini» nel diritto privato comparato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, p. 162 ss. spec. 170 che pone in rilievo: «Riflettere sull'oggetto delle analisi comparative consente di sgombrare il campo da un possibile equivoco, che una lettura emotiva del processo di globalizzazione potrebbe suscitare: il declino dei confini nazionali, privati della propria consueta impermeabilità, non indebolisce la rilevanza euristica dei diritti degli Stati nazionali, posto che nel loro reciproco confronto e nella ricerca di somiglianze e distinzioni ancora oggi si rinviene un tratto essenziale della comparazione».

dinamiche contrattuali»<sup>108</sup>, in particolare relative alla correzione delle asimmetrie informative nei contratti di assicurazione.

Il diritto europeo è un sistema operante su più livelli di efficacia, sia nazionale che sovranazionale, statale ed extra-statale, caratterizzato da una molteplicità di fonti ed espressione di vari formanti, di natura legislativa, giurisprudenziale fondato sulla base di valori e principi generali comuni<sup>109</sup>. Le spinte normative sovranazionali che si registrano, danno vita ad «un canale giuridico che si affianca e corre accanto a quello dello Stato»<sup>110</sup>.

Nella fase attuale del processo di integrazione giuridica<sup>111</sup>, il diritto privato europeo<sup>112</sup> inteso nella sua effettività di sistema di regolazione dei rapporti interprivati sta, progressivamente, divenendo elemento costitutivo dei diritti nazionali<sup>113</sup>. Tuttavia, gli interventi modificativi apportati dal diritto privato europeo<sup>114</sup> in alcuni casi contribuiscono a decostruire i concetti tradizionali data la totale alterità culturale. «Il nuovo diritto dei contratti, il nuovo diritto delle imprese fuoriescono, infatti, totalmente dalla prospettiva logica ed assiologica tipica del diritto interno, e si pongono nella prospettiva economica tipica del diritto comunitario»<sup>115</sup>.

<sup>108</sup> M. GAGLIARDI, *Il contratto di assicurazione. Spunti di atipicità ed evoluzione del tipo*, cit., p. 196.

<sup>109</sup> L. MOCCIA, *Comparazione giuridica, diritto e giurista europeo: un punto di vista globale*, cit., p. 783.

<sup>110</sup> P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Bari, 2003, p. 70.

<sup>111</sup> R. ZIMMERMANN, *La costituzione dell'European Law Institute e le sue sfide*, in *Riv. trim.*, 2012, p. 515 ss. che sottolinea l'importanza della costituzione dell'*European Law Institute* (Eli) organismo che ha visto il suo congresso inaugurale significativamente tenutosi a Parigi il 1° giugno del 2011. La nascita di Eli «è stata ripetutamente caldeggiata, per non dire richiesta, durante gli ultimi dieci, o forse quindici anni, al fine di colmare taluni deficit strutturali che, in Europa, intralciano l'armonizzazione del diritto».

<sup>112</sup> A. GENTILI, *I concetti nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, p. 761 ss., spec. 775. Osserva che se si vuole trarre una considerazione «appare evidente che il concettualismo è logicamente possibile solo laddove l'ordinamento sia o un sistema legale aperto, o un sistema legale chiuso ma coerente. Non ha dunque spazio in un sistema come l'attuale che, fermo nei suoi presupposti giuspositivistici si pretende chiuso e completo, ma è del tutto incoerente. [...] Non è esatto dire che la legislazione europea abbia progressivamente decostruito i concetti del diritto nazionale. La risposta è senz'altro negativa. Se non preesistevano no li ha certo decostruiti. Non che il diritto privato europeo non abbia capacità decostruttive. Ma ha solo proseguito l'opera di decostruzione già progredita che ha trovato».

<sup>113</sup> S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2012, p. 18, scrive: «Il diritto privato europeo come risultante del grado di uniformazione del diritto dei Paesi membri dell'Unione europea, per loro caratteristiche originarie o per l'incidenza delle fonti comunitarie o comunque sovranazionali, trova la sua legittimazione formale nei già ricordati artt. 340 e 6.3 TUE, che rispettivamente fanno menzione dei “principi comuni ai diritti degli Stati membri” e delle “tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri” e comporta, altresì, un rilancio non più in chiave fenomenologica ma in chiave squisitamente normativa del metodo comparatistico».

<sup>114</sup> M. BERNARDINI, *Diritto privato e fonti comunitarie*, in *Nuove giur. civ. comm.*, 2004, II, p. 606.

<sup>115</sup> A. GENTILI, *I concetti nel diritto privato europeo*, cit., p. 776, che avverte: «Alla base del concetto tradizionale stanno valori. Alla base dell'apporto comunitario, fatti. Il primo è sul piano della validità. Il secondo sul piano

L'elaborazione di un quadro di principi comuni a livello europeo invita a riflettere sul progressivo affermarsi di una «*européanisation*» o di una «*ré-européanisation*» del diritto privato, individuando quale fine specifico ed immediato quello di armonizzare il diritto privato in Europa, mediante l'ausilio fondamentale del metodo comparativo<sup>116</sup>.

L'«europeizzazione» del contratto di assicurazione<sup>117</sup> non solo si fonda su precise ragioni di *policies*, volte a fornire un adeguato sistema di tutele agli assicurati, ma contribuisce a realizzare un'opera di «osmosi» fra diritti nazionali e diritto europeo, in coerenza con quel processo di armonizzazione del diritto privato europeo che presuppone un nucleo di valori e di principi comune ai vari diritti nazionali<sup>118</sup>.

---

dell'efficienza. Prospettive diverse, culture diverse. La decostruzione che ci viene dalle fonti comunitarie non tende insomma a un diverso concetto, ma a un diverso diritto».

<sup>116</sup> T. KADNER GRAZIANO, *La méthode à employer. L'eupéanisation du droit privé et de la méthode comparative*, in *Le contrat de droit privé européen. Exercices de comparaison et d'harmonisation*, Bâle-gênève-Munich-Bruxelles, 2006, p. 320 ove descrive il metodo comparativo come una fonte d'ispirazione per ricercare soluzioni nuove ed ampliare gli orizzonti giuridici.

<sup>117</sup> M. GAGLIARDI, *Il contratto di assicurazione. Spunti di atipicità ed evoluzione del tipo*, cit., p. 203.

<sup>118</sup> A. GAMBARO, «Jura et leges» nel processo di edificazione di un diritto privato europeo, in *Eur. dir. priv.*, 1998, p. 993 ss., spec. 1001.



ANTONELLA MERLI

*Libertà e coercizione*

*Che cosa vietare e punire, e che cosa no*

*nelle democrazie costituzionali*

*Il diritto a confronto*

*con le morali le culture le religioni\**

*Sommario:* 1.- I limiti della potestà punitiva dello Stato nella configurazione dei reati tra vincoli di costituzionalità e principio democratico. 2.- Diritto penale e consenso sociale. 3.- Politica criminale e mezzi di comunicazione di massa. 4.- Il c.d. negazionismo tra esercizio di un diritto e delitto. 5.- Il problema della c.d. “sostenibilità morale” del diritto penale. 6.- Laicità, religiosità e diritto penale. 7.- Diritto penale e società multiculturale.

*1.- I limiti della potestà punitiva dello Stato nella configurazione dei reati tra vincoli di costituzionalità e principio democratico.*

Nel momento in cui una nuova norma giuridica, la Costituzione, ha introdotto nell'ordinamento giuridico positivo il principio della limitazione del potere attraverso il diritto (l'ideale antichissimo del governo delle leggi), nella democrazia pluralista convivono queste due dimensioni correlate, libertà e coercizione, corrispondenti alle due facce della cittadinanza democratica: una convivenza difficile ma nondimeno cruciale. Coniugare libertà e coercizione è certo riflessione antica ed è un vecchio problema della nostra civiltà liberale. Oggi, per la cultura giuridica occidentale, nell'orizzonte delle democrazie costituziona-

---

\* Il presente scritto è il testo rielaborato con l'aggiunta della bibliografia essenziale della relazione introduttiva svolta al convegno “Oggetto e limiti del potere coercitivo dello Stato nelle democrazie costituzionali”, organizzato dall'Università di Camerino ad Ascoli Piceno, il 5,6,7 marzo 2010, i cui atti sono in corso di pubblicazione.

li, costituisce -sotto l'effetto dei radicali cambiamenti che si manifestano nel mondo contemporaneo- uno dei punti più critici e delicati della questione politico-criminale. Il tema ha portato in primo piano il problema dei limiti della potestà punitiva dello Stato nella configurazione dei reati: di quello, cioè, che, all'interno di una moderna democrazia liberale, il legislatore può legittimamente e giustamente punire, e quello che deve lasciare impunito. E' la questione dominante di questi anni, dove soprattutto in gioco sono la dignità dell'uomo con i suoi diritti fondamentali. Un'impresa, mai definitivamente conclusa, per cercare di coniugare i principi di libertà e autonomia con quelli di autorità e responsabilità, e intimamente legata alla qualità della democrazia di cui un paese dispone. Il problema, in cui si intrecciano-come vedremo-*legittimazione formale* e *giustificazione sostanziale* del vietare e punire, scaturisce dalla simultanea esistenza di due esigenze radicalmente eterogenee e tendenzialmente opposte: garantire un efficiente controllo sociale e, al tempo stesso, il massimo grado di libertà individuale dei cittadini.

In democrazia, la legge è il frutto di decisioni di organi politici, legittimati dalla volontà popolare, e si presume che sia anche frutto di ragione e di esperienza. Tuttavia è la 'volontà politica' della maggioranza, non la 'ragione' (la ragione può stare dalla parte delle minoranze), la condizione ultima perchè ogni scelta legislativa assuma vigore. Questo indebolimento del vincolo di razionalità è a favore di un largo spazio di manovra che lo Stato costituzionale affida alla discrezionalità della politica, e quindi alla 'volontà' insindacabile (al possibile arbitrio) del legislatore: uno spazio in cui la legge fondamentale non è capace di vincolarlo, di imporsi sulla sua volontà, sul suo potere di attuazione.<sup>1</sup> Queste componenti razionali e volontaristiche della legge, mettono in luce il problema delle odierne democrazie occidentali che, in ambito penalistico, potrebbe essere descritto come quello della difficile convivenza tra democrazia pluralistica e razionalità sistematica del diritto penale.

Nondimeno, nelle democrazie di oggi, il diritto penale è subordinato alla Costituzione. La Costituzione, pur essendo le scelte di politica criminale nelle mani del legislatore, ostacola -è questo il suo ruolo- una politicizzazione integrale del diritto: la legge è valida, se

---

<sup>1</sup> L'attuazione dei principi costituzionali da parte del legislatore non si limita a specificare diritti (e valori) enumerati nel testo costituzionale: ne produce di nuovi. Dottrina e giurisprudenza interpretano, ad esempio, come clausola di rinvio a diritti non enumerati nella Costituzione l'art. 2 cost. ("la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo"). Il Nono emendamento della Costituzione federale statunitense rinvia essa stessa a diritti non enumerati. Cfr. M. BARBERIS, *Etica per giuristi*, Laterza, Roma-Bari 2006, p. 29.

rispetta non solo la forma, ma anche i limiti e i vincoli di contenuto da essa imposti al legislatore. Sotto questo profilo, la democrazia non è soltanto una procedura, un puro metodo decisionale, che vincola il *chi* e il *come*, ma offre anche contenuti sostantivi: il quadro dei valori costituzionali disegna, con forza vincolante, i confini dell'area del penalmente rilevante. Tuttavia, il Costituente, per rispettare la sovranità *politica* della legge, non poteva non lasciare al legislatore uno spazio proprio, fuori dalla sfera dei vincoli, dei limiti e delle regole. Del resto, nei tempi in cui viviamo, un gran numero di questioni (penso, ad esempio, ai temi che riguardano l'inizio e la fine della vita, la concezione della famiglia, l'emergenza climatica e la difesa dell'ambiente, i confini della scienza, le migrazioni transnazionali e l'interdipendenza globale che sfidano la sovranità e i confini degli Stati, il multiculturalismo nelle agitate democrazie contemporanee) mostrano nuove dimensioni delle libertà e dei diritti, e si collocano talvolta in uno spazio *vuoto da diritto*. Pongono cioè interrogativi inediti che di certo i padri costituenti non potevano prevedere nella fase storica in cui la Costituzione venne alla luce, e che pertanto non trovano una risposta univoca nei principi riconosciuti dalla comunità politica e depositati nella Costituzione, se non a patto di concepire la Costituzione come un'organizzazione di valori compatta e monolitica, in contrasto con la sua configurazione essenzialmente pluralista<sup>2</sup>, quale è quella che si è affermata in Europa nella fase costituente del secondo dopoguerra, in forza della quale essa contiene, e non potrebbe non contenere, più che disposizioni di dettaglio, cardini essenziali, principi (principio democratico; di laicità; di solidarietà; di inviolabilità dei diritti dell'uomo; di intangibilità della dignità della persona...), i cui enunciati, a causa della loro formulazione in termini di principi generalissimi, la cui disciplina flessibile prende forma nel tempo, nella concretezza delle situazioni in cui sono chiamati ad operare, possono giustificare la più diversa legislazione attuativa, e rivelarsi nella prassi -nello specifico ambito penalistico- più un criterio orientativo della politica criminale, che non un rigido parametro di valutazione della legittimità costituzionale della legislazione penale. Essi, a ben vedere, solo nella loro astrattezza sono condivisi da tutti. Nel momento in cui si domanda in qual modo li si possa garantire,

---

<sup>2</sup> Nel campo giuridico, tutte le giurisprudenze e le dottrine costituzionali che riconoscono che i valori costituzionali sono plurimi e conflittuali e ammettono il ricorso alla ponderazione (o bilanciamento) tra valori ultimi giustificativi dei rispettivi diritti possono considerarsi altrettante applicazioni del pluralismo. Cfr. M. BARBERIS, *Etica per giuristi*, cit., p. 190; R. BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in M. LA TORRE e A. SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 69-72.

la questione si concentra sui problemi dei loro conflitti.<sup>3</sup> Nello stesso catalogo dei diritti umani, che racchiudono verità considerate stabili e permanenti e rappresentano, in un certo senso, la laicizzazione del diritto naturale e la sua trasformazione in diritto storico, anche se intesi come categoria dinamica e non chiusa o statica, emergendo pur sempre un'esigenza di adeguamento ai mutamenti sociali, è possibile trovare, fianco a fianco, un valore e il suo contrario, insieme incidenti e paralleli, che si mettono 'fuori gioco' a vicenda. E' proprio qui, con riguardo ai diritti fondamentali della cultura occidentale, che il pluralismo (il principio della libertà di ogni morale) si pone in termini drammatici.<sup>4</sup> La tolleranza della democrazia verso culture diverse è essa stessa un valore. Tuttavia, anche nel modello multiculturalista esistono -devono esistere- limiti alla tolleranza, che in campo penale precludono qualsiasi valutazione indulgente.<sup>5</sup> Il lavoro di declinazione di valori e diritti richiama perciò questioni di bilanciamento fra i valori coinvolti, nessuno dei quali, di regola, è protetto in assoluto, per cui richiede soluzioni di riequilibrio tra i valori in conflitto e un loro giusto temperamento.

Nel tessuto dei principi costituzionali si aprono così dei varchi attraverso cui passano concezioni del bene, visioni del mondo, dottrine etico-politiche, che mettono fuori gioco l'analisi giuridica, rispetto a un processo di evoluzione sociale che implica valutazioni contrassegnate da un'ampia componente di discrezionalità politica, irrimediabilmente affidata al legislatore ordinario. E che si prestano ad una contaminazione con il mondo morale, con quello ideologico, e perfino con quello religioso. E' attraverso questi varchi che è tornata a farsi sentire la voce della Chiesa. Ed è questo il luogo dove esplodono aspri conflitti ideolo-

---

<sup>3</sup> Che vi siano conflitti fra valori è la tesi difesa dal pluralismo etico e contestata dal monismo etico (non solo da filosofi morali ma anche da giuristi): cfr. ad esempio F. TOLLER, *La resolución de los conflictos entre derechos fundamentales*, in E. FERRER MAC-GREGOR (a cura di), *Interpretación constitucional*, Universidad Nacional Autónoma, Mexico 2005, t. II, pp. 1199-1284). Sul tema, fra gli altri, H. STEINER, *An essay on Rights*, Blackwell, Oxford-Cambridge 1994.

<sup>4</sup> Significativa, al riguardo, è la posizione assunta dai rappresentanti dei paesi islamici di Asia ed Africa, dei paesi confuciani e buddisti in occasione della Conferenza mondiale delle Nazioni Unite sui diritti umani (Vienna, 1993), i quali, nel rifiutare la concezione dei diritti umani propria degli stati di tradizione liberale, hanno sostenuto e fatto prevalere l'idea che le questioni relative alla tutela dei diritti umani debbano essere valutate sulla base delle particolarità regionali e nazionali e dei relativi valori religiosi e culturali, contestando le ingerenze internazionali nella loro sfera di sovranità.

<sup>5</sup> Sul concetto di tolleranza, v. V. MORMANDO, *Religione, laicità, tolleranza e diritto penale*, in *Scritti Stella*, Napoli 2007, p. 262 ss.; K. POPPER, *Tolleranza e responsabilità intellettuale*, in *Mendus-Edwards, Saggi sulla tolleranza*, Milano 1990; E. GARZON VALDES, "No pongas tus sucias manos sobre Mozart". *Algunas consideraciones sobre el concepto de tolerancia*, trad. it. in *Tolleranza, responsabilità e Stato di diritto. Saggi di filosofia morale politica*, il Mulino, Bologna 2003; N. BOBBIO, *Le ragioni della tolleranza*, in *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino 1990, p. 236.

gici, il terreno sul quale si confrontano obbiettivi e linguaggi di culture alternative, e dove si scontrano i rapporti di forza degli schieramenti politici. Qui non ci sono dogmi sedimentati e perennemente validi: qui, insomma, tutto è solo storia. Se è così, l'approccio costituzionale non chiude, ma al contrario apre un ulteriore piano di problemi, per scegliere, nel conflitto delle istanze, delle esigenze e delle aspirazioni di una società altamente differenziata, le soluzioni più giuste, e le più vantaggiose, o le meno dannose, per l'ordine sociale contemporaneo. Allarga cioè l'orizzonte conoscitivo a profili di indagine interdisciplinari, al dialogo multiculturale, alle molte sfide che, al di là degli aspetti più squisitamente giuridici, le innovazioni tecnologiche e culturali pongono alle società democratiche e alla stessa comunità internazionale. E che aspirano a dare una *giustificazione* al diritto di punire (come pure al fondamento della pena moderna), invece di una legittimazione solo formale

Si profila allora l'interrogativo se -in società caratterizzate dalla compresenza di plurime visioni del mondo, in contraddizione l'una con l'altra, dove la cultura giuridica tradizionale, ben attrezzata per un'altra dimensione in cui la società "nazionale" era "pensata" come compatta, omogenea e indifferenziata al suo interno,<sup>6</sup> ha cominciato ad entrare in crisi-è la sola Costituzione a dover sostenere tutto il peso della *giustificazione* della coercizione punitiva dello Stato. Un tema che, nella presente situazione spirituale del pensiero penalistico, riapre un discorso sui fondamenti etico-normativi del diritto penale e, più in generale, del diritto punitivo o coercitivo, di cui il diritto penale è solo una parte, anche se la più importante.<sup>7</sup>

Che non sia possibile ricavare dalla Costituzione prescrizioni vincolanti circa il contenuto sostanziale dei reati, è opinione assai diffusa. Se è vero infatti che l'apparato di principi e valori, attorno a cui si è strutturata, contiene le nostre convinzioni più radicate, rende esplicite concezioni che condividiamo, tuttavia, nel momento "politico" della legislazione attuativa, il precetto costituzionale si fa flessibile, discreto, capace di adeguarsi -attraverso l'ineliminabile mediazione del legislatore- alle specifiche vicende sociali, nelle varie loro sfaccettature, singolarità, irregolarità, mutevolezze, e di rispondere ai quesiti via via posti

---

<sup>6</sup> W. TWINING, *Globalisation and Legal Theory*, North Western University Press, Evanston (IL) 2000, pp. 142 ss., 561 ss.

<sup>7</sup> Per un esame approfondito dell'argomento, v. A. MERLI, *Democrazia e diritto penale. Note a margine del dibattito sul cosiddetto negazionismo*, Esi, Napoli 2008, pp. 191 ss e 266 ss

dall'innovazione. Anche dopo l'avvento della Costituzione, si pone, quindi, un problema di *giustificazione sostanziale* (in senso forte) dell'intervento punitivo (di ciò che è *giusto* o *ingiusto* punire), che va oltre l'approccio giuspositivistico, o di *legittimazione formale* (e di *giustificazione sostanziale* in senso debole), su cui si basa il paradigma costituzionalistico, il quale non arriva a postulare una limitazione rigorosa e selettiva dell'area dell'intervento penale. E' per questo che la Costituzione occupa solo una parte della politica, sollevando il problema dei rapporti tra principio democratico e vincoli di costituzionalità, che pone l'eterno dilemma tra due spinte opposte: optare per la democrazia (riducendo lo spazio dei diritti), o piuttosto per i diritti (riducendo lo spazio della politica)? Ed è per questo che la dissertazione sulla potestà punitiva dello Stato nella configurazione dei reati, e di come contenerla e limitarla, involge la perenne dialettica tra politica e diritto (due forze, due spinte opposte, due poteri con propri distinti circuiti di legittimazione sul cui equilibrio si basa lo Stato di diritto); tra ciò che è ontologicamente, o naturalisticamente, delitto, e ciò che è tale per mera creazione politico-sociale; tra efficienza repressiva e limitazione della coercizione (due esigenze in reciproca tensione e, talvolta, in aperto conflitto tra di loro) e, in radice, tra diritto penale e morale. Le ragioni, cioè, antiche e recenti, di quello che, all'interno di una moderna democrazia liberale, il legislatore può legittimamente e giustamente punire, e quello che deve lasciare impunito. Insomma, un problema che va al cuore del diritto penale e che investe le scelte politiche relative ai contenuti, ovvero al "che cosa punire" (ma anche le scelte concernenti il "perché punire" ed il "come punire").

## 2.- *Diritto penale e consenso sociale*

La questione del legittimo fondamento della restrizione della libertà dei consociati rinvia al rapporto tra diritto penale e consenso sociale.<sup>8</sup> Nella determinazione dei valori da tutelare, che aspirano ad una validità generale, la scelta è soggetta a discussione razionale, a critica e ad argomentazione, e avviene attraverso la dialettica e le procedure democratiche di formazione delle norme. La stessa garanzia della riserva di legge, che non mira solo a soddisfare un'esigenza di certezza, sta in primo luogo nell'affidare alla competenza esclusiva

---

<sup>8</sup> E' proprio questo consenso che "fa sì che tutti accettino come vincolanti le norme emesse nel modo prescritto dalla costituzione" (K. OLIVECRONA, *Law as Fact* [1939], trad. it. *Il diritto come fatto*, a cura di S. Castiglione, Giuffrè, Milano 1967, cap. II, pp.43-44).

del Parlamento, espressione della sovranità popolare e del pluralismo politico, sociale e culturale, la disciplina di una materia che incide sui diritti di libertà del cittadino. Una convivenza nella libertà, e la stessa effettività del diritto, è possibile se l'osservanza dei precetti sia il risultato di un'obbedienza prevalentemente volontaria, e non dell'esercizio del potere e della coercizione statale (anche se deterrenza e repressione non possono essere eluse). Perciò il criterio di scelta, nella selezione delle condotte da penalizzare, non può essere individuato se non nel grado di consolidamento del disvalore dei fatti nella coscienza collettiva.<sup>9</sup> Lo stesso processo di 'ricodificazione penale', in un'età di politeismo di valori, esige, in ultima istanza, un consenso attorno a fondamentali valori comuni (un insieme di regole *minime*, di principi, che legano i membri del gruppo), entro un orizzonte segnato -in un'ottica rivolta al futuro- dalla crescente transnazionalizzazione e internazionalizzazione del diritto penale.

Tuttavia, in questa fase, nell'agire quotidiano, coesistono, l'una accanto all'altra, molte visioni del mondo, modi di vivere, opinioni, nessuna delle quali può rivendicare per sé il possesso della verità assoluta. Si pone allora il quesito se, nel contesto inevitabilmente frammentario della nostra contemporaneità, in ambiti morali di confine, dove è accentuato un pluralismo ideologico di valutazioni sociali, sia sufficiente un consenso sociale diffuso per formulare divieti e punizioni, o debba valere il principio della sottrazione alla "*regola della maggioranza*". Così è per le grandi questioni della bioetica e della genetica, che vedono il mondo diviso in due "campi" che, pur contrapposti, sono ancorati entrambi ai principi e ai valori della Costituzione. Tutti riconoscono il valore della vita, quando però si tratta di specificarne in concreto contorni, contenuto, rapporti con altri beni e valori, ognuno aspira a risolvere le questioni presentando la propria come l'unica possibile declinazione dei diritti. Ad esempio, è vita quella dell'embrione? E la c.d. locazione del ventre materno offende, o no, il valore della "dignità umana"? Ancora: le decisioni sulla morte debbono ricondursi, o no, e in che misura, all'autonomia del singolo? Se non esiste, o non è rintracciabile, qualche principio costituzionale in grado di gestire questioni di una tale portata, allora occorre de-

---

<sup>9</sup> Come spiega Habermas: "una norma può pretendere di aver valore soltanto se tutti coloro che possono esserne coinvolti raggiungono (o raggiungerebbero), come partecipanti a un discorso pratico, un accordo sulla validità di tale norma": J. HABERMAS, *Moralbewusstsein und Kommunikatives Handeln*, *Subkamp*, Frankfurt am Main 1983, trad. it. a cura di E. Agazzi, *Etica del Discorso*, Laterza, Roma-Bari 1989, p. 74. ss

mistificare l'immagine semplice e consolatoria, secondo cui il legislatore troverebbe quasi magicamente nella Costituzione la chiave per risolvere tutti i conflitti tra i diritti in gioco.

### 3.- *Politica criminale e mezzi di comunicazione di massa*

Il tema del vietare e punire deve fare i conti con la funzione e gli effetti dei mezzi di comunicazione di massa, e sui loro rapporti con la politica criminale. La risposta alla domanda: che cosa punire, e che cosa no, è, infatti, fortemente influenzata dai media. La scienza penalistica partecipa (o cerca di partecipare) alla definizione sociale della criminalità attraverso un contributo di razionalizzazione; i media - largamente responsabili della percezione sociale del crimine - avvalorano, a volte, un modello puramente simbolico di diritto penale, fomentando l'allarme sociale e il sentimento di insicurezza collettivo. Proprio in tema di sicurezza, in una fase storica in cui la sicurezza, di fronte al dilagare del terrorismo internazionale e ai vari temi legati alle cosiddette emergenze criminali, è diventata problema planetario, si accusa il diritto penale di fondarsi sulla paura, per recuperare, o rafforzare, il consenso nei confronti delle istituzioni attraverso un uso strumentale ed opportunistico della legge, al di fuori dell'individuazione di reali bisogni di tutela. Problema connesso è, ad esempio, se la politica della sicurezza debba essere misurata valutandone l'efficacia, oppure se possa essere ritenuta adeguata anche se persegue effetti solo simbolici, di rassicurazione, indipendentemente da una effettiva capacità di contenimento della minaccia, di riduzione del rischio, di effettiva prevenzione. In altre parole, se la legge penale debba tutelare soltanto la sicurezza in senso oggettivo (assenza di pericolo), o anche quella in senso soggettivo (libertà dalla paura). L'idea di normare sulla paura è considerata da alcuni tutt'altro che stravagante.

### 4.- *Il c.d. negazionismo tra esercizio di un diritto e delitto*

Il tema del rapporto tra libertà e coercizione richiama l'attenzione sullo spazio (legittimamente) riconosciuto alla libera espressione delle coscienze e delle libertà individuali. Che solleva, a sua volta, numerosi interrogativi. Ad esempio: è raccomandabile una verità storica difesa, anziché dagli storici di mestiere, dal potere pubblico? E, soprattutto, è giusto attribuire alla maggioranza la fissazione dei 'confini' della discussione legittima? In altre pa-

role: c'è un limite a cui si può spingere la 'discutibilità' delle verità e dei valori della democrazia?

Sono domande che ci portano immediatamente all'attualità e alla cronaca dei nostri giorni, al dibattito sul c.d. negazionismo (la negazione della Shoa o di altri crimini di genocidio), che è tornato, in questi ultimi tempi, prepotentemente alla ribalta.<sup>10</sup> Ne è scaturita un'ampia discussione, anche in sede politica, con il contributo di riflessione di storici, uomini di cultura e giuristi, sullo sfondo di una questione che presenta alcuni nodi difficili, all'incrocio di varie discipline.

Nella discussione in corso la questione cruciale<sup>11</sup> è se in un modello pluralista di Stato e di società una verità storica, che abbia ricevuto un riconoscimento pressochè universale, può essere oggetto di protezione penale nei confronti di espressioni di pensiero che la negano. E ciò al fine di contrastare il pericolo del loro diffondersi soprattutto tra i giovani e di combattere già sul piano ideale, in una prospettiva più ampia di prevenzione e repressione del fenomeno, ogni forma di razzismo, di antisemitismo e di xenofobia. Per agire, cioè, già contro "i precursori intellettuali" degli atti di violenza spesso collegati a posizioni negazioniste che avrebbero l'effetto di alimentarli o incentivarli.<sup>12</sup>

La contrapposizione tra i punti di vista su questo tema è radicale: uno stesso comportamento, la negazione di una verità storica (cioè dei crimini di genocidio), da un lato è considerato delitto, a causa della sua presunta idoneità a incitare ad atti violenti, dall'altro esercizio di un diritto, o per lo meno un problema più sociale che penale, per cui deve essere escluso da ogni sanzione. Sotto il primo profilo da più parti si reclama una tutela coercitiva anche penale, un segnale forte che, di fronte alla "mostruosità" del negazionismo, rafforzi nei consociati l'adesione al quadro dei valori generalmente condivisi. Una tutela che viene

---

<sup>10</sup> Cfr. A. MERLI, *Democrazia e Diritto penale*, cit., p. 25 ss.

<sup>11</sup> La questione si è posta anche in ambito europeo senza trovare ancora nel confronto politico soluzioni indiscusse. Tuttavia nove Stati membri dell'Ue hanno sanzionato penalmente la negazione dell'Olocausto: cfr., ad es., l'art. 130, comma 3, del codice penale tedesco (introdotto nel 1994), che prevede come fattispecie autonoma la negazione, minimizzazione e approvazione dell'Olocausto a tutela dell'ordine pubblico. Cfr. sul punto T. LENCKNER, *sub art. 130*, in A. SCHÖNKE e H. SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26° ed., München 2001, p. 1219.

<sup>12</sup> Tra i riferimenti specifici del negazionismo alcuni Ministri della Giustizia dell'Ue hanno proposto di inserire nella lista lo stalinismo e la negazione del Gulag sovietico, dei cui orrori se ne sa di meno e se ne parla di meno. L'argomento è oggetto del recente romanzo di M. AMIS, *La casa degli incontri*, pubblicato in Italia nel 2008 da Einaudi.

giustificata anche con il suo valore simbolico, con la necessità di sancire l'adesione ad una "moralità pubblica" che deve dimostrarsi fedele agli ideali proclamati dalla Costituzione. A fondamento di questa posizione, c'è l'idea dello Stato come educatore, come precettore che entra nella coscienza dei cittadini. E, più in generale, una concezione del diritto penale che adempie non più solo funzioni repressive, ma anche funzioni promozionali, di direzione sociale.

L'aspetto più generale del problema riguarda la legittimazione dell'attivazione dello strumento penale a tutela di meri principi, meri sentimenti, o concezioni generali di valore. E, dunque, la distinzione di ciò che lo Stato deve riconoscere come diritto a decidere sulle nostre priorità e su come vivere la nostra vita, ossia a salvaguardare il nostro modo di essere e di pensare, e ciò che invece può essere valutato come condizione necessaria per la convivenza di uomini liberi.

La tentazione di risolvere un problema culturale e sociale con la minaccia della pena, ha sollevato numerose perplessità e censure. Per diverse ragioni. In primo luogo: non spetta al Parlamento scrivere la storia, né tanto meno imporre *una* ricostruzione dei fatti storici. Seconda ragione. Si può ben riconoscere che la funzione delle sanzioni repressive è anche quella di produrre un effetto di accreditamento delle regole sociali condivise e quindi di stabilizzazione sociale. In questo quadro il diritto penale può svolgere, indirettamente, una funzione "moralizzatrice" o di "orientamento culturale", trasmettere con il precetto la misura della rimproverabilità morale del fatto, comunicare all'autore il senso della serietà della sua violazione, stimolando, con un 'messaggio' diretto alle coscienze, una 'interna' adesione all'osservanza dei precetti legali e dei principi di convivenza che vi stanno alla base. Tuttavia, questa funzione di orientamento socio-pedagogico che il diritto penale può esercitare sui piani di vita delle persone per indurre nella generalità dei consociati l'adesione ai valori dell'ordinamento, non può condurre il legislatore a fare a meno di un connotato di effettiva dannosità del reato, utilizzando lo strumento "forte" della pena al prevalente scopo di formare o rafforzare la coscienza etica dei singoli. In una società democratica *matura*, non rientra nella competenza dello Stato il compito di educare coercitivamente i cittadini adulti ai valori sociali dominanti. Il tentativo di dominare e plasmare gli atteggiamenti interiori dei consociati -ostili (o indifferenti) ai valori tutelati dall'ordinamento- per indurli ad unifor-

marsi ad un certo sistema morale, è poco in sintonia con uno Stato laico e con una forma di vita democratica. Un'altra ragione è insita nel diritto alla libertà di espressione (art. 21 Cost.), che comprende necessariamente il diritto di dire ciò che si vuole riguardo alla storia e ai personaggi storici, non importa quanto sgradito, scandaloso o impopolare. Infine, sono stati avanzati dubbi anche sull'utilità di prescrivere in modo coercitivo un'idea, un pensiero o una verità storica, incriminando le persone per quel che scrivono o che dicono. Le idee imposte, come l'imposizione del silenzio, sono per loro natura inefficaci. La storia insegna che le idee fallimentari sono cancellate dalla loro stessa diffusione (per contro, il loro soffocamento le radicalizza): sono, cioè, esse stesse lo strumento della loro caduta. E' quindi discutibile e, in ogni caso, non verificata, la prognosi circa l'efficacia del ricorso a misure penali (o, comunque, sanzionatorie) per combattere il fanatismo e promuovere la tolleranza. Si è propensi perciò a ritenere che un impegno culturale e sistemi di controllo sociali (familiari, scolastici, associativi) possano dare una risposta più efficace. D'altra parte, certe affermazioni negazioniste sono così assurde, brutali e disumane, da provocare repulsione, anziché adesione, nel pubblico.

Si realizza insomma, per questa via, una deviazione dai principi costituzionali garantisti del nostro sistema penale. Ma anche una limitazione grave del principio di laicità, il quale riconosce la pari dignità e legittimazione al dialogo di qualsiasi "posizione ideale", per quanto aberrante, presente nella società pluralista. E una violazione del principio di tolleranza, che riconosce e rispetta, come diritto fondamentale della persona, la libera ricerca della verità da parte di ognuno, nonostante i possibili errori.

Non appare, dunque, una giustificazione convincente la presunta ragionevolezza dell'assunto che l'insidia negazionista incentiva la commissione di illeciti, e la sua incriminazione fa da argine al razzismo e alla xenofobia. L'incriminazione del c.d. negazionismo, cui certamente accede la manifestazione di un convincimento razzista, svolgerebbe la funzione di combattere in via preventiva l'allarmante fenomeno del razzismo e delle discriminazioni razziali, in quanto -si osserva- il disconoscimento pubblico di verità storiche, come l'eccidio nazista, non si limita ad agire esclusivamente sul piano culturale, ma innesca, favorisce e legittima il passaggio dalle idee ai fatti, producendo effetti di incentivazione di comportamenti devianti. Tali rilievi sollecitano qualche riflessione sul grado ammissibile di anticipazione

della tutela penale, e sui limiti che la legge può imporre alle manifestazioni del pensiero senza sfigurare il diritto penale nei suoi connotati liberal-garantisti.

La questione relativa alla legittimità dei reati di pericolo astratto, ossia il problema del se e fino a che punto simili fattispecie si armonizzino con il principio costituzionale di libera manifestazione del pensiero e siano comunque riconducibili a un diritto penale dell'offesa, oggi è al centro di uno dei dibattiti sui problemi fondamentali del diritto penale.<sup>13</sup> Anticipando l'intervento penale alla soglia del pericolo astratto (o presunto), si reprime una condotta (come, appunto, la negazione di un fatto storico che non istiga direttamente all'odio) indipendentemente dall'accertamento della sua idoneità a conseguire effetti concreti.<sup>14</sup> La norma incriminatrice, così configurata, può arrivare a forme di tutela assai avanzata, prestandosi a reprimere il mero dissenso, la 'mera disobbedienza' a un precetto. O, addirittura, un mero sintomo di 'pericolosità individuale': cioè, non un fatto lesivo di un bene giuridico, ma il suo autore, in contrasto con la funzione della pena, a cui la Costituzione assegna un compito ben distinto da quello riconosciuto alle misure di sicurezza. La recente riforma in materia di reati di opinione,<sup>15</sup> si è ispirata al principio che la repressione del pensiero non protetto non può essere anticipata oltre i limiti segnati dal pericolo concreto, formalmente abrogando o modificando numerose disposizioni del codice in materia di delitti contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico costruite secondo schemi 'presuntivi'. Di conseguenza, per ricondurre i vincoli alla libertà di pensiero nell'ambito di categorie costituzionalmente giustificate ed evitare il rischio che la repressione penale vada a colpire manifestazioni appartenenti alla normale dialettica ideale e politica, ha inserito nella condotta-tipo il requisito della idoneità (ossia del pericolo concreto). Ne deriva che l'istigazione ad azioni violente è punita soltanto se effettivamente idonea a produrre un pericolo immediato di esecuzione, vale a dire a patto di dimostrare l'idoneità oggettiva dell'istigazione a produrre un pericolo immediato di azioni violente. Naturalmente, con tutti i limiti e tutte le incertezze che normalmente si accompagnano all'accertamento di un rapporto probabilistico tra il verificarsi di un evento e la verifica di un altro evento.

<sup>13</sup> Cfr., anche per citazioni della dottrina, A. MERLI, *Democrazia e diritto penale*, cit., p. 37 ss.

<sup>14</sup> Per una rassegna completa dei reati di pericolo, v. S. CANESTRARI, *Reati di pericolo*, in Enc. giur., vol. XXVI, 1991, p. 1 ss.

<sup>15</sup> Cfr. l. 24 febbraio 2006, n. 85, recante "modifiche in materia di reati di opinione".

Con riguardo al c.d. negazionismo, il cambiamento di indirizzo in materia di repressione del pensiero non protetto è dovuto all'idea che rispetto alle ideologie razziste l'eccezionale gravità del risultato temuto giustificerebbe, malgrado la sua improbabilità, l'assoluto divieto di diffonderle e tutte le misure necessarie per prevenirlo.

La protezione anticipata dei beni giuridici, di cui lo schema del reato di pericolo astratto rappresenta la categoria più preoccupante, rappresenta indubbiamente una tecnica di tutela della quale anche un ordinamento penale come il nostro -in cui prevale una visione del reato in chiave prettamente oggettiva, che fa perno sul principio di necessaria offensività- non può fare a meno. Tuttavia, nell'incriminazione di condotte largamente anticipatrici della lesione vanno attuati un controllo e un monitoraggio attenti, per valutare i limiti di validità dell'adozione di una tecnica di tutela impostata in termini così anticipati rispetto alla lesione del bene. Detto in altre parole: per sottrarre un tale modello di disciplina a obiezioni di ordine costituzionale per contrasto con il principio di proporzionalità (che condiziona la legittimità del ricorso alla pena sia al rango del bene, sia alla gravità dell'offesa da reprimere),<sup>16</sup> occorre valutare la frequenza statistica della condotta a determinare l'evento temuto. E' necessario, cioè, stabilire se la presunzione assoluta di pericolo non sia irrazionale o arbitraria per la scarsa frequenza con cui l'evento si manifesta, con la conseguenza che il principio costituzionale di offensività verrebbe svuotato di ogni contenuto. Superata una certa soglia, incriminando atti che comportano una scarsa probabilità di lesione del bene, l'anticipazione di tutela può diventare intollerabile e preoccupante, perché finisce per punire la condotta ad uno stadio troppo remoto rispetto al possibile prodursi dell'effetto lesivo e quindi, in definitiva, una mera disobbedienza. Dev'essere, in primo luogo, l'esperienza (o la scienza) a dirci se la situazione di fatto, presupposta dal legislatore come pericolosa, sia valutabile come pericolo, più o meno ravvicinato, per il bene oggetto di protezione. E, dunque, se la frequenza statistica con cui si verifica il temuto risultato lesivo come conseguenza della condotta indice del pericolo non sia così bassa da rendere fortemente opinabile la valutazione del rischio come rischio non consentito. Nel qual caso l'anticipazione della

---

<sup>16</sup> Così, G. MARINUCCI e E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Giuffrè, Milano 1995, p. 152. Per un quadro sintetico della questione, si rinvia a A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico. Il problema. Le fonti. Le tecniche di tutela penale*, Esi, Napoli 2006, pag. 73 ss.

soglia sanzionatoria risulterebbe finalizzata a scopi di tipo essenzialmente simbolico,<sup>17</sup> e si finirebbe per punire non un'attività valutata nella sua intrinseca pericolosità, bensì un comportamento meramente sintomatico della pericolosità del suo autore: dunque, una condizione o uno *status* personale, un tipo d'autore, nel nostro caso quello di "razzista".

Si tratta perciò di vedere, valutando gli effetti lesivi che il messaggio razzista statisticamente è in grado di produrre, se la condotta giudicata *normalmente* pericolosa lo è sulla base di corrette verifiche empiriche. Occorre cioè verificare, sulla base di studi previsionali di conseguenze plausibili, se la fattispecie del c.d. negazionismo non dilati a dismisura l'area di rischio penale, incriminando una "istigazione" priva di possibilità *apprezzabili* di essere accolta. Ossia una condotta che, a parte l'indignazione e i sentimenti di rabbia suscitati nei singoli da ciò che ascoltano, non solo non è idonea a produrre un pericolo *immediato* di azioni violente (a porsi cioè come antecedente di un reato); non solo crea, di fatto, un pericolo *statisticamente irrilevante* dell'evento temuto (gli atti di violenza, appunto), ma comporta, anche con riguardo alla mera determinazione dell'altrui volontà (rispetto, cioè, all'incitamento all'odio) una probabilità di realizzazione assai scarsa, e quindi un rischio statisticamente irrilevante per il bene protetto.

Il "messaggio" contenuto nella singola affermazione negazionista, per quanto chiaramente e volutamente espressivo di odio razziale, non è però qualificato dalla presenza di elementi ulteriori, quali *l'istigazione* all'odio o alla violenza, che, secondo regole di esperienza, può portare a conseguenze dannose. L'obiezione mossa all'incriminazione del c.d. negazionismo è, dunque, che rispetto all'evento temuto di azioni violente, o comunque di atti di discriminazione nei confronti delle minoranze razziali, si tende a sopravvalutare la probabilità della loro evenienza e quindi il livello di rischiosità della condotta. Ed invero, tenuto conto anche del contesto storico, politico e sociale del paese, la cui stragrande maggioranza è oggi refrattaria ad accogliere qualsiasi messaggio antiebraico o comunque razzista, è difficile supporre che una manifestazione del pensiero *individuale* possa tradursi in una "istigazione" che abbia ragionevoli possibilità di essere accolta e quindi di produrre un livello del

---

<sup>17</sup> Sul tema del 'diritto penale simbolico', cfr., tra gli altri, C.E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, in Riv.it.dir.proc.pen., 1989, p. 430 ss.; S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, Esi, Napoli 2000; J.L. DIEZ RIPOLLES, *Il diritto penale simbolico e gli effetti della pena*, in AA.VV., *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo*, a cura di L. Stortoni e L. Foffani, Giuffrè, Milano 2004, p. 149 ss.

rischio di per sé sufficiente a legittimare una fattispecie di pericolo presunto. Così come invece le forme di propaganda di gruppi o partiti organizzati, che la XII disp. trans. fin. della nostra Costituzione disapprova e la legge di attuazione 20 giugno 1952, n. 645 sanziona penalmente, delle quali si può presumere un certo grado di pericolosità, implicando il necessario concorso di più soggetti nella realizzazione del fatto.<sup>18</sup>

Occorre, inoltre, fare i conti con alcune obiezioni che attengono alla natura del c.d. negazionismo come reato di opinione. Vale a dire, alla sua compatibilità con la libertà garantita dall'art. 21 Cost. che, in relazione ai reati di espressione, pone un ostacolo insuperabile alla repressione della mera disubbidienza. La repressione degli "abusi" del pensiero per incompatibilità del pensiero espresso con i principi degli ordinamenti liberaldemocratici è un vecchio tema, che è tornato di attualità nelle società multietniche. Esso è diventato, anche a causa del clima di emergenza che ha fatto seguito all'11 settembre, uno dei temi dell'ordine politico internazionale esposto alla grave minaccia del terrorismo. Una minaccia ("la sfida più drastica per ogni ordine politico e sociale")<sup>19</sup> che non è più confinata a singoli Stati ma ha assunto dimensioni transnazionali, trasformando il rischio planetario in un fenomeno diffuso, individuale, percepibile a livello locale. Riguardo al tema contiguo, e specifico, del negazionismo, costituente una forma *anticipata* di istigazione all'odio razziale, e una forma *anticipatissima* dell'evento temuto di concreti comportamenti violenti o discriminatori, la questione, anche qui, è più generale, di principio: attiene all'esigenza di armonizzare le ipotesi di "reato di opinione" con il diritto costituzionale di libera manifestazione del pensiero. E' pur vero che la negazione (ma anche la minimizzazione) dell'Olocausto esprime una subdola forma di antisemitismo, attribuendo implicitamente agli ebrei la responsabilità di averne creato il "mito". Tuttavia, la punizione del c.d. negazionismo, della semplice (cioè non qualificata) negazione di un fatto storico, non solo introduce una più incisiva limitazione della libertà di espressione (si incrimina, infatti, non una propaganda razzista, ma una semplice manifestazione di opinione che solo genericamente contiene in sé l'incitamento all'odio, alla violenza o ad atti arbitrari). Apre uno scenario normativo e politico molto lontano dalla logica della democrazia e di una "società aperta". Nello Stato laico e democratico

---

<sup>18</sup> Cfr. l. 654/1952, nel testo modif. dalla l. 152/1975, che punisce la propaganda razzista come manifestazione dell'ideologia fascista.

<sup>19</sup> Così W. SOFSKJ, *Rischio e sicurezza*, Einaudi, Torino 2005, p. 112.

la conoscenza dei fatti, come pure la discussione sui valori, è libera. Il potere politico garantisce il libero confronto delle idee e ne rispetta gli esiti pure quando non può condividerli: non impone ad esso dei limiti, nè chiede autoritativamente obbedienza per questa o quella verità trasformandola in dogma. Del resto all'interno di una politica criminale che vuole essere, oltre che razionale, anche di impronta liberale, è difficile accettare, nella sua impostazione di principio, sia pure in nome della tutela di altri beni di rilievo costituzionale, l'idea che il potere politico può proibire lo scostamento di un'opinione individuale da una verità dominante: per difendere la "verità" dall'errore, colpendo chi sbaglia. Una volta che il diritto si sostituisce all'indagine storica e stabilisce con legge la verità storica ufficiale, cioè dove finisce la libertà di pensiero e parola, non si fa fatica a intravedere le potenziali implicazioni autoritarie a cui può portare la diffusione generalizzata del principio che attribuisce alla maggioranza la fissazione dei confini della discussione legittima (vale a dire la distinzione fra opinioni lecite, sebbene scientificamente erranee o storicamente infondate, e opinioni illecite), che è la versione secolarizzata dell'etica della salvezza (religiosa), con cui le religioni hanno sempre tenuto gli uomini sotto tutela.

Si introduce, per questa via, un principio pieno di pericoli, specialmente in relazione a determinati settori di tutela come quello dei reati a carattere più manifestamente ideologico, dove è sempre immanente la tentazione di offuscare i confini che dividono la violazione dei doveri, l'immoralità e la dissidenza dall'offesa dei beni. Una delle condizioni per una comunicazione libera e aperta, cardine della democrazia, da cui dipende, in ultima analisi, il progresso intellettuale e della scienza -e l'esercizio stesso della libertà, che comporta il rischio di sbagliare, è l'opposto principio che la verità, sia essa una verità di ragione, o una semplice verità di fatto, o una verità storica, non è nel possesso esclusivo del potere politico. Il legislatore non è perciò competente ad una pronuncia autoritativa della verità, neppure in nome di valori più elevati, quale la sopravvivenza stessa della società. La tutela penale di "una" verità, assumendo il significato di una tutela penale "di parte", incide su libertà fondamentali e con esse sugli stessi principi su cui si fonda lo Stato laico e democratico, che assicura la compresenza nella società di una pluralità di verità e di plurime visioni del mondo.

##### *5.- Il problema della c.d. "sostenibilità morale" del diritto penale*

Il tema del vietare e punire richiama, dunque, come si è accennato più sopra, il problema del rapporto tra diritto penale e morale e, quindi, tra diritto penale e giustizia, intesa come valore morale. (Senza, con questo, svalutarne la dimensione costituzionale -l'unica vincolante per il legislatore, la quale esclude altri valori con essa confliggenti, sovente basati su pregiudizi, dogmi, ideologie). Sembra, quindi, abbia un senso interrogarsi, nel momento storico attuale, anche per il giurista responsabile del diritto positivo, sulla plausibilità di una più ampia riflessione sul problema dei valori, che, all'interno di un diritto penale orientato, per l'appunto, a scopi e valori, giocano un ruolo essenziale per ricostruire con sistematicità i molteplici nessi tra diritto e morale, per valutarne collegamenti e reciproci apporti, comprenderne direzioni e distanze, alternative e continuità. Nei tempi moderni -i tempi in cui viviamo- un gran numero di questioni, che segnano la nostra storia recente rispetto a problematiche di interesse individuale e collettivo, vanno ben oltre l'orizzonte strettamente penalistico, perchè nascono e si sviluppano altrove, pur investendo complessivamente, nella sua totalità, il settore penale. La diffusione di nuove tecnologie (ad esempio in materia di bioetica e genetica), che hanno ampliato le possibilità di manipolare la vita dell'uomo, pone inediti interrogativi sul valore della vita biologica e della corporeità, sull'identità del soggetto umano, sul rapporto tra natura e persona. Su questi ed altri temi, rispetto ai quali il futuro del diritto penale sta diventando una grande incognita, il costume e l'evoluzione della società, in un mondo sempre più mobile e in un tempo sempre più veloce, hanno ampiamente superato la legge. E, come abbiamo visto, la stessa Costituzione, che pure è il fondamento e l'espressione di un codice di valori condiviso, che va mantenuto fermo nei suoi principi fondamentali. I valori, infatti, pur conservando livelli contenutistici minimi, generalmente consolidati, e tendenzialmente universali, hanno una natura (relativamente) libera quanto al loro contenuto, grazie ai vari modi con i quali, in ciascun ordinamento, essi sono riconosciuti e trovano applicazione anche giurisprudenziale. E' infruttuoso perciò per la vita sociale (e dunque per la vita umana, la quale non è concepibile che socialmente) costruire i valori -siano essi diritti individuali o interessi collettivi- come assoluti morali, e tracciare intorno ad essi confini protettivi invalicabili. Le stesse istituzioni o strutture e rapporti e pratiche sociali della nostra civiltà come la famiglia, il matrimonio, la sessualità, non sono il riflesso di un presunto "ordine naturale", dunque assoluto e immutabile, ma unicamente il risultato,

provvisorio e modificabile, di processi evolutivi, sia culturali, sia biologici: insomma, storia, e solo storia.

Intolleranze, proibizioni e intransigenze sono indubbiamente il contenuto della coercizione. Il diritto di punire dello Stato, esprimendo tali contenuti, lascia sempre il sospetto dell'arbitrio. Per questo, un'etica minima condivisa su quel che è necessario per governare la vita sociale nella condizione contemporanea di pluralismo etico irriducibile evita che il diritto penale funzioni senza misura e senza freni. Di qui l'avvertita esigenza, nella dottrina penalistica, di porre 'limiti' a un diritto penale eticamente indifferente, e, dunque, 'vincoli morali' alla coercizione statale, a garanzia dei principi democratici del multiculturalismo e del pluralismo (etico, religioso, sessuale, politico). E' il problema della c.d. *sostenibilità morale* del diritto penale, ossia il problema della giustificazione morale (o razionale) del diritto penale: una giustificazione, beninteso, che non lo sottrae al confronto con il quadro costituzionale e con tutto il corredo di riflessione critica che esso coinvolge.<sup>20</sup> La radicale scissione tra diritto e morale, comporta una scissione, altrettanto radicale, tra diritto e giustizia, che fornisce il presupposto, seppur implicito, delle dottrine positivistiche intese nel loro aspetto "più forte". La conclusione che in una società caotica di visioni etiche contrastanti la morale non abbia nulla da dire al legislatore e alla scienza giuridica in materia penale e che diritto e morale appartengano a due universi diversi, non comunicanti, sembra, dunque, affrettata.

Il filo che unisce diritto e morale, appare, in tutta la sua evidenza, nei "casi difficili", nelle questioni c.d. eticamente sensibili. Quasi sempre, in questa materia, si tratta di decidere su questioni che attengono agli aspetti più profondi della dimensione umana: al rispetto dei diversi pensieri, alla propria idea della vita. Nella frontiera dei diritti, nel contesto delle moderne società pluraliste, ci sono anche questi temi, che mettono a nudo le tensioni generate dai mutamenti sostanziali che sono avvenuti nel contenuto dei codici morali della società contemporanea, con i quali anche l'ordinamento giuridico (non solo penale) è chiamato a confrontarsi. In quei settori della vita sociale, individuale e collettiva, dove le trasformazioni sono così profonde da reclamare un ripensamento complessivo di ciò che è "giusto" o "ingiusto" punire, e dove i criteri selettivi delle condotte da incriminare solo in parte trovano inequivocabile sostegno nella Costituzione, e sono perciò lasciate interamente al

---

<sup>20</sup> Sul tema cfr. ampiamente A. MERLI, *Democrazia e diritto penale*, cit., p. 157 ss. ed Autori ivi citati.

gioco della politica, il profilo etico-politico assume un significato cruciale. Criteri extra o metagiuridici, tra loro contrastanti, fanno dunque irruzione nella legge, per dare, attraverso l'operazione di esplicitazione dei valori costituzionali e le relative norme attuative, un contenuto di equità, o di plausibilità, o di razionalità materiale al diritto. Nella vita del diritto, enunciati legislativi e imperativi morali o di giustizia, viaggiano insieme, né si lasciano dividere con un colpo d'accetta. In questa selva di principi e fondamenti di un nuovo agire, che si pongono al di fuori di un confronto testuale e puntuale tra legge ordinaria e precetti costituzionali, l'idea del governo attraverso le leggi (la neutralizzazione "giuridica" del conflitto) entra in crisi, e lascia il campo alla contingenza volontaristica della decisione politica. La produzione legislativa, nel far fronte a casistiche inedite della scienza, della tecnologia, delle fisiologiche tensioni tra valori, può essere solo più o meno controllata democraticamente attraverso il voto popolare, che funge da deterrente alla contingente anarchia della decisione politica.<sup>21</sup>

Si pone così l'esigenza di una fondazione etica della scelta politica, cioè del criterio "vincente" -sui criteri plurimi, contraddittori e conflittuali- che il legislatore deve tradurre in forma giuridica per dirimere autoritativamente la conflittualità delle ragioni morali in lizza. Ciò significa, in ultima analisi, reclamare, anche se a volte in modo inconsapevole, "un'etica del diritto penale". Cosa comunque diversa dal portare *una* morale nel cuore del diritto penale: un archetipo imm modificabile di convinzioni e comportamenti che ha la pretesa metodica di una stringente validità universale, imposto ai membri della comunità come un dato extra-sociale, fondato metafisicamente, in sé "giusto"; il che condurrebbe alla tradizionale subordinazione del diritto penale alla morale dalla quale ha impiegato secoli ad emanciparsi. La giustizia, osserva Rawls, non è qualcosa di già dato ma piuttosto un perenne divenire, "una forma in evoluzione, soggetta a regole e leggi proprie; misurabile sia nello spazio sia nel tempo."<sup>22</sup> La democrazia, in quanto democrazia del dialogo, implica, anzi meglio forse si contraddistingue per il fatto che riconosce il pluralismo degli orientamenti culturali e dei convincimenti morali. Attraverso il diritto non è *la* morale, ma sono *le* morali, al plurale,

---

<sup>21</sup> Sulla componente "razionale" e la componente "politica" della legislazione (penale), cfr. A. MERLI, *Democrazia e diritto penale*, cit., p. 266 ss.

<sup>22</sup> Cfr. J. RAWLS, *A Theory of Justice*, The Belknap Press of Harvard University Press., Mass., Cambridge 1970, trad. it. *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli, Milano 1982, p.67.

che essa tutela, e di cui garantisce la coesistenza e il confronto. Perciò l'etica del diritto (penale) è un'etica *minima*, una *minima* unità di convinzione morale per un accordo su una concezione del 'giusto' che permetta la convivenza di diverse nozioni di bene e di diversi progetti di vita - sottratta sia al relativismo sia allo scetticismo - compatibile con la varietà di credenze e comportamenti, e che, tradotta in norme vincolanti, non rientra nella sfera della nostra libertà. Coniuga le aspirazioni degli individui a una vita propria con un complesso di regole pubbliche, valide per la società nel suo insieme: un nucleo di valori obbliganti, che devono essere (se non condivisi) osservati da tutti all'interno della comunità. Per questo, il concetto di democrazia, il modello pluralista, è inseparabile dal concetto di coercizione, contro cui possono urtare le inclinazioni egoistiche dei singoli, e pone limiti alla tolleranza: porre limiti alla tolleranza, per difendere con l'uso della forza le regole della democrazia, è una posizione difendibile. Un relativismo senza limiti, per cui niente è giusto, niente deve essere valido per tutti all'interno della comunità, è come la tolleranza illimitata, cioè la tolleranza anche nei confronti di chi pratica l'intolleranza, la quale porta inevitabilmente alla scomparsa della tolleranza stessa.<sup>23</sup>

A base della democrazia, in un contesto in cui le "verità" sono molteplici e non più una sola, c'è una valutazione proceduralistica delle pretese di conoscenza, definibile -con le parole di Popper e Habermas- come una "teoria della verità come consenso".<sup>24</sup> Per essa la verità è un progetto, un processo circolare indefinito, che non prevede una decisione finale, ma solo decisioni provvisorie e revocabili. E' il segno distintivo della democrazia costituzionale, in cui nessuno -nessun soggetto, neppure il Parlamento o la Corte costituzionale- ha l'ultima parola. Mentre la verità della fede è immutabile, perché è fatta di dogmi immutabili (peraltro, malgrado la tradizionale avversione della religione per le posizioni pluraliste -se la verità è una, che bisogno c'è del pluralismo-, nel mondo moderno, caratterizzato dalla concorrenza religiosa e da uno scontro onnipresente delle verità rivelate, esiste un chiaro

---

<sup>23</sup> E' il *paradosso della tolleranza* che richiama KARL POPPER (*The Open Society and Its Enemies* (1945). Volume II. *The High Tide of Prophecy: Hegel, Marx and the Aftermath*, Routledge and Kegan Paul, London 1966; trad. it. *La società aperta e I suoi nemici*. II. *Hegel e Marx e I falsi profeti*, Armando, Roma 1974, p. 22, trad. it. P.199) nell'espone il suo pensiero sul razionalismo, o discussione critica razionale.

<sup>24</sup> Secondo Geoffrey Stokes, la nozione di "società aperta" proposta dal razionalismo critico di Popper e quella di "situazione linguistica ideale" proposta dalla teoria critica di Habermas, attribuendo uguale importanza alla comunicazione libera e aperta, si completano a vicenda (G. STOKES, *Popper, Philosophy, politics and Scientific Method*, Polity, Cambridge 1998, trad. it. Popper, il Mulino, Bologna 2002, p. 229).

rapporto tra pluralismo e religiosità, tant'è che la questione di una convivenza civile fra religioni ostili, ossia -per usare le parole di Ulrich Beck-<sup>25</sup>, l'obbiettivo di vedere fino a che punto la verità può essere sostituita dalla pace, si pone anche all'interno delle confessioni religiose), la verità della democrazia è solo momentaneamente certa: come la verità della scienza, che è "certa" fino a quando altre ricerche, altre scoperte falsificheranno quella verità per proporre una nuova. Per ognuna delle due ci sono spazio e legittimità nella coscienza e nei sentimenti degli individui, assai meno nel campo delle attività razionali e pubbliche. Qui l'etica diventa diritto, in quanto liberamente costruita e socialmente condivisa; e purchè non imponga limiti e divieti a vicende personalissime (è il caso, ad esempio, della prerogativa a morire in situazione di malattia terminale) rispetto alle quali le società democratiche non possono (non dovrebbero) far ricorso a un'etica maggioritaria per imporre i canoni culturali dominanti. Ed è un'etica *laica* (perchè la fede in Dio, la religione, non è un requisito indispensabile), che è poi del resto l'unica possibile in società multietniche e multiculturali come sono quelle attuali.

#### *6.- Laicità, religiosità e diritto penale*

La separazione tra fede e ragione, come categorie concettualmente diverse, ma non in opposizione, segna il percorso della società umana verso la modernità. E' l'esito di una conquista della storia culturale dell'Occidente che ha avuto bisogno di secoli per affermarsi. Nell'era del risveglio della ragione prende piede l'idea che la legge trae il suo potere vincolante dagli uomini, senza alcun bisogno che si dia ad essa una legittimazione divina. Tutta la storia moderna testimonia questo processo di emancipazione dell'agire attivo dello Stato da ogni intolleranza o esclusivismo religioso. Lo Stato secolarizzato, pur rispettando qualunque convinzione religiosa, afferma il primato della libertà sulla verità. Non *mescola* la fede con la politica: percorre rigorosamente le vie della ragione e affronta con le armi della riflessione la complessità del mondo e le sue contraddizioni. Non persegue, quindi, il raggiungimento di verità metafisiche, la "Verità" come valore in sè, con la morale che ne deriva, bensì la conoscenza, ossia la verità come possibile conoscenza dei fatti. L'etica della

---

<sup>25</sup> U. BECK, *Lo sguardo cosmopolita*, Carocci, Roma 2005. Sul tema cfr. anche Z. BAUMAN, *Intervista sull'identità*, Laterza, Roma-Bari 2003.

democrazia è che non ha verità, e coltiva il dubbio come una virtù, non come un difetto. Per questo, il ricorso alla pena non può realizzare fini trascendenti o etici, affermare un fine superiore di giustizia.<sup>26</sup> Il principio laico esige una conoscenza ragionata e verificabile, empiricamente sostenuta, il cui fine è di restringere quanto più possibile il ventaglio delle verità “soggettive”. L’affidamento della democrazia per la ragione e la razionalità si esprime, oltre che sul piano conoscitivo, in campo etico e pratico. La prospettiva è di recuperare, sul piano dell’etica e del giudizio, il massimo di oggettività e controllabilità, un fondamento oggettivo alla moralità. L’inserimento di elementi di razionalità nelle regole morali, ossia il rifiuto dei giudizi di valore come mera espressione di emozioni, apre, in un certo senso, la strada all’etica contemporanea, e investe la stessa sfera della politica e del diritto. Verità morali, criteri per l’azione giusta, accessibili alla ragione, acquistano in tal modo una dimensione di principi di diritto positivo, di regole di convivenza. Non come complesso di valori accumulati, ma come impresa in divenire: nei costumi, nelle pratiche e nelle leggi della società civile. La democrazia pluralista li inquadra in un orizzonte definito, li riporta all’essenza dell’uomo, a valori immanenti all’essere, caratterizzati dal realistico riconoscimento della sua intrinseca finitezza.

La razionalità della politica, e l’autonomia dello Stato da ogni questione religiosa, non si fonda però sull’idea che la ragione è tutto ciò che esiste nella totalità dell’esperienza umana, che solo la cultura della ragione dà un senso alla vita terrena.<sup>27</sup> Malgrado la laicizzazione e il pluralismo di gran parte del mondo moderno, le religioni sembrano produrre ancora oggi un forte impatto sulla vita dell’uomo. La previsione del secolarismo (più modernità avrebbe significato meno religione) si è dimostrata sbagliata. Le risposte emotive della fede, pur occupando uno spazio condiviso con altre istanze, altri bisogni, altri desideri, esercitano nell’epoca attuale un’influenza culturale e politica non trascurabile e un fascino sull’uomo che nessuna secolarizzazione è riuscita a inaridire. Se non sposa alcun credo religioso, lo Stato laico garantisce però allo stesso modo ogni fede (e anche chi non ha fede) (art. 8 Cost.). La laicità dello Stato non esclude quindi il riconoscimento del rilievo sociale del fe-

<sup>26</sup> G. MARINUCCI e E. DOLCINI, Corso, cit., p. 5.

<sup>27</sup> Rivendica al *sentire* “un posto non soltanto centrale, ma costitutivo della nostra vita di persone”, anche “come parte essenziale del nostro pensiero dovunque sia [...] questione di valori, e quindi di scelte e decisioni”, ROBERTA DE MONTICELLI, “L’ordine del cuore. Etica e teoria del sentire”, Garzanti, Milano 2008 (prefazione alla seconda edizione).

nomeno religioso. Nè confina le religioni in ambito privato. La società secolare è un società libera in cui ogni morale e ogni religione, tutte le fonti di cultura presenti e viventi all'interno della comunità, possono partecipare a pieno diritto alle discussioni pubbliche sui criteri e i valori su cui costruire la società così come a ogni altra impresa intellettuale e culturale. Del resto, alla base dello Stato laico c'è l'idea che la vita dell'uomo non è racchiusa tutta nei codici, non acquista ordine e significato solo a contatto con le forme della legge. Vi sono fini e obbiettivi, esigenze e istanze, sottratte al monopolio legislativo, e regolate da norme morali, regole religiose, in base alle quali un gran numero di persone orienta la propria condotta. Insomma, c'è un ambito in cui spetta all'individuo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali, regolare la propria vita, senza interferenza da parte delle politiche pubbliche. In quest'ambito, allo Stato spetta soltanto di assicurare che nessuno ostacoli le libere scelte individuali.

In Italia, più che in ogni altra parte d'Europa, si discute molto del ruolo delle Chiese e delle religioni nella società secolarizzata.<sup>28</sup> L'affacciarsi delle religioni nello spazio pubblico, quello che è stato definito un "ritorno" delle religioni nella sfera sociale, ha comportato in anni recenti, e comporta tuttora, tensioni, conflitti, scontri frontali tra credenti e non credenti sulla funzione dei valori religiosi nel processo di formazione delle leggi. Quando dopo la seconda guerra mondiale sono state tracciate le linee fondamentali dello Stato costituzionale di diritto, il nuovo Stato ha assunto nei confronti delle religioni un atteggiamento di assoluta neutralità, che si riflette nei nuovi assetti di tutela recepiti nel codice penale con riguardo ai reati in materia di religione. Se Stato laico significa emancipazione dal sacro e dalle religioni, ciò non vuol dire che l'universo religioso sia mal tollerato. All'universo religioso viene dato uno spazio sorprendente nelle democrazie occidentali, sia nella vita pubblica che privata. Semplicemente, il principio di laicità è orientato all'idea secondo cui, anche se potrebbe esistere una realtà soprannaturale, essa è al di fuori del diritto, non entra nelle istituzioni, non può essere invocata come valido fondamento delle decisioni politiche.

Il problema che viene a questo punto a delinarsi è inquadrato, correttamente, sul piano della sostanza, e anche del metodo, a due livelli. E a vari livelli può essere letta anche la parola laicità, che mescola due situazioni molto diverse. Il primo è collocato all'interno del

---

<sup>28</sup> Per un approfondimento del tema, cfr. A. MERLI, *Democrazia e diritto penale*, cit., p. 290 ss.

dialogo politico di base, che costituisce una sorta di gradino intermedio fra la dimensione individuale del “privato” e quella statale del “pubblico”. Qui la laicità, in senso moderno, si è sviluppata, parallelamente in Francia e in Italia, a partire dal periodo dell’Illuminismo, come libertà di pensiero, di espressione e di tolleranza reciproca. In forza di tale principio, tutte le religioni partecipano liberamente all’organizzazione della vita dell’uomo nella società, ed esprimono a pieno diritto i propri valori e il proprio credo nella loro possibile valenza sociale e politica, testimoniando la propria dottrina su qualsiasi materia, anche di competenza statale, che abbia a che fare in qualche modo con la propria morale. A questo riguardo non si può negare l’apporto positivo delle religioni, specie quelle a vocazione universale, come fattore oggettivo di coesione sociale. Tutto questo appartiene al libero gioco democratico. L’altro livello si colloca sul terreno istituzionale: riguarda le leggi, il modo di essere e il funzionamento delle istituzioni, laiche per definizione. Il dialogo e il confronto tra culture, religioni, ideologie, in tutti gli ambiti della vita sociale (politica, economica, culturale), non è assimilabile al linguaggio delle istituzioni e all’agire attivo dello Stato. A questo secondo livello (nell’orbita politico-statale), il concetto di laicità presenta una dimensione esattamente opposta a quella del primo, facendo sorgere per qualche aspetto un’impressione di incoerenza, e persino di contraddittorietà. In democrazia, tutti gli orientamenti culturali e ideali -dunque anche quelli religiosi- hanno pieno titolo a essere professati secondo i principi della libertà di parola, ma non tutte le forme di vita hanno titolo a essere imposte per legge, o a essere riconosciute dalla legge. Lo Stato laico non può imporre una verità di fede a chi la pensa diversamente, e si comporta diversamente nell’ambito della propria sfera personale. Sul piano della deliberazione politica, da cui derivano leggi e norme valide per tutti (credenti, non credenti, diversamente credenti), le discussioni sulle scelte pubbliche dovrebbero essere condotte prescindendo da argomentazioni teologico-trasendenti. Su questo piano, laicità significa, innanzitutto e soprattutto, neutralità, esigenza di non mescolare ciò che è trascendente e ciò che è contingente. Traccia perciò una linea di separazione netta tra religione e politica, tra le scelte e le decisioni di un libero Stato e i dogmi della fede, e, nel rapporto fra le istituzioni laiche e quelle religiose, la demarcazione delle rispettive competenze. L’aspetto istituzionale della laicità è retto dal principio secondo cui nello Stato laico e secolarizzato, religiosamente agnostico, ossia insensibile alle religioni professate dai

suoi cittadini, la religione si dispiega nella società civile, ma non nel suo ordinamento: il principio di laicità impedisce di trasferire automaticamente i testi sacri nelle decisioni politiche.

*7.- Diritto penale e società multiculturale*

Riguardo ai diritti fondamentali, il pluralismo, il principio della libertà di ogni morale, nella società multiculturale e multi-etnica, è un problema. Non tutte le morali, non tutte le culture e non tutte le forme di vita, religiose o meno, sono compatibili con il carattere laico della concezione occidentale dei diritti: con l'etica dell'individualismo, della ragione e della tolleranza, che rappresentano un punto di non ritorno per l'odierna democrazia liberale. Il diritto penale moderno è stato colto di sorpresa dal fenomeno del multiculturalismo: deve affrontare nuove e difficili sfide, individuali e collettive, per molti versi senza precedenti.<sup>29</sup> In prospettiva penalistica, la presenza di comunità di cultura e religione diversissime pone la questione della liceità di loro riti e costumi in presenza di comportamenti criminali alla cui base vi è un conflitto culturale. Fino a che punto lo Stato democratico può elevare i valori della cultura occidentale al rango di metro del buono e del giusto, facendo assurgere un insieme di regole proprie a una cultura ad unità di misura di ogni altra cultura e, dunque, fino a che punto è giusta un'applicazione di un diritto penale inevitabilmente espressione di una determinata cultura a culture estranee agli ordinamenti giuridici nazionali? Sono interrogativi sorti a seguito della compresenza di gruppi minoritari all'interno degli stati occidentali espressione di culture radicalmente diverse, che coinvolgono valori difficilmente conciliabili tra loro su questioni di politica, morale, religione, diritto. Si tratta di individuare, all'interno delle società democratiche, ciò che è tollerabile in quanto espressione del pluralismo, e ciò che non lo è, e di fornire una legittimazione ad un diritto penale che voglia aspirare ad essere transculturale e, in quanto tale, applicabile anche agli immigrati che provengono da una cultura differente da quella che pretende di punirli. La irreversibilità del fenomeno della contaminazione tra culture e del pluralismo etnico, e la rete di interdipendenze

---

<sup>29</sup> Sulle differenze -per origine, caratteristiche, rivendicazioni- tra gruppi etnici di immigrati, di cui si fa cenno nel testo, e minoranze nazionali autoctone, e dunque tra società multiculturale di tipo multinazionale e società multiculturale di tipo polietnico, cfr. F. BASILE., *Società multiculturali, immigrazione e reati culturalmente motivati (comprese le mutilazioni genitali femminili)* in Riv. it. Dir. proc. pen., 2007, n.4, p. 1343 ss.

che lega ormai ogni comunità nazionale e, al di là di esse, l'intera vita sul pianeta, fornisce la certezza (o quantomeno fa ipotizzare) che non sia concepibile, né tantomeno realizzabile per gli Stati, alcun altro sistema se non un mutamento di strategia, che porti una pluralità di culture e non una cultura al centro della nostra vita sociale. In questa prospettiva innovativa, le "etnie" non sono più (o si rivelano non più afferrabili come) realtà rigidamente definite<sup>30</sup>: una visione che per tanti anni era rimasta sullo sfondo della "rappresentazione etnografica", cioè del modo in cui gli "altri" sono stati osservati, descritti, rappresentati e ripresentati nei testi etnografici<sup>31</sup>. Tuttavia, in presenza di costumi e sistemi di valori molto diversi dalla modernità occidentale non è facile, nel mondo di oggi, trovare ragionevoli punti di equilibrio all'interno della società per costruire il modello di un possibile avvicinamento all'idea di una convivenza comune, a partire ciascuno dalle proprie radici. Imboccata tale direzione, si può supporre che il solo autentico problema, il punto più critico e delicato, si riassume in una domanda, a un tempo, estremamente semplice, e profondamente complessa: in che misura certi stili di vita, o certe concezioni etiche, insomma l'impronta culturale che una società riceve dalle proprie connotazioni (anche religiose) può essere imposta dallo Stato come forma di organizzazione vincolante per l'intera comunità, e quindi anche per coloro che non le condividono o le praticano, sancendo l'irrilevanza di ogni loro 'diversità' in ambito giuridico? Quanto allo specifico ambito penalistico, come deve reagire il diritto penale ai reati commessi, per motivi culturali, dagli appartenenti ai gruppi etnici di immigrati, se uno stesso comportamento da un lato è considerato reato dall'ordinamento giuridico della cultura dominante, e dall'altro, all'interno del gruppo culturale di minoranza a cui appartiene l'agente, è accettato come comportamento normale, o addirittura è sostenuto e incoraggiato in determinate situazioni?

L'obiettivo del multiculturalismo non significa, evidentemente, che ogni usanza debba essere consentita o tollerata. Anche in una società che considera l'immigrazione una risorsa e la pluralità culturale una ricchezza, i valori e i costumi 'importati' dall'immigrato si devono coordinare con i principi essenziali così come sviluppati nel diritto internazionale e

---

<sup>30</sup> Una visione ormai superata grazie a quello che è stato definito il "traffico delle culture": A. APPADURAI, *Modernità in polvere. Dimensioni culturali della globalità*, Meltemi, Roma 2001.

<sup>31</sup> J. CLIFFORD, *Writing culture: The Poetics and Politics of Ethnography*, Berkeley, University of California Press., 1986; J. CLIFFORD e G.E. MARCUS, *Scrivere le culture. Poetiche e Politiche dell'etnografia*, Meltemi, Roma 2005.

nell'ordinamento dei singoli Paesi. Non si tratta di imporre alle minoranze i valori predominanti nella società, ma piuttosto di riconoscere che le regole riguardanti i diritti fondamentali altrui, senza le quali non sarebbe possibile garantire la convivenza, lo Stato, nonostante l'adesione al modello multiculturalista, deve imporle come vincolanti per tutti.<sup>32</sup>

Negli ultimi decenni, la dottrina penalistica, con riferimento ai valori propri delle diverse culture, ha elaborato nuovi ed appositi concetti, quali “*cultural defense*” (o difesa culturale), per difendere le minoranze etniche contro il gruppo etnico dominante che detiene il potere, e “*reato culturale*” (o culturalmente orientato),<sup>33</sup> che ha come contenuto il patrimonio culturale di un gruppo etnico, di un popolo, di una nazione, e a cui fa da sfondo una situazione che può essere definita di ‘conflitto normativo’ ovvero di conflitto culturale.<sup>34</sup> Premesso che nel diritto penale italiano non compare nessuna disposizione di parte generale che dia esplicito rilievo alla suddetta situazione di conflitto normativo/culturale a livello legislativo, resta aperto il problema circa l'opportunità di interventi legislativi di rilevanza penale rivolti ai membri di minoranze etniche che abbiano codici culturali completamente diversi da quelli dei paesi d'accoglienza. In particolare, ci si interroga sull'opportunità di una previsione espressa della c.d. *cultural defense*, cioè di una clausola generale che preveda un trattamento di favore che escluda o diminuisca la responsabilità penale nei confronti dell'immigrato che abbia scelto di anteporre le proprie personali convinzioni, culturali o religiose, al rispetto del precetto penale. L'eventuale adozione di norme che prevedono deroghe, esenzioni o comunque regimi speciali in considerazione dei modi di vita della propria cultura troverebbe, in ogni caso, uno sbarramento invalicabile nelle norme costituzionali che tutelano i diritti individuali fondamentali. Sul piano giurisprudenziale, l'ampio *genus* dei fatti penalmente rilevanti sorretti da una motivazione *lato sensu* culturale, solleva la questione se la *cultural defense* può operare con efficacia scusante all'interno di altri istituti, quali l'errore di diritto, lo stato di necessità, la coscienza e volontà della condotta, il vizio totale o

---

<sup>32</sup> Così, tra gli altri, G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, pt. sp., vol. II, tomo I, Zanichelli, Bologna 2007, p.61 e ss.

<sup>33</sup> Per la nozione di reato commesso per motivi culturali, ovvero di reato culturalmente motivato, v. F. BASILE, *Società multiculturali*, cit., p. 1323 ss.

<sup>34</sup> Le c.d. mutilazioni genitali femminili, punite dal legislatore italiano con norme ad hoc (legge 7/2006), da alcuni definite leggi meramente simboliche, espressione di intolleranza e di miope accanimento contro il diverso, costituiscono un chiaro esempio di reato culturalmente motivato. cfr. J. VAN BROECK, *Cultural Defense and Culturally Motivated Crimes* (Cultural Offences), in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2001, vol. 9, p. 4.

parziale di mente, la provocazione, e quindi attribuire alle motivazioni di coscienza efficacia esimente o, quantomeno, attenuante della responsabilità penale. Per quanto le posizioni assunte dai giudici italiani in merito al problema dell'eventuale rilevanza in sede penale del fattore culturale siano fortemente contraddittorie, in linea generale è opinione diffusa che la diversità culturale difficilmente può riservare all'immigrato un trattamento differenziato di favore in sede penale, quando le pratiche culturali implicano la lesione di fondamentali diritti individuali altrui e, in particolar modo, di soggetti deboli (donne e bambini) appartenenti allo stesso gruppo etnico dell'autore.<sup>35</sup>

#### *Abstract*

Combining freedom and coercion is an old problem in our liberal society. This theme has remarked the question about the limits of a State's punishing power in crime defining. In fact, within a modern liberal democracy, we have to determine what legislators can legitimately and rightly punish and what they must leave unpunished. The question involves the never ending debate between politics and law, between what can be ontologically or naturalistically defined as crime and what is so defined by a mere political and social creation and, moreover, between the efficiency of repression and the limits of coercion, that is ultimately, between moral and penal law

---

<sup>35</sup> Come esempi di reati culturalmente motivati commessi dagli immigrati tratti dalle cronache giudiziarie si possono ricordare reati contro la libertà sessuale, di cui sono vittime minori non considerati tali dal gruppo di appartenenza, maltrattamenti in famiglia o matrimoni incestuosi, poligamici o imposti realizzati "in contesti culturali caratterizzati da una concezione dello *ius corrigendi*, dell'autorità maritale o della potestà genitoriale ben diversa da quella europea, reati contro la persona commessi effettuando mutilazioni o deformazioni 'rituali' di vario tipo, suggerite o ammesse dalle proprie tradizioni. Cfr. Bernardi, Modelli, cit., p. 60; Facchi, I diritti, cit., p. 67; de Maglie, Società, cit., p. 231..

FELICE MERCOGLIANO

*In memoria del Maestro. Tullio Spagnuolo Vigorita (1941-2012)\**

*Tous les matins du monde*

*sont sans retour*

(Pascal Quignard)

Il professor Tullio Spagnuolo Vigorita è riuscito ad essere maestro nel senso autentico che diamo al termine, come figura umana e accademica. Non mi sarebbe possibile una trattazione di tutto il suo influsso ricevuto, sul piano romanistico e non solo. Rievoco adesso soltanto qualche impressione, taluni momenti e ricordi scolpiti nella mia memoria delle nostre rispettive strade, che si sono a un certo punto incrociate, collegate e biforcute ora che il mio maestro, giunto al traguardo umano ben prima di divenire vecchio, sta riposando sulle colline eterne della quiete ed io sono rimasto, invece, sulla terra. Un'esposizione ulte-

---

\* Il professor Tullio Spagnuolo Vigorita è scomparso l'11 settembre di un anno fa. Nel novembre 2003 lo invitai a tenere una 'lectio magistralis' di *Storia del diritto romano* nell'ambito del ciclo di «Lezioni Emilio Betti» a Camerino, ove venne volentieri e scelse per la versione a stampa (*Lezioni Emilio Betti*. Camerino 2001-2005, Napoli 2006, 35-69), che poi curai insieme con Paolo di Lucia, un titolo emblematico: *L'unità della ricerca storica. Paul Jörs e la legislazione matrimoniale augustea*. A distanza di un decennio penso che questo sia stato il vero modello di testo di insegnamento che volevo lasciarmi: ispirato all'esposizione comprensibile di un tema comunque specialistico, sulla base di una disamina ancorata rigorosamente alle fonti. Anche il libro da lui più amato, *Casta domus. Un seminario sulla legislazione matrimoniale augustea*, allora aveva appena conseguita una stesura definitiva, percorsa da un'analoga trama espositiva. Si v. T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Casta domus. Un seminario sulla legislazione matrimoniale augustea*<sup>2</sup> (Napoli 2002), che, con l'aggiunta di un iniziale § 0 («Immaginare fantasma»), confluirà poi nella terza edizione (Napoli 2010), in conclusione di una sorta di trittico di 'libri-seminari' legati all'attività didattica dei corsi napoletani di *Storia*, insieme con ID., *Le nuove leggi. Un seminario sugli inizi dell'attività normativa imperiale* (Napoli 1992) e ID., *Città e impero. Un seminario sul pluralismo cittadino nell'impero romano* (Napoli 1996).

riore, con altri ricordi sulla sua personalità, certamente fuori dal comune, e una bibliografia completa, offro su *Studia et documenta historiae et iuris* di quest'annata<sup>1</sup>.

Posso quindi andare direttamente con il pensiero qui, in maniera mirata, al suo magistero, che fu a un tempo per me di formazione accademica e romanistica. Anche quando mi indirizzò verso ancora altri maestri, ai quali devo poi tutta la mia carriera universitaria e i risultati scientifici. Naturalmente, penso a Labruna, al quale il mio maestro mi presentò venticinque anni fa, consapevole che ciò avrebbe fatto bene unicamente a me e lo avrebbe privato della mia collaborazione assidua in futuro. Ma pure allorché mi indusse a recarmi presso il suo fraterno amico di una vita, Rolf Knütel, per quasi due anni complessivamente, proprio in momenti nei quali a lui avrei dovuto prestare la massima assistenza e invece con generosità intellettuale considerò preminente la mia formazione romanistica. Egli, innanzitutto, ha modellato in me qualcosa di apparentemente secondario, ma che sento di dover considerare fondamentale per 'essere' professore universitario: le logiche a cui mi convinsi si dovessero attenere le valutazioni della preparazione degli studenti. Ho cercato di apprendere ciò, recependo il comportamento che egli teneva quando svolgeva di persona la seconda parte di ogni sessione di esami, ai quali per oltre un quarto di secolo ho avuto incessantemente l'onore di collaborare. Le interrogazioni che conduceva il mio maestro erano esemplari per capacità di accertamento, venivano condotte per così dire «*sine ira et studio*», vale a dire senza avversioni di nessun tipo e con scrupolo costante, senza preferenze smaccate solo per alcuni argomenti più coinvolgenti a scapito di altri, né frettolose interruzioni che tarpassero ragionamenti e acquisizioni vere, non brutalmente mnemoniche di quanto studiato. Senza influsso di simpatie e antipatie quindi, ma soprattutto al netto di superficiali approssimazioni e riduttivi pressapochismi, sopportati solamente per velocizzare i tempi delle sessioni, con la tacita rinuncia a penetrare nella sostanza della materia e incalzare gli interrogati fino a verificare un'assimilazione responsabile di problemi e orientamenti tematici.

Gli esami di *Storia del diritto romano* a Napoli costituivano un filtro efficacissimo per individuare i veri talenti. Il mio maestro, difatti, non era molto parsimonioso sui voti minimi, ma era rigorosissimo appena si volteggiasse verso le votazioni di un certo peso e asse-

---

<sup>1</sup> *SDHI*. 79 (2013) 1565-1582.

gnava i trenta e i trenta e lode, in particolare, con una lucida e inflessibile selezione, volta a valorizzare il merito e senza privilegiare frequenze didattiche, odiose segnalazioni di favore o preparazioni da ‘sgobbone’ e basta. Ho memoria di alcune delle lodi (rarissime) attribuite in seguito ad esami che erano un concentrato di bravura reciproca di professore e studenti, che non sarebbero arrivati a quella accademica osmosi irripetibile se non per il tramite di rigorose modalità intellettuali come quelle instaurate dal mio maestro.

Ho capito appieno, almeno credo, quale fosse la matrice della predisposizione del Professore nell’approccio agli esami, così sommariamente da me appena descritta, relativamente di recente. Soltanto quando ho letto come ricordava il suo esame di *Storia del diritto romano*, sostenuto appunto da studente con il suo maestro, Francesco De Martino, e con l’assistente di quest’ultimo *illo tempore*, Casavola.

Egli inquadra la maniera di condurre gli esami come uno specifico tratto distintivo di una personalità di primissimo ordine, qual era quella di De Martino. Adesso, inoltre, mi rendo conto che, in una sorta di gioco di specchi, il mio maestro lo ricordava così, in un momento iniziale del loro rapporto, per richiamare il riflesso di una globale sensibilità che aveva interiorizzato. Rileggo le sue parole: «De Martino era buono, generoso, giusto, di indole schietta e gusti parchi. Decenni di contiguità al potere politico non ne avevano incrinato il tratto umano e soccorrevole. Trasmetteva simpatia e fiducia immediate... All’impulso sociale che ne sosteneva l’azione politica faceva riscontro la disponibilità immediata al contatto umano, l’affabilità disadorna dei suoi modi. L’atteggiamento benevolo e comprensivo rasserenava gli studenti e smorzava la tensione anche nel momento dell’esame; dopo oltre quarant’anni non ho dimenticato l’atmosfera distesa in cui si svolse il mio (fui interrogato prima da Casavola, poi da lui), benché fossi turbato per un recentissimo e gravissimo lutto»<sup>2</sup>. Il mio maestro aveva, infatti, dovuto subire ad appena diciannove anni la scomparsa della madre, amatissima<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Così T. SPAGNUOLO VIGORITA, *In memoriam. Francesco De Martino (31.5.1907 – 18.11.2002)*, in ZSS. 121 (2004) 788 [ripr. anast. in *Conferenze Francesco De Martino 1 (2005)* (Fano 2006)].

<sup>3</sup> E sul versante delle figure femminili di riferimento ciò probabilmente rinsaldò un legame unico che egli aveva con colei ch’era stata la prima a creare un rapporto maestro-allievo di spessore scientifico intenso e formativo: Vera Lombardi. Su Vera Lombardi (1904-1995) si v. le onoranze raccolte in *Dedicato a Vera* (Napoli 1996), ivi, 69 ss., fra gli altri, un toccante ricordo di Francesco De Martino. Mi piace ricordare anche almeno una sua raccolta di scritti di storia politica e scienze sociali: V. LOMBARDI, ... *e come scelta la libertà. Resistenza Scuola Società* (Napoli 1987); cfr., infine, D. CIRELLA, *Una socialista eretica. Biografia di Vera Lombardi* (Napoli

Il suo comportamento nei confronti degli studenti rispecchiava peraltro un carattere vivace, pronto alla spontanea apertura verso l'altro, all'ascolto dell'interlocutore facilitato dal suo temperamento estroverso, incline all'internazionalizzazione di studi, amicizie e contatti. Non gli mancava una sincera capacità autocritica, lo distingueva anzi perfino una profonda vena autoironica, ma al contempo sapeva rivelarsi pure verso gli altri di non minore asciutta franchezza, seppure costantemente avvolta in un linguaggio non offensivo, intelligentemente lieve, frutto anche di ampie e raffinate letture.

Il suo non era un comportamento rivolto a una certa *gravitas* in linea di principio, che maestri illustri non risparmiavano soprattutto nello scagliarsi in duelli storiografici e scontri crudamente condotti come battaglie dialettiche senza esclusioni di colpi. Ho imparato dalle sue recensioni (che basta ripassarsi un po' per ricordarsi che tuttavia non erano di certo tenere, quando occorreva mettere in luce carenze grossolane<sup>4</sup>) che si deve essere sinceri nel porre in evidenza errori e disaccordi, ma non bisogna lasciarsi cullare da un eccessivamente consapevole senso di sicurezza, che anzi non sopportava e che, sul piano romanistico almeno, finiva per punire scrivendo. In fondo, realizzava quanto cantava in *Cirano* Francesco Guccini: «... infilerò la penna ben dentro al vostro orgoglio / perché con questa spada vi uccido quando voglio»<sup>5</sup>.

Va pure indubbiamente ricordato, come insegnamento per me indelebile, il suo aver dato vita all'istituzione e allo sviluppo della Biblioteca all'interno dell'Istituto di diritto romano a Napoli. Nella Biblioteca al II piano di via Mezzocannone 16, quando lo conobbi, aveva addirittura insediato il suo studio, che non aveva come perimetro quattro mura, né una porta chiusa come tutti gli altri, bensì il contorno 'aperto' di scaffali pieni di opere che

---

2003). Aveva, difatti, svolto i suoi ottimi studi classici liceali all'«Umberto», con il magistero di storia e filosofia di Vera Lombardi, sua prima maestra delle materie storiche, già professoressa di storia e filosofia dei suoi fratelli Vincenzo e Luciano, fondatrice e presidente a lungo dell'Istituto campano per la storia della Resistenza ora a lei intitolato, nonché indomita figura della cultura e della militanza antifascista e progressista napoletana per tutto il secondo dopoguerra. Lei certamente lo aveva temprato all'analisi e alla critica storica, ma il suo modello il mio maestro lo conservava ben impresso per i valori di sensibilità, impegno, disponibilità, tolleranza, che aveva assorbito, dimostrando quindi tali doti in particolare nei rapporti rigorosamente corretti, civili e improntati alla massima disponibilità verso gli studenti.

<sup>4</sup> Si v., ad es., T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Tribolazioni severiane*, in *Index* 19 (1991) 507-514.

<sup>5</sup> F. GUCCINI, *Cirano*, in *D'amore di morte e di altre sciocchezze* (1996) 7 [ora in *Guccini Live Collection* (1998) CD1.6 = *Anfiteatro Live* (2005) CD2.3].

lui stesso, aiutato da Dell'Agli e Camodeca, ordinava, catalogava, etichettava, classificava e fisicamente riponeva a posto.

Già da studente, mi colpì enormemente questa immane fatica a cui per la Biblioteca si sottoponeva, vale a dire da quando m'immersi nel corso che in concreto sarebbe sfociato nella sua seconda monografia: *Exsecranda pernicies. Delatori e fisco nell'età di Costantino*<sup>6</sup>. In questa opera seconda, dopo *Secta temporum meorum* del 1978, emerge completamente la sua linea interpretativa, mai astratta e legata alle risultanze concrete dell'esame capillare delle fonti di ogni provenienza, circa gli svolgimenti del periodo cruciale di storia romana politica e giuridica che va dal principato augusteo all'era costantiniana, mostra un filo conduttore efficacemente formativo. Basato cioè sull'individuazione dei profondi sottostanti conflitti tra ceti dominanti e nuove istanze sociali, che producono equilibri istituzionali e indirizzi normativi con riflessi economici nuovi. Sin dalla disincantata analisi della riforma matrimoniale augustea, in apparenza puramente etica e idealmente demografica, per giungere allo scontro cruento nel IV-V secolo tra l'aristocrazia senatoria pagana e l'emergente blocco sociale cristiano, il mio maestro ha tracciato un percorso analitico tutto documentato realmente sulle fonti e spiegato oralmente nell'anno precedente l'uscita a stampa di *Exsecranda pernicies* a noi, i suoi studenti napoletani di quei tempi irripetibili.

Dopo i primi corsi a Messina ed a Salerno, aveva allora fatto ritorno 'in patria', conseguendo la nomina di associato presso l'Università di Napoli nel 1980. Per lui era stato attivato *Diritto penale romano*, insegnamento su cui aveva quindi concentrato energie vigorose, immettendovi contenuti originali. Avendo vinto poi il concorso nel 1986, ebbe la cattedra di *Istituzioni* a Bari per un triennio. Infine, di nuovo e definitivamente da ordinario a Napoli, ove avrebbe insegnato sempre *Storia del diritto romano* e comunque non si sarebbe sottratto a lezioni di stampo didattico tradizionale, frontale, con numerosissimi studenti (almeno agli inizi dei corsi), nozioni generali non estremamente problematizzate e in base a programmi di consolidato impianto per argomenti tipizzati, questioni cruciali e sezioni tematiche. In contrasto, in fondo, con l'approccio seminariale, quasi di livello specialistico, che aveva nei primi decenni praticato. Ora ciò non poteva più accordarsi con l'impegno richiestogli. Credo gli fosse chiaro che doveva giungere a questa tipologia di docenza, al culmine della car-

---

<sup>6</sup> (Napoli 1984, rist. 1993).

riera, e al suo dovere non veniva meno, poiché le esperienze giovanili precedenti, in anni di intense contestazioni, oramai non erano più possibili, nel suo ruolo e in un'università di massa, estremamente congestionata, qual era la partenopea, nonché in una Facoltà ormai conformista e 'normalizzata' come Giurisprudenza. Ma non sono affatto sicuro che con questa finale attività docente sia mai entrato in sintonia e lo abbia appagato davvero. Però era troppo intelligente per non capire che le passate sperimentazioni seminariali sarebbero state, per dimensioni e tematiche, improponibili e in qualche anno recente le fece svolgere, ma non fu la stessa cosa, da noi (io stesso fui prescelto, insieme con altri pochissimi, e svolsi un seminario di argomento 'pisoniano'), ma lui non le ripropose più in prima persona con il singolare trasporto degli anni in cui lo conobbi. Incarnava in ciò quanto esprime il principe di Salina nel *Gattopardo*, quando a proposito del sintomatico guado esistenziale in cui si trova, tra l'aristocrazia in decadenza e la sgomitante borghesia, afferma: «Appartengo ad una generazione ... a cavallo fra i vecchi tempi ed i nuovi, e che si trova a disagio in tutti e due»<sup>7</sup>.

Quando in quell'anno accademico 1982-83, in quel novembre iniziai a frequentare le lezioni seminariali di *Diritto penale romano* da lui tenute, dicevo, queste vertevano intorno alla dialettica tra l'impostazione mommseniana e la rivisitazione operata da Wolfgang Kunkel (argomenti a lui carissimi, che l'avviarono ad un dialogo ininterrotto, intessuto di un paio di magistrali recensioni<sup>8</sup>, con Bernardo Santalucia; aveva certamente rafforzato la concordanza scientifica allora piena e il legame con Kunkel stesso la traduzione effettuata insieme con la prima moglie, Bianca, della *Römische Rechtsgeschichte* pochi anni prima<sup>9</sup>).

<sup>7</sup> G. TOMASI DI LAMPEDUSA, *Il Gattopardo*, nuov. ed. riv. cur. G. Lanza Tomasi (Milano 2010) 181.

<sup>8</sup> Si v. T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Diritto e processo penale in Roma antica* [Rec. a B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*<sup>2</sup> (Milano 1998)], in *Index* 29 (2001) 376-395 e Id., Rec. a B. SANTALUCIA, *Altri studi di diritto penale romano* (Padova 2009), in *Iura* 60 (2012) 289-305.

<sup>9</sup> W. KUNKEL, *Linee di storia giuridica romana* (Napoli 1973) [trad. it. di *Römische Rechtsgeschichte. Eine Einführung*<sup>6</sup> (Köln-Wien 1972)]. L'appassionata formazione di stampo kunkeliano non gli impedì peraltro una successiva 'conversione' all'impostazione di Santalucia, ora maggioritaria in materia di repressione criminale romana, che anzi ha ammesso in un raro ricordo personale di recente così: « Quando, su suggerimento di Kaser, lessi per la prima volta le *Untersuchungen* di Kunkel, un libro allora recente, già integrato dalla voce «*Quaestio*» (1963) e a cui presto si sarebbero aggiunti i due articoli sul «*Konsilium*» (1967, 1968), quest'argomento mi impressionò molto e fu certo determinante a produrre un'attrazione che mi ha accompagnato a lungo, benché molteplici letture mi ammonissero sulle falle della ricostruzione kunkeliana. Credo che la mia vicenda sia stata comune a molti. Ora resta l'ammirazione per una prestazione scientifica di altissimo livello, che, se non altro, ha indotto la ricerca a rimeditare per decenni sul grandioso quadro mommseniano ... credo proprio che ora Santalucia, più di ogni altro, ne abbia dimostrato l'insufficienza delle linee di fondo» (T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Diritto e*

L'approccio seminariale era, insomma, orientato a mostrare uno spaccato di storiografia romanistica, da un versante come quello della procedura adottata in sede di repressione criminale nella storia romana, che appariva particolarmente controverso, con punti di frontale disputa di proposte interpretative, tra giudizio popolare o magistratuale e fra 'doppio grado di giurisdizione' o *provocatio* come semplice opposizione avverso l'*imperium* consolare, ricostruite sulla base delle fonti criticamente ripercorse da parte del mio maestro, con ritmo serrato e rigore intellettuale.

In un ideale 'secondo tempo', in genere dopo un breve intervallo che gli permetteva di sorseggiare, al solito, l'adorato thé caldo, il suo corso si distaccava per così dire dalla parte generale di diritto penale romano e convergeva in una sorta di parte speciale dal taglio monografico sulla legislazione matrimoniale augustea, per giungere all'abolizione costantiniana della delazione fiscale. Era un magistero 'non più facile, ma tanto ricco di maggiore fascino'<sup>10</sup>.

Le sue lezioni seminariali egli le conduceva seduto come noi tutti intorno a un tavolo e non dalla classica cattedra, con un positivo effetto simbolico, distribuendoci progressivamente fogli su cui dopo averle ritagliate una per una trasponeva fonti su fonti con rubriche e glosse, che ci spiegava con traduzioni dal vivo e commenti sul momento, che andavano a centrare sempre il 'seme' di ogni argomento. Non c'era un libro di testo ufficiale, ma tutto si basava sulla raccolta a mo' di 'working in progress' dei suoi struggenti fogli di fonti, che dava a ciascuno di noi un po' per volta settimana per settimana. In ogni incontro (uno solo a settimana, ma di tre ore piene) di quel 1982-83, con mai più di una decina di studenti in-

---

*processo penale in Roma antica* cit. 381 s.). Desidero richiamare in merito anche un'altra considerazione, espressa dal mio maestro recentemente: «Giova forse rammentare ai più giovani che, negli anni sessanta e settanta dello scorso secolo, il dominante affresco mommseniano, fino ad allora appena incrinato da ritocchi o critiche ..., fu sottoposto, per quanto concerne il processo criminale presillano, alla radicale revisione di Wolfgang Kunkel; le cui proposte ricostruttive, peraltro consapevolmente problematiche, se furono contestate da illustri studiosi, furono però favorevolmente accolte da parecchi altri, e suscitavano simpatie anche in non specialisti» (T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Rec.* a B. SANTALUCIA, *Altri studi di diritto penale romano* cit. 292 s.), «tra i quali annovero me stesso. Mi sia consentito ricordare che il confronto tra la ricostruzione di Kunkel e quella di Santalucia fu oggetto precipuo dei miei corsi di diritto penale romano a Napoli nei primi anni ottanta; e che il fascino delle *Untersuchungen* fu certo uno dei motivi che mi indusse ad accettare l'invito di Mario Bretone a tradurre la *Römische Rechtsgeschichte*: un'esperienza che ricordo con particolare piacere» (*ibid.* 293 nt. 14).

<sup>10</sup> Nella mia mente riecheggia, come una similitudine, quanto Rolf Knütel ha scritto sulla «Kaser's legacy», che nel privilegiare nell'esegesi delle fonti romane un metodo teso al conservativismo filologico piuttosto che un datato interpolazionismo, scavò un tracciato che apriva nuove strade inesplorate, allontanandosi dalla quasi meccanica ricerca di indizi testuali canonizzati: si v. R. KNÜTEL, «Nicht leichter, aber um so reizvoller» – *Zum methodischen Vermächtnis Max Kasers*, in *ZSS.* 115 (1998) 33-65.

torno, ci conduceva ad un avanzamento dei saperi grazie alle testimonianze desumibili dalla tradizione manoscritta e dalle iscrizioni.

L'importanza delle iscrizioni come fattore di progresso negli studi romanistici, se scrupolosamente raffrontate con le fonti di tradizione manoscritta, aveva indotto un convincimento connaturatosi in Spagnuolo Vigorita. Infatti, dagli anni novanta del secolo scorso si dedicò in particolare ad articolati e molteplici studi sulla *lex portus Asiae*, sospingendo al contempo me allo studio del *Senatusconsultum de Cnaeo Pisone patre*. E il libro che ne scaturì lo dedicai doverosamente nel 2009 di slancio a lui<sup>11</sup>. Mi aveva tuttavia indirizzato a tale problematica, devo dire, in maniera piuttosto 'morbida', come se fosse un cammino che non venisse perentoriamente ordinato e da dover proseguire, bensì un sentiero prima intravisto, che poi s'amplia di tracciato e infine diviene un percorso lineare che s'innesti in una strada principale.

Anche in ciò fu diverso, ancora una volta, dagli altri miei maestri, che mi hanno istradato a temi di ricerche sfociate in saggi monografici d'una qualche rilevanza. Penso a Labruna che mi assegnò, con una vena un po' inflessibile, la tematica delle *actiones ficticiae*, intuendo benissimo però, per dir la verità, che altrimenti io avrei privilegiato eccessivamente lo studio della storia costituzionale e di argomenti pubblicistici rispetto al diritto e al processo privato romano; nonché a Knütel, che un lunedì bonnese mi convocò e mi comunicò, senza fronzoli e per attestare l'impegno reciproco durante il mio soggiorno di perfezionamento lí, che avrei dovuto scrivere, come poi feci, un contributo sulla *diligentia quam in suis* entro il ritorno a Napoli (sei settimane dopo).

I temi di ricerche che invece suggeriva, incoraggiava, stimolava e auspicava fossero coltivati da me, il professor Spagnuolo Vigorita non li imponeva, ma con acume critico li suggeriva come argomenti fertili, scientificamente fecondi, che avrebbe desiderato fossero perseguiti da un allievo. Credo anzi che lui si sia astenuto da elaborare contributi in materia, perché ormai era una tematica di ricerca intrapresa da me, dimostrando ancora una volta un'encomiabile, ora purtroppo persa, leale magnanimità intellettuale<sup>12</sup>. Rivelava così

---

<sup>11</sup> F. MERCOGLIANO, *Pisone e i suoi complici. Ricerche sulla «cognitio senatus»* (Napoli 2009).

<sup>12</sup> Si ricordi che uno dei suoi preferiti *excursus* tacitiani era quello, celeberrimo, sulla decadenza dei costumi e del diritto che culmina nell'istituzione di una commissione per la revisione dei premi ai delatori di accuse per

un'attitudine lungimirante a non cercare, per così dire, tecnicamente di 'fare scuola' nel senso classico accademico, ma nel rispettare e far crescere capacità e interessi di ciascun allievo. Il suo maestro, De Martino, credo gli avesse inculcato anche tale altruismo scientifico<sup>13</sup>, teso ad un magistero d'altra natura.

Con un 'agrodolce' testamento metodologico chiudeva il suo ultimo articolo in materia 'joersiana'<sup>14</sup>: «Come pochi altri argomenti, la riforma etico-matrimoniale augustea – scriveva – aveva avuto in sorte già nell'ultimo quarto dell'Ottocento una trattazione di straordinario spessore, che, in rara sapienza compositiva, congiungeva storia politica, giuridica, letteraria. Jörs ci aveva donato una base salda su cui continuare a ragionare, approfondire, modificare, correggere. Non è accaduto. La sua lezione, nel metodo come nei risultati, è stata per lo più ignorata, talora fraintesa, appiattita, a volte perfino schernita; tanto nelle sue linee generali, come ho provato a dimostrare già quasi trent'anni fa, quanto su aspetti particolari ... Sia pur con importanti, ma isolate, eccezioni, su questo argomento sembra essersi dissolta, nella pratica se non nelle intenzioni, la dimensione unitaria della ricerca storica, e con essa, necessariamente, la possibilità stessa di un indagare rigoroso, che prevenga non dico errori e approssimazioni, dai quali nessuno di noi è mai del tutto esente, ma almeno il dilagare di mal trattenuto estro»<sup>15</sup>.

Se la lezione di Jörs è stata dunque eccellentemente da lui posta in rilievo, concludendo queste mie brevi riflessioni, la lezione del professor Tullio Spagnuolo Vigorita che a mia volta possa testimoniare di aver appreso è stata, ancor più che attraente, diversa<sup>16</sup>. Il

---

lesa maestà nel principato di Tiberio, in Tac. *ann.* 3.25.1-28.4: v, da ultimo, T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Casta domus. Un seminario sulla legislazione matrimoniale augustea*<sup>3</sup> (Napoli 2010) 24-27 e 108-110.

<sup>13</sup> Come dichiara F. DE MARTINO, *Prefazione*, in ID., *Storia della costituzione romana*<sup>2</sup> VI. *Indici generali* (Napoli 1990) v-vi: «Non potrò mai esprimere adeguatamente quel che io sento per un gruppo di studiosi, a cominciare da F. P. Casavola e poi F. D'Ippolito, T. Spagnuolo Vigorita, A. Dell'Agli, G. Camodeca ed altri ancora che nel corso del tempo hanno scelto altre vie, che mi sono stati vicini in lunghi anni di lavoro universitario e scientifico. Quel che io devo loro è moltissimo ed il loro incoraggiamento mi è stato di aiuto assai grande. Caratteristica principale di questa feconda collaborazione è stata che essa non implicava l'adesione a metodi e principi, ma era fondata sulla piena libertà di ciascuno e perciò non era una scuola nel senso comune del termine. La varietà degli interessi e delle idee è sempre, a me pare, più utile per la scienza che vincoli più o meno dogmatici».

<sup>14</sup> T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Joersiana IV: Livia, Augusto e il plebiscito Voconio*, in *Index* 40 (2012) 257-270.

<sup>15</sup> *Ibid.* 270.

<sup>16</sup> Mi sia consentito richiamare un suggestivo dialogo finale del romanzo di E. Wharton, *L'età dell'innocenza* (1920, ult. ed. it. Milano 2010) 318-319, in cui emerge il rimpianto del protagonista newyorchese, Archer, per la contessa Olenska, e quanto lei esprimesse di 'sovversione' ed emancipazione con 'europeo' senso di libertà dai formalismi scontati della società aristocratica americana; difatti, alle domande su di lei al figlio, Dallas (che

suo era un magistero tutto impregnato di richiami alla realtà della concretezza storica, che declinava indirizzi propri della scienza romanistica del primo Novecento verso innesti multidisciplinari, da cui sgorgava un senso splendido di unità della ricerca storica e di innata ribellione all'isolamento degli studi di storia giuridica romana.

La ricerca, secondo lui, doveva procedere non senza valori di riferimento, ma senza aprioristici schemi interpretativi astratti né dogmatici automatismi concettuali. Rifuggiva dalle ingenuità affermazioni di oggettività e neutralità delle convinzioni storiografiche. Tuttavia, le dominanti di carattere politico delle sue ricostruzioni storico-giuridiche non erano mai enunciate espressamente, emergevano dal raccordo e dall'esposizione delle fonti a cui avrebbero dovuto essere allacciate sempre saldamente le conseguenze tratte e prima ancora le analisi condotte.

Quasi dovessero essere le fonti stesse a parlare e ad imporsi. Alla mancanza o all'inattendibilità di esse non si doveva sostituire appunto «il dilagare di mal trattenuto estro» delle sue ultime frasi che ho appena citate.

Ma tutto ciò non significava per lui negare che la fantasia, nel senso di capacità creativa e intuizione del vero storico, fosse un essenziale segno di talento negli studi di storia giuridica, come egli scrisse espressamente a proposito ancora una volta di un ricordo personale del suo maestro, dieci anni fa<sup>17</sup>: «A quasi novant'anni, De Martino... riafferma il suo umanesimo storiografico e la sua fiducia nella "fantasia" che – non ho dimenticato il mio stupore né il suo rassicurante sorriso – nella primavera del 1964, quando gli dissi della mia intenzione di continuare gli studi romanistici, mi indicò come la principale dote dello storico»<sup>18</sup>.

---

vorrebbe 'scavare' nei sentimenti del padre), risponde così, in maniera struggente, consapevole di non riuscire a essere in grado di rivederla a Parigi, inadeguato ad affrontare la realtà di una vita da lui sprecata: «La mano di Dallas si posò allegramente sulla sua spalla. 'Ciao, papà: mica male, no?' Stettero per qualche istante a guardare in silenzio, e poi il giovane riprese: 'A proposito, ho un messaggio per te: la contessa Olenska ci aspetta entrambi alle cinque e mezzo' ... Archer continuava a fissarlo. 'Le hai detto che ero qui?'. 'Naturalmente... perché no?' le sopracciglia di Dallas si sollevarono in modo bizzarro. Poi, non ottenendo risposta, con fare confidentiale prese a braccetto il padre. 'Allora, papà: com'era?'. Archer sentì il viso colorirsi sotto lo sguardo sfrontato del figlio. 'Dai, confessa: tu e lei eravate grandi amici, no? Non era tremendamente attraente?'. 'Attramente? Non so. Era diversa.'».

<sup>17</sup> T. SPAGNUOLO VIGORITA, *In memoriam. Francesco De Martino* cit. 778.

<sup>18</sup> Nel marzo 1990, il professor Antonio Guarino mi scrisse una lettera, che conservo ancora gelosamente, in cui mi mosse delle osservazioni in materia di *Tituli ex corpore Ulpiani*, oggetto di un mio estratto, inviatogli in deferente omaggio. Ebbene, inaspettatamente la conclusione della lettera stessa con l'eleganza e il garbo

Forse, quel «rassicurante sorriso» del suo maestro era quello stesso che, dopo cinquant'anni nei quali s'era speso da par suo per la scienza romanistica e prodigato anche nell'essermi maestro, gli vidi ancora irradiare il bel volto 'mediterraneo' l'ultima volta che l'ho visto fisicamente quel maledetto 11 settembre dell'anno scorso. Fino all'estremo momento per me doveva essere maestro e lo è stato.

Camerino, novembre 2013

---

dell'autentico maestro dei maestri s'incitrava esattamente, al pari di quanto De Martino disse al mio maestro, sulla 'fantasia storiografica': «... - Semplici osservazioni, forse nemmeno fondate, che io Le prospetto, non per diminuire il merito del Suo lavoro, ma per alimentare in Lei una fiamma di fantasia storiografica che merita di essere attizzata e che apprezzo».



EMANUELA NALLI

## *Sui fondamenti romanistici del diritto europeo in materia di obbligazioni e contratti\**

1. Con l'opera *Fondamenti romanistici del diritto europeo. Le obbligazioni e i contratti dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, a cura di Giovanni Luchetti e Aldo Petrucci e con la collaborazione di Ivano Pontoriero, prosegue il lavoro di "dissodamento" in chiave storico-comparatistica, avviato con la pubblicazione nel 2006 del libro sui *Principles of European Contract Law*, in vista di un sempre maggiore intento di armonizzazione e di affinamento del Progetto di un quadro comune di riferimento nel settore del diritto europeo dei contratti.

Tale piano di lavoro per un diritto contrattuale comune è in continua evoluzione e passa attraverso l'elaborazione di diversi testi: ai *Principles of European Contract Law* della Commissione coordinata da Ole Lando e Hugh Beale hanno fatto seguito il *Draft Common Frame of Reference* predisposto dallo Study Group on a European Civil Code e dal Research Group on EC Private Law (Acquis Group) coordinato da Christian von Bar, Eric Clive e Hans Schulte-Nolke, ed il più recente *Draft* derivante dal *Feasibility Study*, pubblicato dalla Commissione europea nel maggio 2011, che è opera di un gruppo di esperti nominati dalla Commissione con l'apporto dei rappresentanti delle categorie dei soggetti destinatari delle disposizioni, principalmente rappresentative di consumatori e professionisti<sup>1</sup>.

---

\* A proposito di Giovanni LUCHETTI e Aldo PETRUCCI con la collaborazione di Ivano PONTORIERO (a cura di), *Fondamenti romanistici del diritto europeo. Le obbligazioni e i contratti dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, "Parerga historiae et iuris. Approfondimenti di storia del diritto, della cultura e della società", Bologna, Patron, 2010, p. 370.

<sup>1</sup>Il "Draft Common Frame of Reference" (DCFR) si è rivelato di notevole interesse accademico, ma poco adatto alle esigenze degli operatori. Il "Draft derivante dal Feasibility Study for a Future Instrument in European Contract Law", pubblicato nel maggio 2011, è pertanto il risultato di un primo confronto con gli "stake-

Il volume si apre con una necessaria introduzione che, illustrando le origini, le ragioni, la struttura ed il contenuto del *Draft Common Frame of Reference* (= DCFR) prepara il passo all'esame delle più importanti disposizioni ed istituti del DCFR per compiere un'opera di confronto e di raccordo con le norme del diritto privato vigente nei vari paesi dell'UE, appartenenti ai sistemi di Civil law e Common law, nonché di collegamento con le fonti romane e la loro elaborazione ed interpretazione nella scienza medievale, onde ricostruire l'iter argomentativo ed interpretativo che dalle soluzioni offerte dai giureconsulti romani ha condotto alle norme delle moderne codificazioni e al DCFR, valorizzando la tesi che assurge il diritto romano a substrato delle moderne legislazioni e a fonte da cui attingere per la predisposizione e l'elaborazione di un diritto contrattuale europeo uniforme.

Nella logica dei suoi redattori il *Draft Common Frame of Reference* è un testo accademico volto a favorire la conoscenza del diritto privato europeo nei singoli ordinamenti nazionali, anche in termini di formazione ed educazione giuridica, nonché a dimostrare che i diritti privati nazionali siano manifestazioni regionali di una sovrastante eredità comune europea, sostenendo il processo di unificazione attraverso l'elaborazione di regole e principi uniformi.

Pur se i redattori del *Draft* tacciono sul punto, Luchetti e Petrucci identificano indubbiamente tale eredità comune nello *ius commune Europeanum*<sup>2</sup> rappresentato dal complesso dei

---

holders" volto a divenire, nella versione definitiva, la base di un regolamento opzionale rivolto a consumatori e professionisti per la disciplina di operazioni economiche transnazionali. L'opera è tuttora in continua evoluzione; oggetto di studio e modifiche al Convegno di Lovanio del 3 giugno 2011, è giunto alla sua terza versione il 19 agosto dello stesso anno. Si tratta di un testo modulare cui potranno essere apportate ulteriori aggiunte: ad oggi, si compone di una sezione sui principi generali in materia contrattuale, di una disciplina specifica in materia di vendita e servizi ad essa correlati, nonché di regole generali circa il risarcimento del danno, il ritardo nei pagamenti, le restituzioni, le prescrizioni e la tutela dei consumatori. Il Progetto, l'11 ottobre 2011, è sfociato in una proposta di regolamento, del Consiglio e del Parlamento Europeo, su un diritto comune europeo della vendita (Common European Sales Law) con l'obiettivo di facilitare il commercio intracomunitario, mettendo a disposizione degli operatori economici una normativa uniforme che le parti possano utilizzare per i contratti di vendita con le controparti di un altro paese dell'Unione. Si tratta di uno strumento opzionale - applicabile solo se scelto dalle parti e che quindi lascia sussistere le leggi nazionali in materia - che, secondo la Commissione, può favorire una maggiore integrazione dei mercati. Cfr. G. ALPA, *Il diritto contrattuale comunitario: un cantiere aperto*, in <http://www.consiglionazionaleforense.it>, -Naviga per temi -attività dei consiglieri- art. 6992; Sui lavori preparatori per l'unificazione giuridica nella UE nell'ambito del diritto civile cfr. R. KNUTEL, *Diritto romano e unificazione del diritto delle obbligazioni*, in "Roma e America. Diritto Romano Comune" Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina", 27/2009, Mucchi editore, p. 20 ss.; v. anche R. TORINO, *La proposta di regolamento per un diritto comune europeo della vendita* in "La cittadinanza europea", anno IX, 2/2012, Franco Angeli Editore, Milano, pp.153-173.

<sup>2</sup>Cfr. R. KNUTEL, *Diritto romano e unificazione del diritto delle obbligazioni*, cit., pp. 17-20 e 23.

principi e delle regole scaturenti dal diritto romano e dalla successiva tradizione romano-canonica, perseguendo l'obiettivo di dimostrare, attraverso un'analisi accurata di singoli articoli o di gruppi di articoli del DCFR, punti di contatto con la tradizione romanistica.

Persino nella struttura e nella sistematica accolta nel Progetto gli autori ravvisano corrispondenze con alcune scelte sistematiche proprie della Codificazione di Giustiniano. Il DCFR, infatti, può assimilarsi ad un codice che si pone in una via intermedia tra un codice di principi e un codice di regole e la decisione di separare i "Principi" e le "Definizioni" dal testo normativo, collocandoli rispettivamente, in apertura, in un'apposita sezione autonoma che precede i dieci libri di regole-modello<sup>3</sup>, e in un Annesso allegato, sembra potersi ricollegare sia al titolo di apertura delle *Institutiones* (1,1) e del Digesto (I.1), entrambi rubricati "*De iustitia et iure*", includenti alcuni principi fondanti dell'intera Compilazione<sup>4</sup>, sia alla scelta di aggiungere alla fine del Digesto il titolo 50,16 "*De verborum significatione*", ricomprendente le definizioni e i concetti ricorrenti in tutto il Corpus normativo, nonché il titolo 50,17 "*De verbis regulis iuris antiqui*", contenente "regole" più generali sottostanti al complesso delle materie trattate<sup>5</sup>.

Sembra riflettere la sistematica accolta dalle Istituzioni di Giustiniano (3,13,2) e prima ancora anche dalle Istituzioni di Gaio (3,88)<sup>6</sup>, nonché dalle moderne codificazioni europee, la predisposizione in un apposito libro del DCFR (III) di una disciplina generale delle obbligazioni, applicabile non solo a quelle nascenti dal contratto ma anche alle obbligazioni *ex lege* (gestione di affari altrui -libro V- e arricchimento senza causa -libro VII-) e a quelle derivanti da fatto illecito (libro VI), optando per una riaffermazione del modello romanistico -

---

<sup>3</sup>Per regole-modello s'intendono quelle regole che non hanno forza normativa, ma rappresentano un "soft law", che funge da modello al legislatore comunitario e a quelli nazionali per uniformare e migliorare rispettivamente l'*acquis* e la normativa interna.

<sup>4</sup>Stante il concetto stesso di *principium* quale "inizio" ma anche come elemento collocato in una struttura quale suo fondamento, in D. 1,2,1 (Gai 1 *ad legem duod. tab.*); sulla nozione stessa di *principia* ed in particolare sulla dicotomia *principia iuris tantum* e *principia iuris et in iure* vedi L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I Teoria del diritto, Editori Laterza, Bari, 2007, pp. 26-32.

<sup>5</sup>La scelta sistematica è stata, in realtà, motivata, per i Principi, con l'ispirazione ai "Principes Directeurs" francesi del 2008 e per le Definizioni, con l'esempio dell' "*acquis communautaire*"; è comunque innegabile il collegamento con la sistematica delle opere giustinianee.

<sup>6</sup>Gai, *Institutiones*, 3,88: *...omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto...*; Iustiniani, *Institutiones*, 3, 13, 2: *...sequens divisio-obligationum- in quattuor species diducitur: aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio...* Sul significato di *obligatio* vedi, anche G. FALCONE, *Obbligatio est iuris vinculum*, Giappichelli Editore, Torino, 2003.

o di Civil law- rispetto a quello di Common law, che esclude il c.d. *torts law* (la responsabilità extracontrattuale) dal diritto delle obbligazioni.

2. Oltre l'introduzione, il libro è suddiviso in cinque capitoli e a loro volta in paragrafi, che prendono in esame singole norme del *Draft* e precisamente: *Le disposizioni generali* (cap. I), con particolare riferimento alla *Buona fede e correttezza* (I.1) ed al *Principio di ragionevolezza* (I.2); la *Nozione di contratto ed autonomia contrattuale* (cap. II) con approfondimento sulla *Definizione di contratto* (II.1) e l' *Autonomia delle parti* (II.2); la *Formazione del contratto* (cap. III), con particolare riguardo alla *Responsabilità precontrattuale: trattative e doveri di riservatezza* (III.1), ai *Requisiti generali per la formazione del contratto* (III.2) e al meccanismo *Proposta e accettazione* (III.3) che ne è alla base; l'istituto della *Rappresentanza* (cap. IV) e le sue implicazioni: *Potere di rappresentanza. Rappresentante senza potere. Ratifica* (IV.1), *Rappresentanza apparente* (IV.2), *Delegato del rappresentante* (IV.3), *Mancata identificazione del rappresentato* (IV.4) e *Conflitto d'interessi* (IV.5); nonché, da ultimo, l'*Interpretazione* (cap. V), distinguendo le *Regole Generali* (V.1) dalle *Altre regole ermeneutiche* (V.2).

Ogni capitolo, dedicato ad un dato istituto contrattuale, si apre con le norme contemplate nel *Draft Common Frame of Reference*, seguite dai riferimenti normativi previsti sull'argomento dalle moderne codificazioni vigenti nei principali paesi europei ed infine dalla rassegna delle fonti romanistiche, medioevali e moderne antecedenti alle medesime codificazioni.

Ciascun testo giuridico, riportato in lingua originale, è accompagnato per una maggiore comprensione da un'utile traduzione tra parentesi quadre; se ne riporta, poi, il commento, sovvertendo l'ordine di esposizione: dal *Draft* si prosegue col diritto romano ed intermedio fino ad arrivare ad analizzare i fondamenti codicistici, dottrinari e giurisprudenziali degli ordinamenti dei principali paesi europei.

3. Il primo argomento oggetto di esame in chiave storico-comparatistica concerne, fra le "Disposizioni generali"(cap. I) la buona fede (I.1), avente un valore pervasivo dell'intera opera.

Gli autori muovendo dall'analisi dei corrispondenti articoli del DCFR (I.-1:103, III.-1:103 e III.-1:104) chiariscono il loro contenuto alla luce dei "Principi generali" allegati al Progetto, ove ai numeri 23 e 24 si mette in luce come la sicurezza contrattuale di una parte sia rafforzata dall'obbligo dell'altra di agire in accordo ai requisiti della buona fede e si dà rilievo, quale aspetto centrale della buona fede stessa, al dovere di cooperazione tra le parti contraenti al fine dell'adempimento dell'obbligazione. In forza del principio di giustizia, al numero 42, al dovere di una condotta in buona fede corrisponde il divieto di fare affidamento su atteggiamenti illegali, disonesti e irragionevoli e si impone l'osservanza della buona fede in tutte le fasi di vita di un contratto, dalla formazione all'esecuzione, ricollegando alla violazione di un tale obbligo l'impedimento di avvalersi di diritti, rimedi ed eccezioni.

Le disposizioni sovrarichiamate assolvono diverse funzioni: mentre l'articolo I.-1:103 eleva la buona fede e la correttezza a clausola generale, quale principio cardine di tutte le materie del Progetto, gli articoli III.-1:103 e III.-1:104 costituiscono applicazioni specifiche della buona fede al settore delle obbligazioni.

Tali regole-modello si riferiscono certamente alla buona fede di tipo oggettivo<sup>7</sup>, espressa dalla condotta leale dei contraenti, caratterizzata da onestà, chiarezza e considerazione degli interessi, e a sua volta violata dai loro atteggiamenti pregiudizievoli e contrastanti agli interessi reciproci, nonché implicante l'osservanza dei doveri di collaborazione qualora necessario per l'adempimento dell'obbligazione.

Analizzando le fonti, alla ricerca di punti di contatto col diritto romano, gli a. sottolineano come nel sistema contrattuale romano la buona fede soccorra in aiuto alle parti per assolvere a tre importanti funzioni: per determinare le modalità di esecuzione del contratto e salvaguardarne il carattere sinallagmatico<sup>8</sup>, per ricostruire in via interpretativa la reale intenzione delle parti<sup>9</sup> e per integrare il regolamento contrattuale delle stesse<sup>10</sup>.

Si procede, in seguito, all'esame di alcuni testi dei giuristi medievali e moderni approdando alle norme delle codificazioni del XIX e XX secolo, pur mantenendo ferma la di-

---

<sup>7</sup>A tale proposito cfr. G.A. BENACCHIO, *La buona fede nel diritto comunitario* e F.D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese (Padova-Venezia-Treviso, 14-15-16 giugno 2001), Cedam, Padova 2003, pp. 189-201 e pp. 225-257.

<sup>8</sup>Cfr. D. 19,1,50 (Lab. 4 a *Iav. epit.*); Gai 4,61-63 e D. 16,3,31 (Tryph. 9 *disp.*).

<sup>9</sup>Cfr. D. 19,1,11,1 (Ulp. 32 *ad edictum*).

<sup>10</sup>Cfr. Gai 3,137.

stinzione tra sistemi di Civil law e Common law. Sul punto, si rileva che in molti ordinamenti di Civil law i concetti di buona fede e di equità<sup>11</sup>, richiamati nel testo di Trifonino, siano stati spesso sovrapposti a causa di un'interpretazione semplicistica di D. 16,3,31<sup>12</sup>, condizionando la disciplina di alcune moderne codificazioni quali, dapprima, il Codice civile francese (art. 1135), poi, quello italiano preunitario e successivamente quello del 1942 (art. 1374). Nel celebre passo di Trifonino, infatti, sebbene in apertura si formuli una frase in apparenza di carattere generale, per cui la buona fede racchiude in sé l'equità e va osservata in tutti i contratti, dagli esempi riportati di seguito emerge, piuttosto che il riferimento va inteso solo per i contratti dai quali sorge un'azione di buona fede (*iudicium bonae fidei*). Il rapporto tra buona fede ed equità viene successivamente precisato nel senso che occorre distinguere tra buona fede, che opera quale criterio di valutazione della condotta delle sole parti contrattuali, ed equità, quale fonte dalla quale trarre la norma più consona agli interessi di tutte le parti coinvolte nell'affare

Diversamente negli ordinamenti di Common Law, in Inghilterra ed in Irlanda, pur non essendo stato ancora riconosciuto in via generale il principio della buona fede si nota un'apertura giurisprudenziale in tal senso, atteso che, in un numero crescente di sentenze, le Corti di questi paesi analizzano sotto il profilo della buona fede il comportamento delle parti sia nella fase delle trattative che in quella della conclusione del contratto.

Alla stregua della buona fede, anche la ragionevolezza, quale parametro di valutazione a carattere generale applicabile a tutti i settori del Progetto, viene collocata tra le disposizioni generali del libro I (art. I.-1:104) e richiamata sia nei "Principi" che nelle "Definizioni". Il suo accertamento deve svolgersi su un piano oggettivo e deve tener conto della natura, dello scopo dell'atto da compiere, delle concrete circostanze del caso, degli usi e delle pratiche rilevanti.

Si evidenzia come nel diritto romano ed intermedio la ragionevolezza rileva principalmente come criterio interpretativo. Il termine *rationabilis* viene, difatti, più volte citato

---

<sup>11</sup>V. L. SOLIDORO MARUOTTI, *Aequitas e ius scriptum. Profili storici*, in *Annali della Facoltà Giuridica nuova serie Università degli Studi di Camerino*, 1/2012, Camerino, 2012, p. 207 ss.

<sup>12</sup>D. 16,3,31 (Tryph. 9 disp): *...Bona fides que in contractibus exigitur aequitatem summam desiderat: sed etiam utrum aestimamus ad merum gentium an vero cum praeceptis civilibus et praetoriis? ... 1. Incurrit hic et alia inspection. Bonam fidem inter eos tantum <inter>quos contractum est, nullo extrinsecus adsumpto aestimare debemus, an respect etiam aliarum personarum, ad quas id quod geritur pertinet? ... et probo hanc esse iustitiam, quae suum cuique...tribuit. ...*

nelle fonti con riferimento all'opinione del giurista Celso su un problema di competenza territoriale, all'interpretazione di una disposizione testamentaria in tema di tutela e al concorso tra azioni penali per uno stesso illecito<sup>13</sup>. Pomponio<sup>14</sup> ricorre alla forma comparativa *rationabilis* per interpretare nel modo più adeguato e sulla base delle circostanze concrete il contenuto di un contratto *stricti iuris*, una *stipulatio* conclusa con la pronuncia di determinate parole da uno schiavo in comunione.

Se nelle codificazioni di Civil law si rinvengono meri riferimenti alla ragionevolezza, soprattutto a seguito della ricezione delle Direttive comunitarie sulla tutela del consumatore<sup>15</sup> essa assume un ruolo centrale nel Common law inglese, tenuto conto del suo frequente richiamo da parte della Court of Equity per ovviare alle situazioni “irragionevoli” derivanti dalla rigida applicazione della tecnica del precedente “stare decisis” e della sua positivizzazione nella legislazione speciale in materia di protezione del consumatore, come avviene nell' Unfair Contract Terms Act del 1977, che ha introdotto, a discapito della teoria contrattuale classica incentrata sulla libertà negoziale ed interdidente ogni controllo giudiziale, un controllo di ragionevolezza delle Corti nei contratti per adesione.

4. Quanto alla “Nozione di contratto ed autonomia contrattuale”(cap. II), il DCFR riporta per la prima volta in ambito europeo la definizione di contratto<sup>16</sup>(art. II.-1:101), quale accordo bilaterale o multilaterale funzionalmente diretto a far sorgere obbligazioni ovvero a produrre altri effetti giuridici, quali la modifica o l'estinzione di un rapporto obbligatorio o effetti reali<sup>17</sup>.

Illuminante l'exkursus storico circa il sistema contrattuale dal diritto romano alle moderne codificazioni. Dalle fonti giuridiche romane si ricava la nozione più antica di contrat-

---

<sup>13</sup>Cfr. nell'ordine: D. 5,1,2,3 (Ulp. 2 *ad ed.*), D. 50,16,122 (Pomp. 8 *ad Quint. Muc.*) e D. 44,7,34 pr. (Paul. *l. sing. de cuncurr. action.*).

<sup>14</sup>Cfr. D. 45,3,37 (Pomp. 3 *ad Quint. Muc.*).

<sup>15</sup>Cfr. artt. 1386-4 del Codice civile francese sulla responsabilità da prodotti difettosi, l'art. 1519-ter del Codice civile italiano, ora trasfuso nell'art. 129 del Codice del consumo (d.lgs. 206/2005) e §313 del BGB.

<sup>16</sup>I redattori dei PECL, all'opposto, avevano preferito omettere una definizione espressa di contratto.

<sup>17</sup>Art. II.-1:101(1) (*Meaning of “contract” and “juridical act”*): “A contract is an agreement which is intended to give rise to a binding legal relationship or to have some other legal effect. It is a bilateral or multilateral juridical act.”.

to a noi pervenuta, fornita da Labeone<sup>18</sup> e collocata tra la tarda repubblica e il primo secolo del principato, che individua l'elemento centrale del contratto nella bilateralità delle obbligazioni che sorgono reciprocamente a carico delle parti (c.d. *sinallagma*) e che si discosta dall'orientamento di Sesto Pedio, poi condiviso da Ulpiano<sup>19</sup>, che, all'opposto, fissa nella *conventio* il requisito essenziale per l'esistenza di un contratto, anche quando per il suo perfezionamento sarebbero necessari ulteriori requisiti, come la consegna di una cosa nei contratti reali o l'uso di certe parole in quelli verbali.

Pur nella diversità di posizioni, è indubbia l'identificazione del contratto quale fonte di obbligazioni: se Labeone ritiene che da un contratto (sinallagmatico) possano derivare unicamente obbligazioni corrispettive, Gaio<sup>20</sup>, muovendo da Pedio, in un passo delle sue Istituzioni riconosce quali fonti di obbligazioni, oltre il contratto, anche il delitto, individuando quattro categorie di contratti tipici: i contratti reali, verbali, letterali e consensuali, ove solo in questi ultimi è necessario e sufficiente per il loro perfezionamento il mero incontro di volontà.

Ed è ancora dalla concezione di Pedio, espressa da Ulpiano, che si partirà per aprire alla libertà contrattuale e accordare riconoscimento ai contratti innominati sulla base della sussistenza di una *conventio* e di una *causa*.

Il sistema contrattuale romano, infatti, ancorato per lungo tempo alla tipicità della *stipulatio*, conosce una prima apertura verso la libertà contrattuale con la protezione da parte del pretore dei *pacta conventa* e con l'introduzione dei contratti innominati a partire da Aristone.

Ma solo con Giustiniano la *stipulatio* viene a perdere il carattere formale, pur mantenendo l'ampiezza di contenuto, e i contratti innominati vengono inquadrati in un apposita categoria; permane tuttavia la distinzione tra contratto e nudo patto malgrado l'attenuazione tra le due figure che si rinviene nella definizione di contratto fornita da Teo-

<sup>18</sup>Cfr. D. 50,16,19 (Ulp. 11 *ad ed.*): ...Labeo libro primo praetoris urbani definit quod quaedam "agantur", quaedam "gerantur", quaedam "contrabantur" "... contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci συνάλλαγμα vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem...". Sul punto vedi F. MERCOGLIANO, *Fundamenta*, seconda edizione, Satura editrice, Napoli, 2012, pp. 256 ss.

<sup>19</sup>Cfr. D. 2,14,1,3 (Ulp. 4 *ad ed.*); prima ancora dell'adesione alla posizione di Sesto Pedio da parte di Ulpiano, nei primi decenni del III secolo, nelle Istituzioni di Gaio (3, 91) si mette in luce come tale tesi fosse quella prevalente già poco dopo la metà del II sec..

<sup>20</sup>Cfr. Gai. 3,88-89.

filo<sup>21</sup>, per il quale, la convenzione è il consenso di due o più persone al fine di costituire fra loro un vincolo obbligatorio da cui sorgerà responsabilità, se inadempito.

La separazione, sotto il profilo degli effetti, tra *contractus* e *pactum*<sup>22</sup> riemerge con forza nel XII secolo ad opera dei Glossatori, che pur recependo la nozione di contratto propria del diritto giustiniano, contrappongono i *nuda pacta* ai *pacta vestita*, questi ultimi i soli ad acquisire il carattere di contratto e la conseguente efficacia di far nascere rapporti obbligatori. Il sistema dei *vestimenta* medioevali domina il sistema contrattuale medioevale fino a tutto il XVI secolo tanto che, per evitare l'eccezione in sede processuale "*non intervenit stipulatio sed pactum nudum fuit*", si adottava per la stipula di un contratto la forma scritta con l'aggiunta di una clausola stipulatoria o una forma solenne.

Già a partire dal XIII secolo, nel diritto canonico e mercantile, stante la necessità di tutelare la buona fede dei contraenti e l'*aequitas*, si osserva il superamento della differenziazione quanto agli effetti tra contratto e patto in quanto "*etiam ex nudo pacto oritur actio*" ma, è nel XVII secolo, grazie alla diffusione delle teorie giusnaturalistiche, che la scienza giuridica europea accoglie e applica concretamente ad ogni tipo di contratto il principio secondo il quale "*solus consensus obligat*<sup>23</sup>".

Sebbene l'influenza delle teorie giusnaturalistiche si rifletta anche in Inghilterra, Blackstone nei suoi Commentari sul diritto inglese, sul finire del XVIII secolo, pur considerando il contratto come un accordo o convenzione per fare o non fare qualcosa, giudica necessaria pure la sussistenza di una sufficiente "consideration", riproponendo la distinzione tra contratto -che ne è provvisto- e nudo patto. Nel XVIII secolo la traduzione delle opere di Domat, Pothier, Grozio e Pufendorf favorisce la penetrazione nel Common Law di larga parte delle discipline del contratto di matrice continentale, comprese le teorie consensualistiche.

In ordine all'autonomia contrattuale, il DCFR, all'art. II.-1:102, quale unico limite alla libertà di determinare il contenuto del contratto, impone il rispetto delle norme imperative,

---

<sup>21</sup>Cfr. *Institutionum Iustiniani Teoph.*, *Paraph.* 3,13,2 8 (trad. ed. Ferrini): ...*Contractus autem est duorum vel plurium in idem conventio atque consensus, ut obligation constituatur et alter alteri obnoxiosus efficiatur...*

<sup>22</sup>Tale distinzione non rilevava per il diritto canonico, secondo il quale anche dai nudi patti potevano sorgere obbligazioni.

<sup>23</sup>Emblema della teoria consensualistica, in Francia, è la definizione di *conventio* fornita da Domat e Pothier, quest'ultima ripresa nell'art. 1101 del Codice napoleonico; in Germania e in Olanda rilevano le teorie di Pufendorf e Christian Wolf che partendo da Grozio influenzano il pensiero di Savigny.

superando quelli della buona fede e correttezza, che erano in aggiunta già previsti nei PECL.

Il II comma del medesimo articolo II.-1:102 chiarisce, altresì, il significato dell'autonomia contrattuale alla luce della disciplina generale del Progetto, individuandola nella possibilità di non applicare tale normativa sia riguardo ai contratti che ai diritti da essi nascenti, di modificarne o derogarne gli effetti, salvo un esplicito divieto, pur non escludendo la rinuncia da parte di un contraente di un diritto già sorto dal contratto di cui era a conoscenza. Sempre nel rispetto del limite delle norme imperative, si ammette espressamente la possibilità di stipulare contratti misti, ricadenti cioè nella disciplina di due o più figure tipiche di contratto o regolati in parte da clausole proprie di un determinato tipo e in parte dalle norme previste per il contratto in generale, salvo che ciò contrasti con la natura o lo scopo del medesimo contratto misto, che sia diversamente stabilito, ovvero dalla regolamentazione prevalga palesemente la corrispondenza ad un determinato tipo, tale da rendere irragionevole la sua non inclusione in esso.

5. Strettamente connesso alla definizione di contratto quale *conventio*, è quanto previsto per la sua formazione e circa i suoi requisiti (“Formazione del contratto”-cap. III-, “Requisiti generali per la formazione del contratto”- III.2)-.

Dall'esame dell'art. II.-4:101 del DCFR gli elementi richiesti in ordine alla conclusione del contratto sembrano essere tre: l'intenzione di dar vita ad un vincolo obbligatorio o ad un altro effetto giuridico, la manifestazione della volontà e il raggiungimento di un accordo sufficiente.

Stante le difformità di fondo sul punto delle due concezioni che sono alla base delle moderne codificazioni europee, come quella, da un lato, seguita dai Codici civili francese e italiano, che elenca espressamente i requisiti essenziali del contratto, e quella, prediletta dal Codice civile tedesco, che invece, sceglie di desumerli dalla disciplina generale del negozio giuridico, i redattori del *Draft* preferiscono non prendere posizione, escludendo dai requisiti del contratto quelli più discussi (causa, “consideration”, forma, consegna di una cosa ...).

Sull'argomento, movendo dal diritto romano, gli a. ricordano, anzitutto, la suddivisione dei contratti tipici nelle quattro categorie di contratti reali, verbali, letterali e consen-

suali, ove rilevano quali elementi essenziali: la consegna di una *res*, la pronuncia di determinate parole, la forma scritta ed il consenso; per i contratti innominati, invece, si richiede anche il requisito della causa. Tali elementi saranno ripresi dalla scienza medioevale del XII secolo che, soffermandosi sulla causa, la eleva a requisito essenziale per la qualificazione di un accordo, non come *nudum pactum* ma, come *pactum vestitum* e, dunque, quale contratto. Per la scienza giuridica europea illuminante è il passo di Ulpiano [Ulp. 4, *ad edictum* in D. 2,14,7,2]<sup>24</sup>, che riprendendo la teoria di Aristone, qualifica contratto una *conventio* innominata qualora sussista una causa fatta consistere nell'esecuzione di una controprestazione<sup>25</sup>.

6. Sempre nell'ambito della formazione del contratto, particolare rilievo assumono nel Progetto gli articoli dedicati alla responsabilità precontrattuale ("Responsabilità precontrattuale: trattative e doveri di riservatezza"- III.1-), la quale, oltre ad essere regolamentata a livello generale (art. II.-3:301 e 3:302), trova concreta applicazione anche nell'ambito della contrattazione standardizzata, ove centrale è la tutela del consumatore, essendo il miglioramento e l'armonizzazione dell'*acquis* esistente in tale settore una delle principali finalità del DCFR.

Quanto alla disciplina generale, pur riconoscendo la libertà di ciascuno di entrare in trattative per la conclusione di un contratto, oltre a sanzionare il comportamento di chi inizi trattative inutili, viene censurata la *mala fides superveniens* di chi continui a trattare dopo aver deciso di non voler concludere un contratto e di chi interrompa ingiustificatamente le trattative nonostante l'affidamento ingenerato nella controparte.

Un'applicazione del canone della buona fede e correttezza è insito, altresì, nella norma a tutela del segreto delle informazioni confidenziali apprese durante la fase prenegoziale: l'inosservanza di un tale dovere genera responsabilità per tutte le perdite causate all'altra parte.

---

<sup>24</sup>Cfr. D. 2,14,7,2 (Ulp. 4 *ad edictum*).

<sup>25</sup>Oggi tale interpretazione è discussa. Nella scienza giuridica successiva la nozione di causa è ampiamente dibattuta a cominciare da Accursio, che la individua nell'esecuzione di una prestazione da parte di un contraente. Sul tema della causa nei contratti vedi M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti due visioni del diritto civile*, Giappichelli editore, Torino, 2013, pp.163-175. Circa la nozione di contratto e di causa nella tradizione giuridica europea cfr. T. DALLA MASSARA, *Il contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, in "Index" 40/2012, Jovene Editore, Napoli, 2012, pp. 750-772.

Circa il *quantum* del danno risarcibile, gli a. sottolineano come, mediante la disposizione di cui all'art II.-3:501, nella quale si dichiarano applicabili in riferimento alla violazione dei doveri di comportamento precontrattuali le norme contenute nel libro III in tema di risarcimento dei danni per inadempimento, i redattori del *Draft* abbiano ampliato la tutela risarcitoria precontrattuale, non limitandola al solo interesse negativo, ma rendendo possibile un ristoro integrale.

Pur se nel diritto romano non è dato rinvenire una categoria generale di responsabilità prenegoziale, un dovere precontrattuale di informazione si rinviene nella responsabilità oggettiva che l'editto degli edili curuli fa conseguire in capo ai venditori per i vizi occulti degli schiavi o degli animali venduti nei mercati o per la mancanza delle qualità promesse<sup>26</sup>.

Inoltre, per quel che concerne la fase delle trattative negoziali, a Roma, le condotte menzognere o reticenti idonee a produrre un inganno sulla determinazione della volontà della controparte, vengono sanzionate con i rimedi di natura extra contrattuale dell'*actio doli* e della corrispondente *exceptio*, nonché, per i negozi assistiti da *iudicia bonae fidei*, con il riconoscimento dell'*actio* contrattuale<sup>27</sup>. A conferma di quest'ultima ipotesi si cita un frammento delle *Institutiones* di Giustiniano<sup>28</sup>, ove, dalla compravendita di luoghi *extra commercium* o di uomini liberi creduti schiavi si fa discendere l'*actio* contrattuale diretta a risarcire l'interesse a non essere tratto in inganno circa l'effettiva conclusione del negozio.

Ed è proprio movendo dall'analisi di tali fonti romane, con l'affermazione di un'azione risarcitoria di natura contrattuale anche nelle ipotesi in cui il contratto non può ritenersi valido, che Jhering nel XIX sec. procede alla creazione della categoria dogmatica della *culpa in contrahendo*.

Secondo la tesi dell'illustre giurista tedesco, nel corso delle trattative si creerebbe un particolare rapporto giuridico, che imporrebbe a ciascuna parte un obbligo di diligenza, con la conseguenza che, in caso di inosservanza, chi abbia per sua colpa concluso un contratto invalido, debba risarcire all'altro contraente i danni derivatigli per aver confidato nella validità del contratto stesso.

<sup>26</sup>Cfr. D. 21,1,1,1 (Ulp. 1 *ad aed. cur.*).

<sup>27</sup>Cfr. D. 11,7,8,1 (Ulp. 25 *ad ed.*); D. 19,1,13,5 (Ulp. 32 *ad ed.*); D. 18,1,62,1 (Mod. 5 *reg.*).

<sup>28</sup>Cfr. *Inst.* 3,23,5.

La teoria di Jhering della *culpa in contrahendo*, dapprima accolta nella giurisprudenza tedesca e austriaca, trova formale riconoscimento nel BGB, solo nel 2001, in forza della legge di modernizzazione del diritto tedesco delle obbligazioni. Anche nell'ordinamento olandese, come in Germania, si ritiene che le trattative diano luogo ad una relazione giuridica protetta dalla legge, tuttavia la responsabilità per la rottura ingiustificata delle trattative non è prevista da una specifica norma, bensì si fa discendere dalla violazione del principio della buona fede. Altra differenza rispetto la Germania e l'Austria concerne il *quantum* dei danni risarcibili: se nell'ordinamento tedesco e austriaco si tende a limitare il risarcimento al solo interesse negativo, il sistema olandese, qualora la negoziazione preliminare sia in uno stadio avanzato tale da ingenerare una legittima aspettativa alla conclusione dell'accordo nella controparte, ammette il ristoro anche dell'interesse positivo.

In Italia, il Codice civile dedica alla responsabilità precontrattuale le norme di cui agli art. 1337 e 1338, ove, la prima, impone alle parti contraenti l'obbligo di comportarsi secondo buona fede (oggettiva) sin dal momento in cui hanno inizio le trattative, e la seconda, chiamando in causa la buona fede soggettiva, costituisce una specificazione della prima prevedendo il diritto al risarcimento del danno subito da chi abbia confidato incolpevolmente sulla validità di un contratto, qualora la controparte conosceva o avrebbe dovuto conoscere l'invalidità. Pur nella diversità di opinioni riscontrate in dottrina circa la natura della responsabilità precontrattuale, la giurisprudenza dominante, in Italia, tende ad inquadrarla nella responsabilità extracontrattuale. Un orientamento simile trova riscontro nell'ordinamento francese, ove la rottura colpevole delle trattative trova sanzione nella clausola generale della responsabilità aquiliana, uniformando il risarcimento dei danni ai criteri per essa previsti.

Il Common law, invece, pur non possedendo una categoria generale della responsabilità precontrattuale e non imponendo alle parti l'obbligo di condurre le trattative secondo buona fede, accorda tutela alla riservatezza delle informazioni ricevute e, in particolari ipotesi, ricollega una responsabilità a determinati comportamenti prenegoziali.

7. Nella sezione del Draft dedicata alla disciplina sulla formazione del contratto non poteva, inoltre, mancare il riferimento allo schema tradizionale proposta-accettazione

(“Proposta e accettazione”-III.3-), largamente diffuso in tutti gli ordinamenti dei paesi europei e già adottato nei progetti di armonizzazione precedenti (PECL, Principi Unidroit e Convenzione di Vienna sulla Vendita Internazionale di Merci), nonché un’apposita normativa dedicata alla conclusione del contratto fra persone distanti, dove la conoscibilità della manifestazione di volontà si fa di regola coincidere con l’effettiva conoscenza della medesima.

In particolare, l’art. II.-4:201 chiarisce che un’offerta integra gli estremi di una proposta contrattuale in senso tecnico solo se sufficientemente determinata nel contenuto, nel senso di includere quanto meno gli elementi essenziali del contratto che è preordinata a concludere. La proposta, inoltre, può qualificarsi recettizia o meno a seconda che sia rivolta ad un soggetto determinato o al pubblico. Rientra nell’ambito di quest’ultima, quale presunzione relativa di proposta di vendita o di fornitura del servizio fino ad esaurimento, l’offerta ad un prezzo determinato di beni o servizi fatta da un professionista mediante pubblicità o con l’esposizione in cataloghi. Ai sensi degli artt. II.-4:204 e 4:-205 l’accettazione dell’oblato può essere esplicita o tacita, cioè per *facta concludentia*, ove soccorrono le norme sull’interpretazione del contratto<sup>29</sup>.

Per quanto concerne la contrattazione *inter absentes* ed in particolare l’individuazione del momento di conclusione del contratto, il DCFR aderisce alla c.d. teoria delle ricezione, per la quale il contratto è concluso quando l’accettazione giunge all’indirizzo del proponente, a prescindere dalla sua effettiva conoscenza: fino a quel momento l’accettazione non è vincolante. L’unica eccezione a questo principio si rinviene qualora il tenore letterale della proposta, le pratiche commerciali o gli usi prevedano che l’accettazione possa avvenire tramite esecuzione e senza avviso al proponente: in tal caso il contratto si perfeziona con l’inizio dell’esecuzione.

Il Progetto accoglie, viceversa, la teoria della spedizione per quanto concerne la revoca della proposta, posto che essa si realizza quando la revoca perviene al destinatario prima che quest’ultimo abbia spedito la sua accettazione ovvero, nelle ipotesi particolari, prima

---

<sup>29</sup>In generale non viene attribuito alcun significato al silenzio e al comportamento meramente passivo, mentre accordi quadro e pratiche commerciali tra le parti possono integrare un’accettazione tacita della proposta. Sulla rilevanza giuridica del silenzio v. L. SOLIDORO, *Gli obblighi di informazione a carico del venditore. Origini storiche e prospettive attuali*, Satura editrice, Napoli, 2007, pp. 9-37.

che la comunicazione dell'avvenuto comportamento giunga al destinatario o prima dell'esecuzione del contratto stesso. La revoca della proposta è tuttavia inefficace: se la stessa era irrevocabile, se è stato fissato un termine per l'accettazione e questo non è scaduto, nonché nel caso in cui si sia ingenerato in capo all'oblato un legittimo affidamento circa l'irrevocabilità della proposta, salvo il caso in cui l'accettazione contempli il diritto di recedere del proponente. D'altro lato, l'accettazione, per essere efficace, deve giungere al proponente prima del termine da egli fissato per il consenso o comunque entro un termine ragionevole; un'accettazione tardiva produce i suoi effetti solo se, senza ingiustificato ritardo, il proponente informi l'oblato che essa è ritenuta efficace. Pur mancando nel *Draft* la previsione della revoca dell'accettazione<sup>30</sup>, l'art. II.-4:208 considera la risposta dell'oblato che alteri sostanzialmente le clausole della proposta come rifiuto della stessa, configurandosi come nuova proposta.

Circa l'individuazione del momento perfezionativo del contratto nelle fonti di diritto romano, si mette in luce come i quattro contratti consensuali (compravendita, locazione, società e mandato)<sup>31</sup>, che prescindono per il loro perfezionamento da qualsiasi formalità oltre il consenso, siano gli unici che possono essere conclusi tra persone distanti mediante lettera o messaggero<sup>32</sup> distinguendosi dalla *stipulatio*, la quale, invece, deve necessariamente intercorrere tra presenti, stante la imprescindibile esigenza di un'esatta corrispondenza tra il tenore della domanda *-interrogatio-* e il contenuto della risposta *-responsio-*<sup>33</sup>.

Dall'esame del passo di Ulpiano (D. 2,14,1,1-2)<sup>34</sup>, secondo il quale il nudo patto si risolve nell'accordo o consenso di due o più persone su una stessa cosa, e del frammento di Paolo (D. 2,14,2)<sup>35</sup>, il quale, citando Labeone, asserisce che si può convenire anche con un comportamento e tra assenti per lettera o messaggero, gli a. -tenuto conto anche dell'ampiezza di contenuto dei nudi patti- fanno derivare la generalizzazione delle regole sulla formazione del consenso tra soggetti distanti.

---

<sup>30</sup>La revoca dell'accettazione è invece presente nella CVIM (Convenzione di Vienna sulla Vendita Internazionale di beni Mobili), che si realizza se l'accettazione perviene all'autore della offerta prima del momento in cui l'accettazione avrebbe avuto effetto o nello stesso momento.

<sup>31</sup>Cfr. Gai 3,135.

<sup>32</sup>Cfr. Gai 3,136.

<sup>33</sup>Cfr. Gai 3,102 e D. 45,1,1,3(Ulp. 48 *ad Sab.*).

<sup>34</sup>Cfr. D. 2,14,1,1-2 (Ulp. 4 *ad ed.*).

<sup>35</sup>Cfr. D. 2,14,2 (Paul. 3 *ad ed.*).

Solo con la moderna nozione di contratto sviluppata dal giusnaturalismo ed il superamento della distinzione tra patto e contratto si ha un'effettiva generalizzazione della disciplina romana dei contratti consensuali e si deve a Grozio la prima elaborazione dello schema proposta-accettazione, in seguito perfezionata dalla pandettistica tedesca e poi trasfusa nel BGB.

La dettagliata disciplina sulla conclusione del contratto mediante proposta e accettazione, introdotta nell'ABGB austriaco e poi trasfusa nel BGB, viene diffusa inizialmente in materia di contratti commerciali<sup>36</sup> e poi presa a modello da gran parte delle successive codificazioni del XX secolo (così la disciplina svizzera sulle obbligazioni, il codice civile italiano, portoghese e olandese) nonché dal diritto sovranazionale, come la Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili. Altri ordinamenti, come quelli francese<sup>37</sup> e spagnolo, si sono limitati invece ad un generico riferimento al perfezionamento dell'accordo, deferendo alla giurisprudenza il compito di decidere quando esso possa dirsi raggiunto. Perfino negli ordinamenti di Common law per la formazione del consenso -"agreement"- è necessario che alla volontà di una parte, espressa in determinati modi, corrisponda la volontà dell'altra e tale principio sembra valere anche per la contrattazione tra persone lontane con l'utilizzo di strumenti idonei a consentire lo scambio immediato e contestuale di reciproche dichiarazioni di volontà.

Più complessa è invece la disciplina circa l'individuazione del momento perfezionativo del contratto tra assenti quando non vi sia l'uso di mezzi di comunicazione che permettono un confronto immediato. Pur nella varietà dei modelli astrattamente ipotizzabili, la teoria maggiormente seguita, nonostante le differenze è quella della ricezione<sup>38</sup>, per la quale il contratto è concluso nel momento in cui l'accettazione dell'oblato perviene al proponente, che nel nostro ordinamento è espressa dalla presunzione di conoscenza di cui all'art. 1335 c.c., mitigata dal riconoscimento in capo al destinatario di fornire la prova contraria.

---

<sup>36</sup>Il modello bifasico proposta-accettazione viene dapprima richiamato con esclusivo riguardo alle trattative commerciali tra persone lontane nell'art. 36 del Codice di commercio italiano del 1882 e nell'art. 54 del Código de Comercio Español del 1885.

<sup>37</sup>Recentemente anche in Francia, nel Progetto di riforma del diritto dei contratti del 2008, è stata inserita un'apposita sezione dedicata alla formazione del contratto per mezzo del meccanismo proposta-accettazione.

<sup>38</sup>Così AGB; BGB, NBW, Codice portoghese e Principi Unidroit.

Ugualmente nel Common law inglese, pur nella diversità degli orientamenti delle Corti, il contratto si perfeziona con l'accettazione che diviene efficace nel momento in cui perviene al preponente, il quale può vincere la presunzione di conoscenza provando di essere stato impossibilitato senza sua colpa; nondimeno, se l'accettazione viene spedita mediante posta, sembra prevalere la teoria della spedizione, per la quale il momento perfezionativo coincide con quello in cui la lettera è stata inviata.

8. Altro importante complesso di norme inserito nel DCFR e analizzato a fondo dagli a. è quello in tema di rappresentanza ("Rappresentanza"-cap. IV-) che, pur apparendo in linea coi PECL e i Principi Unidroit quanto all'intento di regolare la sola rappresentanza volontaria<sup>39</sup>, non regola i rapporti interni tra rappresentante e rappresentato, bensì unicamente le relazioni esterne costruite sugli atti di rappresentanza tra rappresentato e terzi e tra costoro e il rappresentante.

Alla base dell'istituto della rappresentanza si dà rilievo alla procura -"authority"-, che ne costituisce il fondamento, e al suo contenuto, quale manifestazione di volontà del rappresentato di conferire ad un soggetto -"the representative"- i poteri di rappresentarlo nei confronti di terzi e di stabilire i limiti di tale potere. Allo scopo di evitare disposizioni troppo minuziose sui poteri del rappresentante, sul modello della Convenzione di Ginevra del 1983 sulla rappresentanza nelle vendite internazionali di beni mobili e dei Principi Unidroit, all'art. II.-6:103, si chiarisce che la procura può essere espressa o implicita e che essa comprende tutti gli atti accessori diretti alla realizzazione degli scopi per cui viene conferita la rappresentanza.

Una novità rispetto ai PECL è la trattazione unitaria, nell'ambito della normativa generale del Capitolo VI, delle due diverse forme di rappresentanza, diretta (art II.-6:105), ove la spendita del nome del rappresentato vincola quest'ultimo verso la controparte senza creare rapporti giuridici tra rappresentante e terzo evitando una responsabilità in proprio del rappresentante, e indiretta (art. II.-6:106), nella quale, invece, gli effetti dell'atto giuridico compiuto dal rappresentante, che agisce in nome proprio, si producono direttamente sulla

---

<sup>39</sup>Risultando la disciplina inapplicabile per la rappresentanza fondata sulla legge o su un provvedimento del giudice o di una pubblica autorità.

sua sfera giuridica impedendo il sorgere di una relazione giuridica diretta tra rappresentato e terzo.

Seguono le disposizioni sulle questioni connesse all'attività del rappresentante sfornito di poteri o posta in essere col superamento dei limiti della procura: in entrambi i casi consegue l'inefficacia dell'atto compiuto rispetto alla sfera giuridica del preteso rappresentato e l'inesistenza di un rapporto giuridico tra il *falsus procurator* e il terzo, salvo l'obbligo del risarcimento del danno. Qualora non sia intervenuta la ratifica del rappresentato, i redattori del DCFR hanno posto a carico del *falsus procurator* l'obbligo di risarcire i danni subiti dal terzo, codificando il principio del risarcimento dei danni ai terzi inconsapevoli della carenza dei poteri del rappresentante, al fine di tutelare la loro buona fede. L'art. II.-6:111 riconosce, infatti, al preteso rappresentato, quando ne abbia interesse, il potere di ratificare l'operato del *falsus procurator* per godere così degli effetti degli atti dallo stesso compiuti, ovviando agli eccessi del contenuto della procura o alla sua totale mancanza. Intervenuta la ratifica, gli atti compiuti dal *falsus procurator* sono in grado di vincolare *ex tunc* rappresentato e terzo, pur salvando gli eventuali diritti altrui maturati dalla situazione di falsa rappresentanza. Allo scopo di porre fine ad uno stato di incertezza giuridica, inoltre, il *Draft* contempla la possibilità per la controparte consapevole dell'assenza dei poteri in capo al rappresentante di fissare un termine ragionevole, mediante avviso al rappresentato, entro il quale ratificare l'operato del *falsus procurator*; nei casi dubbi la soluzione è quella di chiedere delucidazioni al rappresentato.

Nel diritto romano non si rinviene un concetto tecnico ed unitario di rappresentanza, anche se nelle fonti si colgono soluzioni concernenti casi di sostituzione negoziale che di certo hanno influenzato la formazione del moderno istituto: i giuristi romani non disciplinarono mai la rappresentanza in via generale e astratta, ma, nell'età del principato, ne svilupparono molti aspetti, tanto da spingere molti studiosi recenti a rivalutarne il loro contributo<sup>40</sup>.

---

<sup>40</sup>Sulla rappresentanza nel diritto romano v. M. MICELI, *Studi sulla rappresentanza nel diritto romano*, vol. I, Giuffrè Editore, Milano, 2008 e G. COPPOLA BISAZZA, *Dallo insum domini alla contemplatio domini. Contributo allo studio della storia della rappresentanza*, Giuffrè Editore, Milano, 2008.

Sulla base delle fonti a noi pervenute, una prima forma di “rappresentanza organica” risale probabilmente al più antico *ius civile*, ove vigeva il principio espresso da Gaio<sup>41</sup> (2, 95) “*per extraneam personam nobis adquiri non posse*”, che rinvia chiaramente alla famiglia patriarcale, ove il *pater familias*, esclusivo titolare del patrimonio familiare, svolgeva personalmente le proprie attività negoziali ovvero si avvaleva, come strumenti per le stesse, dei propri servi o *fili in potestate*, entrambi privi di capacità patrimoniale. Tuttavia, con riferimento alla capacità di agire dei sottoposti, la rappresentanza operava in modo imperfetto: se in tema di acquisti (*commoda*) gli effetti si producevano direttamente sul patrimonio dell’avente potestà, sul lato passivo, i debiti e i pesi (*incommoda*) non si trasmettevano al *pater*<sup>42</sup>. L’unica deroga a tale sistema fu introdotta, fin dalle XII tavole, per il tutore e il curatore dell’infermo di mente (il *curator furiosus*) in quanto tali rappresentanti legali avevano il potere di acquisire e trasmettere il possesso con effetti diretti in capo ai propri amministrati. Con il passaggio ad un’economia di tipo mercantile, a partire dalla fine del III sec a. C., per rispondere alle necessità del commercio, il sistema della rappresentanza nella gestione di patrimoni ed affari diviene più articolato, accordando al contempo maggiore tutela a coloro che contrattavano con persone *in potestate*. In questo mutato contesto emergono nuovi istituti riconducibili alla rappresentanza: la figura del *procurator*; il contratto consensuale di *mandatum*, l’attività imprenditoriale gestita da un rappresentante dell’imprenditore (*magister navis* e *institor*) e le attività negoziali poste in essere da soggetti a potestà, situazioni queste due ultime, che giustificano la creazione delle c.d. *actiones adiecticiae qualitatis*.

Accanto al procuratore con mandato si vengono, poi, distinguendo due figure che per diverso tempo si confondono: il gestore spontaneo di affari altrui (*negotiorum gestor*) e il *falsus procurator*, con accezione negativa, per identificare colui che simula di essere un procuratore pur non avendone ricevuto i poteri o perché eccede quelli conferitogli.

Circa gli atti compiuti dal *falsus procurator*, gli a., citando alcuni frammenti di Ulpiano, si soffermano sulla ratifica da parte dell’interessato e sui suoi effetti, essendo certa la responsabilità dell’agente. In D. 46,8,12,1 (Ulp. 80 *ad ed*) egli definisce la ratifica come il rico-

---

<sup>41</sup>Gai 2,95.

<sup>42</sup>A tal proposito, sia pure limitatamente alla *stipulatio*, rileva D. 45,1,38,17 (Ulp. 49 *ad Sab.*), secondo il quale non si può acquistare mediante tale contratto un credito ad un’altra persona, a meno che lo stipulante sia uno schiavo o un *filius* in potestà, in quanto i rapporti obbligatori *verbis* vanno contratti personalmente.

noscimento dell'attività del *falsus procurator* ad opera del *dominus negotii*, il quale accetta che gli effetti vengano ad incidere sulla propria sfera giuridica; in D. 46,3,12,4 (Ulp. 30 *ad Sab.*) equipara la ratifica ad un mandato (*rati habitio mandato comparatur*), facendone conseguire la liberazione del debitore che abbia pagato a un *procurator non verus* del creditore. Ne consegue, il dovere del mandatario di osservare con diligenza i limiti del mandato, ponendosi in essere, in caso contrario, un *aliud pro alio*, come oggetto della sua prestazione, e di conseguenza una sua responsabilità per inadempimento<sup>43</sup>.

La pluralità delle figure di rappresentanti permane nel diritto giustiniano, sebbene evidenti siano gli sforzi di semplificazione e di razionalizzazione sistematica operata dai compilatori, cui si deve la distinzione tra procuratori, la cui attività si ricollega sempre ad un mandato, e gestori di affari altrui, che invece agiscono al di fuori di un incarico contrattuale. I compilatori contribuiscono, altresì, alla piena affermazione generalizzata della possibilità di acquistare direttamente per *extraneam personam* il possesso e la proprietà di ogni cosa mediante *traditio* e ad essi si ricollega la tendenza ad estendere tale possibilità anche a taluni rapporti obbligatori sia dal lato attivo che passivo, con l'inserimento nel *Corpus* di testi di giuristi classici che lo ammettevano.

Con i principi "*potest quis per alium quod potest facere per se ipsum*" e "*qui facit per alium est perinde ac si faciat per se ipsum*", pure il diritto canonico ha alimentato il pieno riconoscimento dell'idea di rappresentanza. Le posizioni della normativa canonista si trasmettono, poi, nel diritto comune, i cui *doctores* comprendono a pieno l'importanza della possibilità di concludere contratti anche in nome e per conto di altri, superando il principio delle Istituzioni di Giustiniano, cui erano rimasti ancorati i Glossatori, ed elaborando una prima nozione unitaria di rappresentanza.

Le correnti giusnaturalistiche costituiscono un'ulteriore spinta verso la costruzione di una categoria generale e unitaria di rappresentanza. Pothier ne sintetizza i concetti, che sembrano trovare fondamento nella tradizione giuridica anteriore; diretta conseguenza sono le codificazioni del XIX sec., ove la rappresentanza viene trattata nell'ambito del contratto di mandato con un evidente richiamo alla tradizione già delineata dal diritto romano e medioevale e consolidata dalle correnti giusnaturalistiche. Un esempio si rinviene nel codice

---

<sup>43</sup> Cfr. D. 17,1,5, pr.-1 8 (Paul. 32 *ad ed.*).

napoleonico, ove la procura ed il mandato si identificano così da essere considerati un contratto informale che può concludersi anche per lettera, oralmente e in modo tacito. Nel Progetto francese di riforma del diritto dei contratti del 2008, invece, la rappresentanza viene scissa dal mandato riservandole un apposito capitolo ove ne vengono sviluppati i suoi vari aspetti. Il codice civile spagnolo e quello austriaco riproducono quasi fedelmente il codice francese, ove non si ravvisa una separazione sistematica fra i rapporti interni tra mandatario e mandante e rapporti esterni tra mandante e terzo; diversamente nel BGB tedesco le norme sulla rappresentanza regolano il rapporto tra il rappresentato e il terzo, mentre la relazione tra rappresentato e rappresentante viene disciplinata nell'ambito del mandato, collocato fra i contratti tipici. Sistematiche simili al BGB tedesco si rinvennero nel codice civile portoghese, olandese e italiano.

Il Codice italiano, in particolare, non slega del tutto la rappresentanza dal mandato, distinguendo al suo interno tra mandato con rappresentanza, ove valgono le regole dettate per quest'ultima e mandato senza rappresentanza, ove il mandatario agisce in nome proprio senza creare rapporti giuridici tra mandante e terzi, salvo che per i diritti di credito risultanti dall'esecuzione dell'incarico<sup>44</sup>. Peculiarità del Codice italiano riguardano la forma della procura e della ratifica, che non è libera ma vincolata a quella da osservare nel contratto da concludere a mezzo di rappresentante, e la responsabilità del falso procuratore, che viene configurata quale responsabilità precontrattuale<sup>45</sup>, accordando ai terzi il risarcimento dei danni per lesione del loro affidamento sulla validità del contratto.

Diversamente, nel sistema di Common Law, pur non essendo mai stato elaborato un concetto generale di rappresentanza, dall' "equity" è sorta la figura dell' "agency"<sup>46</sup> per indicare la relazione che si instaura tra un "principal" e un "agent" in virtù di un contratto in forza del quale si conferisce un' "authority" al secondo. Allo scopo non è necessaria la spendita del nome e la conoscenza da parte del terzo dei poteri di rappresentanza, essendo

---

<sup>44</sup>Riproponendo la distinzione fra atti di ordinaria amministrazione e quelli che la eccedono.

<sup>45</sup>Diversamente, nel diritto francese, ove il mandatario agisca esulando dai propri limiti, senza aver sufficientemente informato il terzo contraente, sorgerà a suo carico una responsabilità per danni che la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie francesi qualificano come extracontrattuale, avendo il *falsus procurator* violato oltre i doveri di buona fede e correttezza anche il generale divieto del *neminem laedere*, avendo taciuto al terzo una causa di invalidità del negozio.

<sup>46</sup>Cui si riconducono anche quelle figure fondate su vari tipi di mandato commerciale come il preposto e l'agente di commercio.

sufficiente, affinché l'agente produca effetti diretti nella sfera giuridica del "principal", che l'attività si svolga nell'interesse altrui. Se l' "agent" manchi di tali poteri si realizza una situazione simile a quella del *falsus procurator*: dagli atti dell' "agent" non sorge alcun vincolo fra il "principal" ed il terzo, salvo la ratifica del primo che opera retroattivamente. In mancanza di una siffatta ratifica sorge, invece, una responsabilità a carico dell' "agent", che lo obbliga ad eseguire la prestazione nei confronti del terzo oppure a risarcirlo dei danni derivanti dall'inadempimento.

9. Da ultimo gli autori affrontano il tema dell'interpretazione ("Interpretazione"-Cap. V-).

E' qui evidente come il DCFR riprenda la sistematica dei PECL dettando, tra le disposizioni generali del libro I, le linee guida per l'interpretazione di tutte le regole-modello contenute negli altri nove libri del Progetto, concentrando, poi, nell'ottavo capitolo del libro II alcune norme specificatamente dedicate all'interpretazione del contratto.

Secondo i redattori del Progetto l'articolo I.-1:102, stante la sua collocazione sistematica fra le "Disposizioni generali", ha natura programmatica avendo lo scopo di indicare a legislatori, giudici, arbitri ed interpreti una serie di criteri guida fondamentali all'interpretazione e la scelta di isolare una specifica disciplina dedicata al contratto trova la sua ragione d'essere nell'esigenza di comprendere a pieno le disposizioni contrattuali al fine di stabilirne la validità o il corretto adempimento delle obbligazioni delle parti.

In via generale, si impone un'interpretazione coerente agli scopi del *Draft*, ma che deve svilupparsi in modo autonomo e alla luce dei principi sottostanti, anche per colmare le lacune di alcuni settori del Progetto: si vuole promuovere la buona fede e la correttezza, la certezza del diritto e l'uniformità di interpretazione e si prescrive, quale criterio ermeneutico principale, la lettura delle norme alla luce della tutela dei diritti umani, delle libertà fondamentali e dei principi costituzionali, quali valori fondanti dell'Unione europea.<sup>47</sup>

Per quel che concerne l'interpretazione del contratto, il DCFR, al primo comma dell'art. II.-8.101, elegge a criterio ermeneutico principale la comune intenzione delle parti al momento della conclusione dello stesso, che prevale rispetto al significato letterale delle

---

<sup>47</sup>Sul punto cfr. F. MERCOGLIANO, *Fundamenta*, cit., pp. 59-83.

espressioni usate dai contraenti. Il secondo comma del medesimo articolo chiarisce, quale corollario al primo, che la ricerca della comune volontà opera anche quando, al momento della conclusione del contratto, una parte abbia inteso dare ad una clausola o espressione del medesimo regolamento d'interessi un determinato significato e l'altra non poteva ragionevolmente esserne a conoscenza. La norma enunciata al terzo comma, che impone un'interpretazione del contratto secondo il significato che vi darebbe una persona ragionevole, svolge, infine, una funzione suppletiva essendo destinata ad operare quando non sia possibile accertare la comune intenzione delle parti ai sensi dei due commi precedenti, ovvero quando la questione interpretativa sorga con un soggetto, che pur non essendo parte del contratto, abbia ragionevolmente e in buona fede fatto affidamento sul suo significato apparente. Al fine di ricostruire l'interpretazione di una persona ragionevole, o comunque la comune intenzione delle parti -ove ciò non sia altrimenti decifrabile-, soccorrono una serie di elementi esterni elencati nell'art. II.- 8.102, alcuni dei quali soggettivi, altri oggettivi<sup>48</sup>.

Quanto al diritto romano, principi generali sull'interpretazione del contratto si rinvengono già nel pensiero dei giuristi classici e successivamente nelle decisioni delle Cancellerie imperiali. Ci si riferisce, più propriamente, quali criteri ermeneutici principali tramandateci dalle fonti, alla *bona fides*, alla *aequitas* e alla *humanitas*.

In particolare, in relazione alla buona fede, gli a. citano il passo di Giuliano<sup>49</sup>, riprodotto quasi alla lettera da Gaio, ove il richiamo alla buona fede in funzione interpretativa impone che ciascuno debba percepire per sé quanto acquistato *ex re sua* e, pertanto, anche in caso di acquisto posto in essere dallo schiavo in comproprietà con i mezzi patrimoniali di uno solo dei condomini. Emerge, dunque, come il riferimento alla buona fede esuli da ogni eventuale ricerca sull'effettiva volontà delle parti contrattuali o sull'eventuale valutazione dell'adempimento delle obbligazioni.

---

<sup>48</sup>Parametri soggettivi: il comportamento dei contraenti nella fase delle trattative (lett. a) e successivamente alla conclusione del contratto (lett. b); l'interpretazione usuale che essi sono soliti dare alle clausole e alle espressioni già impiegate nei loro rapporti (lett. c). Criteri oggettivi: le circostanze sulla base delle quali il contratto è concluso (ancora lett. a); la natura e lo scopo del contratto (lett. e); il significato e l'interpretazione normalmente attribuiti a quel tipo di clausole negli specifici settori di attività (lett. d); gli usi (lett. f) e, infine, la buona fede e correttezza (lett. g). La norma si conclude con il richiamo dei criteri di cui alle lettere a), b) e c) per enucleare l'interpretazione che un terzo, che non ne sia parte, ma che vi abbia fatto affidamento, potrebbe dare al contratto.

<sup>49</sup>Cfr. D. 10,3,24 pr. (Iul. 8 *dig.*) (= Gai 7 *ad ed. prov.* in D. 41,1,45).

Una costituzione degli imperatori Settimio Severo e Caracalla<sup>50</sup>, riporta, invece, l'*aequitas* in chiave ermeneutica per orientare la scelta tra due tipi di tutela giudiziaria allorché alcuni schiavi abbiano dato mandato di comprare fondi con il denaro del padrone, a sua insaputa, e i mandatari vi abbiano dato esecuzione. Non essendo ragionevole perseguire un crimine e, nel contempo, chiedere l'adempimento di un contratto in buona fede, la cancelleria imperiale offre al padrone la scelta tra l'azione di furto, da un lato, e l'azione contrattuale di mandato dall'altro: l'*aequitas* in collegamento alla *bona fides* ravvisa, pertanto, nell'interpretazione dell'assetto degli interessi discendente dal mandato la soluzione più consona.

Anche Trifonino<sup>51</sup>, analizzando due particolari situazioni afferenti al contratto di deposito, riferisce del collegamento tra buona fede ed equità, ove la prima viene utilizzata in senso strumentale ed interpretativo per far entrare in gioco la seconda, così da offrire alle fattispecie un trattamento adeguato alla luce dei valori correnti del comune sentire sociale.

Riguardo all'*humanitas*<sup>52</sup>, quale principio proprio del diritto romano che in ambito contrattuale risulta funzionale a fondare soluzioni conformi alla ragionevolezza e al bilanciamento degli interessi in gioco, ne viene evidenziata la facile sovrapposizione con i criteri dell'*aequitas* e della *ratio* nell'orientare le scelte interpretative, così da renderne difficile la distinzione.

Ulpiano [in D.18,3,4,1]<sup>53</sup> riferendo un parere espresso da Nerazio, in occasione di una vendita risolta per non aver il compratore pagato, dopo un anticipo sul prezzo, la parte rimanente, offre un primo esempio di richiamo all'*humanitas* asserendo che il venditore avrebbe dovuto restituire l'acconto ed il compratore sarebbe stato obbligato a rendere i frutti, ma se le parti avessero convenuto che il venditore fosse esonerato dalla restituzione dell'anticipo al compratore la soluzione più “umana”, e dunque rispondente all'assetto degli interessi voluto dalle parti, sarebbe stata quella di esonerare il compratore dall'obbligo dei frutti. Il criterio dell'*humanitas* si rinviene, altresì, in un celebre rescritto di Diocleziano<sup>54</sup> in tema di compravendita di fondi, ove si giustifica l'intervento della Cancelleria imperiale

<sup>50</sup>Cfr. C. 6,2,1 (Sev et Ant. AA Theogeni, a. 200).

<sup>51</sup>Cfr. D. 16,3,31 (Tryph. 9 *disp.*).

<sup>52</sup>Circa l'*humanitas* cfr. F. MERCOGLIANO, *Fundamenta*, cit., pp.89-103.

<sup>53</sup>Cfr. D. 18,3,4,1 (Ulp. 32 *ad ed.*).

<sup>54</sup>Cfr. C. 4,44,2 (Diocl. et Max. AA. Aurelio Lupo, a. 285).

per incidere sullo squilibrio delle prestazioni, offrendo la soluzione più adeguata al caso concreto.

In via generale, spiegano gli a., l'interpretazione negoziale da parte del giurista romano opera in sede di responso in relazione ad un caso concreto ma, le regole ermeneutiche utilizzate assumono via via la portata di canoni generali orientati alla ricostruzione della comune volontà delle parti. In particolare, le regole di interpretazione soggettiva si rifanno, in primo luogo, a criteri linguistici e logici ancorati alle dichiarazioni e ai comportamenti delle parti e, solo qualora la lettera del contratto appaia oscura o ambigua si dà la prevalenza alla volontà effettiva dei contraenti sulla base della verosimiglianza. Un passo tratto dai Digesta di Celso<sup>55</sup> offre un esempio concreto del percorso concettuale posto alla base della ricostruzione della volontà delle parti contrattuali, già affrontato nel I sec. a. C. dai due giuristi repubblicani Servio e Tuberone: Celso, optando per la tesi di Tuberone, individua nella volontà del dichiarante il criterio ermeneutico fondamentale per intendere il contenuto di un atto, a discapito delle parole in cui essa si traduce, con il limite di non sovvertire il significato comunemente attribuito ai termini usati e dell'irrelevanza di una volontà non dichiarata.

Il criterio della comune volontà delle parti preordinata all'interpretazione del contratto è presente anche nelle opere dei giuristi tardoclassici e nella costituzione diocleziana con riferimenti sia di carattere generale che relativi a specifiche figure. *Ex multis* Papiniano utilizza tale canone ermeneutico per estendere la locazione di un fondo *vectigalis* da parte di un municipio, non solo agli eredi del conduttore, ma anche ad un suo legatario<sup>56</sup> o per escludere dall'oggetto di una *stipulatio* Aquiliana, fatta a fini transattivi, le liti alle quali alle parti non intendevano riferirsi<sup>57</sup>.

Successivamente, nel diritto intermedio, gli autori concordano nell'individuare nell'*aequitas* il criterio generale dell'interpretazione giuridica, come rileva Baldo degli Ubaldi circa uno statuto -citando il passo di Trifonino sulla *bona fides* in rapporto all'*aequitas*- in quanto lo statuto deve essere ricondotto all'intelletto dell'equità e ad essa deve conformarsi non solo ogni tipo di *lex*, ma anche la valutazione del giudice e dell'uomo onesto. Altre te-

---

<sup>55</sup>Cfr. D. 33,10,7,2 (Cels. 19 *dig.*).

<sup>56</sup>Cfr. D. 50,16,219 (Pap. 2 *resp.*).

<sup>57</sup>Cfr. D. 2,15,5 (Pap. 1 *def.*).

stimonianze sul ruolo ermeneutico dell'*aequitas* ci pervengono da Ludovico Pontano, Bartolomeo Sozzini e Francesco Mantica, sebbene si evidenzi l'esigenza di seguire anche il criterio generale dell'*humanior interpretatio* in tutti i casi dubbi.

Più in generale la scienza giuridica medioevale anteriore al XIX sec. ricava i canoni interpretativi direttamente dalle fonti romane applicandoli tanto agli atti normativi pubblici quanto a quelli dell'autonomia privata. I Glossatori, in particolare, estrapolano dai testi del *Corpus Iuris* tali principi ermeneutici, racchiudendoli in brocardi, che vedranno i primi tentativi di sistemazione giuridica solo con i Commentatori.

Tra il XV e il XVII secolo la teoria dell'interpretazione giuridica registra una sistemazione più organica e complessiva nell'opera di molti giuristi, anche italiani, quali Cipolla, Rogerio e Federici, nonché di giuristi della Scuola Culta e in seguito dalle varie correnti del Giusnaturalismo, che sviluppando le concezioni emergenti dei Commentatori eleggono a criterio ermeneutico guida quello dell'equità.

In seguito, la maggior parte degli ordinamenti europei di Civil law elegge la buona fede a criterio oggettivo fondamentale all'interpretazione del contratto. Tale principio ermeneutico viene per la prima volta codificato nel § 157 del BGB, che lo pone in stretto collegamento col concetto di "Verkehrssitte" per integrare le lacune lasciate dalle parti nel regolamento contrattuale. La norma chiarisce, appunto, che i contratti vanno interpretati secondo buona fede e correttezza e avendo riguardo agli usi comuni ovvero agli usi correnti del traffico giuridico. Tralasciando il riferimento agli usi comuni, quello alla buona fede in chiave ermeneutica è ripreso dall'art. 1366 del vigente Codice civile italiano, eletto dalla maggioranza della dottrina e giurisprudenza a criterio generale alla luce del quale applicare le altre regole sull'interpretazione. In altri ordinamenti europei, come in Austria, Francia e Svizzera, questo principio è collocato piuttosto negli articoli dedicati all'esecuzione del contratto o in quelli che si riferiscono alla buona fede in generale.

Diversamente, nei Paesi di Common Law non si ravvisano collegamenti manifesti tra l'interpretazione del contratto e il principio di buona fede e correttezza ma, l'atteggiamento delle Corti inglesi e irlandesi è quello ad applicare le regole ermeneutiche secondo il significato che un "reasonable man" attribuirebbe alle espressioni usate in quel dato contesto e in quelle circostanze, assicurando quella connessione tra interpretazione e ragionevolezza, che

permette di salvare l'accordo tra le parti senza pregiudicare il risultato economico che le stesse avevano prefissato di raggiungere.

Circa il diritto sovranazionale, già la Convenzione di Vienna del 1980 sulla Vendita Internazionale dei beni Mobili anticipa il dettato degli articoli dei PECL sull'interpretazione operando il collegamento con la buona fede. Ne consegue che anche le norme convenzionali di diritto sovranazionale devono interpretarsi in modo tale da garantire una loro uniforme interpretazione e, soprattutto, il rispetto della buona fede nell'ambito del commercio internazionale.

10. Da un attento esame dell'opera emerge, dunque, chiara l'intenzione degli autori, che non si limita ad un arido studio alla ricerca di profili di continuità tra il diritto romano, la tradizione romanistica ed il moderno diritto europeo, quanto piuttosto è volta a comprendere i principi e gli istituti giuridici posti a base del DCFR alla luce delle fondamenta romanistiche, rimarcando il ruolo fondamentale che il diritto romano assume nella tradizione giuridica europea, quale possibile esperienza interpretativa della presente dimensione europea, funzionale alla comprensione delle origini e degli sviluppi dei singoli diritti nazionali dei vari paesi europei e punto di avvio per il proposito di una loro unificazione<sup>58</sup>. Allo scopo si deve fare riferimento al diritto romano assieme alla sua tradizione nella storia della cultura giuridica europea, quindi non solo al diritto romano classico e a quello giustiniano ma anche alle elaborazioni che esso ha subito nella scienza pandettistica e nello *ius commune* europeo.

Nonostante le ferme critiche sollevate da più direzioni circa i contenuti e le preferenze sistematiche e metodologiche del *Draft Common Frame of Reference*, gli a. esprimono toni di ottimismo sull'avvenire del Progetto, che non può risolversi in un mero testo accademico con finalità prevalentemente didattiche e di ricerca ma, si auspica, rappresenti la base inizia-

---

<sup>58</sup>Cfr. G. SANTUCCI, *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche* "Itinerari. Diritto", Bologna, il Mulino, 2010, p. 198; R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, il Mulino, Bologna, 1987, p. 668; C.A. CANNATA, *Per una storia della scienza giuridica europea*, I, Giappichelli, Torino, 1997, p. 348; R. KNÜTEL, *Diritto romano e ius commune davanti alle Corti dell'Unione Europea*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor Filippo Gallo III*, Napoli, 1997, pp. 521-557; J. M. RAINER, *Il diritto romano nelle sentenze delle Corti europee*, in *L'anima 'europea' dell'Europa*, cur. D. Castellano, Napoli 2002, pp. 45-50.

le per la creazione di un regime unitario, anche se allo stato attuale e nell'ottica delle istituzioni europee limitatamente al settore dei contratti tra consumatori e professionisti.

Stante i pressoché generali assensi accordati al Libro Verde sul diritto europeo dei contratti ed in conformità al Regolamento (CE) n. 593/2008 (Roma I) sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, il testo del DCFR, rivisto, modificato e tuttora in fase di studio e affinamento, è divenuto, formalizzata la delibera degli organi comunitari, la base di un regolamento opzionale offerto ai consumatori e ai professionisti per la disciplina delle operazioni economiche transnazionali: ciò segna un notevole passo in avanti nel difficile percorso diretto all'armonizzazione del diritto degli Stati membri dell'Unione europea.

Camerino, novembre 2013

*Il presente numero è stato chiuso nel dicembre 2013.*

## CONTRIBUTI DI:

<b>FRANCESCA CAROCCIA</b>	<i>Ricercatore di Diritto privato presso l'Università degli Studi dell'Aquila.</i>	<i>francesca.caroccia@ec.univaq.it</i>
<b>TIZIANA CROCE</b>	<i>Ricercatore universitario di Informatica giuridica presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Camerino.</i>	<i>tiziana.croce@unicam.it</i>
<b>IGNACIO DE CUEVILLAS MATOZZI</b>	<i>Professore ordinario di Diritto civile nell'Università di Cadice.</i>	<i>ignacio.cuevillas@eca.es</i>
<b>ROCCO FAVALE</b>	<i>Professore ordinario di Diritto privato comparato presso la Scuola di Giurisprudenza dell'Università di Camerino.</i>	<i>rocco.favale@unicam.it</i>
<b>FABIO FEDE</b>	<i>Docente di diritto pubblico comparato, presso la Scuola di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Camerino.</i>	<i>fabio.fede@unicam.it</i>
<b>ANTONIO FLAMINI</b>	<i>Professore Ordinario di Diritto privato presso l'Università degli Studi di Camerino.</i>	<i>antonio.flamini@unicam.it</i>
<b>GIUSEPPE GILIBERTI</b>	<i>Professore Ordinario di Fondamenti del diritto europeo presso l'Università degli Studi di Urbino.</i>	<i>giuseppe.giliberti@uniurb.it</i>
<b>SERAFINA LARocca</b>	<i>Ricercatrice di Diritto privato presso l'Università degli Studi di Camerino.</i>	<i>serafina.larocca@unicam.it</i>
<b>MARIA PAOLA MANTOVANI</b>	<i>Ricercatrice a tempo determinato di Diritto privato presso l'Università telematica Leonardo da Vinci.</i>	<i>mpmantovani@libero.it</i>
<b>FELICE MERCOGLIANO</b>	<i>Professore associato di Diritto romano, Fondamenti del diritto europeo e Storia del diritto romano presso la Scuola di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Camerino.</i>	<i>felice.mercogliano@unicam.it</i>

**ANTONELLA MERLI**

*Ricercatore di Diritto penale presso  
la Facoltà di Giurisprudenza  
dell'Università degli Studi di  
Camerino.*

*antonella.merli@unicam.it*

**EMANUELA NALLI**

*Avvocato del Foro di Camerino.*

*nalli.emanuela@gmail.com*

**STEFANO TESTA BAPPENHEIM**

*Docente di diritto ecclesiastico, presso  
la Scuola di Giurisprudenza  
dell'Università degli Studi di  
Camerino.*

*stefano.testa-bappenheim@unicam.it*